

**Sygn. akt 1516/08**

**WYROK**  
**z dnia 13 stycznia 2009r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Grzegorz Mazurek**

**Członkowie: Jolanta Markowska**  
**Lubomira Matczuk Mazuś**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 stycznia 2009r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budowlano – Remontowe „B COMPLEX” Sp. z o. o., ul. Lityńskiego 12A, 16 – 400 Suwałki** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zespół Szkół Nr 7 im Wincentego Witosa, ul. Ogrodowa 49, 16 – 400 Suwałki** protestu z dnia **16.12.2008r.**

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Budowlano – Remontowe „B COMPLEX” Sp. z o. o., ul. Lityńskiego 12A, 16 – 400 Suwałki**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Budowlano – Remontowe „B COMPLEX” Sp. z o. o., ul. Lityńskiego 12A, 16 – 400 Suwałki,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł gr (słownie : trzy tysiące sześćset złotych zero groszy przez **Przedsiębiorstwo Budowlano – Remontowe „B COMPLEX” Sp. z o. o., ul. Lityńskiego 12A, 16 – 400 Suwałki** na rzecz **Zespołu Szkół Nr 7 im Wincentego Witosa, ul. Ogrodowa 49, 16 – 400 Suwałki** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 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 Budowlano – Remontowego „B COMPLEX” Sp. z o. o., ul. Lityńskiego 12A, 16 – 400 Suwałki.**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Zespół Szkół nr 7 im. Wincentego Witosa, w Suwałkach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę budynku socjalno – dydaktycznego wraz z przyłączami infrastruktury technicznej”.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej – Zakładu Ogólnobudowlanego Ułanowicz – Świerzbina – zwanego dalej wykonawcą wybranym. Jednocześnie zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy – Przedsiębiorstwo Budowlane – Remontowe B Complex sp. z o.o. – zwanego dalej również wykonawcą B Complex,

protestującym lub odwołującym. O powyższym poinformował wykonawcę B Complex w dniu 10 grudnia 2008r.

W dniu 16.12.2008r. protest dotyczący ww. czynności złożył wykonawca B Complex. Zarzucono ww. czynnościom naruszenie art. 7 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Następnie zarzucono naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty protestującego oraz naruszenie art. 90 poprzez niedochowanie procedury zmierzającej do wyjaśnienia, czy cena zaoferowana przez wykonawcę jest rażąco niską w rozumieniu przepisów prawa.

W argumentacji protestujący wskazał, że rozbieżności dotyczące zaoferowanego pieca konwekcyjno – parowego nie mogą być podstawą odrzucenia oferty, gdyż parametry, na które powołuje się zamawiający nie zostały przez niego należycie skonkretyzowane w SIWZ.

Dalej protestujący wskazał, że zawarta w kosztorysie wycena obejmowała umywalki wraz z postumentami oraz zlewozmywaki ze stali nierdzewnej.

Protestujący wskazał następnie, że wbrew twierdzeniom zamawiającego przewidział w kosztorysie studnię wodomierzową.

Czwarty zarzut dotyczył nieopisania w kosztorysie pozycji 35 – KNR 2 – 31 – 0815/02 – Rozebranie chodników, wysepek przystankowych i przejść dla pieszych z płyt betonowych (...) oraz poz. 37 – KNR 2 31ul – 0511/02 – odtworzenie nawierzchni (...). Protestujący wskazał, że kosztorys „Przyłącze wodociągowe” kończył się na pozycji 33, natomiast powoływanie się na wyjaśnienia zawarte na stronie internetowej jest bezzasadne, gdyż strona ta działała w sposób wadliwy. Podkreślono, że brak precyzji i konkretyzacji wymogów po stronie zamawiającego nie może stanowić podstawy do zastosowania negatywnych konsekwencji względem wykonawcy.

Piąty zarzut dotyczył nieuwzględnienia w kosztorysie zaprawy murarskiej typu Sopro - protestujący wskazał, że skoro zamawiający wyjaśnił, że do wykonania zamówienia „należałoby użyć gotowych zapraw murarskich typu Sopro lub innych” to wykonawca zgodnie z tym przewidział użycie innych zapraw murarskich.

Podkreślono dalej, że uniemożliwienie wykonawcom powszechnego i bezawaryjnego dostępu do wyjaśnień zawartych na stronie internetowej w konsekwencji sprawiło, że nie byli oni równo traktowani, gdyż stosowne informacje posiadali jedynie ci wykonawcy, którzy we właściwym czasie odwiedzali stronę internetową zamawiającego.

