

Sygn. akt: KIO 2134/13

WYROK

z dnia 24 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 września 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 września 2013 r. przez wykonawcę **EUROVIA POLSKA S.A. z siedzibą w Kobierzycach, ul. Szwedzka 5, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce (adres do korespondencji: EUROVIA POLSKA S.A., ul. Fordońska 246/103, 85-766 Bydgoszcz)** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasta Włocławek, ul. Zielony Rynek 11/13, 87-800 Włocławek (prowadzący postępowanie: Miejski Zarząd Dróg we Włocławku, ul. Zielna 13/21, 87-800 Włocławek)**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Firmy Inżynieryjno-Drogowej „DROGTOM” Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, Al. Kazimierza Wielkiego 1B, 87-800 Włocławek (lider) i Przedsiębiorstwa Robót Drogowych „SPEC-DRÓG” Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, ul. Krzywa Góra 8/10, 87-800 Włocławek** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2134/13 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża EUROVIA POLSKA S.A. z siedzibą w Kobierzycach, ul. Szwedzka 5, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce (adres do korespondencji: EUROVIA POLSKA S.A., ul. Fordońska 246/103, 85-766 Bydgoszcz) i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **EUROVIA POLSKA S.A. z siedzibą w Kobierzycach, ul. Szwedzka 5, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce** (adres do korespondencji: EUROVIA POLSKA S.A., ul. Fordońska 246/103, 85-766 Bydgoszcz) tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Włocławku**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Gmina Miasta Włocławek, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Przebudowę drogi krajowej nr 1 w granicach administracyjnych miasta Włocławek – etap IV”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 2 lipca 2013 r., nr 2013/S 126-215166.

W dniu 26 sierpnia 2013 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę EUROVIA POLSKA S.A. z siedzibą w Kobierzycach, zwanego dalej „odwołującym”, o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Firmy Inżynieryjno-Drogowej „DROGTOM” Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku i Przedsiębiorstwa Robót Drogowych „SPEC-DRÓG” Sp. z o.o. z siedzibą we Włocławku, zwanych dalej „konsorcjum DROGTOM”, jako najkorzystniejszej.

W dniu 5 września 2013 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 5 września 2013 r.) od:

1. niezgodnego z ustawą Pzp zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum DROGTOM, której treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”
 2. niezgodnego z ustawą Pzp wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum DROGTOM, która powinna być zostać odrzucona
- zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Jednocześnie odwołujący wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty
2. powtórzenie czynności badania ofert złożonych w postępowaniu
3. odrzucenie oferty złożonej przez konsorcjum DROGTOM, której treść nie odpowiada SIWZ
4. dokonanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż złożone w dniu 22 sierpnia br. wyjaśnienia konsorcjum DROGTOM ujawniły, że treść złożonej przez tego wykonawcę oferty nie odpowiada treści SIWZ. Okazało się bowiem, że konsorcjum DROGTOM oferuje wykonanie przebudowę drogi krajowej nr 1 w sposób zupełnie inny niż opisany przez zamawiającego w dokumentacji projektowej, specyfikacjach technicznych wykonania i

odbioru robót budowlanych, opisie przedmiotu zamówienia oraz wyjaśnieniach i modyfikacjach treści SIWZ, w tym:

- stosowanie rozwiązań równoważnych w zakresie, w którym zaoferowało to konsorcjum DROGTOM, jest co do zasady niedopuszczalne - wobec czego zamawiający powinien był odrzucić ofertę tego wykonawcy
- zaoferowane przez konsorcjum DROGTOM rozwiązanie nie jest równoważne rozwiązaniu opisanemu przez zamawiającego w SIWZ - wobec czego zamawiający powinien był odrzucić ofertę tego wykonawcy
- o tym, że oferta przewiduje rozwiązanie równoważne wobec opisanego przez zamawiającego w SIWZ, konsorcjum DROGTOM miało obowiązek powiadomić zamawiającego już w samej ofercie, tymczasem informacja o tym została ujawniona przez tego wykonawcę dopiero na etapie badania ofert przez zamawiającego, i to pod kątem ceny, a nie treści oferty; do ujawnienia tej kluczowej informacji doszło niejako przypadkiem.

