

Sygn. akt UZP/ZO/0-1110/05

## **WYROK**

**Zespołu Arbitrów z dnia 30 maja 2005 r.**

Zespół Arbitrów w składzie:

Przewodniczący Zespołu Arbitrów **Mirosław Tadeusz Martyn**

Arbitrzy: **Krystyna Krężel**

**Szymon Hiromi Nowak**

Protokolant **Wioletta Wierzejska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30.05.2005 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

**NCC Industri Polska Sp. z o.o., Wrocław, ul. Św. Mikołaja 7**

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

**Oddział w Poznaniu, Poznań, ul. Siemiradzkiego 5a**

protestu z dnia 29 kwietnia 2005 r.

**orzeka:**

1. *Unieważnia postępowanie.*

2. Kosztami postępowania obciąża **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad**  
**Oddział w Poznaniu, Poznań, ul. Siemiradzkiego 5a**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **3 463 zł 59 gr**  
(słownie: **trzy tysiące czterysta sześćdziesiąt trzy złote pięćdziesiąt dziewięć groszy**)  
z kwoty wpisu uiszczzonego przez **NCC Industri Polska Sp. z o.o., Wrocław, ul. Św. Mikołaja 7**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 00 gr**  
(słownie: **xxx**)  
przez **xxx** na rzecz **xxx**
- 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 **1 210 zł 41 gr**  
(słownie: **jeden tysiąc dwieście dziesięć złotych czterdzieści jeden groszy**)  
z rachunku środków specjalnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **NCC Industri**  
**Polska Sp. z o.o., Wrocław, ul. Św. Mikołaja 7.**

3. Uzasadnienie

*Odwołujący NCC Industri Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu – Oddział w Poznaniu oprotestował czynności zamawiającego – Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu polegające na:*

1. *nierównym traktowaniu wykonawców oraz prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,*

2. *dokonaniu wyboru oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Drogowego S.A. z siedzibą w Kaliszu, mimo, że oferta ta nie wyczerpuje ustawowych znamion oferty najkorzystniejszej,*
3. *nieodrzuconiu (zaniechaniu odrzucenia) ofert w/w wykonawcy,*
4. *niewłaściwym zastosowaniu przepisów ustawy pzp i ich błędną wykładnię,*
5. *niewykluczeniu (zaniechaniu wykluczenia) konsorcjum SKANSKA S.A. (lider) oraz BALTOM sp. z o.o. (partner),*
6. *nieodrzuconiu (zaniechaniu odrzucenia) oferty w/w konsorcjum,*
7. *niewykluczeniu (zaniechaniu wykluczenia) konsorcjum STRABAG Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwa Robót Drogowych i Mostowych „RDM Piła”,*
8. *nieodrzuconiu (zaniechaniu odrzucenia) oferty opisanego wyżej konsorcjum,*
9. *wykluczeniu protestującego,*
10. *odrzuconiu oferty protestującego,*
11. *dokonaniu czynności sprzecznej z ustawą lub mającej na celu jej obejście,*

*w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „wykonanie remontu drogi krajowej nr 25 na odcinku Rychwał – Zbiersk od km 276+440 do km 276+900 i od km 278+700 do km 279+700 długości 11,54km”.*

*(Dowód : protest z dnia 29.04.2005r.)*

*Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, 2 pkt 5 w zw. z art. 91 ust.1 89 ust. 1 pkt 1 i 6, 87 ust. 2 i 88 pkt 1 ppkt a,24 ust.1 pkt 10, 24 ust.4, 24 ust.2 pkt 3, art. 24 ust. 1 pkt 10, ustawy z dnia 29.01.2004r.- prawo zamówień publicznych (Dz.U. nr 19, poz. 177 z póź. zm.) oraz art. 5 kc, art. 58 § 1 i 2 kc w zw. z art. 14 cyt. Ustawy pzp, a także art. 22 w zw. z art. 8 Konstytucji RP .*

*Zamawiający w dniu 04.05.2005r. protest oddalił w części dotyczącej odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Drogowego S.A. w Kaliszu, w pozostałej części protest został uwzględniony. Unieważniono rozstrzygnięcie i Komisja Przetargowa ponownie dokonała*

*czynności oceny ofert. Jako najkorzystniejszą wybrano ponownie ofertę Przedsiębiorstwa Budownictwa Drogowego SA z Kalisza.*

*Jako uzasadnienie swego stanowiska w zakresie oddalającym protest Zamawiający podał, iż nie naruszył wymienionych w proteście przepisów prawa. Zdaniem Zamawiającego w ofercie wygrywającej wystąpiła omyłka rachunkowa polegająca na błędnym wyliczeniu iloczynu ilości robót i ceny jednostkowej. W takiej sytuacji powołując się na art. 88 pkt. 1 ppkt a cyt. ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający poprawił wartość tej pozycji. Powołując się na art. 88 pkt 2 ppkt a poprawiono cenę korygując pozycję: „razem netto”, „roboty nieprzewidziane (5%)”, „ogółem netto”, „podatek VAT w wysokości 22%” i „ogółem brutto”. Zdaniem Zamawiającego jeśli poprawiono omyłkę rachunkową w poz. 42 to należało również poprawić konsekwentnie wszystkie pozostałe elementy kosztorysu ofertowego składające się na cenę. Zamawiający poinformował wykonawców o poprawieniu omyłki, a PBD S.A. z Kalisza wyraziło zgodę na poprawienie omyłki rachunkowej.*