Zamawiający bezzasadnie wskazał, że oferta protestującego zawierała rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, gdyż znaczenie do oceny tego faktu miał dla zamawiającego kosztorys projektanta. Z orzecznictwa wynikało, że punktem odniesienia do kwalifikowania ceny jako rażąco niskiej powinna być ustalona przez zamawiającego wartość

przedmiotu zamówienia powiększona o podatek VAT. Protestujący wskazał ponadto na orzeczenie Zespołu Arbitrów z dnia 23.03.2007r. o sygn. UZP/ZO/0-297/07, zgodnie z którym za rażąco niską można uznać taką ofertę, która zawiera cenę niewiarygodną i nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Protestujący wskazał, że zamawiający nie zwrócił się do niego o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Na koniec protestujący wskazał, że nawet w przypadku, gdyby rzeczywiście w ofercie protestującego wystąpiły błędy rachunkowe, czy pewne nieścisłości formalne, to zaoferowana przez niego cena jest najkorzystniejszą i od oferty wykonawcy wybranego jest niższa o 852.245,72 zł.

Protestujący zażądał unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownej oceny oferty i uznania oferty złożonej przez protestującego za najkorzystniejszą.

Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu w dniu 19.12.2008r. oddalając go jako bezzasadny.

W argumentacji wskazano, że treść SIWZ oraz treść wyjaśnień jasno precyzowały parametry techniczne pieca – 16 kW i zasilanie 380V. Żaden z wykonawców w trakcie postępowania nie zgłosił problemu z funkcjonowaniem strony internetowej zamawiającego.

Kolejny zarzut oddalono wskazując, że brak kwestionowanych pozycji w kosztorysie ofertowym jednoznacznie potwierdził sporządzenie oferty niezgodnie z wymogami SIWZ.

Odnosnie zarzutu dotyczącego nie wycenienia umywalek z postumentami – zamawiający wskazał, że określenie „umywalka” zamiast sformułowania „umywalka z postumentem” wskazuje na zaoferowanie samej umywalki.

Analogicznie zamawiający odniósł się do zarzutu nie uwzględnienia w kosztorysie ofertowym kosztu zakupu zlewozmywaków ze stali nierdzewnej.

Zamawiający wskazał, że w poz. 18 kosztorysu wymagał gotowej zaprawy murarskiej zamiast „zaprawy cementowo – wapiennej”, co przesądziło o niezgodności oferty z SIWZ.

Zamawiający uwzględnił protest w zakresie zarzutu dotyczącego uznania oferty protestującego za rażąco niską.

W dniu 23.12.2008r. odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu złożył wykonawca B Complex. Podtrzymano zarzuty zawarte w proteście i wniesiono o unieważnienie czynności odrzucenia swojej oferty, unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy wybranego, nakazanie zamawiającemu dokonania czynności ponownej oceny ofert, uznania oferty złożonej przez protestującego za najkorzystniejszą. Alternatywnie wniesiono o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Powtórzono argumentację zawartą w proteście, a ponadto odniesiono się do poszczególnych zarzutów.

W odniesieniu do kwestii braku zgodności parametrów technicznych pieca konwekcyjno – parowego zaproponowanego w ofercie z parametrami określonymi przez zamawiającego w SIWZ – wskazano dodatkowo, że z odszukaniem niezbędnych informacji dotyczących parametrów ww. urządzenia miał problem nie tylko odwołujący, ale również pozostali wykonawcy, o czym świadczy fakt przedłużenia przez zamawiającego czasu na składanie ofert w związku z wystąpieniem problemu z wyświetleniem strony internetowej.

Analogiczna argumentacja dotyczyła kwestii braku uwzględnienia w kosztorysie ofertowym kosztów rozebrania i odtworzenia nawierzchni chodników, wysepek przystankowych i przejść dla pieszych.

W odniesieniu do kwestii braku uwzględnienia w kosztorysie ofertowym kosztu zakupu umywalek z postumentami i zlewozmywaków ze stali nierdzewnej. Cena wskazana przez wykonawcę obejmowała zarówno umywalki jak i postumenty a brak słowa „postumenty” nie oznaczał, że zaoferowano umywalki bez postumentów. Analogicznie – brak słowa „nierdzewnej” nie oznaczał, że zaoferowano zlewozmywaki z innej stali.