Na potwierdzenie tego, że w przedmiotowym przypadku niedopuszczalne było oferowanie rozwiązań równoważnych powołuje wyrok KIO z dnia 27 maja 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1115/13, podnosząc m.in., iż w niniejszym postępowaniu materiały i rozwiązania opisane przez zamawiającego, tj. mieszanki kruszywa o odpowiednich uziarnieniach czy materiały służące do wykonania stabilizacji cementem o odpowiedniej wytrzymałości są materiałami ogólnodostępnymi. W żadnym punkcie SIWZ zamawiający nie wskazał znaków towarowych, patentów lub pochodzenia dotyczących tych materiałów ani rozwiązań. Nie było zatem przyczyny, która umożliwiałaby złożenie oferty opartej na materiałach i rozwiązaniach równoważnych do opisanych w SIWZ. Nie zachodziła obawa, że któryś z wykonawców nie będzie w stanie wykonać np. podbudowy z kruszywa łamanego 0/63 stabilizowanego mechanicznie jest to bowiem robota typowa, wykonywana przy budowie i przebudowie dróg w całej Polsce. Ani materiał (kruszywo łamane 0/63) ani sposób jego wbudowania (stabilizacja mechaniczna) nie ogranicza konkurencji - źródła tego materiału są liczne i dostępne dla wszystkich wykonawców, a sposób wykonania z niego warstwy podbudowy pomocniczej wymaga typowego sprzętu używanego na wszystkich budowach dróg, takiego jak spycharka, równiarka i walec. Skoro tak, to konsorcjum DROGTOM nie miało możliwości zaoferowania rozwiązania całkowicie odbiegającego od opisanego przez zamawiającego w SIWZ. Oferta konsorcjum DROGTOM jest więc we wskazanym zakresie niezgodna z treścią SIWZ i powinna była zostać odrzucona przez zamawiającego.

Nadto odwołujący dodał, że to, co konsorcjum DROGTOM nazwało rozwiązaniem równoważnym, wcale nie było równoważne z opisanym przez zamawiającego w SIWZ. Odwołujący przeprowadził analizę, w ramach której porównał konstrukcję opisaną przez

zamawiającego w SIWZ oraz zaoferowaną przez konsorcjum DROGTOM wskazując iż konkluzje opracowania są następujące:

- trwałość zmęczeniowa konstrukcji zaoferowanej przez konsorcjum DROGTOM jest znacznie niższa od konstrukcji z SIWZ (29,5 min osi obliczeniowych do 45,8 min osi obliczeniowych)
- konstrukcja z SIWZ jest odporna na wysadziny, podczas gdy konstrukcja z oferty Konsorcjum - nie jest, albowiem jest zbyt cienka w stosunku do wymaganej przepisami punktu 8 („Mrozoodporność podłoża nawierzchni”) załącznika nr 4 do rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z 02 marca 1999 roku w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie (Dz. U. z 1999 roku, Nr 43, poz. 430 z późn. zm.)
- zamawiający wymaga wykonania wszystkich warstw stabilizacji o wytrzymałości 5,0 MPa, konsorcjum DROGTOM oferuje warstwy stabilizacji o wytrzymałości o połowę niższej.

Konstrukcja oferowana przez konsorcjum DROGTOM jest zatem cieńsza niż wymaga tego przepis powszechnie obowiązującego prawa, mniej wytrzymała, niż wymaga zamawiający, a do tego bardziej podatna na wysadziny. Treść oferty konsorcjum DROGTOM jest zatem niezgodna z treścią SIWZ i powinna być zostać odrzucona przez zamawiającego.

Pismem z dnia 6 września 2013 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania (przedmiotowe pismo w konsorcjum DROGTOM otrzymało w tej samej dacie).

W dniu 9 września 2013 r. (pismem z dnia 7 września 2013 r.) konsorcjum DROGTOM przystąpiło do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w załączniku nr 10 do SIWZ zamieścił następujące postanowienie „Tam, gdzie w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, dokumentacji projektowej zostało wskazane pochodzenie (marka, znak towarowy, producent, dostawca) materiałów lub normy, aprobaty, specyfikacje i systemy, o których mowa w art. 30 ust. 1 – 3 Ustawy, a w treści SIWZ nie zostały określone wymagania Zamawiającego względem parametrów materiałów równoważnych, Zamawiający dopuszcza oferowanie materiałów lub rozwiązań równoważnych pod warunkiem, że zagwarantują one realizację robót w zgodzie z wydanym pozwoleniem na budowę oraz zapewnią uzyskanie parametrów techniczno – eksploatacyjnych – pod względem funkcjonalnym – nie gorszych od założonych w wyżej wymienionych dokumentach”.

