

WYROK

z dnia 17 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **2 listopada 2010 r.** przez **ECO- THERM Sp. z o.o., ul. Jana Pawła II 177/179, 99-400 Łowicz**, w postępowaniu prowadzonym przez **Starostwo Powiatowe w Grójcu, ul. Piłsudskiego 59, 05-600 Grójec**,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje:

- 1) Unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego**
- 2) Ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert**

2. kosztami postępowania obciąża Starostwo Powiatowe w Grójcu, ul. Piłsudskiego 59, 05-600 Grójec i nakazuje:

- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ECO- THERM Sp. z o.o., ul. Jana Pawła II 177/179, 99-400 Łowicz tytułem wpisu od odwołania,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez Starostwo Powiatowe w Grójcu, ul. Piłsudskiego 59, 05-600 Grójec na rzecz ECO- THERM Sp. z o.o., ul. Jana Pawła II 177/179,**

99-400 Łowicz stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Radomiu.**

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający Starostwo Powiatowe w Grójcu prowadzi postępowanie o zamówienie publiczne w trybie przetargu nieograniczonego na „Generalny remont i modernizację pałacu Warce-Winiarach - siedziby Muzeum im. Kazimierza Pułaskiego oraz budowę Centrum Edukacyjno-Muzealnego przy Muzeum im. Kazimierza Pułaskiego w Warce wraz z parkingiem, część I”.

W dniu 26 października 2010r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania, w tym na część I oraz o odrzuceniu wszystkich ofert biorących udział w postępowaniu, w tym oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ.

Odwołujący wniósł odwołanie w dniu 2 listopada 2010r. wnosząc o uwzględnienie doprowadzenie postępowania do jego zgodności z przepisami Ustawy Pzp m.in. poprzez:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a przez to czynności unieważnienia postępowania z powodu niezłożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu;
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
- 3) dokonanie czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,.

Wykonawca Eco-therm Sp. z o.o. - Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- 1) czynności polegającej na bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego na

podstawie 89 ust.1 pkt 2 Ustawy Pzp, oraz powiązanej z nią

2) czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego „zgodnie z art. 89 ust.1 pkt 2" Ustawy Pzp,

Czynnościom oraz zaniechaniu czynności Zamawiającego zarzucił:

- 1) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy Pzp poprzez uznanie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ") i podlega z tego powodu odrzuceniu;
- 2) naruszenie przepisu art. 87 ust.1 i art. 87 ust 2 pkt 3) ustawy Pzp w powiązaniu z art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy z powodu zaniechania procedury wyjaśniania oferty oraz poprawienia jej w trybie innej omyłki w toku badania i oceny ofert;
- 3) naruszenie przepisu art. 26 ust.3 Ustawy Pzp z powodu zaniechania procedury wezwania do uzupełnienia dokumentów w toku badania i oceny ofert;
- 4) naruszenie przepisu art. 7 ust.1 oraz art. 93 ust.1 pkt 1) w powiązaniu z art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy Pzp poprzez nieuprawnione unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- 5) naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w związku z art. 5 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad współzycia społecznego oraz przepisów przywołanych w treści niniejszego Odwołania.

1. W zakresie naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, w związku z bezpodstawnym odrzuceniem oferty Odwołującego, poprzez uznanie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, Odwołujący wskazał następujące okoliczności:

Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego argumentował, iż „Oferty (w zakresie części I) nie odpowiadają treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Błędy, które występują w kosztorysach poszczególnych ofert nie można uznać za omyłki, które zamawiający mógłby poprawić w trybie art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu szczegółowym odrzucenia oferty Zamawiający wskazał na błędy w kosztorysach Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie miał podstaw prawnych do odrzucenia oferty Odwołującego, a ponadto podał błędne uzasadnienie faktyczne, niegodne z załączonymi przez wykonawcę kosztorysami, jak też z dokumentacją przetargową sporządzoną przez samego Zamawiającego, w tym z wyjaśnieniami do SIWZ.

