

Sygn. akt UZP/ZO/0-1288/06

WYROK

Zespołu Arbitrów z dnia 10 maja 2006 r.

Zespół Arbitrów w składzie:

Przewodniczący Zespołu Arbitrów **Dariusz Cezary Bieryło**

Arbitrzy: **Wiesław Krzysztof Meszek**

Elżbieta Małgorzata Waśniowska

Protokolant **Wioletta Wierzejska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10.05.2006 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Budimex Dromex S.A., Warszawa, ul. Stawki 40

od oddalenia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad,**

Warszawa, ul. Żelazna 59

protestu z dnia 13 kwietnia 2006 r.

orzeka:

1. *Oddala odwołanie.*

2. Kosztami postępowania obciąża **Budimex Dromex S.A., Warszawa, ul. Stawki 40**

i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **3 372 zł 79 gr**

(słownie: **trzy tysiące trzysta siedemdziesiąt dwa złote siedemdziesiąt dziewięć groszy**)

z kwoty wpisu uiszczonego przez **Budimex Dromex S.A., Warszawa, ul. Stawki 40**

2) dokonać wpłaty kwoty **3 660 zł 00 gr**

(słownie: **trzy tysiące sześćset sześćdziesiąt złotych zero groszy**)

przez **Budimex Dromex S.A., Warszawa, ul. Stawki 40** na rzecz **Generalna Dyrekcja**

Dróg Krajowych i Autostrad, Warszawa, ul. Żelazna 59

3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 00 gr**

(słownie: **xxx**)

przez **xxx** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek środków specjalnych UZP

4) dokonać zwrotu kwoty **1 371 zł 21 gr**

(słownie: **jeden tysiąc trzysta siedemdziesiąt jeden złotych dwadzieścia jeden groszy**)

z rachunku środków specjalnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Budimex**

Dromex S.A., Warszawa, ul. Stawki 40.

3. Uzasadnienie

Pismem z dnia 13 kwietnia 2006r. Odwołujący Budimex – Dromex S.A. z siedzibą w Warszawie wniósł protest na czynności Zamawiającego – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Przebudowę autostrady A4 na odcinku Balice-Opatkowice” nr GDDKiA/BPU/2005/R/18/EFRR/KR (dalej: przetarg).

Pismem z dnia 18 kwietnia 2006r. Zamawiający podniosione w proteście zarzuty dotyczące jednej z ofert odrzucił, a pozostałe zarzuty podniesione w proteście oddalił.

Pismem z dnia 24 kwietnia 2004r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W proteście Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów Ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2004r., Nr 19, poz. 177, dalej Ustawa PZP) w zakresie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP poprzez błędne przyjęcie, iż treść oferty Odwołującego jest niezgodna z treścią zmodyfikowanej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum firmy STRABAG Sp. z o.o./ STRABAG AG i Konsorcjum Mota-Engil Polska S.A i Mota-Engil Engenharia e Construcao S.A.;*
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP poprzez wybór oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu;*
- 3) art. 7 ust. 1 Ustawy PZP w konsekwencji naruszeń z ww. pkt 1 i 2.*

W proteście Odwołujący przedstawił zarzuty dotyczące nieprawidłowej oceny przez Zamawiającego oferty złożonej przez Odwołującego, oferty konsorcjum Konsorcjum Mota-Engil Polska S.A i Mota-Engil Engenharia e Construcao S.A. (dalej: Konsorcjum Mota-Engil) i oferty Konsorcjum STRABAG Sp. z o.o. i STRABAG AG (dalej: Konsorcjum STRABAG)

W dniu 06 kwietnia 2006r. Odwołujący otrzymał od Zamawiającego pismo informujące o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Mota Engil oraz o odrzuceniu oferty

Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP. Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że dwa Zespoły Arbitrów, rozpatrujące odwołania dwóch wykonawców od odrzucenia ich ofert przez Zamawiającego uznały, iż treść tych ofert jest zgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia zmodyfikowanej wyjaśnieniami udzielonymi pismem Zamawiającego z dnia 17.11.2005r. (Modyfikacja nr 1 pkt 11 i 16c). Jednocześnie w tym zakresie Zamawiający uznał sprzeczność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, będącą podstawą do odrzucenia tej oferty.

