

Sygn. akt KIO/UZP 1255/08

WYROK

z dnia 20 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

**Członkowie: Anna Packo
Małgorzata Rakowska**

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BUDIMPOL Sp. z o.o., ul. Mroźna 13A, 03-654 Warszawa (lider konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ELPRIM Sławomir Krzemiński, Leszek Kozłowski Sp. j.**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Centrum Szkolenia Policji, ul. Zegrzyńska 121, 05-121 Legionowo** protestu z dnia 17 października 2008 r.

przy udziale **Przedsiębiorstwa Budowlano – Usługowo - Handlowe "Agat" Sp. z o.o., ul. Domaszowska 106, 25-320 Kielce** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. Kosztami postępowania obciąża **Centrum Szkolenia Policji, ul. Zegrzyńska 121, 05-121 Legionowo**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BUDIMPOL Sp. z o.o., ul. Mroźna 13A, 03-654 Warszawa (lider konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ELPRIM Sławomir Krzemiński, Leszek Kozłowski Sp. j.,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Centrum Szkolenia Policji, ul. Zegrzyńska 121, 05-121 Legionowo** na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BUDIMPOL Sp. z o.o., ul. Mroźna 13A, 03-654 Warszawa (lider konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ELPRIM Sławomir Krzemiński, Leszek Kozłowski Sp. j.,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz kosztów zastępstwa prawnego.
- 3) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: BUDIMPOL Sp. z o.o., ul. Mroźna 13A, 03-654 Warszawa (lider konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ELPRIM Sławomir Krzemiński, Leszek Kozłowski Sp. j.**

Uzasadnienie

W dniu 21.08.2008 r., Centrum Szkolenia Policji w Legionowie, ul. Zegrzyńska 121, 05-121 Legionowo (zwane dalej Zamawiającym), ogłosiło postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Wykonanie adaptacji Ośrodka Szkoleniowo-Hotelowego w Białobrzegach i w tym samym dniu zamieściło Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 10.10.2008 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej – za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez „Przedsiębiorstwo Budowlano-Uługowo-Handlowe „AGAT”, Spółka z o. o. z siedzibą: 25-320 Kielce, ul. Domaszowska 106, z ceną 12 338 891,77 złotych.

W dniu 17.10.2008 r. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: BUDIMPOL Sp. z o.o., ul. Mroźna 13A, 03-654 Warszawa (lider konsorcjum) oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ELPRIM Sławomir Krzemiński, Leszek Kozłowski Sp. j. (dalej: Odwołujący) – złożyli protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 24.10.2008 r. poprzez jego częściowe oddalenie, w tym samym dniu informując o swojej decyzji Odwołującego. Odwołujący w dniu 29.10.2008 r. (wpływ bezpośredni) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

Oferta złożona przez Odwołującego została sklasyfikowana jako czwarta w rankingu cenowym.

Zarówno w proteście i odwołaniu, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 i art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8 Prawa zamówień publicznych, wskazując, że Zamawiający zaniechał odrzucenia ofert złożonych przez

- 1) Przedsiębiorstwo Budowlano-Uługowo-Handlowe "AGAT" Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach przy ul. Domaszowskiej 106,
- 2) Przedsiębiorstwo Budowlano Handlowe "REMEX" Krzysztof Wrzosek, Andrzej Cudny Sp. jawna,
- 3) Przedsiębiorstwo Budowlano -Uługowe DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach przy ul. Zagnańskiej 153,
- 4) firmę Roboty Ogólnobudowlane i Remontowe Lis Paweł z siedzibą w Warszawie przy ul. Potockiej 29/1,

(Zamawiający uwzględnił protest w części dotyczącego odrzucenia oferty złożonej przez Andrzeja Zaboklickiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ZAB-BUD

Andrzej Zaboklicki z siedzibą w Warszawie przy ul. Nowosieleckiej 14a, wobec czego Izba nie brała pod uwagę zarzutów protestu w tym zakresie);

ponieważ:

- 1) treść tych ofert jest sprzeczna z treścią SIWZ, jako że nie załączono do nich zestawienia materiałów wymaganego w SIWZ, a to powinno skutkować odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych,
- 2) oferty te są nieważne na podstawie odrębnych przepisów, ponieważ w kosztorysach do nich załączonych zaproponowano materiały, które nie tylko nie są dopuszczone do obrotu, ale ich oferowanie stanowi przestępstwo, co powinno skutkować odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych (dotyczy to uszchelek płaskich azbestowo-kauczukowych oraz xylamitu popularnego).