W SIWZ Zamawiający przyjął wynagrodzenie wykonawcy jako kosztorysowe, jednak w ocenie

Odwołującego niektóre zapisy SIWZ wskazują na charakter wynagrodzenia ryczałtowego, np: „Cenę wykonania zamówienia należy określić na podstawie załączonej dokumentacji projektowej, uwzględniając wszystkie koszty związane z należywym wykonaniem przedmiotu zamówienia” lub „Z pkt 4 Opisu przedmiotu zamówienia wynika, że zadanie częściowe nr 1 „należy wykonać zgodnie z projektem mgr. inż. arch. Zbigniewa Ch., zatwierdzonym przez Wojewódzkiego Mazowieckiego Konserwatora Zabytków w Warszawie, Delegatura w Radomiu - Decyzja nr 95/R/09 z dnia 13.03.2009 r., zaś „szczegółowy zakres robót przewidzianych do realizacji określony jest w dokumentacjach technicznych, specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót oraz przedmiarach robót”.

Ponadto Zamawiający dopuścił możliwość uwzględnienia w cenie elementów wynikających z dokumentacji, a nie zawartych w przedmiarze.

Odwołujący wskazał na okoliczność, iż załącznikiem do SIWZ, na podstawie których należało sporządzić kosztorys ofertowy dla części I jest dokumentacja projektowa, w tym przedmiary robót. Odwołujący podkreślił, że załączone do SIWZ przedmiary robót nie zawierały zestawienia robocizny, materiału i sprzętu (R,M,S).

2. W zakresie naruszenia przepisu art. 87 ust.1 i art. 87 ust 2 pkt 3) Ustawy Pzp w powiązaniu z art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy Pzp z powodu zaniechania zastosowania tych przepisów w toku badania i oceny ofert, Odwołujący podniósł następujące okoliczności:

Odwołujący podkreślał, iż wymienione pozycje kosztorysu, które Zamawiający uznał za niezgodne z SIWZ powinny być przez zamawiającego wyjaśnione, ewentualnie wyjaśnione i poprawione, co jest dopuszczalne w obecnym stanie prawnym Ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego, stawiane przez Zamawiającego zarzuty, iż pozycje kosztorysowe w ofercie Odwołującego zawierają błędy, są nieprawdziwe, wynikają z jego błędnego domniemania, nie są poparte żadnymi dowodami, a dodatkowo wynikają z nieścisłości w dokumentacji leżących po stronie Zamawiającego, bądź braku konsekwencji Zamawiającego w przyjęciu zmian wprowadzonych własnymi wyjaśnieniami, bądź nierzetelności w badaniu i ocenie ofert.

a. Zarzuty w kosztorysie dotyczącym robót budowlanych:

1) Zgodnie z oceną Zamawiającego Odwołujący zaoferował, że „wywiezie gruz i ziemię na odległość 3 km, a w wycenie pozycji dokonał obliczeń wywozu gruzu na odległość 1 km”. Powyższy zarzut – jak zapisał ogólnie Zamawiający - dotyczy kilkunastu pozycji w całej ofercie,

Odwołujący podniósł, że zarzut ten jest niezasadny. Odwołujący wyjaśnił, iż w każdej z pozycji dotyczących wywiezienia gruzu (poz. 9,53,102,223) przyjął wywiezienie gruzu na odległość 3 km za cenę podaną odpowiednio dla każdej ze wskazanych wyżej pozycji, przyjmując, że

cena wywiezienia 1 m³ gruzu na odległość 3 km wynosi 81, 69 zł. Analogicznie Odwołujący potraktował pozycje 108 i 222 dotyczące wywiezienia ziemi, przyjmując że cena wywiezienia 1 m³ ziemi na odległość 3 km wynosi 101,12 zł.

Domniemanie Zamawiającego mogło wynikać z tego, że w opisie zakresu robót Zamawiający nie podał „krotności 3”, a powołana przez niego podstawa KNR wskazywała na wywiezienie gruzu, czy ziemi na odległość 1 km.

Odwołujący podkreślił, iż podobne zarzuty padły w tym zakresie pod adresem wszystkich wykonawców którzy złożyli oferty.

