

Sygn. akt KIO/UZP 179/09

WYROK
z dnia 3 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Sylwester Kuchnio
Renata Tubisz
Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 lutego 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Remontowo – Budowlane „REMKO”, ul. Rzepichy 46, 30 – 240 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Akademię Górniczo – Hutniczą im. Stanisława Staszica, Al. Mickiewicza 30, 30 – 059 Kraków** protestu z dnia **30 stycznia 2009 r.**

przy udziale „**ATEST – BUD**”, **Janusz Kochański, Roland Kochański Spółka Jawna z siedzibą w Myślenicach przy ul. Partyka 11** a zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie, unieważnia czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, unieważnia czynność odrzucenia jego oferty będącą skutkiem wykluczenia, i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. kosztami postępowania obciąża Akademię Górniczo – Hutniczą im. Stanisława Staszica, Al. Mickiewicza 30, 30 – 059 Kraków

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Remontowo – Budowlane „REMKO”, ul. Rzepichy 46, 30 – 240 Kraków**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Akademię Górniczo – Hutniczą im. Stanisława Staszica, Al. Mickiewicza 30, 30 – 059 Kraków** na rzecz **Przedsiębiorstwa Remontowo – Budowlanego „REMKO”, ul. Rzepichy 46, 30 – 240 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Remontowo – Budowlanego „REMKO”, ul. Rzepichy 46, 30 – 240 Kraków.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie remontu kapitalnego z dociepleniem ścian zewnętrznych budynku DS-9 na terenie Miasteczka Studenckiego AGH w Krakowie ul. Budryka 9 - ZP/0596/2008/13, zostało wszczęte przez Akademię Górniczo – Hutniczą im. Stanisława Staszica, al. A. Mickiewicza 30, 30-059 Kraków zwaną dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 261152-2008 z dnia 12.12.2008 r.

W dniu 27.01.2009 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego powiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty firmy: ATEST-BUD, J. Kochoński, R. Kochoński, ul. Cystersów 21, 31-553 Kraków zwanej dalej: „ATEST-BUD” albo „Przystępującym”. Ponadto, poinformował o odrzuceniu następujących ofert na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z później zm.) zwana dalej: „Pzp”, 1) F.R.B. PA-KA Paweł Kasztelewicz, ul. Krakowska 6/1, 31-602 Kraków, 2) Przedsiębiorstwa Remontowo - Budowlanego REMKO, ul. Rzepichy 46, 30-240 Kraków zwany dalej: „REMKO” albo „Protestującym” albo „Odwołującym” oraz 3) BUDMET Spółdzielnia Rzemieśnicza, Os. Willowe 30, 31-902 Kraków zwanej dalej: „BUDMET”, jak również odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 5 i 7 Pzp oferty 4) Konsorcjum Firm: L.M. Incest Sp. z o. o.; BYGG Sp. z o.o.; Zakład Handlowo-Budowlany T. Deseniuk, ul. Fieldorfa Nila 17/ju 10, 31-209 Kraków, jako skutek m.in. wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu w trybie art. 24 ust.1 pkt 10 Pzp. W odniesieniu do oferty firmy REMKO Zamawiający stwierdził, iż w zestawieniu materiałów oraz kosztorysie ofertowym wod-kan w poz. 34-38, 41-43, 46-47 zamiast materiałów do kanalizacji wewnętrznej niskoszumowej zastosowano materiały do zwykłej kanalizacji z PCV.

W dniu 30.01.2009 r. (wpływ bezpośredni) na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 Pzp Protestujący wniósł protest na bezpodstawne odrzucenie swojej oferty. Zamawiający odrzucając ofertę Protestującego naruszył art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 87 ust. 2 oraz art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, a wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił z naruszeniem art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp. Wskazał, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż oferta złożonego przez niego jest ofertą najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu jeśli Zamawiający będzie przestrzegał przepisów Pzp i postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”.

Składając protest wnosił o

- a) unieważnienie decyzji o odrzuceniu oferty Protestującego,
- b) unieważnienie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty,
- c) ponowne dokonanie oceny ofert z uwzględnieniem oferty Protestującego i wybór najkorzystniejszej oferty, zgodnie z przepisami Pzp i postanowieniami SIWZ.

Protestujący stwierdził, iż odrzucenie jego oferty przez Zamawiającego jest niezgodne z przepisami Pzp jak i postanowieniami SIWZ. W SIWZ Zamawiający podaje:

„13. OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY

Cenę oferty stanowić będzie wartość brutto wpisana na formularzu oferty za całość przedmiotu zamówienia. Podana cena ofertowa winna uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.

Cenę ofertową należy podać w PLN wraz z właściwym podatkiem VAT (7%) z zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku.

Cena ofertowa powinna obejmować pełne wykonanie przedmiotu zamówienia, na podstawie: dokumentacji projektowej, przedmiarów robót, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, oględzin obiektu, wizji lokalnej, zapisów SIWZ, w tym postanowień umowy,

Przedmiar robót jest materiałem pomocniczym dołączonym do SIWZ wyłącznie celem ułatwienia wykonawcy obliczenia ceny oferty. Podane w przedmiarach podstawy wyceny należy traktować jako orientacyjne.

Cena ofertowa winna uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszystkie koszty związane z uzyskaniem przez wykonawcę przychodu z tytułu niniejszego zamówienia jak również koszty usług nie ujętych w dokumentacji technicznej, a których wykonanie jest niezbędne dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, jak np. koszty robót przygotowawczych, koszty utrzymania porządku w trakcie realizacji robót, koszt zorganizowania placu budowy, wszelkie opłaty, narzuty, podatki, cła itp., wykonania dokumentacji powykonawczej, wykonanie niezbędnych prób, badań, uzgodnień, nadzorów, wpięć, sprawdzeń, opinii, itp., ubezpieczenie budowy, wszelkie inne koszty (np. koszty robót wynikających zarówno z dokumentacji, jak i przedmiaru robót).

Zamawiający przyjmuje, iż wykonawca uwzględnił w cenie ofertowej wszystkie wymagania i zobowiązania zawarte we wszystkich częściach dokumentacji projektowej, zarówno te które zostały wyraźnie określone bądź jedynie zasygnalizowane, i że odpowiednio wycenił pozycje kosztorysu.

13.10 W przypadku pominięcia pozycji w zestawieniu materiałów i urządzeń, wynikających z dokumentacji, w tym z przedmiarów i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, Wykonawca zobowiązany będzie na etapie realizacji zamówienia dostarczyć i wbudować materiały i urządzenia w ilości i rodzaju określonym w dokumentacji”.

W kolejnym punkcie Protestujący przywołał:

„17. KRYTERIA ORAZ SPOSÓB OCENY OFERT

Zamawiający będzie oceniał oferty według następujących kryteriów:

Nr:	Nazwa kryterium:	Waga:
1	Cena (koszt)	100%

Zgodnie z art. 87 ust 2 prawa zamówień publicznych Zamawiający poprawi oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty”.

