

Sygn. akt: KIO/UZP 987/08

**WYROK**  
**z dnia 30 września 2008 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz**  
**Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Dorota Witak**

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu/~~ rozprawie\* w dniu ~~w dniach\*~~ 30 września 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „Mega Bruk” Usługi w zakresie budownictwa drogowego, Jacek Sztolcman, 42-100 Kłobuck, ul. Górnicza 1 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Gminę Dąbrowa Zielona, 42-265 Dąbrowa Zielona, Plac Kościuszki 31 protestu ~~protestów\*~~ z dnia 27 sierpnia 2008 r.

przy udziale wykonawcy Zakład Budownictwa Drogowego Wodno-Kanalizacyjnego i Transportu Edward Hucz, 42-283 Boronów, ul. 3-go Maja 27 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

**2. kosztami postępowania obciąża Gminę Dąbrowa Zielona, 42-265 Dąbrowa Zielona, Plac Kościuszki 31**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty

wpisu uiszczanego przez „Mega Bruk” Usługi w zakresie budownictwa drogowego, Jacek Sztolcman, 42-100 Kłobuck, ul. Górnicza 1,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **6 992,00 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy dziewięćset dziewięćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Gminę Dąbrowa Zielona, 42-265 Dąbrowa Zielona, Plac Kościuszki 31** na rzecz „Mega Bruk” Usługi w zakresie budownictwa drogowego, Jacek Sztolcman, 42-100 Kłobuck, ul. Górnicza 1, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) 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 „Mega Bruk” Usługi w zakresie budownictwa drogowego, Jacek Sztolcman, 42-100 Kłobuck, ul. Górnicza 1

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pn.: „Przebudowa chodnika w ciągu drogi wojewódzkiej nr 786 w miejscowości Olbrachcice w gminie Dąbrowa Zielona tj. od km 28+484 do km 30+367,83”, zostało wszczęte przez Gminę Dąbrowa Zielona, ul. Pl. Kościuszki 31, 42-265 Dąbrowa Zielona zwaną dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 166693-2008 z dnia 21.07.2008 r.

W dniu 25.08.2008 r. Zamawiający przekazał faxem, a następnie pocztą uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego, a także umieścił na stronie internetowej, zawiadomienie z dnia 22.08.2008 r. o wyborze oferty firmy: Zakład Budownictwa Drogowego Wodno-Kanalizacyjnego i Transportu Edward Hucz, ul. 3-Maja 27, 42-283 Boronów zwanej dalej: „ZBDW-KiT Edward Hucz” albo „Przystępującym”.

W dniu 27.08.2008 r. (wpływ bezpośredni) na podstawie przepisu art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr

223, poz. 1655), zwanej dalej: „Pzp” firma: Jacek Sztolcman - Usługi w Zakresie Budownictwa Drogowego „Mega Bruk – Jacek Sztolcman”, ul. Górnicza 1, 42-100 Kłobuck zwana dalej: „Protestującym” albo „Odwołującym” złożyła protest w odniesieniu do zawiadomienia z dnia 22.08.2008 r. z tytułu nieodrzczenia oferty firmy wybranej i wybrania w/w przedsiębiorstwa jako zwycięzcę przedmiotowego przetargu wnosząc o:

1. odrzucenia oferty i wykluczenia firmy wybranej z postępowania
2. wybór oferty Protestującego jako najlepszej i zawarcie z nim umowy o wykonanie zadania określonego w przetargu.

Ewentualnie wniósł o unieważnienie przetargu.

Protestujący stwierdził, iż posiada legitymację do złożenia niniejszego protestu, albowiem w wyniku podjęcia przez Zamawiającego w toku w/w przetargu zaskarżonych czynności w sposób niezgodny z przepisami, nie została wybrana najkorzystniejsza oferta składającego protest.

Podniósł, iż Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt) 2 Pzp.

Stwierdził, iż zgodnie z postanowieniami SIWZ każdy oferent winien złożyć:

- 1) prawidłowo wypełniony kosztorys ofertowy, zgodnie z załączonym do SIWZ przedmiarem robót i zmianami wprowadzonymi do SIWZ i przedmiaru robót pismami o nr ZP 341/1/10/08 otrzymanymi od Zamawiającego faxem w dniu 08.08.2008 r. i 11.08.2008 r.,
- 2) ważne wadium,
- 3) wykaz wykonanych robót potwierdzających wykonanie dwóch robót budowlanych odpowiadających przedmiotowi zamówienia.

Jednakże oferta złożona przez ZBDW-KiT Edward Hucz nie zawiera ww. elementów.

