

Sygn. akt: **KIO/UZP 37/08,**

KIO/UZP 40/08

WYROK
z dnia 08 lutego 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Ewa Marcjoniak
Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 06.02.2008r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **23.01.2008r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

**A. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „WATEX” Sp. z o.o., Rzeszów.
ul. Baczyńskiego 1**

**B. „Flisbud” Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe, Janów Lubelski, ul. Bohaterów
Porytowego Wzgórza 25**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zespół Opieki
Zdrowotnej w Krasnymstawie, Krasnystaw, ul. M. Sobieskiego 4B** protestów:

**A Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „WATEX” Sp. z o.o., Rzeszów.
ul. Baczyńskiego 1 z dnia 24.12.2007r.**

**B „Flisbud” Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe, Janów Lubelski, ul. Bohaterów
Porytowego Wzgórza 25 z dnia 27.12.2007r.**

przy udziale - **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe WAMACO Sp. z o.o., Lublin, ul. Konsorcjum Olszewskiego 8,**

- **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Uslugowo-Handlowe „WATEX” Sp. z o.o., Rzeszów. ul. Baczyńskiego 1**

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

2. Kosztami postępowania obciąża Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Krasnymstawie, Krasnystaw, ul. M. Sobieskiego 4B

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 0 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 2032 zł 0 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Uslugowo-Handlowe „WATEX” Sp. z o.o., Rzeszów. ul. Baczyńskiego 1**
 - B** koszty w wysokości 2032 zł 0 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **„Flisbud” Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe, Janów Lubelski, ul. Bohaterów Porytowego Wzgórza 25**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 0 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A** kwoty 3832 zł 0 gr (słownie: trzy tysiące osiemset trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Krasnymstawie, Krasnystaw, ul. M. Sobieskiego 4B** na rzecz **Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Uslugowo-Handlowego „WATEX” Sp. z o.o., Rzeszów. ul. Baczyńskiego 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania i zastępstwa prawnego
 - B** kwoty 3832 zł 0 gr (słownie: trzy tysiące osiemset trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej**

w Krasnymstawie, Krasnystaw, ul. M. Sobieskiego 4B na rzecz „**Flisbud**” **Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe, Janów Lubelski, ul. Bohaterów Porytowego Wzgórza 25** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania i zastępstwa prawnego

- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
- A** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
 - B** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
- 4) dokonać zwrotu kwoty 35 936 zł 0 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 17 968 zł 0 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Uslugowo-Handlowego „WATEX” Sp. z o.o., Rzeszów. ul. Baczyńskiego 1**
 - B** kwoty 17 968 zł 0 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **„Flisbud” Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe, Janów Lubelski, ul. Bohaterów Porytowego Wzgórza 25.**

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

Dnia 23.11.2007r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod poz. 231274 z 2007r. ukazało się ogłoszenie Zamawiającego, którym jest Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Krasnymstawie o zamówieniu publicznym na roboty budowlane pod nazwą „PN 25/2007 Termomodernizacja”. W tym też dniu Zamawiający udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia na swojej stronie internetowej.

Postępowanie zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 19.12.2007r. Zamawiający powiadomił wykonawców, uczestniczących w postępowaniu, o wyborze oferty najkorzystniejszej, złożonej przez PPH WAMACO Sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty, złożonej przez FLISBUD Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe Stanisław Flis.

W dniu 24.12.2007r. Odwołujący PPUH WATEX Sp. z o.o. wniósł do Zamawiającego protest (pismo z dnia 21.12.2007 r.) na dokonaną przez Zamawiającego czynność wyboru

najkorzystniejszej oferty oraz na zaniechanie odrzucenia tej oferty, zarzucając naruszenie **art. 89 ust. 1 pkt 2** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. 2007r., Nr 223, poz. 1655) - dalej ustawa Pzp - poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, która podlega odrzuceniu, ponieważ:

1. Zamawiający żądał obliczenia ceny oferty metodą kalkulacji szczegółowej, a wykonawca PPH WAMACO Sp. z o.o. opracował kosztorys ofertowy metodą uproszczoną;
2. Wykonawca WAMACO Sp. z o.o. wskazał w kosztorysie na użycie materiałów i urządzeń „równoważnych” tj. zdaniem Odwołującego innych niż w projekcie i dokumentacji, bez oznaczenia typu i producenta tych materiałów i urządzeń, co jest niezgodne z siwz.