W ocenie Odwołującego dokonana przez Zamawiającego ocena oferty Odwołującego oraz interpretacja wyroków Zespołów Arbitrów jest błędna.

Odwołujący wyjaśnił, że w zakresie punktu 1.2. Pozycja 9; strona 41 Lp. 68 sporządził ofertę zgodnie z Modyfikacją nr 1 przekazaną przez Zamawiającego uczestnikom postępowania w dniu 17 listopada 2005r. w ramach, której podana została "właściwa ilość wykonania przekrycia dylatacyjnego taśmą hypalonową"(1.2. Pozycja 9; strona 41 Lp. 68). Zdaniem Odwołującego odpowiedź Zamawiającego jednoznacznie określa, że przedmiotem zamówienia jest min. wykonanie 15,20 m a nie 22.80 m dylatacji. Zdaniem Odwołującego absurdem byłoby uznanie, że wartość błędna stanowi treść oferty, przed treścią właściwą i stanowi podstawę odrzucenia oferty uwzględniającej cały, żądany przez Zamawiającego zakres przedmiotu zamówienia. Nie można zatem przyjąć, iż Odwołujący przedstawił ofertę podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP. .

W dalszej części protestu Odwołujący przedstawił zarzuty dotyczące oferty konsorcjum Mota Engil.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt. 8.2.3. SIWZ na potwierdzenie spełnienia warunku podmiotowego określonego w pkt. 7.2. SIWZ wykonawca obowiązany był do przedłożenia polisy

lub innego dokumentu potwierdzającego, że jest on ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, w tym działalności zgodnej z przedmiotem niniejszego zamówienia.

Konsorcjum Mota Engil na dowód, spełnienia warunku określonego w pkt. 8.2.3. SIWZ przedłożyło dokument Umowy Ubezpieczenia Mota Engil Polska S.A., które nie obejmuje całego zakresu prowadzonej przez tą spółkę działalności zawartego w Rejestrze Handlowym oraz dokument Umowy Ubezpieczenia Mota Engil Engenharia e Construcao Oddział w Polsce, potwierdzająca ubezpieczenie działalności Mota Engil Engenharia e Construcao Portugalia na terenie Polski nieobejmujące jednak całego zakresu działalności zawartego w Rejestrze Handlowym. Według Odwołującego konsorcjum Mota Engil Polska i Mota Engil Engenharia e Construcao nie spełniło warunku podmiotowego uczestnictwa w przetargu określonego w pkt. 8.2.3. SIWZ i z tego powodu powinno zostać wykluczone z przetargu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 Ustawy PZP. Zdaniem Odwołującego zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy stanowi naruszenie zasad równości i zachowania uczciwej konkurencji określonych w art. 7 ust. 1 ustawy PZP.

Zdaniem Odwołującego oferta konsorcjum Mota Engil podlega również odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP. Odwołujący wskazał, że w dołączonym do tej oferty Formularzu 2.4 "Wykaz stawek i narzutów" (strona 122 oferty) nie wskazano stawek "Robocizny", co przesądza o niezgodności treści tej oferty z treścią SIWZ, a w szczególności z warunkiem 12.3 Szczególnych Warunków Kontraktu.

W dalszej części protestu Odwołujący przedstawił zarzuty w stosunku do oferty konsorcjum STRABAG Zamawiający, żądając jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pt. 3 Ustawy PZP.