I tak:

Ad. 1)

Oferta wybrana przez Zamawiającego w złożonym kosztorysie nie uwzględnia zmian wprowadzonych przez Zamawiającego w/w pismami, co niezgodne jest z zapisami w pkt) 10 SIWZ, tj. wszelkie modyfikacje, uzupełnienia i ustalenia oraz zmiany, w tym zmiany terminów jak również pytania Wykonawców wraz z wyjaśnieniami stają się integralną częścią SIWZ i będą wiążące przy składaniu ofert.

Ad. 2)

Oferent wybrany do złożonej oferty nie dołączył ważnego wadium, wadium powinno obejmować okres związania ofertą. Bieg terminu rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert zgodnie z zapisem w pkt) 11 SIWZ. Przetarg odbył się 14.08.2008 r. więc ważność wadium wymagana jest do 13.09.2008 r., a nie do 12.09.2008 r. jak widnieje na wadium.

Ad. 3)

Ponadto, Oferent wykazał jedynie wykonanie jednej roboty budowlanej odpowiadającej swym zakresem przedmiotowi zamówienia, którą „ewentualnie” mógł wziąć pod uwagę przy ocenie ofert Zamawiający, a nie dwie roboty budowlane odpowiadających swym zakresem przedmiotowi zamówienia, tak jak wymagał w pkt) 8 ppkt) 10 SIWZ Zamawiający. Biorąc powyższe pod uwagę, jak podniósł Protestujący, należy stwierdzić, iż działania Zamawiającego, który nie odrzucił niniejszej oferty jako niezgodnej z wymaganiami SIWZ i nie wykluczył tego Wykonawcy z postępowania naruszają przepisy Pzp, a w szczególności art. 7 ust. 1. Tym samym Zamawiający, jego zdaniem, nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w rozumieniu art. 2 pkt) 5 Pzp. Oprotestowana czynność spowodowała naruszenie określonych wyżej przepisów Pzp oraz spowodowała uszczerbek w interesie prawnym Protestującego, polegający na tym, że nie przyznano zamówienia, które zgodnie z warunkami przetargu oraz na podstawie złożonej oferty było mu należne.

Dodatkowo, stwierdził, iż Zamawiający nie zachował jawności postępowania, ponieważ w dniu 19.08.2008 r. nie udostępnił Protestującemu oferty wybranej, udostępniając natomiast starszą ofertę tego samego Wykonawcy, czym naruszył jawność postępowania.

W dniu 28.08.2008 r. Zamawiający faxem, a następnie pocztą przesłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 02.09.2008 r. (wpływ bezpośredni) do postępowania protestacyjnego będącego wynikiem protestu przyłączył się: ZBDW-KiT Edward Hucz w zakresie zarzutów po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie wniesionego protestu w całości, jako bezzasadnego.

Stwierdził, iż zgodnie z zapisem pkt) 8 ppkt) 2 SIWZ oferta winna zawierać szczegółowy kosztorys ofertowy według załączonego do SIWZ przedmiaru robót.

Uznał, iż zarzut w zakresie nie uwzględnienia w kosztorysie ofertowym zmian wprowadzonych przez Zamawiającego pismami z dnia 07.08.2008 r., 08.08.2008 r. i 11.08.2008 r. jest chybiony, gdyż Przystępujący spełnił wymagania pkt) 10 SIWZ uwzględniając w kosztorysie ofertowym w całości uzupełnienia, zgłoszone przez Zamawiającego, np. odpowiedź na pytania z dnia 11.08.2008 r. - pytanie nr 2 pozycja w kosztorysie ofertowym nr 10 (dotyczy trójkników). Powyższe w pełni odnosi się do innych elementów.

W zakresie zarzutu dotyczącego wadium Przystępujący stwierdził, iż zgodnie z zapisem pkt. 11 SIWZ termin związania ofertą wynosi 30 dni. Zaś bieg terminu rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. W oparciu o zapis pkt) 14 SIWZ terminu składania ofert upływał w dniu 14.08.2008 r. o godz.11:00. Stąd więc termin wniesienia wadium winien być liczony od dnia 14 08.2008 r., a nie od dnia 13.08.2008 r. jak twierdzi

Protestujący. Powyższe, ma odnieść do zapisu art. 45 ust. 3 Pzp stanowiącego, iż wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert, czyli nawet w dniu 14.08.2008 r. o godz. 10:55, co jest także w pełni zgodne z zapisem pkt) 12 SIWZ stanowiącego, iż wadium wnoszone w formie innej niż pieniądzu należy złożyć w formie oryginału w sekretariacie Zamawiającego najpóźniej do dnia 14.08.2008 r. do godz. 11:00. Przedłożone wadium (gwarancja ubezpieczeniowa) z dnia 11.08.2008 r. obejmuje więc, jak stwierdził Przystępujący, okres prawidłowy 30 dni poczynając od dnia 14.08.2008 r. włącznie, tj. upływu terminu składania ofert do godz. 11:00 - do dnia 12.09.2008 r. włącznie przy uwzględnieniu iż miesiąc sierpień ma 31 dni.