Odwołujący PPUH WATEX Sp. z o.o. wniósł w proteście o:

1. unieważnienie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonanie ponownej oceny ofert i odrzucenia ofert, które nie spełniają wymogów siwz;
3. dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W dniu 27.12.2007r. o Wykonawca FLISBUD Przedsiębiorstwo Budowlano Montażowe Stanisław Flis, przyłączył się do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, popierając protest PPUH WATEX Sp. z o.o. w zakresie zarzutu nr 2, a ponadto wniósł do Zamawiającego protest (pismo z dnia 27.12.2007r.) na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem ustawy Pzp, odrzucenie oferty Protestującego oraz zaniechanie odrzucenia ofert, złożonych przez PPH WAMACO Sp. z o.o., PPUH WATEX Sp. z o.o., PW BUDMAT Sp. j. Tadeusz Rozmus, Józef Małysz, zarzucając mu naruszenie **art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6, art. 92 ust. 1 pkt 2, art. 94 ust. 1** ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł w proteście o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Protestującego,
3. dokonanie ponownej oceny ofert, a w tym:
 - wezwanie Protestującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 25% wartości zamówienia
 - odrzucenie ofert, złożonych przez PPH WAMACO Sp. z o.o., PPUH WATEX Sp. z o.o., PW BUDMAT Sp. j. Tadeusz Rozmus, Józef Małysz,
4. dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu Odwołujący stwierdził, że:

1. Odrzucenie oferty Protestującego jest bezpodstawne i narusza przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 26 ust.3 ustawy Pzp, ponieważ w przypadku nie złożenia prawidłowych dokumentów,

lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający miał obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku. Wykonawca nie mógł przedstawić właściwego dokumentu, potwierdzającego jego spełnienie, ponieważ nie znał wartości zamówienia i nie wiedział jaka informacja bankowa będzie wystarczająca do potwierdzenia spełniania warunku.

2. Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców PPH WAMACO Sp. z o.o., PPUH WATEX Sp. z o.o., PW BUDMAT Sp. j. Tadeusz Rozmus, Józef Małysz, albowiem ich treść jest niezgodna z treścią siwz, ze względu na rozbieżności pomiędzy kosztorysami ofertowymi, a stanowiącymi podstawę ich przygotowania przedmiarami przekazanymi przez Zamawiającego, co w konsekwencji spowodowało także błąd w obliczeniu ceny w ofertach złożonych przez wykonawców i tak w odniesieniu do:

- a) oferty PPH WAMACO Sp. z o.o. – poparł zarzut nr 2 postawiony w proteście PPUH WATEX Sp. z o.o., do którego się przyłączył oraz podniósł, że w poz. 74 kosztorysu ofertowego dla „Budynku przychodni cz. Wysoka”, w poz. 77 kosztorysu ofertowego dla „Budynku głównego A”, w poz. 79 kosztorysu ofertowego dla „Budynku głównego B” oraz w poz. 78 kosztorysu ofertowego dla „Budynku głównego C” nie ma podanej jednostki miary i ilości, a jest wartość,
- b) oferty PPUH WATEX Sp. z o.o. – w poz. 89 kosztorysu ofertowego dla „Budynku głównego B” jest ilość 373 m², a powinno być 373,29 m²,
- c) Oferty PW BUDMAT Sp. j. Tadeusz Rozmus, Józef Małysz – w poz. 2 kosztorysu ofertowego dla „Budynku przychodni” jest ilość 34,54 m², a powinno być 46,54 m², w poz.13 kosztorysu ofertowego j.w. jest ilość 60 m², a powinno być 26,46 m², w poz. 133 kosztorysu ofertowego dla „Budynku przychodni B” jest jednostka 168 m², a powinno być 168 szt.

3. Zamawiający naruszył przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 i art. 94 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ:

- w ogłoszeniu o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Protestującego nie wskazał podstawy faktycznej i prawnej odrzucenia,
- wyznaczył dzień 27.12.2007r. jako termin zawarcia umowy o zamówienie publiczne, który jest szóstym dniem od dnia zawiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, co skutkuje nieważnością umowy na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W dniu 31.12.2007r. Wykonawca PPUH WATEX Sp. z o.o. przyłączył się do postępowania wszczętego na skutek wniesienia nn. protestu, po stronie Zamawiającego.