Zgodnie z powszechnie przyjętym poglądem w doktrynie i orzecznictwie wszelkie nieścistości w SIWZ zawinione przez Zamawiającego nie mogą obciążać wykonawców. Zatem Zamawiający winien był przyjąć, że ceny jednostkowe w ofercie Odwołującego zawierają w sobie również krotności, tam gdzie one występowały. Jeśli zaś miał wątpliwości w tym względzie winien był zwrócić się do wykonawców o ich wyjaśnienie.

2) Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w poz. 170 i 175 SIWZ warstwa wyrównawcza posadzki powinna mieć grubość 5 cm, zaś zdaniem Zamawiającego Odwołujący wycenił grubość posadzki 2 cm

Odwołujący podniósł, że zarzut ten jest niezasadny. Odwołujący zapisał w ofercie, iż oferuje posadzkę o grubości 5 cm. Zatem, w jego ocenie, twierdzenie Zamawiającego o wycenie grubości warstw wyrównawczych na 2 cm, a nie na 5 cm - jest nieuprawnione. Domniemanie Zamawiającego mogło wynikać z tego, że wskazana przez Zamawiającego podstawa KNR 2-02 1102-02 „wyrzuca” automatycznie grubość posadzki 2cm. Jeśli Zamawiający miał wątpliwości w tym względzie winien był zwrócić się do Odwołującego o ich wyjaśnienie. Uzyskałby wówczas potwierdzenie, że Odwołujący położy warstwy wyrównawcze pod posadzką zgodnie z podanym opisem, za ceny jednostkowe wskazane w tych pozycjach.

3) Zamawiający w poz. 161 kosztorysu wymagał ułożenia klepki z odzysku w ilości 310,73 m². Zgodnie z oceną Zamawiającego: „Odwołujący liczy tę klepkę jako nową - różnica na niekorzyść inwestora w wysokości 40.385 zł netto.”

Zdaniem Odwołującego, zarzut ten jest niezasadny, a twierdzenie Zamawiającego jakoby zostały policzone nowe klepki zamiast klepek z odzysku nie jest niczym poparte. Jak wyjaśnił Odwołujący „zadeklarował wprost posadzkę poddasza z deszczułek z odzysku i żaden zapis w opisie nie wskazuje na zastosowanie nowych deszczułek. Wartość wpisana w wierszu „deszczułki posadzkowe lite” obejmuje dodatkowe czynności i materiały niezbędne do prawidłowego przeprowadzenia prac konserwatorskich zabytkowych parkietów, których

Zamawiający w kosztorysie uproszczonym w ogóle nie uwzględnił. Gdyby Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie tej pozycji pozyskałby informację, że cena w niej wskazana obejmuje szereg czynności dodatkowych, niezbędnych do położenia parkietu z odzysku, takich jak: impregnacja parkietu, uzupełnianie ubytków, flekowanie itp., a także niezbędnych do wykonania tych czynności materiałów. Wskazana przez Zamawiającego rzekoma różnica na niekorzyść Inwestora stanowi cenę za wskazane powyżej dodatkowe czynności i materiały, których nie uwzględnił Zamawiający. Zważywszy na fakt, iż Odwołujący zaoferował najniższą cenę w przedmiotowym przetargu wskazywanie na różnicę w cenie, rzutującą na niekorzyść Zamawiającego jest tym bardziej nieuzasadnione”.

4) Zamawiający wymagał w poz. 231 przedmiaru, aby chodnik z płyt kamiennych o grubości 5 cm był wykonany z płyt odzyskanych, zaś w ocenie Zamawiającego Odwołujący w kosztorysie ofertowym „liczy płyty kamienne jako nowe - różnica na niekorzyść Inwestora 33.784,81 zł netto.”

