

To jest w sprawie
złotej kartej
numeracja do 710. 44

Warszawa, dnia 21.10.2005 r.

PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Tomasz Czajkowski

UZP/DP/O - BBR/ 30770/05

Sąd Okręgowy
w Warszawie
Wydział V Cywilny Odwoławczy

Skarżący:

Skarb Państwa - Prezes Urzędu Zamówień Publicznych,
Al. J. Ch. Szucha 2/4, 00 – 582 Warszawa

Pozwani:

1. Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad,
Warszawa, ul. Żelazna 59
oraz wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:
2. MSF –Moniz da Maia, SERRA & FORTUNATO,
EMPREITEIROS S.A. ,
Avenida Columbano Bordalo Pinheiro, nr 52,
1070 – 064 Lizbona, Portugalia
3. TEODORO GOMES ALHO & FILHOS, LDA,
EN 378, Edificio TA, Apartado 1001 – Santana 2979-
908 Santana, Portugalia

adres dla doręczeń dt. pozwanych oznaczonych nr 2 i 3:
MSF –Moniz da Maia, SERRA & FORTUNATO,
EMPREITEIROS S.A.
Avenida Columbano Bordalo Pinheiro, nr 52,
1070 – 064 Lizbona, Portugalia

SKARGA

na wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 30 września 2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2702/05,
unieważniający postępowanie na budowę obwodnicy miasta Hrebennie w ciągu drogi
krajowej nr 17, odcinek od km 289 + 400 do km 291 + 406 wraz z remontem drogi
krajowej Nr 17 na odcinku Tomaszów Lubelski – Hrebennie, od km 211-170 do km 223-
300 w zakresie części I zamówienia obejmującej budowę obwodnicy miasta Hrebennie
w ciągu drogi krajowej nr 17, odcinek od km 289 + 400 do km 291 + 406.

Wyrokowi zarzucam:

- naruszenie art. 93 ust. 1 pkt. 7 oraz art. 146 ust. 1 pkt. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z dnia 9 lutego 2004 r. Nr 19, poz.177 ze zm.) poprzez błędną ich wykładnię i niewłaściwe zastosowanie.

Wnoszę o:

- uchylenie wyroku w całości,
- merytoryczne rozpoznanie odwołania.

UZASADNIENIE

Zamawiający – Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad z siedzibą w Warszawie wszczął postępowanie na budowę obwodnicy miasta Hrebenne w ciągu drogi krajowej nr 17, odcinek od km 289 + 400 do km 291 + 406 wraz z remontem drogi krajowej Nr 17 na odcinku Tomaszów Lubelski – Hrebenne, od km 211-170 do km 223–300.

Pismem z dnia 25 lipca 2005 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie Części I postępowania obejmującej budowę obwodnicy miasta Hrebenne w ciągu drogi krajowej nr 17, odcinek od km 289 + 400 do km 291 + 406, wskazując na ofertę konsorcjum firm MSF/TGA. Na tę czynność złożył protest inny uczestnik postępowania podnosząc, iż wykonawca ten powinien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż uczestnik zwycięskiego konsorcjum, firma MSF, przedłożyła zaświadczenie z Urzędu Rejestru Handlowego w Lizbonie wydane na więcej niż 6 miesięcy przed wymaganym przez zamawiającego terminem tj. 30 czerwca 2005 r. Ponadto, protestujący podniósł, iż oferta konsorcjum firm MSF/TGA nie odpowiada treści specyfikacji. Zamawiający oddalił protest w całości uzasadniając, iż wykonawca MSF ma siedzibę poza terytorium Polski, stąd nie miał obowiązku składania kwestionowanego oświadczenia – dokument ten nie był wymagany jako potwierdzający spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę, stąd wykonawca ten nie podlegał wykluczeniu ze względu na wskazywany w proteście zarzut. Ponadto, zamawiający nie stwierdził w ofercie konsorcjum firm MSF/TGA naruszenia wymagań określonych specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Od rozstrzygnięcia protestu wykonawca złożył odwołanie, w którym podtrzymał wskazywane w proteście zarzuty dotyczące niezgodności oferty MSF/TGA z treścią specyfikacji i wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert w związku z odrzuceniem oferty konsorcjum.

Wyrokiem z dnia 22 sierpnia 2005 r. (sygn.akt: UZP/ZO/0-2244/05) Zespół Arbitrów uwzględnił odwołanie i nakazał zamawiającemu powtórzenie oceny ofert.