Odwołujący wskazał, że konsorcjum STRABAG jako spełnienie warunku podania stawki robocizny przyjętych do kalkulacji cen jednostkowych w kosztorysie ofertowym dopisało w Formularzu 2.4 „stawki w kosztorysie ofertowym przyjęto wg. aktualnych stawek podanych w wydawnictwie SEKOCENBUD)” Odwołujący zauważył, że ogólnodostępne wydawnictwo SEKOCENBUD publikuje stawki roboczogodziny, jednakże stawki te uzależnione są od "Regionu" (np. dolnośląski, czy kujawsko-pomorski itd.) oraz mogą być minimalne, średnie czy maksymalne. Zdaniem Odwołującego powyższy zapis jest samowolnym wprowadzeniem zmian do treści Formularza 2.4., który stanowi treść SIWZ. Jednocześnie tak przedstawiona oferta jest zdaniem Odwołującego ofertą wariantową, gdyż odnosi się do różnych stawek roboczogodziny. Zdaniem Odwołującego Formularz 2.4. nie został wypełniony i w konsekwencji nie ma podstaw do ustalania stawek roboczogodziny w tej ofercie. Dodatkowo Odwołujący wskazał warunek 12.3 Szczególnych Warunków Kontraktu, który stanowi, iż będą stosowane ceny nie wyższe od średnich cen materiałów, sprzętu i transportu zgodnie z SEKOCENBUEM, jednakże z bezwzględnym wymogiem określenia jednoznacznych stawek roboczogodziny w przedmiotowym formularzu. Oferta konsorcjum STRABAG nie zawierająca takich danych zdaniem Odwołującego powinna zostać odrzucona.

Odwołujący wskazał także, że w ofercie STRABAG nie wprowadzono obowiązkowej zmiany odnośnie właściwego numeru Specyfikacji Technicznej (pozostawiono M.28.54.50, a według Odwołującego powinno być M.28.59.01 (strona 43 oferty). Ponadto zdaniem Odwołującego w ofercie tego wykonawcy pozycja 10 na str. 48 l. p.49 nie jest zgodna z zapisami SIWZ w świetle odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego w Modyfikacji Nr 1. pytanie 16 f). Zdaniem Odwołującego również z ww. powodów zachodzą przesłanki do odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP..

Odwołujący wniósł o 1) unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty, 2)

unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, 3) dokonanie ponownej prawidłowej oceny ofert z udziałem przywróconej oferty Odwołującego, 4) wykluczenie konsorcjum Mota Engil Polska i Mota Engil Engenharia e Construcao S.A. i odrzucenie jego oferty, 5) odrzucenie oferty konsorcjum STRABAG Sp. z o.o. / STRABAG AG. 6) dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający po rozpatrzeniu protestu odrzucił zarzuty dotyczące oferty konsorcjum STARBAG, twierdząc, że Odwołujący nie ma interesu prawnego w skarżeniu tej oferty, ponieważ jest to oferta mniej korzystania niż oferta Odwołującego. Pozostałe zarzuty podniesione w proteście Zamawiający oddalił.

Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający wyjaśnił, że w dwóch postępowaniach odwoławczych (sygnatura ak1 UZP/IO/O-781/06 oraz UZP/ZO/O-780/06) Zespoły Arbitrów rozpatrując odwołanie konsorcjum Mota - Engil. i konsorcjum STRABAG. Orzekły, że w zakresie punktu 1.2. Pozycja 9; strona 41 Lp. 68 kosztorysu prawidłową i zgodną z SIWZ ilością jest 22,80m. Przy ponownej ocenie ofert Zamawiający przychylił się do zdania Zespołu Arbitrów i uznał, że prawidłową ilością jest 22,80m. Według Zamawiającego należy zatem uznać w tej części ofertę konsorcjum Mota – Engil za prawidłową, a ofertę Odwołującego za błędną i podlegającą odrzuceniu.

Zamawiający oddalił także pozostałe zarzuty dotyczące oferty konsorcjum Mota Engil. Zdaniem Zamawiającego zarzut dotyczący polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej jest bezzasadny. Konsorcjum przedstawiło polisę obejmującą ubezpieczeniem działalność związaną z budownictwem ogólnym, inżynierią lądową i wodną (w tym wykonanie instalacji wodno - kanalizacyjnych), budowę dróg i mostów. prace ogólnobudowlane (w tym roboty towarzyszące innym branż). Polisa ta całkowicie obejmuje działalność tego wykonawcy

przy realizacji przedmiotowego zamówienia, tym samym zabezpieczając interes Zamawiającego. Zamawiający nie uznał również zarzutów odnośnie wypełnienia formularza 2.4. " Wykaz stawek i narzutów", Zdaniem Zamawiającego Konsorcjum Mota - Engil wypełniło w/w formularz w pozycji "robocizna" w kolumnie "stawka obliczeniowa" zgodnie z SIWZ, tzn. zamieściło zapis: "wg stawek przyjętych przy kalkulacji cen jednostkowych w kosztorysie ofertowym".