Zdaniem Odwołującego, zarzut ten jest niezasadny, a twierdzenie Zamawiającego jakoby w pozycji 231 kosztorysu ofertowego zostały policzone nowe płyty kamienne zamiast płyt z odzysku nie jest niczym poparte. Jak wyjaśnił Odwołujący „w poz. 219 kosztorysu ofertowego Odwołujący zadeklarował wstępne odczyszczanie powierzchni kamienia porowatego co do obmiaru zgodnie ze wskazaniem Zamawiającego. Gdyby Odwołujący zamierzał kłaść nowe płyty kamienne na powierzchni wyszczególnionej w poz. 231 (64,6m²) to rzecz jasna nie odczyszczalby płyt we wskazanej ilości w celu ich odzyskania, ponieważ zastąpiłby je nowymi płytami. Zamawiający powziąwszy jakąkolwiek wątpliwość w tym względzie winien był wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Uzyskałby wówczas wyjaśnienie, że w wierszu płyty kamienne 5 cm 1.01m²/m² Odwołujący w celu prawidłowego przeprowadzenia prac konserwatorskich płyt kamiennych ujął dodatkowe czynności i materiały niezbędne do prawidłowego przeprowadzenia prac konserwatorskich zabytkowych płyt kamiennych, takich jak impregnacja strukturalna, uzupełnianie ubytków, flekowanie, kitowanie, ewentualne scalanie kolorystyczne, hydrofobizacja itp., których nie ujęto w kosztorysie uproszczonym. Wskazana przez Zamawiającego rzekoma różnica na niekorzyść Inwestora stanowi cenę za wskazane powyżej dodatkowe czynności i materiały, których nie uwzględnił Zamawiający. Zważywszy na fakt, iż Odwołujący zaoferował najniższą cenę w przedmiotowym przetargu wskazywanie na różnicę w cenie, rzutującą na niekorzyść Zamawiającego jest tym bardziej nieuzasadnione.”

5) Zgodnie z oceną Zamawiającego, w pozycji 231 kosztorysu ofertowego Odwołujący zaoferował płyty nowe, nie powinien zatem, w pozycji 219 kosztorysu ofertowego „liczyć czyszczenia płyt rozebranych 34,6 m² * 36.45 » 2386,97 zł netto”.

Odwołujący uznał, iż zarzut powyższy jest niezasadny. W ocenie Odwołującego, Zamawiający

sprawdzając kosztorysy ofertowe wg kolejnych pozycji najpierw musiał zapoznać się z poz. 219, a dopiero później z poz. 231. Powziawszy jednak jakąkolwiek wątpliwość w tym względzie winien był wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień, czego jednakże nie uczynił.

b. zarzuty w kosztorysie dotyczącym robót elektrycznych

1) Zgodnie z oceną dokonaną przez Zamawiającego, w kosztorysie - sygnalizacja włamania i napadu Odwołujący policzył 2 radiolinie antynapadowe, zaś w przedmiarze Zamawiający przedstawił do wyceny 1 szt. radiolinii.

Zgodnie z oceną Odwołującego zarzut ten jest niezasadny. Wykonawca, przed upływem terminu składania ofert zadał pytanie o treści: „*W poz. przedmiaru jest wymieniona radiolinia AN200H. Czy ta radiolinia 2-kanalowa będzie służyła do dwóch funkcji tj. 1 - kanał do zazbrajania alarmu, 2 - kanał do informowania o napadzie. Czy też należy doliczyć koszt osobnej radiolinii z pilotem do zazbrajania alarmu.*” Zamawiający udzielił odpowiedzi „*Tak, radiolinia 2 kanałowa będzie służyła do informowania o napadzie, drugi kanał jest rezerwowany.*”

W opinii Odwołującego Zamawiający odpowiadając twierdząco na powyższe pytanie wskazał na 2 sztuki radiolinii antynapadowych, zatem Odwołujący dodał w kosztorysie pozycję z dodatkową radiolinią za identyczną cenę jak radiolinia podstawowa. Zgodnie z zasadą, że wszelkie nieścisłości w dokumentacji przetargowej nie mogą obciążać wykonawców. W ocenie Odwołującego, Zamawiający - w przypadku, gdy uznał powyższe za niezgodne z przedmiarem, winien był usunąć dodaną pozycję w trybie poprawienia innej omyłki na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 Ustawy pzp, co nie spowodowałoby istotnej zmiany w ofercie.

2)

Zgodnie z oceną Zamawiającego, w kosztorysie - system sygnalizacji pożaru Odwołujący dopisał dodatkowe pozycje: 10, 11, 12. Pozycje takie nie zostały przewidziane przez Zamawiającego w przedmiarze, który przedłożył do SIWZ.