W odniesieniu do kwestii niewłaściwych zapisów w pozycjach kosztorysowych nr 18, 59, 86 – wskazano, że zarzut czyniony przez zamawiającego jest dla odwołującego niezrozumiały, gdyż wykonawca wskazał w przedłożonym kosztorysie gotową zaprawą murarską innego typu niż Sopro.

Odwołujący w dalszej argumentacji powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 26.11.2008r. sygn. KIO/UZP/1277/08 na okoliczność, że uchybienia popełnione przez odwołującego w złożonym przez niego kosztorysie i wartość danych pozycji w stosunku do pełnej wysokości oferty i omyłki wytykane przez zamawiającego miały charakter nieistotny w związku z powyższym powinny zostać poprawione przez zamawiającego. Wskazano, że kwota oferty odwołującego jest tańsza o przeszło 852.245,72 zł i w związku z tym, że na zamawiającym ciąży szczególnie obowiązek troski o finanse publiczne i dobro społeczne, winien on być wobec niniejszego wykazać należyta staranność przy ocenie ofert i podjąć próbę wyjaśnienia ewentualnie występujących w nich niejasności.

W ocenie odwołującego naruszenie procedury przewidzianej w art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z brakiem wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny spowodowało, że nastąpiło uchybienie o którym mowa w art. 93 ust. 7 ustawy i powinno to skutkować unieważnieniem postępowania. Odwołujący wskazał, że nie ma znaczenia dla niego fakt, że zamawiający przychylił się do niniejszego zarzutu w rozstrzygnięciu protestu, bowiem tego rodzaju uchybienie powinno skutkować powtórzeniem czynności przez zamawiającego.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, treść wyjaśnień do SIWZ i treść oferty odwołującego oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej wyznaczony zarządzeniem Prezesa Izby do rozpatrzenia sprawy ustalił i zważył, co następuje.**

W celu oceny zgodności oferty odwołującego z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia skład orzekający dokonał analizy oferty odwołującego i porównał z wymaganiami zamawiającego. Skład orzekający ponadto dokonał analizy wyjaśnień do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, jakich dokonał zamawiający w dniu 2.12.2008r. oraz 3.12.2008r.

Na wstępie należy wskazać, że wyjaśnienia do treści SIWZ z dnia 2.12.2008r. i 3.12.2008r. w ocenie składu orzekającego miały charakter modyfikacji SIWZ. Odpowiedzi na pytania wskazywały jednoznacznie, że umywalki należało ująć do wyceny wraz z postumentami. Do wyceny należało również wskazać zlewozmywaki ze stali nierdzewnej. Wskazano na dodatkowe pozycje kosztorysu – poz. 35 – Rozebranie chodników, wysepek przystankowych i przejść dla pieszych z płyt betonowych, - poz. 37 – odtworzenie nawierzchni – p.z. z kostki betonowej. Wskazano również, że w poz. 18, 59 i 86 należało użyć gotowych zapraw murarskich typu Sopro lub innych. Określenie „innych” odnosiło się do „innych gotowych zapraw murarskich” a nie do każdej innej zaprawy.

W wyjaśnieniach z dnia 2.12.2008r. zamawiający wyraźnie wskazał, że w wycenie należało ująć piec konwekcyjny lub konwekcyjno parowy o mocy ok. 16KW i zasilaniu 380V.

Z analizy treści oferty odwołującego wynikało, że nie ujął on powyższych zmian w swojej ofercie. W szczególności – w kosztorysie ofertowym nie ujęto wyceny rozebrania chodników, przejść dla pieszych, wysepek przystankowych. Nie wyceniono postumentów przy montażu umywalek, nie określono z jakiej blachy zaoferowano zlewozmywaki. Niezgodność wystąpiła również w poz. 18 kosztorysu ofertowego, gdzie uwzględniono nieprawidłową zaprawę – cementowo – wapienną, zamiast gotowej zaprawy murarskiej.