W dniu 07.01.2008r. Zamawiający rozstrzygnął oba protesty:

I. oddalił protest PPUH WATEX Sp. z o.o., uznając zarzuty za bezpodstawne. W sentencji rozstrzygnięcia protestu stwierdził, że protest „odrzuca w całości”.

W uzasadnieniu Zamawiający stwierdził, że w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający wybrał jako metodę kosztorysowania – metodę szczegółową. Oferta PPH WAMACO Sp. z o.o. w ocenie Zamawiającego zawiera wyspecyfikowanie wszystkich elementów cenotwórczych, o których mowa w § 5 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju i Budownictwa z dnia 13 lipca 2001r. w *sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych*, w którym określono wzorzec metody szczegółowej. Zamawiający uwzględniając stałe koszty, wymienione na pierwszych stronach kosztorysu oraz składniki zmienne, zawarte w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego PPH WAMACO Sp. z o.o. może ustalić wszystkie elementy cenotwórcze dla każdej pozycji, jakie są wymagane przez § 5 ust. 1 ww. rozporządzenia.

Zamawiający podniósł także, że z treści oferty PPH WAMACO Sp. z o.o. wynika, że wykonawca zaproponował w pozycjach, wskazanych przez Protestującego, rozwiązania materiałowe, zgodne z przedmiarem robót, a ponadto zawarł w tych pozycjach określenie „lub równoważny”, co zdaniem Zamawiającego oznacza jedynie, że na każde zastosowanie materiału lub wyrobu równoważnego, innego niż przewidziany w dokumentacji Zamawiającego, Wykonawca będzie musiał uzyskać zgodę Zamawiającego.

II. uwzględnił protest FLISBUD Przedsiębiorstwo Budowlano Montażowe Stanisław Flis w części dotyczącej odrzucenia oferty, złożonej przez wykonawcę PW BUDMAT Sp. j. Tadeusz Rozmus, Józef Małysz oraz oddalił w pozostałym zakresie, uznając zarzuty za bezpodstawne.

Zamawiający uzasadnił, że nie wzywał wykonawcy FLISBUD Przedsiębiorstwo Budowlano Montażowe Stanisław Flis do uzupełnienia dokumentu, potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu, ponieważ w ofercie był załączony dokument, zawierający informacje o posiadanych środkach finansowych, który został oceniony i ocena ta była negatywna, co skutkowało odrzuceniem oferty.

Dla Zamawiającego „wartość zamówienia” jest równoznaczna z ceną oferty, gdyż po wyborze danej oferty, ta wartość jest rzeczywistą wartością zamówienia. Wykonawca złożył w ofercie dokument potwierdzający posiadanie potencjału finansowego dla poziomu swojej oferty niższy niż wymagał Zamawiający (cena oferty była niższa od wartości zamówienia określonej w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp).

Oferta PPH WAMACO Sp. z o.o. w ocenie Zamawiającego jest zgodna z siwz, ponieważ przedmiar nie zawiera ilości, a jedynie jednostkę miary, a ponadto wyliczenie kosztu pracy rusztowań, zawarte w ofercie PPH WAMACO Sp. z o.o. zostało opracowane zgodnie z zasadą kosztorysowania, określoną w KNR 2-02 rozdz. 16 pkt 5.15.

Oferta PPUH WATEX Sp. z o.o. zdaniem Zamawiającego jest zgodna z siwz – Zamawiający powołał się na wyjaśnienia złożone przez PPUH WATEX Sp. z o.o. w piśmie z dnia 31.12.2007r., tj. w przystąpieniu do protestu.

Od ww. rozstrzygnięcia protestów, w dniu 11.01.2008 r. firmy PPUH WATEX Sp. z o.o. i FLISBUD PBM Stanisław Flis wniosły odwołania do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w których Wykonawcy podtrzymali zarzuty, argumentację i wnioski zawarte we wniesionych wcześniej protestach.

W dniu 22.01.2008r. wykonawca PPH WAMACO Sp. z o.o. wniósł do Prezesa UZP pismo w sprawie przyłączenia się do postępowania odwoławczego wszczętego na skutek odwołania wniesionego przez PPUH WATEX Sp. z o.o. - po stronie Zamawiającego oraz pismo w sprawie przyłączenia się do postępowania odwoławczego wszczętego na skutek odwołania wniesionego przez FLISBUD PBM Stanisław Flis – po stronie Zamawiającego.