Wskazał także, iż Zamawiający dołączył do SIWZ wzór umowy który zawiera niżej podane zapisy:

„Do obowiązków Wykonawcy należy:

Wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót, obowiązującymi przepisami, normami, wskazówkami Zamawiającego oraz zasadami wiedzy technicznej i sztuką budowlaną.

§ 8

Wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot umowy przy użyciu materiałów zgodnych z dokumentacją projektową lub równoważnych. Zastosowane materiały winny posiadać certyfikaty na znak bezpieczeństwa (w tym p. poż), atesty, być zgodne z kryteriami technicznymi określonymi w polskich normach i szczegółowych specyfikacjach wykonania i odbioru robót oraz zgodne z właściwymi przepisami, aprobatami technicznymi i dokumentami technicznymi.

Dokumenty, o których mowa w ust 1 Wykonawca przekaże Zamawiającemu podczas końcowego odbioru prac, oraz udostępni do wglądu na każde żądanie Zamawiającego”.

Protestujący wyjaśnił, iż zgodnie z wymogami Zamawiającego zaakceptował wzór umowy stanowiący załącznik do SIWZ. Podniósł, iż przy tak skonstruowanych zapisach SIWZ oraz umowy nie ulega wątpliwości, że w kwestionowanych przez Zamawiającego pozycjach zestawienia materiałów oraz kosztorysie ofertowym wystąpiła omyłka, którą zgodnie z SIWZ Zamawiający winien poprawić jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze SIWZ, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty.

Do poprawienia tego typu omyłek obliguje Zamawiającego, jego zdaniem, art. 87 ust. 2 Pzp: Zamawiający poprawia w ofercie: inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze SIWZ, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty.

Konieczność poprawiania omyłek polegających na niezgodności oferty ze SIWZ, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty jest szeroko omawiana w zamieszczonym na stronie internetowej UZP uzasadnieniu do nowelizacji ustawy:

„W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3

w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą się pojawić w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami”.

Także Prezes UZP Pan Jacek Sadowy, jak wskazał Protestujący, w publikacji PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH PO NOWELIZACJI z dnia 4 września 2008 r. Tekst ujednolicony uwzględniający zmiany wprowadzone ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z dnia 23 września 2008 r. Nr 171, poz. 1058) Omówienie najważniejszych zmian w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych pod redakcją Jacka Sadowego Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Warszawa 2008 stwierdza:

„Zmiana w art. 87-89 ustawy ograniczająca okoliczności w których zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty. Zgodnie z art. 87 ust 2 ustawy, zamawiający poprawia w ofercie: oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty Ustawa dopuszcza również poprawianie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy). Poprawianie omyłek na podstawie cyt. przepisu dotyczy omyłek nie mających charakteru oczywistego oraz niekoniecznie odnosi się do ceny, a więc może dotyczyć również innych elementów złożonej oferty. Jak wynika z uzasadnienia do ustawy "Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą się pojawić w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami." Na podstawie cyt. przepisu można poprawić omyłkę, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Dopuszczalne wydaje się dokonanie zmian w sytuacji, jeżeli z okoliczności wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty, tj nie powoduje konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego lub nie dotyczy jej istotnych postanowień”.

Ponadto, Protestujący wskazał, iż Zamawiający naruszył zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 ust 1 Pzp. Liczne błędy w kosztorysie ofertowym, jak i zestawieniu materiałów w ofercie ATEST-BUD nie stanowiły przeszkody, aby Zamawiający wybrał tę ofertę jako najkorzystniejszą. Wykaz błędów Protestujący zamieścił w zał. nr 1 do protestu.

Jednocześnie, poinformował, że w jego ofercie proponuje instalację kanalizacji niskosumowej firmy REHAU która ma znacznie lepsze parametry od zasugerowanych systemów przez inwestora.(WAVIN AS, MAGNAPLAST skolan db), odpowiednie atesty oraz opis systemu zamieścił w zał. nr 2 protestu.

W ramach zał. nr 1:

1. Przedmiar elektryczny poz. Nr 212 w ofercie ujęty jest przewód YnTKSY a wg przedmiaru powinien być ujęty kabel o oznaczeniu YnTKSY ekw (znaczna różnica parametrów).
2. Przedmiar elektryczny poz. Nr 279 powinien być wyceniony materiał „Rozdzielacz sygnałów w puszkach” w ilości 108 szt. w ofercie brak takiej wyceny.
3. Przedmiar robót elektrycznych poz. Nr 281 powinien być wyceniony materiał „Nowa konstrukcja wsporcza dla anten” w ilości 21 szt. w ofercie brak takiej wyceny.
4. Przedmiar robót budowlanych poz. Nr 77 oferent wycenił daszek o wymiarach 150x 130, a nie 200x 150 zgodnie z przedmiarem.
5. Przedmiar robót budowlanych poz. Nr 66 i 67 oferent w wycenie błędnie umieścił folię o gr. 15 mm, a nie gr. 1,5 mm zgodnie z przedmiarem robót.
6. Przedmiar docieplenie ścian poz. Nr 1, 3 oferent zmienił obmiar z 281,771m² na 283,771 m².
7. Przedmiar docieplenie ścian poz. Nr 2,27 Oferent zmienił wsp. RMS z M=0,5 S=0,5 R=0,5 na R=2,5 M=1 S=2.
8. Przedmiar robót Wod-Kan poz. Nr 31 Oferent wycenił trojaki podczas gdy prawidłowo powinien wycenić kształtki gdyż technologicznie niemożliwe jest wykonanie tej instalacji tylko z wykorzystaniem trojaków.
9. W kosztorysie wod-kan oferent rażąco zawyżył cenę cementu portlandzkiego zwykłego 35 wpisując 29.040,00 zł za tonę.
10. Wbrew zasadzie spójności cen oferent w wielu przypadkach, w swojej ofercie, podaje różne ceny tego samego materiału (Deski iglaste, cement portlandzki, cegła pełna, farba olejna, piasek, wapno, acetylen, żwir i wiele innych).

W dniu 02.02.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 04.02.2009 r. (wpływ bezpośredni) do postępowania toczącego się na skutek wniesienia protestu przystąpiła firma ATEST-BUD. Wskazał na posiadanie interesu

prawnego z uwagi na wybór jego oferty przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami oceny ofert. Wnosił o oddalenie protestu. Ustosunkowując się do treści protestu w zakresie podniesionym w uzasadnieniu protestu w pełni poparł stanowisko Zamawiającego. Wskazał, iż odrzucenie oferty Protestującego nastąpiło zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, oraz zgodnie ze SIWZ. Wskazał, że w SIWZ Zamawiający określił jednoznacznie kryteria oraz sposób oceny ofert. W pkt 13.8 SIWZ określono, że dopuszcza się zastosowanie przez Wykonawcę równoważnych zamienników materiałów i urządzeń pod warunkiem, że materiały i urządzenia zaproponowane są istotnie równoważne z określonymi w dokumentacji technicznej. Zaoferowanie urządzeń lub materiałów równoważnych nie może prowadzić do zmiany projektu. W pkt 13.9 SIWZ z kolei określono, że zestawienie materiałów i urządzeń oceniane będzie pod względem zgodności z dokumentacją (równoważności) zastosowanych materiałów i urządzeń.