W ocenie Odwołującego zarzut ten jest niezasadny. Zamawiający, w dniu 30 września 2010r., przesłał do Odwołującego treść odpowiedzi na pytania zadane przez Wykonawców, w tym Odwołującego: Czy należy doliczyć w kosztorysie ofertowym pozycję: „Montaż zdemontowanych czujek DP2061 45 szt”, której Zamawiający nie uwzględnił w przedmiarze. Odpowiedź Zamawiającego brzmiała: „Tak, proszę doliczyć koszt robocizny.”

Na pytanie, czy należy doliczyć w kosztorysie ofertowym pozycję: „Montaż gniazd do zdemontowanych DT2063 3 szt, a także nakładu materiału tj.gniazdo”, której Zamawiający nie uwzględnił w przedmiarze, odpowiedź Zamawiającego brzmiała: „Tak, proszę doliczyć koszt i

montaż gniazda do czujek termicznych.”

Na pytanie Odwołującego, czy należy doliczyć w kosztorysie ofertowym pozycję „Montaż gniazd do zdemontowanych DT2063 3 szt, a także nakładu materiału tj. gniazdo”, odpowiedź Zamawiającego brzmiała „Tak, proszę doliczyć koszt montażu czujek termicznych. Czujki DT2063 wykorzystać z demontażu.”

Wobec takiej sytuacji, zdaniem Odwołującego, zarzut Zamawiającego jest bezprzedmiotowy. Odwołujący uwzględnił powyższe pozycje zgodnie z zaleceniami Zamawiającego. Wpisał je w pozycjach 10,11,12 kosztorysu „Systemy sygnalizacji pożaru”. Zamawiający nie wskazał miejsca w kosztorysie, w którym należy wyszczególnić pozycje powyższe. Zdaniem Odwołującego, nieuwzględnienie własnych zaleceń zawartych w wyjaśnieniach do SIWZ wskazuje na brak konsekwencji Zamawiającego.

3)

Zamawiający zarzucił, iż Odwołujący w kosztorysie - telewizja dozorowa nie wycenił przewodu YWD 75 - 0,39 gr/3,7x2x0,5 o długości 160 m.

Odwołujący uznał ten zarzut za niezasadny. Podkreślił, iż zgodnie z treścią dokumentacji projektowej systemu telewizji dozorowej CCTV w wykazie materiałów w pozycji 29 tabeli podano ilość: „przewód koncentryczny 75 - 0,59/3,7 - biały+3,0,5 przewód zasilający - 2200m”. Odwołujący wycenił ww. przewód w kosztorysie - Telewizja dozorowa w poz. 8 - w ilości 52m i w poz. 37 w ilości 2152,8m co daje łącznie 2204,8m.

W ocenie Odwołującego, jest rzeczą bezsporną, że Zamawiający winien unieważnić czynność odrzucenia oferty Odwołującego, bowiem dokonana ona została z rażącym naruszeniem prawa przez Zamawiającego, w tym z podaniem przez niego nieprawdziwego uzasadnienia faktycznego. Jak twierdzi, oferta, w tym załączone kosztorysy są zgodne z treścią SIWZ.

3. Odnosząc się do naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp z powodu zaniechania zastosowania tego przepisu w toku badania i oceny ofert, Odwołujący wskazał na okoliczność, iż nie załączył dokumentu KRS, który był dokumentem wymaganym obligatoryjnie na podstawie pkt 9.2.8) SIWZ - w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp. Zamawiający jednakże nie wezwał Odwołującego do uzupełnienia brakującego dokumentu, do czego był zobowiązany przepisem art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp. Odstępstwo od nakazu wezwania wykonawców do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy Pzp oraz pełnomocnictw, występuje jedynie w przypadku, gdyby pomimo ich złożenia oferta Wykonawcy podlegała odrzuceniu albo

konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W przedmiotowym postępowaniu, zdaniem Odwołującego, Zmawiający powinien wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentu na podstawie art. 26 ust 3 Ustawy pzp, jako że nie zachodzi podstawa do odrzucenia oferty.