W dniu 05.02.2008r. wykonawca FLISBUD PBM Stanisław Flis wniósł do Prezesa UZP pismo w sprawie przyłączenia się do postępowania odwoławczego, wszczętego na skutek wniesienia odwołania przez PPUH WATEX Sp. z o.o. – po stronie Odwołującego (przystąpienie zostało następnie cofnięte przez FLISBUD PBM Stanisław Flis w toku posiedzenia) oraz wykonawca PPUH WATEX Sp. z o.o. wniósł do Prezesa UZP pismo w sprawie przyłączenia się do postępowania odwoławczego, wszczętego na skutek wniesienia odwołania przez FLISBUD PBM Stanisław Flis – po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów, przedłożonych do akt sprawy oraz złożonych na rozprawie wyjaśnień stron i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

W rozdz. IV siwz „Opis warunków udziału w postępowaniu” w punkcie 3 Informacji o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy, Zamawiający określił, że w celu potwierdzenia spełniania warunków, opisanych w siwz, dotyczących realizacji zamówienia oraz wyceny szczegółowej przedmiotu postępowania wykonawcy muszą przedłożyć:

- wypełniony formularz – „kosztorys ofertowy”, który jest podstawą do określenia ceny oferty w ramach oferowanych zakresów (załącznik nr 2 do siwz),
- umowę zparafowaną przez upoważnionego przedstawiciela wykonawcy (załącznik nr 3 do siwz).

Jednocześnie w rozdz. XI siwz pt. „Sposób obliczenia ceny oferty” (strona 8 siwz) Zamawiający określił sposób obliczenia ceny oferty tj. „zgodnie z zasadami określonymi w rozporządzeniu Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 13 lipca 2001r.

w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych (Dz. U. nr 80 poz. 867) stosując metodę kalkulacji szczegółowej, przy zachowaniu następujących założeń:

- a) zakres robót, który jest podstawą do określenia tej ceny musi być zgodny z zakresami robót określonymi w przedmiarach robót i dokumentacji technicznej”
- b) cena musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zadania, wynikające wprost z przedmiaru robót, jak również koszty stosownych podatków i opłat,
- c) ceny tych samych składników cenotwórczych muszą być takie same dla wszystkich wycenionych pozycji w danej branży,
- d) cena podana w druku formularz ofertowy musi być zgodna z sumą cen wynikających z kosztorysów ofertowych dla każdej z branż,
- e) wykonawca podaje cenę za wykonanie przedmiotu umowy, wypełniając odpowiednie pozycje formularza ofertowego zawartego w załączniku nr 1 do siwz.”

Ponadto, w projekcie umowy stanowiącej załącznik nr 3 do siwz Zamawiający wskazał, iż podstawą do ustalenia wynagrodzenia wykonawcy jest „kosztorys ofertowy wykonawcy” (§ 10 projektu umowy). Ceny jednostkowe, zawarte w kosztorysie będą stanowiły także podstawę do rozliczenia wykonanych robót poprzez wystawienie faktur przejściowych oraz faktury końcowej, a także do ustalenia kosztorysem powykonawczym wynagrodzenia za roboty dodatkowe, jeżeli konieczność ich wykonania wystąpi w toku realizacji umowy (§ 12 projektu umowy). W § 24 projektu umowy Zamawiający postanowił, że integralną część umowy stanowią m.in. „przedmiary robót – szczegółowe kosztorysy ofertowe”.

W tym stanie faktycznym Izba uznała, że powyższe zapisy siwz i załączników do siwz wskazują, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu określił wynagrodzenie wykonawcy robót budowlanych jako kosztorysowe oraz wymagał obliczenia ceny za realizację zamówienia metodą szczegółową. Nie wskazał jednak wprost w specyfikacji – przedłożenia szczegółowego kosztorysu ofertowego, który umożliwiłby zgodnie z zawartymi w umowie postanowieniami prawidłowe rozliczenie wykonanych robót. Izba nie dała wiary twierdzeniom Zamawiającego przedstawionym na rozprawie, że kalkulacja szczegółowa stanowiąca podstawę do wyliczenia cen podanych w kosztorysie uproszczonym miała stanowić uzupełnienie kosztorysu, bowiem nie zastrzegł w specyfikacji, że uzupełnieniem kosztorysu uproszczonego będzie informacja dodatkowa, obejmująca szczegółową kalkulację ceny, która powinna także stanowić załącznik do umowy.