Protestujący, zdaniem Przystępującego składając ofertę w sposób istotny nie dostosowała się do powyższych zapisów z SIWZ. W kosztorysie ofertowym wod-kan. w poz. 34 - 38, 41 - 43, 46 - 47 oraz w zestawieniu materiałów do kanalizacji wewnętrznej niskoszumowej zastosowano materiały do zwykłej kanalizacji z PCW. Zamawiający w przedmiarze robót w zakresie instalacji wod-kan. określił dokładnie materiały, jakie winny być zastosowane podczas wykonywania remontu. W pkt 10, 11 oraz 13 - 15 wymieniono rury kanalizacji niskoszumowej. Rury zaoferowane w kosztorysie przez Protestującego nie spełniają tych kryteriów. W ofercie uwzględniono system kanalizacji nie spełniający wymaganego kryterium niskoszumowości. Kanalizacje niskoszumowe dostępne i atestowane na rynku polskim wykonywane są z polipropylenu (czystego, lub z domieszkami mineralnymi wpływającymi na warunki akustyczne) natomiast Protestujący uwzględnił zwykłe rury kanalizacyjne z PCW do wykonywania kanalizacji zewnętrznych. W przedmiarze Zamawiający określił zgodnie z systemem kanalizacji niskoszumowej konieczność zastosowania obejm mocujących z wkładkami z gumy profilowanej, natomiast Protestujący uwzględnił zwykłe uchwyty stalowe do rur z PCW nie spełniające założonych kryteriów.

Materiały zaproponowane przez Protestującego nie wyczerpują kryteriów określonych w SIWZ, gdyż nie są to materiały równoważne z określonymi w dokumentacji technicznej, co prawda Protestujący w uzasadnieniu protestu wyjaśnił, że miał na myśli system kanalizacji REHAU, jednakże nie określono tego w żadnej z pozycji kosztorysu ofertowego, a nawet zaprzeczono, gdyż system REHAU - RAUPIANO PLUS także nie jest wykonywany z PCW (jak określono w opisie pozycji w kosztorysie ofertowym REMKO i zestawieniu materiałów), lecz z polipropylenu. Nie jest to omyłka, lecz zaproponowanie innego rozwiązania technicznego niż uwzględnione w kosztorysie ofertowym. Taka forma zmiany proponowanych materiałów i systemu kanalizacji możliwa jest jedynie w drodze negocjacji,

a takiego trybu nie przewiduje tryb przetargu nieograniczonego który jest prowadzony przez Zamawiającego.

Przystępujący wyjaśnił również, że w tym zadaniu (szczegółowo określonym w projekcie) nie może być zastosowany system REHAU - RAUPIANO PLUS, gdyż nie produkuje się w tym systemie rur o większej średnicy niż 160 mm. Nowa kanalizacja w DS-9 wymaga zastosowania odcinków rur kanalizacji niskoszumowej d: 200 mm (nie produkowanych przez REHAU). Również w systemie RAUPIANO PLUS zachodzi konieczność zastosowania specjalnych opatentowanych przez REHAU izolujących akustycznie uchwytów tłumiących, składających się z obejm mocującej i podtrzymującej. Na pewno nie spełniają takiego kryterium zastosowane w kosztorysie ofertowym przez REMKO uchwyty stalowe do rur z PCW.

Według SIWZ określono sposób dokonywania oceny spełniania warunków: „*spełnia - nie spełnia*” (pkt 15.3). Oferta złożona przez Protestującego w sposób istotny nie spełnia warunków SIWZ, zatem Zamawiający słusznie ją odrzucił (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp).

Ustosunkowując się do treści protestu w zakresie podniesionym w zał. nr 1 stwierdził co następuje:

Ad. 1.

W poz. 212 kosztorysu ofertowego elektrycznego ujęty został przewód ekranowany typu YnTKSY. W opisie instalacji elektrycznej, pkt 17 - „Instalacje sygnalizacji pożaru”, w ppkt „Linie dozоровe” określono, że: „linie dozоровe należy wykonać przewodami ekranowanymi typu YnTKSY 2x2x0,8. Dokładnie taki typ przewodu zastosowano w wycenie pozycji kosztorysowej. Dodatkowo analizując rysunek T-10 - projekt „Instalacje teletechniczne -schemat inst. sygn. pożaru” odczytaliśmy polecenie: „UWAGA ! Połączenia wykonać przewodem YnTKSY 2x2x0,8”. W projekcie i opisie technicznym projektant nie stosuje symboliki „ekw”. (W załączeniu - rysunek T-10 i opis techniczny).

Ad. 2

W poz. 279 kosztorysu ofertowego elektrycznego nie określono ceny materiału. Zgodnie z pkt 13.11 SIWZ takiego rodzaju omyłki nie podlegają ocenie.

Ad. 3

W poz. 281 kosztorysu ofertowego elektrycznego nie wyceniono materiału „nowa konstrukcja wsporcza”. Zgodnie z pkt 13.10 SIWZ takiego rodzaju omyłki nie podlegają ocenie.

Ad. 4

W poz. 77 kosztorysu budowlanego wyceniono daszek o wymiarach 150 x 130, ponieważ z analizy dokumentacji projektowej wynikało, że właśnie taki daszek powinien zostać wykonany w trakcie remontu objętego zadaniem z przetargu. Identycznie postąpił Protestujący (także wyceniając daszek o wymiarach 150 x 130).

Ad. 5

W poz. 66 i 67 kosztorysu budowlanego określono grubość folii jako 15 zamiast 1,5 mm. Jest to oczywista omyłka pisarska (brak przecinka). Folia określona w przedmiarze występuje tylko w grubości 1,5 mm - nie spotyka się folii tego typu o grubości 15 mm. Zgodnie z pkt 17.3 SIWZ Zamawiający może we własnym zakresie poprawić taką oczywistą omyłkę pisarską (na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp).

Ad. 6

Zgodnie z pkt 13.11 SIWZ takiego rodzaju omyłki nie podlegają ocenie.

Ad. 7

Przyjęcie w kosztorysie ofertowym innych niż w przedmiarze współczynników RMS (służących do wyceny pozycji i ustalenia ceny jednostkowej) jest naszą decyzją wynikającą z kalkulacji robót po oględzinach obiektu. Zgodnie z pkt 13.3 i 13.4 SIWZ uważamy, że mieliśmy prawo do takiej zmiany współczynników.

Ad. 8

W poz. 31 kosztorysu ofertowego wod-kan w materiałach wpisano „trójniki”. Na podstawie analizy projektu technicznego kanalizacji przeważający udział w kształtkach stanowią właśnie trójniki (ok. 90%). Zgodnie z projektem oczywiście w odpowiednich miejscach zastosowane zostaną właściwe dla rozwiązań technicznych kształtki. Norma uwzględniona w kosztorysie jest prawidłowa i w żadnym razie nie powoduje zmian ilościowych kształtek. Identycznie postąpiła w swojej ofercie REMKO (wyceniając w poz. 31 trójniki). Ponadto wg. pkt 13.10 SIWZ takiego rodzaju omyłki nie podlegają ocenie.