Odwołujący twierdził, że jego oferta jest zgodna z pierwotnym brzmieniem kosztorysu ślepego a wyjaśnienia zamawiającego z 2.12.2008r. i 3.12.2008r. nie dotarły do niego, gdyż strona internetowa nie działała poprawnie. Z wyjaśnień zamawiającego wynikało, że strona internetowa zamawiającego nie działała poprawnie, ale do dnia 14.11.2008r., czyli w okresie znacznie przed dokonaniem wyjaśnień. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swojego twierdzenia o nie działaniu strony internetowej powodującym problemy z dostępem do wyjaśnień. Stosownie do art. 6 kc – ciężar udowodnienia faktu spoczywa na

osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. W niniejszej sytuacji odwołujący nie udowodnił podnoszonych okoliczności, wobec powyższego nie zostały one potwierdzone.

W odniesieniu do kwestii konieczności zastosowania w niniejszej sytuacji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez zamawiającego w stosunku do przedmiotowej sytuacji – skład orzekający stwierdził, że omyłki jakie nastąpiły w ofercie odwołującego nie mają charakteru „nieistotnego”. Na wstępie należy wskazać, że w przedmiotowej sytuacji nastąpił ewidentny brak niektórych pozycji kosztorysu – dotyczących rozebrania chodników, wysepek przystankowych i przejść dla pieszych. Pomimo, że kosztorysy zawierały w niniejszym postępowaniu kilkaset pozycji, to brak kilku pozycji nie może pozostawać bez wpływu na całość oferty, gdyż jest ona nieporównywalna z ofertami pozostałych wykonawców. Argumentacja oparta o orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26.11.2008r. o sygn. KIO/UZP/1277/08 w niniejszej sytuacji jest bezzasadna, gdyż w stanie faktycznym tamtego orzeczenia omyłka dotyczyła niewłaściwej stawki robocizny w jednej z pozycji jednego z kosztorysów, a nie pominięcia kilku pozycji kosztorysowych. Wartość poprawienia tamtej omyłki wynosiła 40 zł, natomiast wskazał sam odwołujący – w przedmiotowym postępowaniu poprawienie wszystkich niezgodności wyniosłoby ok. 50 000 zł. W niniejszej sytuacji poprawa oferty dotyczyłaby również innych aspektów – m.in. zmiany rodzaju zaoferowanej zaprawy w poz. 18 kosztorysu, konieczności uwzględnienia postumentów do umywalek czy wskazania konkretnego rodzaju zlewów – ze stali nierdzewnej. Tego rodzaju poprawy doprowadziłyby do istotnych zmian w treści oferty – polegających na dopasowaniu jej do wymagań zamawiającego. Wywołałyby one konieczność wielokrotnego poprawiania kosztorysu i formularza ofertowego. W ocenie składu orzekającego, zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, musi mieć pewne granice, wyznaczone koniecznością zachowania zasady przejrzystości i jawności postępowania oraz konieczności równego traktowania wszystkich wykonawców przy zachowaniu zasad logiki. Nie można dopuścić do sytuacji, kiedy wykonawcy składają oferty dotyczące innego przedmiotu zamówienia – różniące się w sposób znaczny od siebie, gdyż wtedy zamawiający naruszyłby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania. W przedmiotowej sytuacji nie uwzględnienie wyjaśnień zamawiającego spowodowało, że odwołujący złożył ofertę z brakiem kilku pozycji kosztorysu oraz z wyceną nieprawidłowego wyposażenia. Stanowiło to prawidłową podstawę do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosnie kwestii zaniechania dokonania wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – skład orzekający stwierdził, że jest to okolicznością

niesporną. Zamawiający przyznał, że nie dokonywał wyjaśnień i uwzględnił ten zarzut w rozstrzygnięciu protestu. Stosownie do treści art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - żądanie takich wyjaśnień jest obligatoryjne przed dokonaniem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym – zaniechanie żądania wyjaśnień przed odrzuceniem oferty z powodu rażąco niskiej ceny stanowi naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający uwzględnił powyższy zarzut w rozstrzygnięciu protestu, ale nie dokonał czynności bezprawnie zaniechanej – w tym przypadku żądania wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Uwzględnienie protestu spowodowało jednak unieważnienie czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu rażąco niskiej ceny – tym samym bezcelowe i bezprzedmiotowe byłoby żądanie wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do brzmienia art. 191 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych - Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W przedmiotowym przypadku naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie miało istotnego wpływu na wynik postępowania z powodu zasadności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Tym samym również żądanie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych uznano za bezzasadne.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania r. (Dz U. z 2007 r. Nr 128, poz. 886 ze zm.).



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 **Suwałkach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*