W odwołaniu Odwołujący nie zgodził się z oddaleniem jego zarzutów dotyczących odrzucenia jego oferty i potrzywał w całości zarzuty w tym zakresie podniesione w proteście.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucając protest w zakresie zarzutów dotyczących konsorcjum STRABAG w oparciu o brak interesu prawnego naruszył art. 180 ust. 5 PZP, błędnie uznając, iż Odwołujący nie jest podmiotem uprawnionym w rozumieniu tego przepisu i że zachodzą przesłanki do odrzucenia protestu. Według Odwołującego Zamawiający był obowiązany rozpatrzyć merytorycznie zarzuty Odwołującego dotyczące oferty konsorcjum STRABAG, a nie odrzucić protest w tym zakresie. Odwołujący w całości podtrzymał zarzuty podniesione w proteście w tym zakresie.

Odwołujący nie zgodził się również z oddaleniem protestu w zakresie zarzutów dotyczących wyboru przez Zamawiającego oferty Konsorcjum Mota Engil.

Odwołujący podniósł, że z treści rozstrzygnięcia wynika, że Zamawiający potwierdza brak objęcia polisą ubezpieczeniową w zakresie odpowiedzialności cywilnej całości przedmiotu prowadzonej działalności tego wykonawcy. Biorąc pod uwagę treść zapisu pkt 8.2.3 SIWZ, w którym Zamawiający żądał złożenia polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, w tym działalności zgodnej z przedmiotem niniejszego zamówienia, to zdaniem

Odwołującego przedstawienie polisy w węższym niż żądany przez Zamawiającego zakresie oznacza, iż zachodzą przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP, a przyjęcie takiej polisy przez Zamawiającego stanowi o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców, czyli o naruszeniu art. 7 ust. 1 Ustawy PZP. W ocenie Odwołującego, dowolne odstępstwa Zamawiającego od ustalonych w SIWZ zasad (w tym zakresu żądanych dokumentów) świadczy ewidentnie o preferowaniu konkretnego wykonawcy i uniemożliwia zachowanie uczciwej konkurencji

Odwołujący podtrzymał również zarzut w zakresie podstaw odrzucenia oferty tego wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy PZP, tj. z uwagi na brak stawek "Robocizny" w Formularzu 2.4 "Wykaz stawek i narzutów". Zapis "wg. stawek przyjętych przy kalkulacji cen jednostkowych w kosztorysie ofertowym" nie świadczy jego zdaniem o prawidłowym wypełnieniu Formularza 2.4. Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał sporządzenia kosztorysów ofertowych metodą kalkulacji uproszczonej, co skutkuje brakiem w kosztorysie ofertowym informacji na temat wysokości zastosowanych stawek dla robocizny na etapie prowadzonego postępowania. Stąd też, odwołanie się w Formularzu 2.4. do stawek, których nie ma w kosztorysie ofertowym przesądza o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Nie ma podstaw do ustalania cen w przypadku nieprzewidzianych robót, a zatem koniecznym było wskazanie stawki roboczogodziny, jaka będzie obowiązywać strony umowy w przypadku wystąpienia takich robót. Odwołujący wskazał, że doprecyzowaniem powyższych zastrzeżeń jest warunek 12.3 Szczególnych Warunków Kontraktu, który stanowi, iż na etapie realizacji kontraktu - ceny lub stawki będą nie wyższe niż zawarte w załącznikach do ofert. Zdaniem Odwołującego należy uznać, iż oferta nie zawierająca takich stawek, stanowiących punkt odniesienia, nie odpowiada treści SIWZ, a zatem podlega odrzuceniu.

W odwołaniu Odwołujący żądał: 1) uwzględnienia odwołania, 2) unieważnienia

czynności odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej, 3) nakazania Zamawiającemu dokonania powtórzenia czynności oceny ofert z udziałem przywróconej oferty Odwołującego, 4) nakazania Zamawiającemu wykluczenia i odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum Mota Engil Polska i Mota Engil Engenharia e Construcao S.A. oraz odrzucenia oferty Konsorcjum STARBAG Sp. z o.o./ STARBAG AG.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał zarzuty podniesione w proteście.