Ad. 9

Proponowane ceny jednostkowe poszczególnych materiałów są indywidualną decyzją każdego oferenta i służą do określenia cen jednostkowych pozycji kosztorysowych.

Ad. 10

Proponowane ceny jednostkowe poszczególnych materiałów są indywidualną decyzją każdego oferenta i służą do określenia cen jednostkowych pozycji kosztorysowych.

Kopia przystąpienia została stosownie przekazana Protestującemu.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 11.02.2009 r. faxem w ten sposób, że Zamawiający:

A. uwzględni protest w części dotyczącej zarzutu nr 5 do zestawienia materiałów w ofercie ATEST-BUD;

B. w pozostałej części oddala protest jako bezzasadny.

Odnosnie Ad. A.

Zamawiający przyznał, iż w zestawieniu materiałów dołączonych do oferty złożonej przez ATEST-BUD w poz. nr 66 i 67 wpisano folię o gr. 15 mm, zamiast 1,5 mm. W ocenie Zamawiającego we wskazanych powyżej pozycjach omyłkowo nie został wstawiony przez wykonawcę znak przecinka (brak na rynku materiałów budowlanych foli o grubości 15 mm). Zgodnie z powszechnie przyjętym orzecnictwem, oczywista omyłka pisarska to widoczne, niezgodne z zamierzonym, niewłaściwe użycie wyrazu, widocznie mylna pisownia czy też opuszczenie jakiegoś wyrazu. W ofercie ATEST-BUD opuszczony został znak interpunkcyjny. Zamawiający informuje, iż w związku z uwzględnieniem protestu w części dot. zarzutu nr 5 poprawił oczywistą omyłkę pisarską zgodnie z przepisami Pzp.

Odnosnie Ad. B.

Zamawiający stwierdził, iż odrzucił ofertę Protestującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - w zestawieniu materiałów oraz kosztorysie ofertowym wod-kan w poz. 34-38, 41-43, 46-47 zamiast materiałów do kanalizacji wewnętrznej niskoszumowej, zaoferowano materiały nierównoważne, tj. materiały do zwykłej kanalizacji z PCV.

Zamawiający nie podzielił stanowiska Protestującego, iż należało poprawić treść oferty Protestującego w zakresie zastosowanych materiałów na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze SIWZ, nie powodującą istotnych zmian w treści oferty. W ocenie Zamawiającego taka zmiana zaproponowanych w ofercie materiałów nierównoważnych na materiały zgodne z wymaganymi w SIWZ jest nieuprawniona, prowadzi do istotnej zmiany treści oferty, a tym samym wykracza poza zakres dyspozycji art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający uważa, że poprawienie tak oczywistej, poważnej i mającej szeroki zasięg (dotyczy całego systemu kanalizacji budynku) niezgodności treści oferty z SIWZ stanowi istotną zmianę w treści oferty. Protestujący proponuje dopiero w proteście wykonanie instalacji kanalizacji niskoszumowej systemu REHAU RAUPIANO PLUS. Propozycja ta nie ma odzwierciedlenia w żadnej pozycji kosztorysu ofertowego, ani w zestawieniu materiałów na wykonanie instalacji wod.-kan. Kosztorys ofertowy jak i zestawienie materiałów Protestującego na wykonanie instalacji wod-kan jednoznacznie określa, że Protestujący zaproponował materiały z PCV dla wykonania zwykłej kanalizacji, a nie materiały dla kanalizacji niskoszumowej z polipropylenu (PP).

Zamawiający wskazał ponadto, iż stoi na stanowisku, iż ryczałtowy sposób obliczenia ceny określony w SIWZ, nie zwalnia z obowiązku zaoferowania przedmiotu zamówienia zgodnego z opisem przedmiotu zamówienia, jak również nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku oceny oferty pod względem jej poprawności merytorycznej. Z zestawienia materiałów Protestującego jednoznacznie wynika, że w części: wod-kan w poz. 34-38, 41-43,

46-47, zaoferowane w ofercie materiały nie spełnią wymogów określonych przez Zamawiającego w SIWZ.

Podniósł również, że podpisany wzór umowy dołączony przez Protestującego do oferty potwierdza jedynie akceptację treści wzoru umowy i stanowi zobowiązanie wykonawcy do zawarcia umowy na warunkach w nim określonych w przypadku wyboru jego oferty. Sam wzór umowy nie zawiera natomiast szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, a tym samym nie jest dokumentem potwierdzającym spełnianie wymagań przedmiotowych określonych przez Zamawiającego.

W związku z powyższym Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko w zakresie odrzucenia oferty Protestującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający oddalił również zarzuty (pkt od 1 - 4 i od 6 -10 zał. nr 1 do protestu) odnoszące się do niezgodności kosztorysu ofertowego i zestawienia materiałów firmy ATEST-BUD jako niezasadne.

Ad 1. W dokumentacji projektowej zastosowano kabel YnTKSY. Zgodnie z pkt 13.3 i 14.4 SIWZ, przedmiar robót jest materiałem pomocniczym, oferta została sporządzona w oparciu o dokumentację techniczną.

Ad 2, 3. Zarzuty dot. poz. 279 - rozdzielacz sygnału w puszkach i poz. 281 - nowa konstrukcja wsporcza dla anten. Zgodnie z pkt 13.11 i 13.10 SIWZ kosztorysy ofertowe nie podlegają ocenie w zakresie: omyłek w obliczeniu ceny, innych niż z wynikające z dokumentacji i przedmiarów ilości materiałów i urządzeń, zastosowania innych niż w przedmiarach podstaw wyceny, pominięcia którejkolwiek pozycji przedmiaru. W przypadku pominięcia pozycji w zestawieniu materiałów i urządzeń, wynikających z dokumentacji, w tym z przedmiarów i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót wykonawca zobowiązany będzie na etapie realizacji zamówienia dostarczyć i wbudować materiały i urządzenia w ilości i rodzaju określonym w dokumentacji.

Ad 4. Zgodnie z „*Projektem wykonawczym remontu domu studenckiego DS-9-branża Architektura*”, pkt 7.1.13 zakresu robót remontowych, w ramach remontu należy wykonać daszek, nad wejściem bocznym do budynku (jedyne do wykonania w zakresie remontu), o wymiarach 150x130 cm. Z powyższego wynika, że w przedmiarze występuje błąd wymiarów. Zgodnie z pkt 13.3 i 14.4 SIWZ, przedmiar robót jest materiałem pomocniczym, oferta została sporządzona w oparciu o dokumentację techniczną. Również Protestujący wycenił daszek według projektu, a nie przedmiaru robót.

Ad 6. Zgodnie z SIWZ - pkt 13.11 kosztorysy nie podlegają ocenie w zakresie m.in. omyłek w ilościach, nawet w zakresie pominięć wyceny pozycji przedmiaru. Ilość robót w kosztorysach na docieplenie ścian, w poz. 1.3, w obu ofertach tj. ATEST-BUD i REMKO jest identyczna i wynosi 283,771 m².