Na wewnętrzną sprzeczność w treści specyfikacji wskazuje również fakt, iż w postępowaniu wpłynęło 7 ofert, z których 4 zawierały kosztorys ofertowy opracowany metodą szczegółową, a 3 kosztorys opracowany metodą uproszczoną. Zamawiający uznał oba rodzaje kosztorysów ofertowych za prawidłowe tj. zgodne z treścią specyfikacji.

Izba nie podzieliła opinii Zamawiającego, że kosztorys ofertowy PPH WAMACO Sp. z o.o. „specyfikuje wszystkie elementy cenotwórcze, o których mowa w § 5 ust. 1

rozporządzenia Ministra Rozwoju i Budownictwa z dnia 13 lipca 2001r. w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych, w którym określono wzorzec metody szczegółowej, wobec czego Zamawiający uwzględniając stałe koszty, wymienione na pierwszych stronach kosztorysu oraz składniki zmienne, zawarte w poszczególnych pozycjach może ustalić wszystkie elementy cenotwórcze dla każdej pozycji, jakie są wymagane przez § 5 ust. 1 ww. rozporządzenia". Zważyć przy tym należy, że kosztorys ofertowy PPH WAMACO Sp. z o.o. zawiera 3 elementy cenotwórcze tj. koszty pośrednie, zysk i podatek VAT, co wskazuje na opracowanie kosztorysu metodą uproszczoną, natomiast kosztorys opracowany metodą szczegółową zawiera 13 elementów cenotwórczych, które mają służyć prawidłowemu rozliczeniu zrealizowanych robót w przypadku ceny kosztorysowej. Brak w kosztorysie uproszczonym szczegółowych informacji, które przewiduje kosztorys szczegółowy uniemożliwia Zamawiającemu jednoznaczną i niebudzącą wątpliwości ocenę, że oferty zawierają ten sam zakres robót, odpowiednią ilość, jakość i rodzaj materiałów, odpowiednią ilość i rodzaj sprzętu, konieczne do wykonania robót zgodnie z technologią prac i materiałów wynikających z projektów technicznych, jak również uniemożliwia rozliczenie wynagrodzenia wykonawcy, zgodnie z zasadami zawartymi w § 9, §10 pkt 4 i 5 oraz § 11 projektu umowy.

Należy także zwrócić uwagę, że Zamawiający, wskazując sposób obliczenia ceny oferty, powołał się rozporządzenie, które na mocy art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 05.07.2001r. o cenach (Dz. U. Nr 97 poz. 1050) utraciło moc obowiązywania w dniu 12.12.2002r.

W ocenie Izby, oferta PPH WAMACO Sp. z o.o., zawierająca wyrażenie „lub równoważny” w kolumnie formularza opracowanego przez Zamawiającego - przedmiar robót, oznacza niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji. Izba uznała, że obowiązkiem wykonawcy zgodnie z siwz było wypełnienie formularza, opracowanego przez Zamawiającego, a zatem wykonawca był zobowiązany do wskazania konkretnego rozwiązania równoważnego, gdyby takie rozwiązanie zaproponował. Dodanie słów „lub równoważny” oznacza niedookreślenie oferowanego przedmiotu zamówienia, które na etapie realizacji umowy oznaczałoby możliwość decydowania przez wykonawcę o sposobie spełnienia świadczenia. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, że w tej sytuacji rozwiązanie równoważne mogłoby być zastosowane po zaakceptowaniu przez Zamawiającego.

Ponadto oferta WAMACO Sp. z o.o. nie zawiera kompletnie wypełnionych pozycji: 74 kosztorysu ofertowego dla „Budynku przychodni cz. Wysoka”, 77 kosztorysu ofertowego dla „Budynku głównego A”, 79 kosztorysu ofertowego dla „Budynku głównego B” oraz 78 kosztorysu ofertowego dla „Budynku głównego C” . Wykonawca wskazał w tych pozycjach jedynie wartość. Przy kosztorysowym charakterze wynagrodzenia powyższe braki powodują, że wycena rzeczywiście zrealizowanych robót byłaby niemożliwa.

Izba stwierdziła, że odrzucenie przez Zamawiającego oferty FLISBUD PBM Stanisław Flis narusza przepis art. 26 ust.3 ustawy Pzp. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą ZA, Izba uznała, że w przypadku złożenia przez wykonawcę nieprawidłowego dokumentu, niepotwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, miał obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia - informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej o posiadanych środkach lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 25% wartości zamówienia, potwierdzającego spełnienie warunku.