Zamawiający oddalając protest stwierdził, że skoro SIWZ nie określała formy i zakresu informacji, jakie powinny się znaleźć w zestawieniu materiałów, to wykonawcy mogli złożyć takie zestawienia w dowolnej formie, a zestawienia złożone w oprotestowanych ofertach Zamawiający uznał za wystarczające. Natomiast odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaoferowania materiałów wycofanych z obrotu, powołał się na § 7 ust. 7 projektu umowy i podniósł, iż będzie żądał od wykonawcy w trakcie realizacji umowy użycia materiałów, które posiadają stosowne dokumenty poświadczające dopuszczenie do obrotu. W takich okolicznościach nie można więc uznać argumentów Odwołującego, iż którykolwiek z wykonawców zastosuje wyroby budowlane, które takich dokumentów nie posiadają. Zamawiający stwierdził również, że wskazanie w oprotestowanych ofertach materiałów zakwestionowanych przez Odwołującego nie jest równoznaczne z zastosowaniem ich podczas realizacji umowy, a wynika wyłącznie z użycia do przygotowania kosztorysu programu do kosztorysowania NORMA, w którym nakłady rzeczowe są ustalane „między innymi na podstawie KNR gdzie występują pozycje materiałów już nie stosowanych w obrocie handlowym”.

Odwołujący w odwołaniu podtrzymał dotychczasowe zarzuty i wniósł o powtórny ocenę ofert.

W dniu 23.10.2008 r. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpiło Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowo-Handlowe „AGAT” (zawiadomione o wniesieniu protestu w dniu 20.10.2008 r. zwane dalej Przystępującym), które następnie w dniu 6.11.2008 r. przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego prezentowanego w odniesieniu do rzekomych braków w zestawieniach materiałów w oprotestowanych ofertach. Izba ustaliła, że Zamawiający rzeczywiście nie zamieścił w SIWZ żadnych wskazówek, w jaki sposób należy przygotować zestawienie materiałów, tzn. nie określił, jakie informacje powinny być zawarte tamże. Zamawiający w SIWZ jedynie określił, że zestawienie materiałów ma zostać dołączone w formie „odrębnego dokumentu” (strona 7 i nn. SIWZ).

W świetle powyższego, nie można zaakceptować twierdzeń Odwołującego, że kwestionowane zestawienia materiałów powinny być właśnie takie, jak oczekuje Odwołujący (tzn. bardziej szczegółowe, zawierające więcej informacji poprzez wymienienie skonkretyzowanych materiałów). Powyższe stwierdzenie dotyczy wszystkich zestawień materiałów w ofertach oprotestowanych przez Odwołującego.

Wobec powyższych okoliczności, Izba nie znajduje podstaw do odrzucenia tychże ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, z powodu treści zestawień materiałów załączonych do ofert.

Natomiast Izba uznała za uzasadniony zarzut dotyczący zaoferowania w oprotestowanych ofertach materiałów niedopuszczonych do obrotu, tzn. uszczelek płaskich azbestowo-kauczukowych oraz xylamitu popularnego.

Izba analizując tak postawiony zarzut dokonała następujących ustaleń:

Cena ofertowa określona w postępowaniu była ceną ryczałtową, kosztorysy ofertowe miały dla Zamawiającego charakter pomocniczy i informacyjny (zostało to jednoznacznie określone w SIWZ i nie było sporne między stronami).

We wzorze umowy będącym załącznikiem do SIWZ Zamawiający w § 1 ust 2 postanowił, iż szczegółowe dane określające lokalizację, przedmiot, zakres i harmonogram robót przedsięwzięcia zawiera między innymi „Oferta WYKONAWCY, (kosztorys ofertowy)”.

Ponadto w § 7 w ust. 1 i 2 Zamawiający postanowił, że „1. Wyroby budowlane, które zostaną zastosowane do wykonania przedmiotu umowy, powinny odpowiadać ściśle, co do nazwy, właściwości oraz ilości, wyrobom budowlanym jakie WYKONAWCA podał w złożonym w ofercie i wycenionym przez siebie kosztorysie ofertowym (w tym w zestawieniu materiałów), o którym mowa w § 1. Zastosowane wyroby muszą spełniać warunek wprowadzenia na polski rynek zgodnie z Ustawą z dnia 16 kwietnia 2004 roku „o wyrobach budowlanych”.

2. W przypadku gdy WYKONAWCA w sporządzonym przez siebie kosztorysie ofertowym lub w zestawieniu materiałów, o których mowa w § 1, przedstawił wyrób budowlany bez określenia: parametrów technicznych i/lub nazwy handlowej i/lub nazwy producenta, odpowiednio do określenia wyrobu budowlanego dokonanego przez ZAMAWIAJĄCEGO

w Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych i Dokumentacji Projektowej WYKONAWCA zobowiązany jest zastosować wyrób budowlany stosownie do opisów zawartych w Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych i Dokumentacji Projektowej, o której mowa w § 1.”

W oprotestowanych ofertach zarówno w kosztorysach ofertowych, jak i w zestawieniach materiałów, zaproponowano wykonanie elementów przedmiotu zamówienia przy pomocy uszczelek płaskich azbestowo-kauczukowych oraz xylamitu popularnego (zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący, nie zakwestionowali spostrzeżeń Odwołującego odnośnie zastosowania tychże materiałów, jednak nie podzielali wniosków Odwołującego co do skutków prawnych wynikających z tego faktu).