Zamawiający w rozdziale XI SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” podał m.in.:

„5.Cena oferty musi zwierać wszelkie koszty związane z realizacją zadania wynikające wprost z dokumentacji oraz z opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik do SIWZ (...)”

(...)

10.Cena oferty będzie ceną ryczałtową i nie będzie podlegała waloryzacji przez cały okres umowy”.

Nadto zamawiający w rozdziale XV SIWZ „Istotne dla zamawiającego postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawartej umowy” podał, iż „zamawiający dopuszcza możliwość zmian w umowie w stosunku do treści oferty (...) w przypadku wystąpienia którejkolwiek z następujących sytuacji: (...)

2.6. możliwość wprowadzenia lub/i zastosowania innej technologii wykonania robót (...)”.

W załączniku nr 1 do SIWZ „FORMULARZ OFERTY” zamawiający zamieścił następujące postanowienia „Ja (my) niżej podpisany(i) oświadczam(my), że: (...) gwarantuję wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią: SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej zmianami, (...)”.

W załączniku nr 2 do SIWZ „WZÓR UMOWY” § 1 zamawiający zamieścił następujące postanowienia:

„3.Wykonawca wykona przedmiot zamówienia zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (zał. nr 1 do umowy) z przekazaną dokumentacją budowlaną i wykonawczą (zał. nr 2 do umowy), ofertą (zał. nr 3 do umowy, obowiązującymi przepisami i normami.

4.Wykonanie przedmiotu zamówienia ma nastąpić zgodnie z opracowanymi dokumentacjami projektowymi i wydanymi pozwoleniami na budowę. (...)

5.Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, a w tym technologie i zakres prac, określone zostały w dokumentacji budowlanej i wykonawczej, w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych – stanowiących załącznik do SIWZ. (...).

Konsorcjum DROGTOM pismem dnia 22 sierpnia 2013 r., w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, podało, iż „w cenie ofertowej uwzględniono rozwiązania równoważne do założeń projektowych, zaakceptowane przy realizacji poprzednich etapów inwestycji dla całości dokumentacji projektowej (...)”, a mianowicie na „założeniu dotyczącym zastosowania równoważnej konstrukcji nawierzchni”.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, że zamawiający w niniejszym postępowaniu dopuścił zaoferowanie materiałów lub rozwiązań równoważnych pod warunkiem, że zagwarantują one „realizację robót w zgodzie z wydanym pozwoleniem na budowę oraz zapewnią uzyskanie parametrów techniczno – eksploatacyjnych – pod względem funkcjonalnym – nie gorszych od założonych w wyżej wymienionych dokumentach”, nie określając przy tym żadnych szczegółowych wymagań świadczących o równoważności zaoferowanych rozwiązań, jak i nie wskazując sposobu oceny zaoferowanej równoważności. Zamawiający nie postawił wykonawcom w treści SIWZ wymogu podania i opisanie w ofercie materiałów lub rozwiązań równoważnych, jakie zamierzają zastosować w trakcie wykonywania zamówienia. Złożona oferta stanowić więc miała jedynie ogólne zobowiązanie wykonawcy do wykonania zamówienia w sposób zgodny z treścią: SIWZ, udzielonymi wyjaśnieniami do SIWZ oraz jej zmianami (załącznik nr 1 do SIWZ) za zaoferowaną cenę ryczałtową. I taką właśnie ofertę złożyło konsorcjum DROGTOM, oświadczając iż zobowiązuje się „do wykonywania zamówienia w trybie i na zasadach określonych w SIWZ oraz w umowie”. Tak więc na treść oferty, tj. na zakres wynikającego z niej zobowiązania tego wykonawcy, składa się jedynie zobowiązanie do wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ. „(...) pozostawiona mu została pełna swoboda realizacji zamówienia w ramach opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ. (...) Zobowiązanie to, tylko w takim zakresie w jakim zostało wyrażone i opisane w ofercie, będzie mogło zostać ocenione pod względem jego zgodności z SIWZ, nie ma bowiem żadnej innej, domniemanej i dodatkowej treści oferty, niż wyrażona na piśmie i złożona zgodnie z art. 82 ustawy Pzp zamawiającemu” (wyrok Izby w sprawie o sygn. akt KIO 41/13). Tym samym jakiegokolwiek wyjaśnienia składane przez wykonawcę, w tym przypadku przez konsorcjum DROGTOM, wezwanego do ich złożenia, w jakimkolwiek trybie, nie mogą w myśl art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zmienić jasnej, wyrażonej na piśmie i zgodnie z SIWZ, treści złożonej przez niego oferty. Zamawiający nie wymagał bowiem aby wykonawca w złożonej w ofercie dokładnie opisał przedmiot swego świadczenia, żądając złożenia przez wykonawcę jedynie ogólnego zobowiązania wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ (załącznik nr 1 do SIWZ