Odnosnie zarzutu w zakresie przedłużenia wykazu wykonanych robót potwierdzających wykonanie dwóch robót budowlanych odpowiadających przedmiotowi zamówienia Przystępujący stwierdził, iż zgodnie z zapisem pkt) 8 ppkt) 10 SIWZ oferta musi zawierać wykaz wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat robót budowlanych, a jeżeli okres prowadzenia jest krótszy w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie (załącznik nr 3).

Przedłożony wypełniony załącznik nr 3 do SIWZ zawiera 8 robót, z których 3 są zbliżone, w tym 2 przekraczają (5000 m<sup>2</sup> i 4500 m<sup>2</sup>) ilość kostki brukowej objętej przetargiem - 3700 m<sup>2</sup>. W tym zakresie jest, więc pełne odniesienie do oczekiwań Zamawiającego stawianych w SIWZ z ofertą Wykonawcy. Wskazany przez Protestującego pkt) 8 ppkt) 10 SIWZ nie wymaga wskazania dwóch robót budowlanych. Idąc jednak dalej w odniesieniu do wypełnionego załącznika nr 3 do SIWZ przedłożonego przez Przystępującego, roboty budowlane na rzecz Urzędu Miasta Kluczbork stanowią kwotę 1.216.749,10 zł, a więc zbliżoną finansowo w zakresie robót Zamawiającego, nie mówiąc u przekraczającym zakresie rzeczowym. W związku z tym, że jak zaznaczono wyżej nie są wymagane przez Zamawiającego w SIWZ dwie roboty budowane można jednak odnieść się do robót wskazanych w pkt) 2 i 3. Dodatkowo nawet z sumowania pozycji 2-8 zakres finansowy robót jest bardzo duży, nie mówiąc o zakresie rzeczowym.

Reasumując, Przystępujący stwierdził, iż nie można zgodzić się ze stanowiskiem Protestującego, gdyż pkt) 8 ppkt) 10 SIWZ nie wymagał wskazania dwóch robót budowlanych. Gdyby taka była intencja Zamawiającego powyższe zostałyby uwypuklone w SIWZ w sposób nie budzący wątpliwości i jednoznaczny.

Wnosi o nie uznanie protestu, wskazuje, iż Zamawiający miał prawo skorzystać z art. 26 ust. 3 Pzp, jeżeli tego nie zrobił znaczy to, iż złożone dokumenty nie budziły jego żadnych wątpliwości, a oferta Przystępującego została uznana za najkorzystniejszą.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 05.09.2008 r. faxem, a następnie pocztą poprzez jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Po pierwsze, odnośnie braków w kosztorysie ofertowym oferty najkorzystniejszej należy stwierdzić, jak podniósł Zamawiający, że w złożonym proteście nie wskazano, których zmian kosztorys ten nie uwzględnia. Zamawiający uznał, więc, iż chodzi o wszystkie zmiany wynikające z udzielonych odpowiedzi na pytania. Jednakże, zdaniem Zamawiającego oferta Przystępującego zawiera kosztorys ofertowy, który uwzględnia wszystkie wyjaśnienia przesłane Wykonawcom pismami z dnia 08.08.2008 r. oraz 11.08.2008 r. Zgodnie więc z art. 89 ust. 1 pkt) 2 Pzp oferta ta nie może być odrzucona ponieważ jej treść odpowiada treści SIWZ. I tak:

- a) odpowiedź na pytanie nr 1 dotyczące głębokości studni ujętych w poz. 15 działu 2 przedmiaru robót została ujęta w poz. 15 kosztorysu ofertowego. Wyceniono 32 studnie o uśrednionej głębokości - 2,0 m;
- b) odpowiedź na pytanie nr 2 dotyczące trójników (fi 315/200mm - szt. 2) potrzebnych do włączenia wpustów W 24 i W 25 została ujęta w poz. 10 kosztorysu ofertowego;
- c) w odpowiedzi na pytanie nr 3 dotyczące rodzaju gruntu występującego na całej długości kanalizacji poniżej głębokości 1,20 m wykonawca przyjął grunt Kat. II-IV, w którego skład wchodzi rumosz skalny;
- d) odpowiedź na pytanie nr 4 dotyczące wkładek „iu situ” została ujęta w poz. 9 kosztorysu ofertowego;
- e) odpowiedź na pytanie nr 5 dotyczące wkładek „iu situ” została ujęta w poz. 8 kosztorysu ofertowego;
- f) odpowiedź na pytanie nr 6 dotyczące rodzaju rur ochronnych o śr. nom. 200 mm została ujęta w poz. 24 kosztorysu ofertowego jako rury stalowe typ. S przewodowe;
- g) odpowiedź na pytanie nr 7 dotyczące przejść szczelnych na wlotach i wylotach ze studni i wpustów kanalizacyjnych została ujęta w poz. 8, 9, 10 i 11 kosztorysu ofertowego.