Mając, w szczególności, na uwadze zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jako fundamentalną w ustawie Prawo zamówień publicznych, Izba uznała, że złożenie przez wykonawcę dokumentu, którego treść nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie może stawiać tego wykonawcy w pozycji gorszej niż wykonawców, którzy wcale nie złożyli takiego dokumentu lub złożony dokument zawierał błędy. W sytuacji, gdy wykonawca złożył dokument niepotwierdzający spełniania warunku podmiotowego, tj. nie złożył dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, zastosowanie powinien mieć przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zastosowanie tego przepisu wyrównuje sytuację wszystkich wykonawców, którzy uzyskują możliwość uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, potwierdzających spełnianie warunków nie później niż w dacie wskazanej przez Zamawiającego jako termin ich uzupełnienia.

Zamawiający żądał w niniejszym postępowaniu przedłożenia przez wykonawców informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej o posiadanych środkach lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 25% wartości zamówienia.

Izba nie zgodziła się z argumentacją Zamawiającego, że „wartość zamówienia” wskazana jako podstawa do obliczenia 25%, tj. kwoty, na jaką wykonawcy byli zobowiązani przedstawić informację banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo - kredytowej o posiadanych środkach, lub o zdolności kredytowej, potwierdzającą spełnienie warunku udziału w postępowaniu, „jest równoznaczna z ceną oferty, gdyż po wyborze danej oferty ta wartość jest rzeczywistą wartością zamówienia”. Ustawa Prawo zamówień publicznych posługuje się wyrażeniem „wartość zamówienia” dla określenia całkowitego szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalonego przez zamawiającego z należytą starannością (art. 32 ust. 1 ustawy Pzp). Jest to określenie jasne i jednoznacznie, a zatem Izba uznała, że Zamawiający nie miał podstaw do użycia w siwz powyższego terminu zamiennie, do określenia ceny oferty.

Izba stwierdziła, że różnica 0,29 m² w pozycji 89 oferty PPUH WATEX Sp. z o.o. w stosunku do przedmiaru nie stanowi niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji. Izba uznała za uzasadnioną argumentację PPUH WATEX Sp. z o.o., iż powyższa pozycja

dotyczy wyjęcia szyb ze zdemontowanych uprzednio okien (w ramach pozycji 90 przedmiaru) w ilości zgodnej z przedmiarem, tj. 373,29 m² wobec czego nie zmienia zakresowo przedmiotu zamówienia dotyczącego ilości wymienianych okien. Przedmiar robot należy bowiem odczytywać łącznie ze wszystkimi innymi częściami dokumentacji projektowej. W przypadku rozbieżności między przedmiarem a projektami, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót, należy przyjmować, że wiążącymi są ilości i warunki wykonania robót, wynikające z projektów i specyfikacji technicznych.

Izba nie rozpoznawała zarzutu, dotyczącego oferty PW BUDMAT Sp. j. Tadeusz Rozmus, Józef Małysz – wobec cofnięcia przez Odwołującego na rozprawie zarzutu, który został uwzględniony przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu.

W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 92 ust. 1 pkt 2 i art. 94 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez nie wskazanie w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty FLISBUD PBM Stanisław Flis podstawy faktycznej i prawnej odrzucenia oraz wyznaczenia dnia 27.12.2007r. jako terminu zawarcia umowy o zamówienie publiczne, który jest „szóstym dniem od dnia zawiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, co skutkuje nieważnością umowy na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp”, Izba stwierdziła, że Zamawiający na podstawie art. 92 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp był zobowiązany do wskazania podstawy faktycznej i prawnej odrzucenia oferty wykonawcy w zawiadomieniu z dnia 19.12.2007r. czego nie uczynił, natomiast wskazana przez Zamawiającego data 27.12.2007r. jako termin zawarcia umowy jest ósmym dniem, licząc od dnia powiadomienia wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty

Ponadto, Izba stwierdziła, że w przedmiotowym postępowaniu miały miejsce okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 191 ust. 3 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba bierze z urzędu pod uwagę okoliczności skutkujące unieważnieniem postępowania.