Ad 7. Zgodnie z SIWZ - pkt 13.4 podstawy wyceny robót podane w przedmiarach należy traktować jako orientacyjne. A więc stosowane ilości jednostkowych nakładów rzeczowych (R, M, S) oraz współczynniki zwiększające te nakłady lub zmniejszające są indywidualną decyzją Wykonawców.

Ad 8. Przedmiar robót wod.-kan. poz. nr 31. Wykonawca wycenił prawidłowo pozycję w oparciu o KNR 2-15 0228. Protestujący wycenił tę propozycję identycznie. Zarzut o błędzie wskazuje na brak obiektywizmu i jest bezzasadny w świetle pkt 13.10 SIWZ (*zapis przywołany w całości w uzasadnieniu Ad 2,3*).

Ad 9. W kosztorysie wod.-kan Wykonawca rażąco zawyżył cenę cementu portlandzkiego zwykłego 35 wpisując 29.040,00 zł za tonę. Ceny jednostkowe nakładów rzeczowych są indywidualną sprawą wykonawcy i nie podlegają ocenie Zamawiającego zgodnie z pkt 13.11 SIWZ.

Ad 10. Proponowane przez Wykonawców ceny jednostkowe nakładów rzeczowych (w tym materiałów), służące do ustalenia ceny jednostkowej pozycji kosztorysów, nie podlegają badaniu przez Zamawiającego.

W dniu 12.02.2009 r. (data nadania u operatora pocztowego) Odwołujący na częściowe oddalenie protestu i jego częściowe uwzględnienie wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i wnioski z protestu, za wyjątkiem naruszenia ust. 3 art. 7 Pzp. Przywołał te same zapisy SIWZ, co w proteście. Przywołał, iż w proteście podniósł, że przy tak skonstruowanych zapisach SIWZ oraz umowy nie ulega wątpliwości, że w kwestionowanych przez Zamawiającego pozycjach zestawienia materiałów oraz kosztorysie ofertowym wystąpiła omyłka, którą zgodnie z SIWZ Zamawiający winien poprawić jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Wskazał, iż do poprawienia tego typu omyłek obliuguje Zamawiającego art. 87 ust. 2 Pzp. W uzasadnieniu przytoczył uzasadnienie do nowelizacji ustawy zamieszczone na stronie internetowej UZP jak i komentarz do nowelizacji ustawy Prawo Zamówień Publicznych w zakresie konieczności poprawiania omyłek polegających na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Wskazał, iż w proteście przywołał, że dowodem naruszenia przez Zamawiającego zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców określonej w art. 7 ust. 1 Pzp, są liczne błędy i nieprawidłowości w kosztorysie ofertowym, jak i zestawieniu materiałów w ofercie ATEST-BUD nie stanowiły przeszkody, aby Zamawiający wybrał tę ofertę jako najkorzystniejszą. Zauważył, iż nieprawidłowości kosztorysu wybranej oferty potwierdza opinia Centrum Usług Techniczno-Organizacyjnych Budownictwa PZITB którą załączył.

Argumenty Zamawiającego z rozstrzygnięcia protestu, zdaniem Odwołującego nie znajdują potwierdzenia w dokumentach przetargowych. We wzorze umowy zapisy jednoznacznie określają wymagania przedmiotowe:

„Do obowiązków Wykonawcy należy:

Wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót, obowiązującymi przepisami, normami, wskazówkami Zamawiającego oraz zasadami wiedzy technicznej i sztuką budowlaną.

§ 8

Wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot umowy przy użyciu materiałów zgodnych z dokumentacją projektową lub równoważnych. Zastosowane materiały winny posiadać certyfikaty na znak bezpieczeństwa (w tym p. poż), atesty, być zgodne z kryteriami technicznymi określonymi w polskich normach i szczegółowych specyfikacjach wykonania i odbioru robót oraz zgodne z właściwymi przepisami, aprobatami technicznymi i dokumentami technicznymi

Dokumenty, o których mowa w ust 1 Wykonawca prześle Zamawiającemu podczas końcowego odbioru prac, oraz udostępni do wglądu na każde żądanie Zamawiającego”.

Na koniec podniósł, iż odrzucenie jego oferty z naruszeniem przepisów Pzp, jak i postanowień SIWZ pozwoliło Zamawiającemu na dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu oferty o ok. 300.000,00 zł. droższej od jego oferty, mimo iż oferta droższa zawiera liczne błędy i nieprawidłowości.

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (wpływ bezpośredni).

W dniu 12.02.2009 r. Zamawiający przekazał firmom, które przystąpiły do postępowania protestacyjnego (faxem) kopię odwołania i wezwał ich do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpił dnia 16.02.2009 r. (wpływ bezpośredni) firma ATEST – BUD po stronie Zamawiającego. Firma ATEST – BUD wskazała, iż przystępuje do postępowania odwoławczego, ponieważ jej interes prawny w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

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, przedmiotami robót wraz z zakresem robót, specyfikacją techniczną: instalacje wodno-kanalizacyjne oraz projektem wykonawczym: instalacje wodno-kanalizacyjne, treścią spornej oferty, jak i opinią techniczną

Nr 06/2009 załączona do odwołania, zgodnie z wnioskiem Odwołującego z rozprawy, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowiska stron i uczestników postępowania 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, Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), podczas gdy oferta ta cenowo była najkorzystniejsza, miał interes prawny w złożeniu tak protestu, jak i odwołania. W przypadku uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty tego wykonawcy, z uwagi na przedłożenie oferty korzystniejszej cenowo od pozostałych wykonawców, 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.

Oдноśnie zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 2 oraz art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie ofertę Odwołującego, Izba uznała ww. zarzuty za zasadne rozpatrując niniejsze łącznie, z uwagi na ich charakter.

Oдноśnie istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania postanowień SIWZ skład orzekający Izby ustalił:

Zamawiający w pkt 13 SIWZ: „*OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY*” stwierdził, iż (pkt od 13.1 do 13.6):

„Cenę oferty stanowić będzie wartość brutto wpisana na formularzu oferty za całość przedmiotu zamówienia. Podana cena ofertowa winna uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.

Cenę ofertową należy podać w PLN wraz z właściwym podatkiem VAT (7%) z zaokrągleniem do dwóch miejsc po przecinku.

Cena ofertowa powinna obejmować pełne wykonanie przedmiotu zamówienia, na podstawie: dokumentacji projektowej, przedmiarów robót, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, oględzin obiektu, wizji lokalnej, zapisów SIWZ, w tym postanowień umowy,

Przedmiar robót jest materiałem pomocniczym dołączonym do SIWZ wyłącznie celem ułatwienia wykonawcy obliczenia ceny oferty. Podane w przedmiarach podstawy wyceny należy traktować jako orientacyjne.

Cena ofertowa winna uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszystkie koszty związane z uzyskaniem przez wykonawcę przychodu z tytułu niniejszego zamówienia jak również koszty usług nie ujętych w dokumentacji technicznej, a których wykonanie jest niezbędne dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, jak np, koszty robót przygotowawczych, koszty utrzymania porządku w trakcie realizacji robót, koszt zorganizowania placu budowy, wszelkie opłaty, narzuty, podatki, cła itp., wykonania dokumentacji powykonawczej, wykonanie niezbędnych prób, badań, uzgodnień, nadzorów, wpięć, sprawdzeń, opinii, itp., ubezpieczenie budowy, wszelkie inne koszty (np. koszty robót wynikających zarówno z dokumentacji, jak i przedmiaru robót).