Odpowiedzi na pytania z dnia 08.08.2008 r. również znajdują się w kosztorysie ofertowym wg. poniższego:

- rury betonowe WIPRO o średnicy 500 mm kl. III - poz. 8 kosztorysu
- rury betonowe WIPRO o średnicy 400 mm kl. III - poz. 9 kosztorysu
- rury z PCV o średnicy 315/9,2 mm klasy SN8 - poz. 10 kosztorysu
- rury z PCV o średnicy 200 mm klasy SN8 - poz. 11 kosztorysu

Po drugie, odnośnie zarzutu dotyczącego wadium Zamawiający stwierdził, że jest ono prawidłowo złożone. Wadium bowiem służy do zabezpieczenia oferty w okresie „*terminu związania ofertą*”. Termin związania ofertą wynosił, zgodnie z zapisami SIWZ (pkt) 11) 30 dni. Zgodnie z art. 85 ust. 1 Pzp: „*Bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert*”. Taki sam zapis znajdował się w punkcie 11 SIWZ.

Termin składania ofert został wyznaczono na dzień 14.08.2008 r. na godzinę 11:00, a więc termin związania ofertą rozpoczął swój bieg tuż po godzinie 11:00 dnia 14.08.2008 r. A, więc pierwszym dniem związania ofertą był dzień 14.08.2008 r. Doliczając do niego pozostałe 29 dni otrzymujemy 12.09.2008 r. jako ostatni dzień związania ofertą. *„Taką interpretację momentu rozpoczęcia biegu terminu związania ofertą można znaleźć w orzeczeniach Zespołów Arbitrów, Krajowej Izby Odwoławczej jak również interpretacjach Urzędu Zamówień Publicznych”.*

Po trzecie, odnośnie zarzutu braku wykonania dwóch robót budowlanych Zamawiający stwierdził, że także jest on niezasadny. W punkcie 3b SIWZ Zamawiający postawił następujący warunek: *„o zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonania zamówienia, tj. w ciągu ostatnich pięciu lat zrealizowali, co najmniej 2 zadania polegające na budowie dróg lub chodników o nawierzchni z kostki betonowej zbliżonych, co do zakresu i wartości robót objętych przedmiotem zamówienia”.* Warunek ten, jak podniósł Zamawiający, nie określa ani dokładnej minimalnej wartości wykonywanych zamówień, ani dokładnego minimalnego zakresu robót. Gdyby nawet stwierdzić, że jest to warunek mało precyzyjny, to zgodnie z uzasadnieniem do Wyroku KIO z dnia 14.05.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 424/08: *„wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych skutków braku w siwz jednoznacznych określeń (definicji) i z tego powodu ich oferty nie mogą być odrzucone”.*

W ofercie firmy ZBDW-KiT Edward Hucz przedstawiono 8 robót dotyczących: *„budowy dróg lub chodników o nawierzchni z kostki betonowej”.* Co najmniej trzy z tych robót spełniają ww. warunek:

- 1) Robota nr 1 obejmująca zakres 5 000 m<sup>2</sup>, oraz o wartości 1.216.749,10 zł, wykonana w okresie od 01.06.2007 r. do 30.04.2008 r.
- 2) Robota nr 2 obejmująca zakres 4 500 m<sup>2</sup>, oraz o wartości 765.623,47 zł, wykonana w okresie od 20.06.2007 r. do 10.10.2007 r.
- 3) Robota nr 3 obejmuje zakres 3 000 m<sup>2</sup>, oraz o wartości 870.510,99 zł, wykonana w okresie od 31.07.2006 r. do 28.12.2006 r.

W przedmiotowym zamówieniu, jak wskazał Zamawiający, do wykonania jest 3 762,2 m<sup>2</sup> nawierzchni z kostki brukowej. W/w roboty przekraczają, bądź są zbliżone do zakresu objętego przetargiem, a niższe ich ceny wynikają z faktu, że roboty te były wykonywane w okresie występowania znacznie niższych cen na roboty budowlane. Innymi słowy, gdyby były one wykonywane obecnie ich ceny byłyby identyczne, a może nawet wyższe niż cena wybranej oferty.

W dniu 10.09.2008 r. (data nadania u operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Ponadto, wniósł o:

- 1) Unieważnienie wyboru oferty ZBDW-KiT Edward Hucz,
- 2) Dokonanie ponownej oceny złożonych ofert,
- 3) Odrzucenie oferty ZBDW-KiT Edward Hucz i wykluczenie tego wykonawcy,
- 4) Dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W trakcie postępowania oferta Odwołującego okazała się drugą ofertą pod względem ceny i w przypadku odrzucenia oferty ZBDW-KiT Edward Hucz jego oferta byłaby ofertą najlepszą.