Zamawiający wykonując powyższy wyrok Zespołu Arbitrów dokonał ponownej oceny ofert i odrzucił ofertę konsorcjum MSF/TGA wskazując jednocześnie na istnienie przesłanek do wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Na czynność odrzucenia jego oferty wykonawca MSF/TGA złożył protest podnosząc, iż przedstawił wszystkie wymagane przez zamawiającego, aktualne dokumenty. Ponadto podniósł, iż zawarł w swojej ofercie wszystkie informacje, których domagał się zamawiający w związku z przedmiotem zamówienia. Zamawiający podpierając się uzasadnieniem orzeczenia Zespołu Arbitrów oddalił protest wskazując na podstawy wykluczenia MSF/TGA z postępowania związane z faktem nie przedstawienia przez wykonawcę wymaganej, zdaniem zamawiającego informacji, dotyczącej typu i modelu samochodu. Ponadto, wskazując na argumentację przedstawioną w wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 22 sierpnia 2005 r. zamawiający wskazał na przyczyny odrzucenia oferty dotyczące niezgodności oferty z treścią specyfikacji. Wykonawca od rozstrzygnięcia protestu złożył odwołanie, w którym rozwinął on argumentację zawartą w proteście, polemizującą ze stanowiskiem zajęтым przez zamawiającego.

Wyrokiem z dnia 30 września 2005 r. Zespół Arbitrów nakazał unieważnienie postępowania w zakresie Części I zamówienia. Jako podstawa orzeczenia został wskazany art. 191 ust. 1 zd. 2 w związku z art. 93 ust. 1 pkt. 7 oraz art. 146 ust. 1 pkt. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zespół Arbitrów wskazał, iż zamawiający udzielając pismem z dnia 24 czerwca 2005 r. odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące treści specyfikacji oraz wyjaśnień z dnia 17 czerwca 2005 r. dokonał modyfikacji treści tej specyfikacji. Wartość zamówienia dla niniejszego postępowania przekroczyła kwotę 5.000.000 euro, zaś zamawiający dokonując modyfikacji treści specyfikacji nie przedłużył terminu składania ofert, który upływał dnia 30 czerwca 2005 r., czym naruszył art. 38 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. W szczególności, Zespół Arbitrów wskazał, iż zaniechanie czynności nakazanych ustawą (przedłużenia terminu składania ofert oraz zawiadomienia o tym fakcie wykonawców) naruszyło zasadę równego traktowania uczestników postępowania, a także miało wpływ na wynik postępowania. Wpływ ten, zdaniem Zespołu Arbitrów, przejawiał się w rozbieżnościach w zakresie zmodyfikowanych pismem z dnia 24 czerwca 2005 r. pozycji kosztorysowych. Ponadto, w powyższym wyroku została przytoczona treść pkt. 10.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którym w przypadku rozbieżności pomiędzy treścią specyfikacji a treścią udzielonych odpowiedzi lub protokołu z zebrania

wszystkich wykonawców, jako obowiązującą należy przyjąć treść pisma zawierającego późniejsze oświadczenie zamawiającego.

Interpretacja przepisów prawa dokonana przez Zespół Arbitrów w oparciu o okoliczności faktyczne sprawy, stanowiąca podstawę wydania wyroku unieważniającego postępowanie w niniejszej sprawie, narusza zasady określone ustawą – Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający, w ramach dokumentacji przetargowej postępowania na budowę obwodnicy miasta Hrebenne w ciągu drogi krajowej nr 17, odcinek od km 289 + 400 do km 291 + 406 wraz z remontem drogi krajowej Nr 17 na odcinku Tomaszów Lubelski – Hrebenne, od km 211-170 do km 223–300, Część I – budowa obwodnicy m. Hrebenne w ciągu drogi krajowej Nr 17, odcinek od km 289+ 400 do km 291 + 406 zawarł m.in. **kosztorys ofertowy i przedmiar robót** (tom IV dokumentacji, Rozdział 2 pkt. 2 i 3). W *kosztorysie ofertowym*, dotyczącym wskazanej Części I zamawiający wyszczególnił Roboty mostowe, obiekt Nr 1 – wiadukt nad linią kolejową nr 101 w km 290+987,00, które zostały oznaczone w kosztorysie literą C. Pozycje 46 – 48 kosztorysu sporządzonego przez zamawiającego (str. 18 tomu IV), w ramach Robót mostowych, o których mowa wyżej, zawierały w wyszczególnieniu elementów rozliczeniowych: wykonanie płyt przejściowych z betonu klasy B-30 w jednostce 36 m³, wykonanie zbrojenia płyt przejściowych ze stali A1 w jednostce 0,29 t oraz wykonanie zbrojenia płyt przejściowych ze stali ANI w jednostce 1,14 t. Wymienionym pozycjom kosztorysu odpowiadały pozycje nr 80 – 83 *przedmiaru robót* (str. 101 tomu IV), które obejmowały w opisie robót i obliczeniu ich ilości m.in. wykonanie płyt przejściowych z betonu klasy B-30 – betonowanie, izolacja płyt uwzględniona w izolacji ustroju, w jednostce 36 m³, wykonanie i montaż zbrojenia A I f 10-14 w jednostce 292,6 kg, wykonanie i montaż zbrojenia A III f 10-14 w jednostce 1137,4 kg oraz wykonanie i montaż zbrojenia A III f22 w jednostce 5951 kg.