Zamawiający przyjmuje, iż wykonawca uwzględnił w cenie ofertowej wszystkie wymagania i zobowiązania zawarte we wszystkich częściach dokumentacji projektowej, zarówno te które zostały wyraźnie określone bądź jedynie zasygnalizowane, i że odpowiednio wycenił pozycje kosztorysu.(.....)".

Poza tym zawarł w SIWZ (pkt 13.8 i 13.9), iż:

„Dopuszcza się zastosowanie przez Wykonawcę równoważnych zamienników materiałów i urządzeń pod warunkiem, że materiały i urządzenia zaproponowane są istotnie równoważne z określonymi w dokumentacji technicznej. Zaoferowanie urządzeń lub materiałów równoważnych nie może prowadzić do zmiany projektu.

Zestawienie materiałów i urządzeń oceniane będzie pod względem zgodności z dokumentacją (równoważności) zastosowanych materiałów i urządzeń”.

Nadto Zamawiający wskazał, w pkt 13.10 SIWZ że: *„W przypadku pominięcia pozycji w zestawieniu materiałów i urządzeń, wynikających z dokumentacji, w tym z przedmiarów i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, Wykonawca zobowiązany będzie na etapie realizacji zamówienia dostarczyć i wbudować materiały i urządzenia w ilości i rodzaju określonym w dokumentacji (.....)”,* a w pkt 13.11 SIWZ, iż: *„Kosztorysy ofertowe nie podlegają ocenie w zakresie: omyłek w obliczeniu ceny, innych niż z wynikające z dokumentacji i przedmiarów ilości materiałów i urządzeń, zastosowania innych niż w przedmiarach podstaw wyceny, pominięcia którejkolwiek pozycji przedmiaru”.*

Ponadto, w pkt 17 SIWZ: *„ KRYTERIA ORAZ SPOSÓB OCENY OFERT”* określił z Pzp, że: *„(.....) Zgodnie z art. 87 ust 2 prawa zamówień publicznych Zamawiający poprawi oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty”.*

Zamawiający dołączył także do SIWZ wzór umowy (załącznik nr 6) – zgodnie z pkt 21.1 SIWZ: „Istotne postanowienia umowy określa wzór umowy stanowiący załącznik nr 6 do niniejszej Specyfikacji” - zawierający następujące zapisy: W § 2 zawiera sformułowanie w ust. 2, iż: „Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z dokumentacją projektową, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, przedmiarami robót oraz SIWZ i uznaje je za podstawę do realizacji przedmiotu niniejszej umowy”, a w ust. 1, iż: „Zakres rzeczowy robót określa: dokumentacja projektowa, przedmiary robót, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, SIWZ oraz szczegółowa oferta przetargowa Wykonawcy wraz z kosztorysami ofertowymi, stanowiące załącznik nr do niniejszej umowy”.

W § 5 pkt 5: „Do obowiązków Wykonawcy należy:

Wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót, obowiązującymi przepisami, normami, wskazówkami Zamawiającego oraz zasadami wiedzy technicznej i sztuką budowlaną”.

W § 8: „Wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot umowy przy użyciu materiałów zgodnych z dokumentacją projektową lub równoważnych. Zastosowane materiały winny posiadać certyfikaty na znak bezpieczeństwa (w tym p. poż), atesty, być zgodne z kryteriami technicznymi określonymi w polskich normach i szczegółowych specyfikacjach wykonania i odbioru robót oraz zgodne z właściwymi przepisami, aprobatami technicznymi i dokumentami technicznymi. Dokumenty, o których mowa w ust 1 Wykonawca prześle Zamawiającemu podczas końcowego odbioru prac, oraz udostępni do wglądu na każde żądanie Zamawiającego”.

Jednocześnie w § 12 wzoru umowy w ust.1 zapisano, że: „Wykonawca gwarantuje, że przedmiot Umowy określony w § 1 i 2 wykonany zostanie dobrze jakościowo, zgodnie z dokumentacją projektową, STWIOR, obowiązującymi przepisami technicznymi, normami, sztuką budowlaną i warunkami umowy, bez wad pomniejszających wartość robót lub uniemożliwiających użytkowanie obiektu zgodnie z ich przeznaczeniem”.

Jednocześnie, Zamawiający w przedmiarze robót w zakresie instalacji wod-kan. co następują:

W pkt. 10, 11 oraz 13 - 15 w ramach ogólnej charakterystyki robót, czyli w zakresie robót wymienił rury kanalizacji niskosumowej wraz z obejmami mocującymi z wkładkami z gumy profilowanej. Ponadto, w pkt 18-20 także odniósł się do kanalizacji niskosumowej. Natomiast w zasadniczej części przedmiarów robót w poz. 34-38, 41-43, 46-47 używa w opisie tak sformułowań odnoszących się do kanalizacji niskosumowej, jak i kanalizacji z PCW.

W ramach projektu wykonawczego oraz specyfikacji technicznej: instalacje wodno-kanalizacyjne, Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający używa na str. 15 specyfikacji technicznej identycznych sformułowań oraz analogicznych pkt, jak w ramach ogólnej charakterystyki robót, czyli w zakresie robót przedmiaru. Natomiast w ramach projektu wykonawczego w pkt 4.2 stwierdza się, iż: „ *Piony, poziomy kanalizacyjne i podejścia do przyborów wykonane będą z rur PVC bezszumowych*”

W ramach złożonej oferty – w formularzu ofertowym Odwołujący zaoferował: „*realizację przedmiotu zamówienia, zgodnie z zasadami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*” za: „*Cena brutto za całość przedmiotu zamówienia: 6 492 440,69 PLN*”. Jednocześnie oświadczył, że m.in.:

„ (...) 2. *zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i nie wnosimy do niej zastrzeżeń oraz zdobyliśmy konieczne informacje do przygotowania oferty,*

3. *oferta została sporządzona na podstawie: dokumentacji projektowej, przedmiarów robót, oględzin obiektu, wizji lokalnej, zapisów SIWZ, a oferowana cena obejmuje cały zakres robót objętych przedmiotem zamówienia, które wykonamy zgodnie z zasadami sztuki budowlanej,*

4. *kosztorysy ofertowe zawierają wszelkie prace: ujęte w dokumentacji technicznej, w tym w przedmiarze i Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, wynikające z wizji lokalnej, oględzin obiektu i doświadczenia Wykonawcy oraz inne niezbędne do wykonania całego zakresu remontu kapitalnego budynku DS-9,*

5. *materiały i urządzenia ujęte w ofercie, przewidziane do realizacji zamówienia są zgodne z wymaganymi w dokumentacji technicznej lub równoważne,*

6. *w przypadku pominięcia pozycji w zestawieniu materiałów i urządzeń, wynikających z dokumentacji, w tym określonych w przedmiarach i Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, zobowiązujemy się dostarczyć i wbudować materiały i urządzenia w ilości i rodzaju określonym w dokumentacji, (...)*”

W ramach kosztorysu ofertowego dołączonego do oferty Odwołujący dokonał wyceny zgodnie z przedmiarami robót uzyskanymi od Zamawiającego. Powyższe odnosi się także ściśle do poz. 34-38, 41-43, 46-47 kosztorysu ofertowego (instalacje wodno-kanalizacyjne), czyli pozycji zakwestionowanych przez Zamawiającego w odrzuceniu oferty z dnia 27.01.2009 r. W zestawieniu materiałów załączonym także do oferty dokonał wyceny materiałów do kanalizacji z PCW (poz. 11-13, 44-49, 82-90, 116-118, 127-128, 132-140).