Odwołujący w złożonym proteście zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenie przepisów :

- 1) nie uwzględnienie w ofercie wybranej zmian wynikających z odpowiedzi Zamawiającego na pytania Odwołującego;
- 2) brak wykonania przez Wykonawcę wybranego wymaganych dwóch robót budowlanych zbliżonych co do zakresu i wartości robót objętych zamówieniem.

Ad. 1)

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w swojej odpowiedzi z dnia 11.08.2008 r. stwierdził, iż zgodnie z projektem winno w ofercie znajdować się łącznie 22 szt. studni o gł. 1,5 m, 5 studni o gł. 2 m i 5 studni o gł. 2.5 m, co przy wysokości jednego kręgu 0,5 m daje łącznie liczbę 111 szt. kręgów. Oferent wybrany w poz. kosztorysowej 15 uwzględnił jednak 128 szt. kręgów. Również z odpowiedzi z dnia 11.08.2008 r. wynika, iż oferenci powinni uwzględnić w kosztorysie 5 wkładek „iu situ” jednakże oferent wybrany w poz. nr 9 uwzględnił jedynie 3 szt. wkładek „iu situ”. Tak, więc oferta uzna za najkorzystniejszą przez Zamawiającego jest niezgodna z wymogami SIWZ i jako taka winna zostać odrzucona.

Ad.2)

Zamawiający w ust. 4 pkt. b SIWZ wymagał od oferentów wykazania wykonania dwóch robót budowlanych zbliżonych, co do zakresu i wartości do robót objętych przedmiotem zamówienia. Przystępującego wykazał wykonanie robót od kwoty 143.627, 01 zł do 1.216.749, 10 zł brutto i złożył ofertę opiewającą na kwotę 1.828.928,57 zł brutto. Ze złożonego wykazu wynika, iż jedynie robota wymieniona w poz. 1 (stanowiąca równowartość 67 % złożonej oferty) złożonego wykazu może zostać uznana jako zbliżona do wartości przedmiotu zamówienia. Pozostałe roboty nie przekraczają 48 % wartości złożonej oferty.

W przedmiotowej sprawie, zdaniem Odwołującego, nie możemy mówić, iż oferenci zostali narażeni na ujemne skutki użycia sformułowania „zblizonych”. Zgodnie z powszechnie obowiązującym rozumieniem określenie „zblizonych” oznacza, iż chodzi o coś mającego



podobne cechy, właściwości, nie wiele się różniącego, podobne (tak Słownik Języka Polskiego PWN W-wa 1981 pod redakcją prof. Mieczysława Szymczaka t. 3 str. 984).

W niniejszej sprawie roboty wykazane przez oferenta Przystępującego w żadnym wypadku nie możemy uznać, jako roboty zbliżone swoją wartością do przedmiotu zamówienia.

Twierdzenie Zamawiającego, jakoby wzrost cen w okresie 2006-2007 r. powodował, iż wykonane przez Przystępującego roboty odpowiadają wartości przedmiotowi zamówienia nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ zgodnie z danymi ogłaszanych przez GUS w latach 2006-2007 średnioroczny wskaźnik wzrostu cen za roboty realizowane na drogach i ulicach nie przekraczał rocznie 5 %. Tak, więc w przypadku robót wykonanych w roku 2005 ich cena nie powinna wzrosnąć o więcej niż 11 % i twierdzenia Zamawiającego w tym zakresie jako nie poparte żadnymi dowodami nie zasługują na uwzględnienie.

Reasumując, w związku z faktem, iż oferta wybrana winna zostać odrzucona, a oferent winien zostać wykluczony wnioski niniejszego odwołania jako uzasadnione winny zostać uwzględnione.

Kopię odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (faxem).

W dniu 11.09.2008 r. Zamawiający przekazał firmie ZBDW-KiT Edward Hucz (faxem, a następnie pocztą) kopię odwołania i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpił dnia 29.09.2008 r. (wpływ bezpośredni) ZBDW-KiT Edward Hucz po stronie Zamawiającego. Wnosząc o oddalenie odwołania w całości i podtrzymując argumentację zawartą w przystąpieniu do protestu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią spornej oferty, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowiska stron i Przystępującego na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem, Izby Odwoływający, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu oceny ofert zaraz po ofercie uznanej za najkorzystniejszą, w przypadku

potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Biorąc pod uwagę zarzut Odwołującego nie uwzględnienia w ofercie wybranej zmian wynikających z odpowiedzi Zamawiającego na pytania, tj. odpowiedzi z dnia 08.08.2008 r. oraz 11.08.2008 r., czyli naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 ) Pzp, skład orzekający Izby uznał w/w zarzut za niezasadny.

Zgodnie z pkt) 10 SIWZ: „*Wszelkie modyfikacje, uzupełnienia i ustalenia oraz zmiany, w tym zmiany terminów jak również pytania Wykonawców wraz z wyjaśnieniami stają się integralną częścią SIWZ i będą wiążące przy składaniu ofert*”.

Ponadto, według zapisu z pkt) 8 ppkt) 2 SIWZ oferta winna zawierać szczegółowy kosztorys ofertowy według załączonego do SIWZ przedmiaru robót. W dniu 07.08.2008 r., 08.08.2008 r. oraz 11.08.2008 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania dokonując modyfikacji SIWZ oraz przedmiaru robót, którą należało uwzględnić w kosztorysie ofertowym.

W ramach odpowiedzi z dnia 08.08.2008 r. Zamawiający ustalił, iż:

- w poz. nr 8 przedmiaru robót należy przewidzieć rury betonowe o średnicy 500 mm kl. III;
- w poz. nr 9 przedmiaru robót należy przewidzieć rury betonowe o średnicy 400 mm kl. III;
- w pozycji 10 przedmiaru robót należy przewidzieć rury z PCV o średnicy 315/9,2 mm klasy SN8;
- w pozycji 11 przedmiaru robót należy przewidzieć rury z PCV o średnicy 200 mm klasy SN8.

Ponadto, z pytań wynikał, iż w poz. 8 i 9 chodzi o rury betonowe WIPRO.

W ramach odpowiedzi z dnia 11.08.2008 r. Zamawiający ustalił, iż:

- 1) Należy przyjąć głębokość studni wg. projektu budowlanego, a zgodnie z nim głębokości studni ujętych w poz. 15 działu 2 przedmiaru robót, to 22 szt. studni do 1,5 m głębokości, 5 szt. studni do 2 m głębokości, 5 szt. studni do 2,5 głębokości;
- 2) Należy uwzględnić trójniki (fi 315/200mm - szt. 2) do włączenia wpustów W 24 i W 25;
- 3) Należy przyjąć rumosz kamienny w odniesieniu do rodzaju gruntu występującego na całej długości kanalizacji poniżej 1,20 m;
- 4) Należy uwzględnić wkładki „iu situ”, jako włączenia przykanalika PCV o śr.200 mm do rur WIPRO o śr.400 mm – 3 szt. (W5, W12, W13, W18, W20);
- 5) Należy uwzględnić wkładki „iu situ”, jako włączenia przykanalika PCV o śr.200 mm do rur WIPRO o śr.500 mm – 2 szt. (W3,W4);

6) Należy zastosować rury stalowe ze szwem, zakończone sznurem konopnym, pianką poliuretanową 2 składnikową i okolitem, jako rury ochronnych o śr. nom. 200 mm;

7) Należy przyjąć przejścia szczelne na wlotach i wylotach ze studni i wpustów kanalizacyjnych w następujących ilościach:

- średnica Ø 500 – 7 przejść;
- średnica Ø 400 – 40 przejść;
- średnica Ø 315 – 20 przejść;
- średnica Ø 200 – 26 przejść.

Izba ustaliła, iż Wykonawca, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą odpowiedzi na pytania z dnia 08.08.2008 r. ujął w kosztorysie ofertowym wg. poniższego:

- rury betonowe WIPRO o średnicy 500 mm kl. III - poz. 8 kosztorysu (str. 11);
- rury betonowe WIPRO o średnicy 400 mm kl. III - poz. 9 kosztorysu (str. 11);
- rury z PCV o średnicy 315/9,2 mm klasy SN8 - poz. 10 kosztorysu (str. 13);
- rury z PCV o średnicy 200 mm klasy SN8 - poz. 11 kosztorysu (str. 13).

W wypadku odpowiedzi na pytania z dnia 11.08.2008 r. zostały one ujęte w następujących pozycjach kosztorysu:

a) odpowiedź na pytanie nr 1 dotyczące głębokości studni ujętych w poz. 15 działu 2 przedmiaru robót została ujęta w poz. 15 kosztorysu ofertowego. Wyceniono 32 studnie o uśrednionej głębokości - 2,0 m (str. 15);

b) odpowiedź na pytanie nr 2 dotyczące trójników (fi 315/200mm - szt. 2) potrzebnych do włączenia wpustów W 24 i W 25 została ujęta w poz. 10 kosztorysu ofertowego (str. 13);

c) w odpowiedzi na pytanie nr 3 dotyczące rodzaju gruntu występującego na całej długości kanalizacji poniżej głębokości 1,20 m wykonawca przyjął grunt Kat. II-IV, w którego skład wchodzi rumosz skalny;

d) odpowiedź na pytanie nr 4 dotyczące wkładek „iu situ” została ujęta w poz. 9 kosztorysu ofertowego (str. 11);

e) odpowiedź na pytanie nr 5 dotyczące wkładek „iu situ” została ujęta w poz. 8 kosztorysu ofertowego (str. 11);

f) odpowiedź na pytanie nr 6 dotyczące rodzaju rur ochronnych o śr. nom. 200 mm została ujęta w poz. 24 kosztorysu ofertowego jako rury stalowe typ. S przewodowe (str. 23-25);

g) odpowiedź na pytanie nr 7 dotyczące przejść szczelnych na wlotach i wylotach ze studni i wpustów kanalizacyjnych została ujęta w poz. 8, 9,10 i 11 kosztorysu ofertowego (str. 11-13).

Odnośnie konkretyzacji zarzutu dokonanej w odwołaniu przez Odwołującego, Izba stwierdziła, iż żaden zapis przedmiaru, ani też przedmiotowe odpowiedzi na pytania nie określają liczby betonowych kręgów, przy wysokości jednego kręgu 0,5 m na 111 szt.

kręgów. Uwzględnienie przez Wykonawcę wybranego w poz. 15 liczby 128 szt. kręgów w żadnej mierze nie może więc być poczytane za niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Z kolei większa liczba kręgów nie ma znaczenia dla przedmiotowego zamówienia.

Twierdzenie Odwołującego, iż z odpowiedzi z dnia 11.08.2008 r. wynika, iż oferenci powinni uwzględnić w kosztorysie 5 wkładek „iu situ”, jednakże oferent wybrany w poz. nr 9 uwzględnił jedynie 3 szt. wkładek „iu situ” jest błędne. Z treści przedmiotowych odpowiedzi wynika, iż rzeczywiście należało uwzględnić 5 szt. wkładek „iu situ”, jednakże nie łącznie w ramach jednej pozycji, ale w rozbiciu w dwóch pozycjach na 3 szt. (poz.9) oraz na 2 szt. (poz.8), do czego Wykonawca wybrany zastosował się odpowiednio. Ponadto, Izba uznaje, iż wobec wątpliwości Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji błędnych odpowiedzi na pytania, jeżeli takowe zostały udzielone przez Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdza, iż nie potwierdził się zarzut nie uwzględnienia w ofercie wybranej zmian wynikających z odpowiedzi Zamawiającego na pytania, tj. odpowiedzi z dnia 08.08.2008 r. oraz 11.08.2008 r., czyli naruszenia art. 89 ust.1 pkt) 2 Pzp.

Odnośnie zarzutu dotyczącego wadium, z uwagi na jego nie ponowienie przez Odwołującego w odwołaniu nie był on rozpatrywany przez Izbę.

Odnośnie zarzutu braku wykazania przez Wykonawcę wybranego wymaganych dwóch robót budowlanych zbliżonych, co do zakresu i wartości robót objętych zamówieniem, czyli zaniechania wykluczenia tego Wykonawcy z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, a przez to naruszenia w szczególności art. 7 ust.1 Pzp, skład orzekający Izby uznał w/w zarzut za zasadny.

Zamawiający w pkt) 4 SIWZ: *„Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków”*, ustalił, iż m.in. o zamówienie mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie do wykonania zamówienia, tj. w ciągu ostatnich pięciu lat zrealizowali co najmniej 2 zadania polegające na budowie dróg lub chodników o nawierzchni z kostki betonowej zbliżonych co do zakresu i wartości robót objętych przedmiotem zamówienia (ppkt) b). Zgodnie z zastrzeżeniem zawartym dla tego pkt) SIWZ, ocena spełniania warunków, czyli także wskazanego, będzie dokonana w oparciu o informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach wyszczególnionych w pkt 8 SIWZ. Z treści załączonych dokumentów miało wynikać jednoznacznie, iż w/w warunki Wykonawca spełnia. Dokumentem potwierdzającym spełnianie wskazanego warunku miał być zgodnie z zapisem z pkt) 8 ppkt) 10 SIWZ: *„Wykaz wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat robót budowlanych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz*

*daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie (załącznik nr 3)*". Zamawiający ponadto, w przedmiotowym załączniku dodatkowo wskazał, iż: *„Wymagane jest wykazanie wykonania co najmniej 2 zadań polegających na budowie dróg lub chodników o nawierzchni z kostki betonowej”* (pkt)1).

Wykonawca wybrany załączył wymagany wykaz (str. od 83 do 85 oferty), w którym wskazano na 8 zamówień wraz z dokumentami potwierdzającymi, że wszystkie wykazane roboty zostały wykonane należycie (str. od 87 do 101 oferty). Spośród 8 wykazanych tylko 3 zamówienia mogły stanowić podstawę do sprawdzenia, czy wybrany Wykonawca spełnił, czy też nie warunek wykazania się wymaganym przez Zamawiającego doświadczeniem, zbliżonych co do zakresu i wartości robót objętych przedmiotem zamówienia.

- 1) Robota nr 1 obejmująca zakres 5 000 m<sup>2</sup> oraz o wartości 1.216.749,10 zł, wykonana w okresie od 01.06.2007 r. do 30.04.2008 r.;
- 2) Robota nr 2 obejmująca zakres 4 500 m<sup>2</sup> oraz o wartości 765.623,47 zł, wykonana w okresie od 20.06.2007 r. do 10.10.2007 r. ;
- 3) Robota nr 3 obejmuje zakres 3 000 m<sup>2</sup> oraz o wartości 870.510,99 zł, wykonana w okresie od 31.07.2006 r. do 28.12.2006 r.

Izba podkreśla, iż warunek w sposób niebudzący wątpliwości mówi o co najmniej 2 zadaniach, czyli 2 robotach budowlanych polegających na budowie dróg lub chodników o nawierzchni z kostki betonowej zbliżonych, co do zakresu i wartości robót objętych przedmiotem zamówienia. Ilość kostki brukowej objętej przetargiem - 3700 m<sup>2</sup> i dwie pierwsze z wykazanych zamówień przekraczają przedmiotowy zakres zamówienia (ilość - 5000 m<sup>2</sup> i 4500 m<sup>2</sup>). Wybrany Wykonawca złożył ofertę na kwotę 1.828.928,57 zł brutto, zaś wartość szacunkowa zamówienia to 1.733.361,18 zł netto, czyli 2.114.700, 64 zł brutto. Izba uznaje, iż wartość szacunkowa zamówienia ustalona na podstawie kosztorysu inwestorskiego powiększona o należny podatek VAT stanowi punkt odniesienia dla ustalenia, czy wykazane roboty budowlane są zbliżone także, co do wartości robotom objętym przedmiotem zamówienia. Istotne jest również, iż Zamawiający nie przewidział możliwości sumowania wartości w ramach wykazanych zakresowo mniejszych zadań, czyli robót budowlanych. Argumentację Zamawiającego z rozstrzygnięcia: *„niższe ich ceny wynikają z faktu, że roboty te były wykonywane w okresie występowania znacznie niższych cen na roboty budowlane. Innymi słowy, gdyby były one wykonywane obecnie ich ceny byłyby identyczne, a może nawet wyższe niż cena wybranej oferty”* Izba uznaje za chybioną, gdyż warunek jest jednakowy dla wszystkich uczestników postępowania i nie może być on przeliczany w zależności od cen na rynku.

Izba wzięła także pod uwagę, iż Zamawiający nie sprecyzował pojęcia „zbliżone”, uznając, iż mimo słuszności tezy o nie ponoszeniu negatywnych konsekwencji nie

zdefiniowania nieostrych pojęć używanych przez Zamawiającego, nie można dopuścić do uznania spełnienia warunku w przedmiotowym stanie faktycznym poprzez wykazanie się zamówieniami poniżej przedziału 55 - 60 % wartości przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego, Izba uznała, że wybrany Wykonawca nie wykazał się drugim wymaganym zadaniem (poz. nr 1 wykazu to ponad 57, 5 % wartości przedmiotu zamówienia), czyli robotą budowlaną o wartości zbliżonej, co do wartości roboty objętej przedmiotem zamówienia. Wykazane zamówienia w poz. 2 oraz 3 wykazu wartościowo plasuje się poniżej 50 % wartości przedmiotu zamówienia i bezsprzecznie nie mogą być uznane za spełniające warunek wykazania się wymaganym doświadczeniem.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała zarzut braku wykazania przez Wykonawcę wybranego wymaganymi dwoma robotami budowlanymi zbliżonymi, co do zakresu i wartości robotom objętym zamówieniem, czyli zaniechania wykluczenia tego Wykonawcy z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty, a przez to naruszenia w szczególności art. 7 ust.1 Pzp.

Wobec stwierdzenia przez skład orzekający Izby naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt) 3 Pzp w związku z art.89 ust.1 pkt) 5 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, Izba orzekała jak w sentencji, uwzględniając odwołanie i nakazując powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem instytucji wynikającej z art. 26 ust. 3 Pzp.

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886), uznając za uzasadnione koszty, poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 2 928,00 zł, na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku. Nie uznając kosztów dojazdu z uwagi na nie dołączenie stosownej kopii biletu.

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 ~~postanowienie~~\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Częstochowie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*