Należy przyznać słuszność Zamawiającemu i Przystępującemu, iż w przypadku ceny ryczałtowej i tak skonstruowanych postanowieniach SIWZ, jak w niniejszym postępowaniu, odnoszących się do sposobu obliczenia ceny, ewentualne błędy w kosztorysach ofertowych co do ilości pozycji czy zakresu robót nie miałyby znaczenia. Jednak spostrzeżenia Odwołującego odnośnie zastosowania skonkretyzowanych materiałów, nie dotyczą tego rodzaju uchybień.

Wykonawcy w oprotestowanych ofertach zaproponowali materiały - uszczelki płaskie azbestowo-kauczukowe oraz xylamit popularny – które w sposób ewidentny są sprzeczne z oczekiwaniami Zamawiającego (oczywiste jest, że Zamawiający oczekiwał materiałów dopuszczonych do obrotu, ponadto bezwzględny zakaz stosowania omawianych materiałów wynika z ustawy z dn. 19 czerwca 1997 r. o zakazie stosowania wyrobów zawierających azbest).

Nie można zaakceptować stwierdzenia Zamawiającego zawartego w rozstrzygnięciu protestu, iż wskazanie w oprotestowanych ofertach materiałów zakwestionowanych przez Odwołującego nie jest równoznaczne z zastosowaniem ich podczas realizacji umowy, ponieważ przeczą temu postanowienia SIWZ, w szczególności zacytowany wyżej § 1 i 7 wzoru umowy. Zamawiający postanowił, że kosztorys ofertowy wraz z zestawieniem materiałów stanie się integralną częścią umowy, a wykonawca będzie miał obowiązek zastosować materiały wskazane przez niego w ofercie (kosztorysie ofertowym i zestawieniu materiałów); Zamawiający zastrzegł, że gdyby wykonawca w ofercie nie skonkretyzował zaoferowanych materiałów w sposób wystarczający, wówczas podczas realizacji umowy ma obowiązek użyć materiałów o parametrach określonych w SIWZ. Wykonawcy w oprotestowanych ofertach jednak w sposób wystarczająco skonkretyzowany wskazali, za pomocą jakich materiałów wykonają przedmiot zamówienia – i bezsprzecznie są to materiały niedopuszczone do obrotu, a więc sprzeczne ze SIWZ. Określenia „uszczelki kauczukowo-azbestowe” i „xylamit” w sposób jednoznaczny określają właściwości wyrobu budowlanego

zaoferowanego w ofercie, zatem będzie należało do nich zastosować § 7 ust. 1 wzoru umowy, a nie § 7 ust. 2.

Zgodnie z powyższymi ustaleniami, Wykonawcy, którzy zaproponowali użycie materiałów zawierających azbest, zgodnie z § 7 ust. 1 wzoru umowy, musieliby użyć do wykonania przedmiotu zamówienia właśnie takich wyrobów. Takiego działania nie można usprawiedliwić oparciem się programu kosztorysowego na nieaktualnych Katalogach Nakładów Rzeczowych; wykonawcy są profesjonalistami w swojej dziedzinie, i nie można przyjąć, że materiały zaoferowali nieświadomie czy przez pomyłkę. Na marginesie, należy zauważyć, że wobec zaoferowania materiałów niezgodnych z SIWZ, niedopuszczonych do obrotu, rzeczywiście w lepszej sytuacji jest Odwołujący - nawet jeżeli nie zaoferował wprost żadnych zamienników - bowiem właśnie w jego sytuacji znajdzie zastosowanie § 7 ust. 2 wzoru umowy, a nie § 7 ust. 1; jednak zróżnicowanie sytuacji uczestników postępowania nie jest w tym wypadku nierównym traktowaniem wykonawców, lecz wynika z różnego charakteru i zakresu informacji, jakie podali w ofertach.

Wobec powyższych ustaleń, potwierdził się zarzut Odwołującego wskazujący na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 8 Prawa zamówień publicznych, w konsekwencji czego Izba nakazała powtórzenie czynności oceny ofert w tym zakresie. W takich okolicznościach, wobec przytoczonych postanowień SIWZ, a w szczególności wzoru umowy, Zamawiający winien ponownie zbadać i ocenić oferty, w których zaoferowano wykonanie przedmiotu zamówienia z użyciem uszczelek płaskich azbestowo-kauczukowych oraz xylamitu popularnego.

Nie potwierdził się podnoszony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 7 Prawa zamówień publicznych, którego podstawę Odwołujący upatrywał w nierównym traktowaniu wykonawców. Z podjętych przez Zamawiającego czynności nie wynika bowiem, aby traktował on wykonawców w sposób zróżnicowany. Nierówne traktowanie wykonawców można byłoby stwierdzić wówczas, gdyby przy identycznych (bądź bardzo podobnych) stanach faktycznych dotyczących obu uczestników postępowania Zamawiający dokonał innych czynności, a taka sytuacja w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie miała miejsca. Izba nie brała pod uwagę przy orzekaniu oferty złożonej przez Andrzeja Żaboklickiego, ponieważ zarzuty do niej się odnoszące - wobec uwzględnienia protestu w tym zakresie - nie zostały podtrzymane w odwołaniu.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Uwzględniono koszty zastępstwa Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), bowiem jest to maksymalna kwota, określona przez par. 4 ust. 1 pkt 2 lit. b Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Warszawa-Praga**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....