Analizując w/w zapisy SIWZ w odniesieniu do stanu faktycznego, Izba stwierdziła co następuje:

Po pierwsze, jak okoliczność bezsporną między stronami należy wskazać, iż w przedmiotowym postępowaniu wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy. Żadna ze stron nie kwestionowała tego faktu podczas rozprawy, a Zamawiający potwierdził niniejsze już w rozstrzygnięciu protestu.

Po drugie, stanowisko Zamawiającego wyrażone w rozstrzygnięciu protestu, a nie zanegowane na rozprawie, iż: *„podpisany wzór umowy dołączony przez Odwołującego do oferty potwierdza jedynie akceptację treści wzoru umowy i stanowi zobowiązanie wykonawcy do zawarcia umowy na warunkach w nim określonych w przypadku wyboru jego oferty. Sam wzór umowy nie zawiera natomiast szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, a tym samym nie jest dokumentem potwierdzającym spełnianie wymagań przedmiotowych określonych przez Zamawiającego”*, Izba uznaje za co najmniej nieściśle. Zamawiający nie może w sposób wybiórczy interpretować oferty Odwołującego nie wskazując na określone zapisy zawarte w jego treści nie odpowiadające przyjętemu przez niego stanowisku. Wzór umowy bezsprzecznie stanowi załącznik do SIWZ (stanowi o tym np. pkt 21.1 do SIWZ). Poza tym, w formularzu ofertowym Odwołujący zaoferował m. in.: *„realizację przedmiotu zamówienia, zgodnie z zasadami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”*, oświadczył, iż: *„oferowana cena obejmuje cały zakres robót objętych przedmiotem zamówienia, które wykonamy zgodnie z zasadami sztuki budowlanej”*. Izba stoi na stanowisku, iż Odwołujący w sposób wiążący złożył oświadczenie, w którym zadeklarował, iż: *„oferta została sporządzona na podstawie: dokumentacji projektowej, przedmiarów robót, oględzin obiektu, wizji lokalnej, zapisów SIWZ, (...)”*. Z samych powyższych stwierdzeń, jak i innych wskazanych powyżej bezwzględnie wynika potwierdzenie spełnianie wymagań przedmiotowych określonych przez Zamawiającego. Biorąc zaś pod uwagę sformułowania ze wzoru umowy (będącego częścią SIWZ jako jego załącznik nr 6) z § 2, 5, 8 i 12 należy uznać, iż definitywnie kwestia potwierdzenia spełnianie wymagań przedmiotowych określonych przez Zamawiającego jest, zdaniem Izby, przesadzona. Odwołujący w żaden sposób nie ma możliwości wycofania się tak z treści złożonej oferty, jak i zapisów wzoru umowy, która *de facto* nie tylko stanowi zobowiązanie wykonawcy do zawarcia umowy na warunkach w nim określonych w przypadku wyboru jego oferty, ale także poprzez warunki realizacji umowy stanowi faktyczną treść oferty. W tym miejscu Izba zwraca także uwagę, iż w samej specyfikacji technicznej jest podkreślona rola wzoru umowy – określanego mianem „Ogólnych warunków umowy”. Na str. 6 specyfikacji technicznej stwierdza się bowiem, iż w przypadku rozbieżności w ustaleniach poszczególnych dokumentów obowiązuje kolejność ich ważności wymieniona w „Ogólnych warunków umowy”.

Po trzecie, Izba wskazuje, że jedną z podstaw odrzucenia oferty Odwołującego są pozycje kwestionowane w kosztorysie ofertowym przez Zamawiającego, Izba w tym miejscu

stwierdza w pierwszej kolejności, iż bezsprzecznie wbrew twierdzeniom Zamawiającego i Przystępującego Odwołujący już na etapie oferty zaoferował kanalizację niskosumową. W następnej kolejności, Izba stwierdza, że Odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji literalnego zastosowania się w kosztorysach ofertowych do przedmiarów robót, w tym kontekście bez znaczenia dla stanu faktycznego ma pomocniczy charakter przedmiarów, gdyż decydującą okolicznością jest pkt 13.11 SIWZ, z którego wynika, że kosztorysy ofertowe nie podlegają ocenie w zakresie tam wskazanym i nie mogą być w żadnym wypadku podstawą odrzucenia oferty w zakresie jakim nie podlegają ocenie. Na marginesie Izba wskazuje, iż Zamawiający pkt 13.12 SIWZ poprzez wskazanie celu, jakiemu służył kosztorys ofertowy – podstawa do ewentualnego obniżenia wynagrodzenia określonego w ofercie w przypadku rezygnacji przez Zamawiającego z części robót, wyceny ewentualnych robót dodatkowych, zmiany wysokości wynagrodzenia w wypadkach określonych w umowie określił dodatkowo *de facto* jego pomocniczy charakter. Przy czym, Izba zauważa, że wskazanie w kosztorysie ofertowym w zakwestionowanych przez Zamawiającego pozycjach kanalizacji niskosumowej, mimo nie uczynienia tego poprzez wskazanie z nazwy systemu REHAU RAUPIANO PLUS bezsprzecznie miało miejsce i jest bezsporne, a stanowisko Przystępującego i Zamawiającego mówiące o uzupełnieniu oferty w ramach protestu jest niezasadne.

Po czwarte, Izba odnosząc się do argumentacji Zamawiającego i Przystępującego opartej na zestawieniu materiałów, stwierdza, że skoro Zamawiający w wypadku pominięcia w zestawieniu materiałów pozycji wynikającej z dokumentacji, w tym z przedmiarów i specyfikacji technicznej nakłada na Wykonawcę zobowiązanie na etapie realizacji zamówienia dostarczenia i wybudowania materiałów w ilości i rodzaju określonym w dokumentacji, to tym bardziej należy uznać za dopuszczalne w wypadku wynagrodzenia ryczałtowego zobowiązanie dostarczenia i wybudowania materiałów w rodzaju określonym w dokumentacji, mimo omyłkowego wskazania w zestawieniu materiałów nie mających charakteru równoważnego. W tej materii Izba zwraca uwagę na następujące okoliczności. W pierwszej kolejności podkreśla, iż Odwołujący oparł się na przedmiarach robót otrzymanych od Zamawiającego i to one były podstawą wyceny dokonanej przez niego w kosztorysie ofertowym instalacji wodno – kanalizacyjnej, a sama omyłka nie miała charakteru zamierzonego. W drugiej kolejności wyraźna wola wynikająca w formularza ofertowego i wzoru umowy wprost wskazuje, iż omyłka ma charakter zbieżny z dyspozycją przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co więcej samo poprawienie nie stanowi istotnej ingerencji, np. wytworzenia oświadczenia woli o nowej treści, a tym bardziej nie stanowi istotnej zmiany postawień oferty. Nastąpi bowiem tylko i wyłącznie sanowanie złożonej oferty, tj. zestawienia materiałów, które jako jedyne może być uznany za wątpliwe co do swej zgodności z SIWZ (pkt 13.8 i 13.9 SIWZ). Z tych względów Izba wskazuje konieczność zastosowanie przez