W toku rozprawy Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania podtrzymując swoje stanowisko zawarte w rozstrzygnięciu protestu.

Strony nie wniosły o przeprowadzenie innych dowodów niż przeprowadzone na rozprawie.

Zespół Arbitrów zauważył, co następuje:

W zakresie zarzutów dotyczących oferty Strabag Zespół Arbitrów podziela stanowisko Zamawiającego, że Odwołujący nie ma interesu prawnego w kwestionowaniu oferty o cenie wyższej niż własna w okoliczności, gdy podstawą oceny ofert jest wyłącznie cena. W podanym przez Odwołującego uzasadnieniu jego interesu, dotyczy on sytuacji hipotetycznej, jednej z możliwych i nieistniejącej na datę korzystania ze środków ochrony prawnej. Stąd też, całość zarzutów podniesionych przez Odwołującego w tym zakresie należało oddalić.

Zespół Arbitrów postanowił również oddalić zarzuty dotyczące oferty konsorcjum Mota Engil. Zarzut dotyczący polisy ubezpieczeniowej nie znajduje potwierdzenia w materiałach dowodowych sprawy, bowiem zarówno treść SIWZ i treść polisy obejmuje przedmiot zamówienia, co było wymogiem Zamawiającego. Również zarzut dotyczący niezgodności formularza 2.4 jest zarzutem niepotwierdzonym bowiem załączony do oferty formularz jest wypełniony zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Najistotniejsze w niniejszym postępowaniu jest dokonanie oceny czynności Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego jako sprzecznej z SIWZ.

Dokonując takiej oceny należy odpowiedzieć na pytanie, jak wobec ustalonego stanu faktycznego dotyczącego przekrycia dylatacyjnego wykonawca winien dokonać obliczenia ceny biorąc pod uwagę zapisy SIWZ i załączone TER.

Ustalony stan faktyczny dotyczy ilości przekrycia wskazanego w przedmiarach robót, modyfikacji nr 1 oraz w pozycji 68 i M.25.01.14 TER. W ramach tego stanu faktycznego bezsprzecznym jest występowanie sprzeczności między pozycją nr 68 i pozycją oznaczoną numerem specyfikacji technicznej. Należy brać pod uwagę stanowisko Zamawiającego, który określił jako prawidłową ilość przekrycia dylatacyjnego na 22,80 m.

Zdaniem Zespołu Arbitrów, mimo istnienia sprzeczności wykonawca winien przyjąć wartość określoną pozycją oznaczoną numerem specyfikacji technicznej. Przyjęcie innej wartości wymagałoby ustalenia, że faktycznie Zamawiający w tym zakresie dokonał zmiany, co wobec przyjętego na rozprawie stanowiska Zamawiającego oraz wobec okoliczności ustalonych na podstawie dokumentu modyfikacji nr 1 jest niedostatecznie udowodnione.

Nawet przyjęcie, iż podstawą obliczenia jest wartość określona przedmiarem robót nie zmienia sytuacji, bowiem przedmiar dotyczy pozycji 68, jest niezmienną pozycją TER, stanowisko Zamawiającego określa ilość na 22,80 m a brak jest możliwości weryfikacji tej ilości na podstawie innych dowodów, w tym dokumentacji technicznej.

Niewątpliwie, TER stanowią element treści SIWZ, tym samym treści oferty, stąd też oferta sporządzona niezgodnie z TER jest ofertą niezgodną z treścią SIWZ.

W tym stanie rzeczy postanowiono oddalić odwołanie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 5 i 6 ustawy - Prawo zamówień publicznych z uwzględnieniem kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa określonych wysokością faktury.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. Nr 19, poz. 177) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego wLarnau.....¹

Przewodniczący Zespołu Arbitrów: Małgorzata Czerwina
Arbitrzy: Mikołaj Mędry
MA



¹ Nie dotyczy postępowań wszczętych przed dniem 2 marca 2004 r.