*Z takim rozstrzygnięciem nie zgodził się Odwołujący, który w dniu 09.05.2005r.wniósł odwołanie. W odwołaniu podtrzymał w całości zarzuty podniesione w proteście. Podtrzymano zarzuty uwzględnione przez Zamawiającego oraz oddalone.*

*Odwołujący domaga się:*

- 1. unieważnienia rozstrzygnięcia przetargu,*
- 2. odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Drogowego S.A. z siedzibą w Kaliszu,*
- 3. wykluczenia z postępowania konsorcjum SKANSKA S.A. (Lider) oraz BALTOM Sp. z o.o. (Partner) i w ślad za tym odrzucenie jego oferty,*
- 4. wykluczenie z postępowania konsorcjum STRABAG Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwa Robót Drogowych i Mostowych „RDM Piła” sp. z o.o. i w ślad za tym odrzucenie jego oferty,*

5. *unieważnienie decyzji Zamawiającego o wykluczeniu protestującego z postępowania i w ślad za tym o odrzuceniu jego oferty i przywrócenie jej do postępowania,*
6. *dokonanie oceny oferty protestującego,*
7. *wybór oferty firmy NCC Industri Polska sp. z o.o. i udzielenie jej zamówienia,*
8. *powiadomienie pozostałych uczestników postępowania o wniesionym proteście.*

*Zespół Arbitrów na posiedzeniu ustalił, że spełnione zostały wymogi formalne do rozpoznania odwołania na rozprawie.*

*Na rozprawie Odwołujący podtrzymał zarzuty podniesione w odwołaniu i dodatkowo wyjaśnił, że Zamawiający najpierw rozstrzygnął postępowanie a dopiero później uzyskał zgodę na poprawienie omyłki. Nadto przepisy nie przewidują możliwości takiego poprawiania omyłki, jaką zastosował Zamawiający. W szczególności nie można poprawić wartości podatku VAT.*

*Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i wyjaśnił, co następuje: oferent wyraził zgodę na poprawienie omyłki w ustawowym terminie, czyli w ciągu 7 dni od dnia otrzymania informacji o poprawce. Działania Zamawiającego były zgodne z art. 88 pkt 1 a ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający narzucił wykonawcom ujęcie 5% wartości netto jako rezerwy na roboty nieprzewidziane.*

*Rozpoznając odwołanie zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy – prawo zamówień publicznych, w zakresie podniesionych w proteście zarzutów, Zespół Arbitrów wziął pod uwagę i zważył, co następuje:*

*Na podstawie analizy przedłożonych dokumentów, oraz po wysłuchaniu stanowisk stron zaprezentowanych na rozprawie, ustalono, iż w niniejszej sprawie zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania z urzędu. Mianowicie Zamawiający w ppkt 11.3 SIWZ umieścił zapis „cena oferty brutto winna zawierać kwotę warunkową (rezerwę na roboty nieprzewidziane) w wysokości 5% zsumowanych wartości elementów scalonych brutto. Zgodnie z regułami ustawy Prawo zamówień publicznych SIWZ powinna obejmować szczegółowy wykaz*

*prac przewidzianych do realizacji. Art. 33 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że przy ustaleniu wartości zamówienia na roboty budowlane ustala się je na podstawie kosztorysu sporządzonego na etapie opracowywania dokumentacji projektowej przepisy nie przewidują możliwości umieszczenia w kosztorysie pozycji roboty nieprzewidziane. Dokumentacja projektowa powinna określać dokładnie, co ma być wykonane. Skoro Zamawiający wymagał od oferentów podania kwoty przeznaczonej na roboty nieprzewidziane, to tym samym mamy do czynienia z sytuacją, iż zachodzą ustawowe przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Wadą tą jest umieszczenie w kosztorysie ślepym pozycji: „rezerwa na roboty nieprzewidziane 5% wartości elementów scalonych brutto”. Ten sam zapis pojawił się w punkcie 113 SIWZ. Na marginesie wskazać należy, że podczas rozprawy Zamawiający stwierdził, że 5% należy liczyć od kwoty netto. Również ta rozbieżność wskazuje, iż postępowanie Zamawiającego obarczone jest wadą. Przepisy przewidują możliwość udzielania robót dodatkowych lub uzupełniających. Nie można jednak wymagać od oferentów, by na etapie składania ofert określali oni stały procent na roboty nieprzewidziane. Ponieważ w sprawie zaszyły przesłanki z art. 199 ust. 3 w związku z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stąd Zespół Arbitrów nie rozważał dalszych kwestii podnoszonych w odwołaniu, stwierdzając jedynie, że odwołanie dotyczy zarówno zarzutów, których Zamawiający nie uwzględnił przy rozpatrywaniu protestu jak i tych, które zostały przez Zamawiającego uwzględnione. Ponieważ w sprawie Zamawiający musi przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego od nowa stąd będzie on miał możliwość uniknięcia innych błędów w trakcie postępowania.*

*Ponieważ Zespół Arbitrów unieważnił postępowanie, a Odwołujący nie wnosił o przyznanie zwrotu kosztów zastępstwa procesowego stąd o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191. ust. 5 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.*

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 w .....

Przewodniczący Zespołu Arbitrów: .....

Arbitrzy: .....

.....

---

<sup>1</sup> Nie dotyczy postępowań wszczętych przed dniem 2 marca 2004 r.