Zamawiający udzielając w treści pisma z dnia 17 czerwca 2005 r. odpowiedzi na pytanie nr 38 dotyczące brakującej, zdaniem wykonawcy, pozycji w przedmiarze robót, wskazał omyłkowo na poz. 80 ślepego kosztorysu (kosztorysu ofertowego), tymczasem udzielona odpowiedź odnosi się w całości do przedmiaru robót w poz.80. Stąd też nie można przyjąć, iż zamawiający dokonał w ten sposób zmian numerów pozycji w ślepym kosztorysie. Zamawiający w powyższym piśmie wyraźnie rozróżnił dokonywane modyfikacje i odpowiedzi na pytania, zatem odpowiedzi na pytanie nr 38 nie zaliczył do wyszczególnionych w piśmie modyfikacji. Pozycje kosztorysu w omawianym zakresie robót mostowych zawierające tylko 58 pozycji nie uległy żadnej zmianie.

Zamawiający udzielając pismem z dnia 24 czerwca 2005 r. odpowiedzi na pytanie nr 80 również nie dokonał modyfikacji treści specyfikacji. Zadając swoje pytanie o ilość zbrojenia, którą powinna zwierać pozycja 48 ślepego kosztorysu wykonawca zwrócił też zamawiającemu uwagę, iż ten pomylił się w odpowiedzi na pytanie nr 38. W ramach dokonywanego wyjaśnienia zamawiający powołał się na uprzednio udzielone odpowiedzi oraz podał, iż do kalkulacji kosztów płyty przejściowej w poz. 46, 47 i 48 ślepego kosztorysu należy przyjąć: ilość betonu klasy B-30 - 6 m³, ilość stali zbrojeniowej AI – 292,6 kg oraz ilość stali zbrojeniowej AIII – 7088 kg. Wskazane przez zamawiającego dane odnoszą się do pozycji przedmiaru robót, gdyż tylko tam zostały zastosowane jednostki wskazane przez zamawiającego w odpowiedzi. Podana ilość stali zbrojeniowej AIII – 7088 kg wynika wprost z sumowania ilości stali A III zastosowanej do wykonania płyt przejściowych, rozbitej na dwa rodzaje w pozycji 83 przedmiaru robót, gdzie dla stali A III f 10-14 została wskazana ilość 1137,4 kg a dla stali A III f 22 została wskazana ilość 5951 kg, co łącznie stanowi ilość 7088,4 kg wskazaną w zaokrągleniu w odpowiedzi udzielonej pismem z dnia 24 czerwca 2005 r. Stąd nie można przyjąć za Zespołem Arbitrów, iż zamawiający dokonał w omawianym zakresie jakichkolwiek zmian specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na brak takich zmian wskazuje m.in. użycie przez niego zwrotu: „zgodnie z uprzednimi odpowiedziami”, co oznacza potwierdzenie informacji udzielonych dotychczas. Ponadto, należy zauważyć, iż zamawiający nie stwierdza, iż dokonuje zmian w treści pozycji 46 - 48 kosztorysu ślepego oraz pozycji 80 – 83 przedmiaru robót, ale wyjaśnia jakie ilości jednostek należy przyjąć do kalkulacji kosztów płyty przejściowej w elementach rozliczeniowych wskazanych w pozycjach 46 - 48 kosztorysu ślepego. Wymaga podniesienia, iż pozycje 80 – 83 przedmiaru robót, które pozostają w bezpośrednim związku z pozycjami 46 - 48 kosztorysu ślepego, pozostały niezmienione i, jak zostało wyżej wskazane, właśnie one stanowią punkt wyjścia do kalkulacji kosztów przedstawianych przez wykonawcę w kosztorysie ofertowym (ślepy) w poz. 46 - 48.

Stąd, nie można uznać, iż stanowiące podstawę skarżonego orzeczenia twierdzenie Zespołu Arbitrów o mających wpływ na wynik postępowania zmianach treści specyfikacji dokonanych przez zamawiającego pismami z dnia 17 czerwca 2005 r. i z dnia 24 czerwca 2005 r. w ramach pozycji 80 – 82 przedmiaru robót oraz pozycji 46 – 48 kosztorysu ofertowego było zgodne ze stanem faktycznym niniejszej sprawy. Wyjaśnienia udzielane przez zamawiającego w zakresie odpowiedzi na pytania nr 38 i nr 80 zawierają omyłki, na co wskazuje łącznie treść pozycji 46 - 48 kosztorysu ślepego oraz pozycji 80 – 83 przedmiaru robót. W sprawie nie zachodziła przesłanka z art. 38 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający dokonując modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedłuża termin składania ofert z uwzględnieniem czasu niezbędnego do wprowadzenia w ofertach zmian wynikających z tej modyfikacji, przy czym m.in.

w postępowaniach, w których wartość zamówienia na roboty budowlane przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 5.000.000 euro, czasem niezbędnym do wprowadzenia w ofertach zmian jest co najmniej siedem dni. Wyrok Zespołu Arbitrów nakazujący unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne w oparciu o nieistniejącą przesłankę został tym samym oparty o błędnie zastosowaną podstawę prawną i jako taki powinien zostać uchylony.

Przepis art. 93 ust. 1 pkt. 7 prawa zamówień publicznych nakłada na zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obciążone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z treścią tego przepisu koresponduje wyliczenie naruszeń postępowania skutkujące nieważnością umowy, dokonane art. 146 ust. 1 prawa zamówień publicznych, co pozwala na wskazanie m.in. przypadków, w których zachodzi bezwzględna konieczność unieważnienia postępowania. Jednym z takich przypadków jest opisana art. 146 ust. 1 pkt. 6 prawa zamówień publicznych sytuacja, na którą powołał się w niniejszej sprawie Zespół Arbitrów, kiedy w postępowaniu o zamówienie publiczne doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, a następnie naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania.

Tym samym, w przypadku unieważnienia postępowania w oparciu o przesłankę z art. 93 ust. 1 pkt. 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt. 6 Prawa zamówień publicznych musi istnieć bezpośredni związek pomiędzy faktem naruszenia przepisów ustawy a wynikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zespół Arbitrów nie wykazał jednak w uzasadnieniu orzeczenia związku pomiędzy faktem dokonania rzekomej zmiany w pozycji 46 kosztorysu ślepego z 36 m³ na 6 m³ betonu klasy B – 30 oraz zamianą pozycji 80, 81 i 82 na poz. 46, 47 i 48 kosztorysu ślepego a wynikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W szczególności nie można doszukać się takiego związku w rozbieżnościach pomiędzy poszczególnymi ofertami w zakresie rzekomo zmodyfikowanych pozycji kosztorysowych m.in. poz. 47 i 48. Związek ten wydaje się wątpliwy, zwłaszcza w kontekście treści przytoczonego w uzasadnieniu orzeczenia pkt. 10.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zgodnie z którym, w przypadku rozbieżności pomiędzy treścią specyfikacji a treścią udzielonych odpowiedzi lub protokołu z zebrania wszystkich wykonawców, jako obowiązującą należy przyjąć treść pisma zawierającego późniejsze oświadczenie zamawiającego.

Wskazywane przez Zespół Arbitrów rozbieżności w ofertach dotyczące pozycji kosztorysowych 47 i 48 nie musiały wynikać z faktu braku możliwości uwzględnienia powyższych wyjaśnień zamawiającego do treści specyfikacji istotnych warunków

zamówienia w treści ofert. Okoliczność związku pomiędzy tymi dwoma zdarzeniami nie została wykazana.

W szczególności zastosowanie przez wykonawcę w ofercie jako jednostki przeliczeniowej tony zamiast kilograma, co stanowiło m.in. przyczynę odrzucenia przez zamawiającego oferty odwołującego się, należy postrzegać w kategoriach zastosowania przez tego wykonawcę dozwolonej interpretacji treści specyfikacji, włączając w to dokonywane przez zamawiającego wyjaśnienia, nie zaś problemów z uwzględnieniem w ofercie zmian wprowadzonych takimi wyjaśnieniami.

Dodatkowo należy wskazać, iż żaden z wykonawców nie podnosił w stosunku do zamawiającego zarzutu dotyczącego braku możliwości złożenia w terminie oferty w związku z dokonanyymi przez tego zamawiającego pismem z dnia 24 czerwca 2005 r. rzekomymi zmianami treści specyfikacji.

Mając powyższe na względzie nie można uznać, iż w niniejszej sprawie zaistniały przesłanki unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt. 7 w związku z art. 146 ust. 1 pkt. 6 Prawa zamówień publicznych.

W oparciu o przedstawioną argumentację wnoszę o uwzględnienie skargi.

P R E Z E S
Urzedu Zamowien Publicznych
Tomasz Czajkowski
Tomasz Czajkowski

W załączeniu:

- dwa odpisy skargi