W pkt IV siwz pt. Opis warunków udziału w postępowaniu w pkt. 3 Zamawiający określił, że jednym z warunków udziału w postępowaniu, który muszą spełnić wykonawcy, ubiegający się o udzielenie zamówienia – „znajdują się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia”. W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku Zamawiający żądał w pkt IV 2 ppkt 2) siwz (strona 5 siwz) przedłożenia przez wykonawców m.in. „informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert”.

Powyższy warunek udziału w postępowaniu jak i sposób jego spełnienia zostały zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu, które ukazało się w BZP w dniu 23.11.2007r. oraz w specyfikacji opublikowanej na stronie internetowej.

W dniu 13.12.2007r. do Zamawiającego wpłynęło pismo PPUH WATEX Sp. z o.o. (z dnia 11.12.2007r.), zawierające m.in. zapytanie o doprecyzowanie zapisu w cz. IV siwz w zakresie warunku znajdowania się przez wykonawcę „w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia” oraz określenie wysokości posiadanych środków finansowych lub wymaganej zdolności kredytowej wykonawcy, jaką Zamawiający uzna za spełnienie ww. warunku.

Tego samego dnia Zamawiający udzielił wyjaśnień treści siwz wskazując, że „Zapis siwz w cz. IV, dotyczący znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej, zapewniającej wykonanie zamówienia uzupełniamy i otrzymuje on brzmienie:

2) informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo – kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytowa wykonawcy (w wysokości co najmniej 25 % wartości zamówienia), wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.” Jednocześnie Zamawiający przesunął termin składania ofert z 14.12.2007r. godz. 10:00 na 19.12.2007r. godz. 10:00.

Izba nie podzieliła opinii Zamawiającego, że nie nastąpiła w tym przypadku zmiana warunków udziału w postępowaniu, a „jedynie ich doprecyzowanie”. Poprzez „doprecyzowanie” nastąpiła bowiem konkretyzacja warunku, który nie był wcześniej określony. Zdaniem Izby wskazanym wyżej pismem Zamawiający dokonał modyfikacji siwz w zakresie zmiany warunku udziału w postępowaniu, opisanego w ogłoszeniu i siwz, dotyczącego znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. O dokonaniu modyfikacji siwz przesądza treść oraz doniosłość nowych zapisów wprowadzonych do specyfikacji, z punktu widzenia wykonawców przygotowujących oferty. W tym przypadku, wprowadzoną zmianę należy uznać za modyfikację, ponieważ spowodowała ona konieczność przedłożenia w ofercie nowego dokumentu, który nie był wcześniej wymagany. Zgodnie z art. 36 i 41 ustawy Prawo zamówień publicznych w ogłoszeniu i siwz należy opisać warunki udziału w postępowaniu oraz sposób dokonywania oceny ich spełnienia. Nie ulega wątpliwości zdaniem Izby, że warunki udziału w postępowaniu powinny być określone w sposób precyzyjny, pozwalający na jednoznaczne dokonanie oceny ich spełnienia.

Izba uznała, że Zamawiający w cz. IV pkt 2 ppkt 2) siwz (przed dokonaną zmianą) nie określił sposobu spełnienia warunku, ponieważ nie podał żadnej kwoty minimalnej jaką wykonawcy powinni posiadać na rachunku lub otrzymać kredyt w banku, a zatem każdy wykonawca spełniał taki warunek, bez względu na to czy jego sytuacja finansowa pozwalała na realizację zamówienia, czy też nie. Warunek opisany w taki sposób nie zapewnia udzielenia zamówienia wykonawcy, co do którego zachodzi prawdopodobieństwo należytego

wykonania zamówienia. Należy podkreślić, że jest to sprzeczne z treścią art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

Przepis art. 38 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych wprost zakazuje modyfikacji siwz, która dotyczy m.in. zmiany warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu ich spełnienia. Zatem zmiana warunków udziału w postępowaniu z mocy ustawy stanowi naruszenie przewidzianego w ustawie zakazu, który należy oceniać jako naruszenie, które ma wpływ na wynik postępowania (wyrok SO w Gliwicach z dnia 10.06.2005r., sygn. akt X Ga 109/05/P1).

W związku ze stwierdzonym przez Izbę, naruszeniem przepisu art. 38 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego należało unieważnić na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Biorąc za podstawę powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art.191 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655).

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem kosztów pełnomocników Odwołującego w łącznej kwocie 3600 zł.

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 **Zamościu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*