„Formularz oferty” – str. 1). Wykonawcy nie byli więc zobowiązani w przypadku zastosowania materiałów lub rozwiązań równoważnych do wykazania ich równoważności na etapie składania ofert. Takich dokumentów, wobec braku ich żądania, nie złożyło także konsorcjum DROGTOM. Natomiast wyjaśnienia tego wykonawcy z dnia 22 sierpnia 2013 r. – dokonane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - dotyczą tylko i wyłącznie elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej przez niego ceny i zawierają założenia tego wykonawcy stosowane przy wycenie, w tym także będące istotą sporu informacje „założenia dotyczące zastosowania równoważnej konstrukcji nawierzchni”. I taki wyłącznie charakter, charakter planów czy też zamierzeń wykonawcy, tym założeniom należy przypisać. Jak już wyżej wskazano na etapie oferty zamawiający nie wymagał bowiem wykazania przez wykonawców równoważności planowanych do zastosowania materiałów i rozwiązań. Rozwiązanie równoważne (bo to ono stanowi istotę sporu) to rozwiązanie, które nie jest identyczne i tożsame z rozwiązaniem referencyjnym, ale takie, które ma zapewnić uzyskanie parametrów techniczno – eksploatacyjnych – pod względem funkcjonalnym – nie gorszych od założonych przez zamawiającego i określonych w SIWZ. Stwierdzenie na etapie badania i oceny ofert, że pewne cechy lub parametry są istotne dla zamawiającego z punktu widzenia funkcjonalności oferowanego rozwiązania równoważnego i na tym etapie winny te właśnie cechy i parametry podlegać ocenie zamawiającego jest spóźnione, gdyż nie zostały one nigdzie wcześniej wyartykułowane. Zamawiający nigdzie bowiem nie podał w oparciu o jakie elementy tę równoważność będzie oceniał. Założenia dotyczące zastosowania równoważnej konstrukcji nawierzchni – co konsekwentnie podkreślał zamawiający - były już mu znane na wcześniejszym etapie postępowania i to rozwiązanie (planowane obecnie przez konsorcjum DROGTOM do realizacji niniejszego zamówienia) zostało wówczas uznane za równoważne. Trudno więc na obecnym etapie postępowania dokonywać oceny planowanego przez wykonawcę rozwiązania równoważnego, w kontekście spełnienia wymogów postawionych przez zamawiającego, dla potrzeb oceny jego funkcjonalności i to w oparciu o parametry, które nie były wcześniej określone w treści SIWZ jako te, które o uznaniu materiału lub rozwiązania za równoważne będą decydować.

Tym samym stwierdzić należy, iż wyjaśnienia konsorcjum DROGTOM, nie mogły i nie spowodowały zmiany treści zobowiązania zawartego w treści „Formularza ofertowego” tego wykonawcy. Pozostają one nadal w mocy i zobowiązują go do wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ. W związku z powyższym Izba stwierdziła, że w ofercie konsorcjum DROGTOM nie występują niezgodności z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Na marginesie należy dodać, iż w sprawie o sygn. akt KIO 1115/13, na którą powoływał się odwołujący, zamawiający wymagał już w ofercie wykazania się przez wykonawców, że zaproponowane przez nich materiały lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego w SIWZ (wykazania równoważności). Tym samym powołany wyrok dotyczył innego stanu faktycznego niż będący przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz stanowisko w sprawie złożone przez zamawiającego na rozprawie, uznając je za stanowisko składającego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Izba nie zasądziła kosztów zastępstwa prawnego przed Izbą na rzecz przystępującego (konsorcjum DROGTOM), gdyż – zgodnie z § 3 przedmiotowego rozporządzenia – do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania, natomiast koszty uczestnika postępowania jedynie w okolicznościach przewidzianych w rozporządzeniu i nie dotyczą one sytuacji, jaka ma miejsce w niniejszym stanie faktycznym.

Przewodniczący: