

**Sygn. akt: KIO/UZP 108/08**

**WYROK**  
**z dnia 25 lutego 2008r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

**Członkowie: Magdalena Grabarczyk**  
**Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25.02.2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Robót Inżynieryjno-Budowlanych ZRIB - Zygmunt Seweryn, 34-312 Międzybrodzie Bialskie, ul. Szkolna 6** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Bieruń reprezentowana przez Burmistrza Miasta Bieruń, 43-150 Bieruń, Rynek 14** protestu z dnia 16.01.2008r.

przy udziale **RPM S.A., 42-700 Lubliniec, ul. Niegolewskich 7** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Bieruń reprezentowaną przez Burmistrza Miasta Bieruń, 43-150 Bieruń, Rynek 14**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 0gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Zakład Robót Inżynieryjno-Budowlanych ZRIB - Zygmunt Seweryn, 34-312 Międzybrodzie Bialskie, ul. Szkolna 6,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4064 zł 0 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Bieruń reprezentowaną przez Burmistrza Miasta Bieruń, 43-150 Bieruń, Rynek 14** na rzecz **Zakładu Robót Inżynieryjno-Budowlanych ZRIB - Zygmunt Seweryn, 34-312 Międzybrodzie Bialskie, ul. Szkolna 6,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 0 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zakładu Robót Inżynieryjno-Budowlanych ZRIB - Zygmunt Seweryn, 34-312 Międzybrodzie Bialskie, ul. Szkolna 6.**

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

Zamawiający – Gmina Bieruń prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa kanalizacji sanitarnej Bierunia Starego – etap IV”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 16 października 2007 r. pod pozycją 195869.

Dnia 9 stycznia 2008 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę RPM S.A. Czynność ta stała się podstawą do wniesienia dnia 16 stycznia 2008 r. protestu przez Zygmunta Seweryna prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Robót Inżynieryjno-Budowlanych „ZRIB”. Protestujący zarzucił, że Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3, czym naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej Pzp, (Dz.U. 2007, Nr 223, poz. 1655). Ponadto Protestujący wskazał na naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, gdyż wybrana oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zawiera błędy w obliczeniu ceny. Takie działanie Zamawiającego spowodowało nierówne traktowanie wykonawców i skutkowało nie dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp, co stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Protestujący wniósł o unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie ponownej oceny ofert a w konsekwencji odrzucenie oferty firmy RPM S.A. i wybór oferty Protestującego jako najkorzystniejszej.

Zdaniem Protestującego firma RPM S.A. nie spełniła warunku określonego w pkt VI.4 SIWZ, gdyż ani z wykazu wykonanych robót ani z dołączonych referencji i innych dokumentów nie wynika, że wykonawca zrealizował wymagane roboty wraz z niezbędnymi robotami towarzyszącymi oraz że wszystkie roboty zostały zrealizowane z należytą starannością. Tym samym wykonawca podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 i art. 24 ust. 2 pkt 3, a jego oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp.

W załączniku nr 8 do SIWZ (stanowiącym załącznik do oferty) wykonawca zaoferował materiały instalacyjne o średnicy innej niż wymagał tego Zamawiający a ponadto w kosztorysie ofertowym w pozycjach: 38, 40, 60, 68, 165 wykonawca zmienił opis pozycji z przedmiaru, co zgodnie z pkt X SIWZ skutkuje odrzuceniem oferty. Powyższe świadczy o naruszeniu art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Protestującego, oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny, których nie można poprawić. Wykonawca błędnie obliczył w poz. 1 i 2 załącznika nr 8 do SIWZ wartość brutto, mimo że prawidłowo obliczył wartość netto i podatek VAT. W tym stanie faktycznym oznacza to konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp.

Wobec powyższych naruszeń dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty firmy RPM S.A. a jednocześnie odrzucenie ofert innych wykonawców z powodu tych samych

naruszeń jednoznacznie wskazuje, że działania Zamawiającego pozostają w sprzeczności z treścią przepisu art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 2 pkt 5 ustawy Pzp.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przyłączyła się po stronie Zamawiającego firma RPM S.A. Zgodnie z twierdzeniem Przystępującego przedstawione dokumenty potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt VI.4 SIWZ.

Zmiany opisu pozycji w kosztorysie ofertowym wynikają z faktu, że Zamawiający stwierdził, iż „identyczność opisu dotyczy meritum, czyli robót do wykonania, a nie idealnej zgodności słownej” (pismo z dnia 31 października 2007 r. nr ZP-3410/48/6-7/07).

Odnosnie załącznika nr 8 do SIWZ, to stwierdzone błędy należy zakwalifikować jako omyłki pisarskie, które nie mają wpływu na cenę podaną w ofercie. W konsekwencji zarzut naruszenia art. 7 ust.1 oraz art. 7 ust. 3 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp należy uznać za chybiony, a protest zasługuje na oddalenie.

Zamawiający dnia 24 stycznia 2008 r. protest oddalił. W uzasadnieniu podał, że firma RPM S.A. spełniła warunek udziału w postępowaniu zawarty w pkt VI.4 SIWZ, gdyż referencje znajdujące się na stronach 24, 25, 28 i 31 potwierdzają wykonanie robót towarzyszących przy budowie kanalizacji sanitarnej.

Zamawiający nie odniósł się do omyłek rachunkowych popełnionych w załączniku nr 8 do SIWZ a dołączonym do oferty, podniósł natomiast, że w formularzu ofertowym została prawidłowo obliczona cena.

Ponadto w przywoływanym załączniku nr 8 do SIWZ wykonawca zaoferował wymagane materiały instalacyjne mimo, że zastosował inny sposób opisu średnicy rury. Natomiast zmiany opisu pozycji kosztorysowej nie prowadzą w konsekwencji do zmiany zakresu rzeczowego robót bądź użytych materiałów.

Protestujący nie zgodził się z argumentacją Zamawiającego i dnia 5 lutego 2008 r. wniósł odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zawarte w proteście.

Odwołujący się podkreśla, że zmiany w kosztorysie ofertowym, które stwierdził i sam Zamawiający są przez niego tolerowane, mimo jednoznacznego zapisu w SIWZ, iż nie należy dokonywać żadnych zmian w przedmiarze pod rygorem odrzucenia oferty.

Brak argumentacji Zamawiającego w przedmiocie naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zdaniem Odwoływającego, potwierdza trafność tego zarzutu.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiła firma RPM S.A., wnosząc o oddalenie odwołania. Podtrzymuje argumentację zawartą w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu i popiera argumentację Zamawiającego.

Ponadto Przystępujący zauważa, że zarzuty dotyczące jego oferty mają charakter formalny, zatem nie ma podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem nie występuje niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Przystępujący nie podziela również argumentu Odwoływającego się, iż z treści dołączonych dokumentów nie wynika wykonanie robót towarzyszących przy budowie kanalizacji sanitarnej oraz należyte wykonanie prac wymienionych w wykazie.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po przesłuchaniu stron skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Zamawiający jeden z warunków udziału w postępowaniu określił w następujący sposób: „wykonali z należytą starannością w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeśli okres działalności jest krótszy – to w tym okresie – sieci kanalizacyjne z tworzyw sztucznych wraz z niezbędnymi robotami towarzyszącymi (np. naprawa nawierzchni po robotach, przekładki uzbrojenia) o łącznej wartości min. 15 000 000 zł brutto; przy ocenie spełnienia warunku zamawiający będzie brał pod uwagę tylko te zadania, których odbiór dokonany został w latach j.w. i potwierdzą dokumentami (np. kserokopiami protokołów odbioru końcowego, referencji) należytą staranność ich wykonania” (pkt VI.4 SIWZ). Na potwierdzenie spełnienia tego warunku firma RPM S.A. złożyła wykaz wykonanych sieci kanalizacyjnych z tworzyw sztucznych (wg wzoru określonego w SIWZ) oraz referencje i protokoły odbioru końcowego robót (strona 21-41 oferty). Jak wynika z dołączonego wykazu, roboty oznaczone lp. 3, 4, 9, 10,11 dotyczą jedynie sieci kanalizacji sanitarnej lub deszczowej, nie obejmują natomiast robót towarzyszących. Treść referencji, jak i protokołów odbioru końcowego (gdyby przyjąć te dokumenty jako informacje posiłkowe) również nie potwierdzają, odnośnie w/w robót, wykonania robót towarzyszących. Zaś wartość robót, które obejmują roboty towarzyszące nie przekracza kwoty 15 000 000, 00 zł.

W istocie, Zamawiający nie określił katalogu robót towarzyszących, ale oczekiwał wykazania robót niezbędnych, które są nieodłącznym elementem i towarzyszą budowie sieci kanalizacyjnej. Zatem Zamawiający, w świetle postawionego warunku, oczekiwał wykonawców, którzy kompleksowo realizowali budowę sieci kanalizacyjnych i powyższe roboty zrealizowali na określonej kwotę. W tym stanie faktycznym, wykonawca RPM S.A. nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt VI.4 SIWZ, z wyjątkiem wykazania należytej staranności przedstawionych robót. Zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, należyta staranność wykonawca mógł potwierdzić na podstawie protokołów odbioru końcowego, co też wykonawca RPM S.A. uczynił. Ponadto zwrócić należy uwagę, że w treści tych protokołów zawarte są postanowienia, z których wynika, że przedmiot odbioru został wykonany zgodnie z umową lub projektem technicznym i kosztorysem.

Skład orzekający Izby zwraca uwagę, że wobec powyższego, Zamawiający nie mógł dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez RPM S.A. Zamawiający zobowiązany jest jednak do wykonania dyspozycji przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu w wyznaczonym terminie, chyba że mimo uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Powyższe potwierdza również opinia wydana przez UZP, w której stwierdzono, że „złożenie dokumentu wskazujące na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu stanowi wypełnienie normy zawartej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp”.

Na tym etapie postępowania nie jest możliwe rozstrzygnięcie czy zachodzą przesłanki do wykluczenia wykonawcy z postępowania, w związku z powyższym nie można przypisać Zamawiającemu naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3, a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odnosząc zarzut niezgodności treści oferty z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) zauważyć należy, że :

- w załączniku nr 8 do SIWZ, który Wykonawca dołączył do oferty (strona 49), w poz. 3,5,7 wykonawca zaoferował materiały instalacyjne o średnicy 100 mm, podczas gdy we wzorze załącznika Zamawiający wskazuje na średnicę 110 mm. W tym stanie rzeczy Zamawiający nie mógł arbitralnie uznać, że wymiary te dotyczą tej samej rury, a różnica polega tylko na posługiwaniu się zamiennie, wymiarem zewnętrznym lub wewnętrznym. Należy podkreślić, że materiały te miały być dostarczone do realizacji przedmiotowego zamówienia, zatem nie jest obojętny ich wymiar. Skoro Zamawiający twierdzi, że do opisu średnicy rury używa się zamiennie wymiarów zewnętrznych lub wewnętrznych, to ewentualnie w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp powinien to wyjaśnić (mimo że jest to uprawnienie, ale pojawiły się wątpliwości i Zamawiający tę

rozbieżność sam dostrzega), a nie jednostronnie przyjmować prawidłowość zaoferowanych materiałów.

- w pkt X SIWZ Zamawiający zawarł zapis, że „kosztorysy ofertowe, opracowane na podstawie załączonych przedmiarów należy załączyć do oferty. Kosztorysy ofertowe wykonać metodą uproszczoną w oparciu o przedłożone przez Zamawiającego przedmiary robót. Każda zmiana opisu pozycji z przedmiaru oraz ilości jednostek przedmiarowych bez porozumienia z Zamawiającym skutkować będzie odrzuceniem oferty z uwagi na niezgodność z SIWZ. Kosztorys ofertowy wykonawcy musi być tożsamy z zakresem rzeczowym określonym w przedmiarach Zamawiającego”. Jednocześnie na pytanie jednego z wykonawców, dotyczące tego punktu specyfikacji, a skierowane z uwagi na różnice opisu pozycji katalogowych występujące w funkcjonujących na rynku programach kosztorysowych, Zamawiający odpowiedział, że „ identyczność opisu dotyczy meritum, czyli robót do wykonania, a nie idealnej zgodności słownej”. W kosztorysie ofertowym firmy RPM S.A. występują następujące niezgodności:

- w pozycji 38 (str 65 oferty) przyjęto „pompowanie próbne pomiarowe lub oczyszczające...”, podczas gdy zgodnie z przedmiarem powinno być „pompowanie oczyszczające”. Zdaniem składu orzekającego Izby takie sformułowanie daje możliwość wykonania jednej z robót, ale też i obu. Zamawiający natomiast w przedmiarze wskazał jaka konkretnie robota ma zostać wykonana. Nie można zatem podzielić poglądu Zamawiającego, że wykonawca nie dokonał zmiany zakresu rzeczowego, bowiem ewentualne wykonanie pompowania pomiarowego wyczerpywać będzie zrealizowanie tak określonego zobowiązania i w konsekwencji Zamawiającemu nie będzie przysługiwać uprawnienie do domagania się realizacji pompowania oczyszczającego. Sytuacja taka jest niedopuszczalna, gdyż nie ma możliwości dokonywania wyboru rodzaju prac. Uprawnienie takie nie przysługuje ani Zamawiającemu ani wykonawcy. Twierdzenie Zamawiającego, że „pompowanie pomiarowe jako alternatywa wcale nie musi być uwzględniane przy rozliczaniu robót” jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający w treści tej oferty dopuścił rozwiązania alternatywne i w związku z powyższym nie ma pewności, jaki rodzaj roboty zostanie wykonany.
- w pozycji 40 (str 67 oferty) przyjęto „rurociągi z polichlorku winylu PWC...”, podczas gdy zgodnie z przedmiarem powinno być „rurociągi z polichlorku winylu PCW...”. Zdaniem składu orzekającego Izby nie ma wątpliwości, że rurociągi zostaną wykonane z polichlorku winylu, a więc zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, a to czy polichlorek winylu zostanie

oznaczony jako PWC czy PCW ma charakter wtórny, oba bowiem skróty służą oznaczeniu tego samego tworzywa sztucznego. W tej sytuacji nie może być mowy o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, tym bardziej, że identyczność nie polega na idealnej zgodności słownej a odnosi się do przedmiotu, czyli do robót.

- w pozycji 60 (str. 69 oferty) przyjęto „kategorię gruntu IV”, podczas gdy zgodnie z przedmiarem powinno być „III-IV”. Skład orzekający Izby nie podziela argumentacji Zamawiającego w tym zakresie. Nie jest istotne to, że prace w IV kategorii gruntu wymagają większego nakładu, istotne jest natomiast to, że wykonawca, zgodnie z zapisem kosztorysu ofertowego, zaoferował wykonanie wymaganych prac jedynie w gruncie kategorii IV. Zatem Zamawiający nie ma podstaw oczekiwać, że prace zostaną wykonane w zakresie przez niego określonym, a więc dotyczyć będą obu kategorii gruntów.
- w pozycji 68 (str. 69 oferty) przyjęto „rurociągi stalowe ... gr. ścianek 219/8,00 mm” podczas gdy Zamawiający wymagał gr. ścianek 219,1/8,00 mm”. To Zamawiający stawiał wymogi m.in. w przedmiarze robót i wykonawca zobowiązany był je spełnić. Wykonawca dokonał zmiany opisu pozycji z przedmiaru robót a skoro zdaniem Zamawiającego nie zmieniło to meritum i mamy do czynienia z tą samą rurą, to uznać należy za niewystarczające opieranie się tylko na własnym przekonaniu Zamawiającego w tym przedmiocie.
- w pozycji 165 przyjęto „próba wodna szczelności sieci o śr. 200 mm”, a w przedmiarze próba szczelności dotyczy sieci o śr. 160 mm. Z odpowiedzi na pytanie 24, zawarte w piśmie z dnia 31 października 2007 r. nie można wywodzić, że Zamawiający dopuścił inną średnicę sieci, potwierdził jedynie, że KNNR jest prawidłowy i dotyczy sieci o średnicy 160 mm. Ponadto, jak podkreślił Zamawiający na rozprawie, pozycja ta dotyczy przyłączy kanalizacyjnych, w których rury mają średnicę 160 mm. W tym stanie rzeczy, zaoferowanie przez wykonawcę próby wodnej szczelności sieci wodociągowych z rur o średnicy 200 mm jest nieprawidłowe, gdyż nie odnosi się do przedmiotu zamówienia. Podkreślić należy, że Zamawiający nie jest uprawniony domniemywać, iż skoro użyte rury mają średnicę 160 mm, to w konsekwencji próba dotyczyć musi tychże rur. Argumentacja dotycząca jednostek miary, a więc ilości prób, pozostaje bez związku z przedstawionym zarzutem.



W załączniku nr 8 do SIWZ, który został dołączony do oferty, w poz. 1 i 2 błędnie podano wartość brutto. Powyższe należy zakwalifikować jako omyłką rachunkową, której nie można poprawić. Fakt, że nie miała ona wpływu na cenę ofertową, nie uprawnia Zamawiającego do pominięcia tego błędu. Ustawodawca jednoznacznie w treści art. 88 wskazał na obowiązek Zamawiającego weryfikowania omyłek rachunkowych i w zależności od rodzaju, albo ich poprawiania albo odrzucania oferty. Przy czym należy podkreślić, że ustawodawca nie ograniczył tego obowiązku do ceny oferty. Zatem nieuprawnione jest stanowisko Zamawiającego, że skoro nie wystąpił błąd w formularzu ofertowym to błędy na innym etapie mogą być pominięte. Takie działanie Zamawiającego narusza przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W ocenie składu orzekającego czynności Zamawiającego pozostają w sprzeczności z podstawową zasadą przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Podkreślić należy, że to Zamawiający stawia wymogi, a wykonawca zobowiązany jest je spełnić w sposób nie budzący wątpliwości. Domniemywanie treści oferty jednego z wykonawców z pewnością tę zasadę narusza i prowadzi do dokonywania oceny ofert nieporównywalnych.

Z całą mocą należy podkreślić, że za najkorzystniejszą można uznać ofertę, która została zakwalifikowana do oceny, a więc jest prawidłowa i nie podlega odrzuceniu. Stwierdzone wady oferty nie pozwalają uznać oferty firmy RPM S.A. za najkorzystniejszą. W tym stanie rzeczy doszło do naruszenia przepisu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp. Nie stwierdzono natomiast naruszenia przepisu art. 7 ust. 3, wobec braku udzielenia zamówienia w tym postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

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 w **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*