Zamawiającego w stosunku do oferty Odwołującego przywołanego przepisu w stosownym zakresie podczas powtórzenia czynności badania i oceny ofert dokonywanej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Po piąte, należy także dla poparcia wskazanej wcześniej argumentacji przywołać formularz ofertowy, który w jednym ze swoich fragmentów stwierdza, iż: „*materiały i urządzenia ujęte w ofercie, przewidziane do realizacji zamówienia są zgodne z wymaganymi w dokumentacji technicznej lub równoważne*”. Dodatkowo, Izba zwraca uwagę, iż dokonane poprawienie w ofercie nie spowoduje zmiany w cenie ofercie, a co za tym idzie dodatkowych kosztów dla Zamawiającego. Nadto, tylko informacyjnie Izba wyjaśnia, że zgodnie z informacją udzieloną przez Zamawiającego na rozprawie, faktyczny udział zakwestionowanych pozycji, tj. materiałów do kanalizacji niskoszumowej odnosi się tylko do przedmiarów instalacji wodno - kanalizacyjnej i wynosi zaledwie 1/3 (nie ma żadnego przeniesienia do pozostałych przedmiarów). Zamawiający, jak i Przystępujący wskazali także na rozprawie, iż różnica w kosztach pomiędzy instalacją opartą na materiałach z PCW, a na materiałach do kanalizacji niskoszumowej z polipropylenu (PP) jest rzędu zaledwie 100.000,- PLN, przy 300.000,- PLN różnicy między oferta Odwołującego a Przystępującego.

Reasumując Izba uznała, iż Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 2 oraz art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie ofertę Odwołującego. W tym miejscu należy wskazać, iż ryczałtowy charakter nie zwalnia z obowiązku zaoferowania przedmiotu zamówienia zgodnego z opisem, jak również z obowiązku oceny oferty pod względem jej poprawności merytorycznej, jednakże daje możliwość zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp pod warunkiem wyrażonej woli wynikającej z formularza ofertowego, przy jednoczesnym uznaniu, iż samo poprawienie nie stanowi istotnej ingerencji, np. wytworzenia oświadczenia woli o nowej treści, czyli istotnej zmiany treści oferty.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp poprzez wybór oferty firmy ATEST-BUD, jako najkorzystniejszej, mimo licznych błędów w kosztorysie ofertowym, jak i zestawieniu materiałów wskazanych tak w proteście, jak i odwołaniu, czyli zarzutu zaniechania odrzucenia oferty firmy ATEST-BUD, Izba pozostawiła niniejszy zarzut bez rozpoznania.

W niniejszej sprawie przedmiotem zamówienia publicznego są roboty budowlane, których wartość, zgodnie z protokołem postępowania (DRUK ZP-2) oraz informacją Zamawiającego zawartą w piśmie z dnia 18.02.2009 r., została oszacowana na 10.325.710,54 zł, co zgodnie ze średnim kursem złotego w stosunku do euro wynoszącym

3,8771, a obowiązującym na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19.12.2007 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. Nr 241, poz. 1762), stanowi 2.633.256,618 euro. Zatem wartość zamówienia nie przekracza kwoty 5 150 000 euro.

Zgodnie z przepisem art. 184 ust. 1a Pzp, w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 (dla robót budowlanych jest to wartość poniżej 5 150 000 euro), odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę, opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykluczenia wykonawcy z postępowania lub odrzucenia oferty.

Ustawodawca określił więc w sposób enumeratywny przesłanki do wniesienia odwołania. Należy zwrócić uwagę, że rozstrzygnięcie nie każdego protestu, dopuszczalnego na podstawie art. 180 ust. 1 Pzp, korzysta z ochrony w tzw. postępowaniach poniżej progów unijnych. Protest można bowiem wnieść, nie biorąc pod uwagę ogłoszenia i SIWZ, na każdą czynność w postępowaniu lub konkursie, jak i na zaniechanie czynności, do której podjęcia Zamawiający był zobowiązany na podstawie Pzp. Zaś w świetle przepisu art. 184 ust. 1a Pzp, odwołanie przysługuje od rozstrzygnięcia protestu, który dotyczy ściśle określonych czynności, jedynie dwóch, którymi są: czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty. W katalogu tym nie ujęto natomiast przypadków zaniechania czynności np. odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą przez Zamawiającego, co oznacza, że odwołanie w powyższych okolicznościach nie przysługuje. Odwołanie będzie przysługiwać jedynie temu wykonawcy, wobec którego, w wyniku rozstrzygnięcia protestu, Zamawiający podtrzyma lub podejmie decyzję o wykluczeniu wykonawcy lub odrzuceniu jego oferty.

Na marginesie należy zauważyć, iż w rozstrzygnięciu protestu, Zamawiający poinformował w pouczeniu Odwołującego o prawie do wniesienia odwołania: *„od odrzucenia oferty Protestującego”*.

Treść art. 184 ust. 1a Pzp pozwala na stwierdzenie, że ustawodawca objął ochroną jedynie najważniejsze interesy wykonawcy wnoszącego odwołanie, a dotyczące jego wykluczenia z postępowania lub odrzucenia jego oferty. Cel powołanego przepisu potwierdza również uzasadnienie do projektu zmiany Pzp, z którego wynika, że nowelizacja ma zapewnić ochronę prawną w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane poniżej progu 5 150 000 euro, jednakże z: *„wyeliminowaniem prawa do wniesienia środków ochrony prawnej na czynności nie godzące bezpośrednio w interes wykonawcy, który z nich korzysta (np. dotyczące nieprawidłowości w ofercie innego wykonawcy).”*

W tym stanie rzeczy, na podstawie art. 184 ust. 1a pkt 4 w związku z art. 187 ust. 4 pkt 8 Pzp Izba rozpoznawała odwołanie tylko w odniesieniu do zarzutów związanych

z odrzuceniem oferty Odwołującego. W konsekwencji Izba nie rozpoznawała zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp poprzez wybór oferty firmy ATEST-BUD, jako najkorzystniejszej.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania. Odnośnie wniosku Odwołującego o zasadzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, Izba stwierdza, iż z uwagi na nie przedłożenie do końca rozprawy faktury, nie został on uwzględniony. Zgodnie z § 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 z późn. zm.), Izba zasadza koszty wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie rachunku. Powyższy akt wykonawczy nie pozwala na uzupełnienie wniosku o rachunek po zamknięciu rozprawy.

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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*