4. Odnosząc się do naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 oraz art. 93 ust.1 pkt 1) w powiązaniu z art. 89 ust. 1 pkt 2) Ustawy Pzp poprzez nieuprawnione unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Odwołujący wskazał, następujące okoliczności:

1.1. W piśmie z dnia 26 października 2010r.w uzasadnieniu do unieważnienia części I postępowania Zamawiający zapisał, że *„unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na część I zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r prawo zamówień publicznych”*, jako podstawę prawną wskazując jedynie cytowany art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy Pzp, odnoszący się do przesłanek odrzucania ofert.

W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający wskazał jedynie, że *„Treść ofert nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Błędy, które występują w kosztorysach poszczególnych ofert nie można zaliczyć do omyłek, o których mowa w art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych”*.

Zamawiający nie wykazał, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu, a taką przesłankę wynikającą z art. 93 ust. 1 pkt.1) Ustawy Pzp winien był wskazać. Odwołujący twierdzi, że jego oferta nie podlega odrzuceniu.

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż jego oferta zawiera najniższą cenę w tej części postępowania wynoszącą 4 637 960, 71 zł, i jako jedyna nie przekracza kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Nie było więc podstaw do unieważnienia postępowania.

Ponadto Odwołujący wskazał na naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 w związku z art. 5 kodeksu cywilnego w związku z art. 14 Ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad współżycia społecznego.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane TB INVEST Tomasz Brzeziński zgłosił przystąpienie po stronie Odwołującego, wskazując w treści przystąpienia na uchybienia w zakresie złożonych dokumentów w ofercie Odwołującego.

Odwołujący zgłosił opozycję przeciw przystąpieniu wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane TB

INVEST Tomasz Brzeziński, do postępowania odwoławczego. Odwołujący podniósł, że wykonawca ten nie ma interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystąpił, tj. na korzyść Odwołującego. Odwołujący wykazywał, iż wykonawca w treści przystąpienia wskazał zarzuty pod adresem Odwołującego, w zakresie spełnienia warunków podmiotowych (co nie jest podnoszone w odwołaniu złożonym w niniejszym przystąpieniu bezprzedmiotowe), czym działał przeciwko Odwołującemu. Ponadto, w treści przystąpienia żądał wykluczenia Odwołującego i uznania oferty Odwołującego za odrzuconą. Przystępujący żądał także wyboru swojej oferty jako najkorzystniejszej (wskazując na jednoczesną konieczność zwiększenia przez Zamawiającego posiadanych środków na realizację przedmiotowego zamówienia), czym działał niezgodnie z interesem Odwołującego.

Zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Przystępujący winien wskazać stronę, do której przystępuje oraz interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane TB INVEST Tomasz Brzeziński w przystąpieniu wskazał Odwołującego jako stronę, do której przystąpił, nie wykazał jednak, że w jego interesie jest uzyskanie rozstrzygnięcia postępowania odwoławczego na korzyść Odwołującego. Treść przystąpienia zaprzecza temu interesowi. Zatem wykonawca zgłaszający przystąpienie nie przystąpił prawidłowo i zgodnie z obowiązującymi przepisami do wniesionego odwołania, w tym z art. 185 ust. 3 i ust. 5 ustawy Pzp, które brzmią: *„Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, leżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.”* *„Czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, (...)”*.

Ponadto Odwołujący zauważył, iż Wykonawca zgłaszający przystąpienie nie wykazał możliwości uzyskania zamówienia, gdyż cena jego oferty jest wyższa niż cena oferty Odwołującego. Wykonawca zgłaszający przystąpienie mógłby wykazać interes w przystąpieniu jedynie w przypadku, gdyby wniósł własne odwołanie na odrzucenie swojej oferty i jednocześnie przystąpił do odwołania po stronie Zamawiającego. Taka sytuacja nie zaistniała.

Izba podziela argumentację Odwołującego, zatem uwzględniła opozycję.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść ofert, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba ustaliła, iż Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania. W przypadku potwierdzenia okoliczności, iż Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, Odwołujący miałby możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną. Oferta Odwołującego jest jedyną która mieści się w kwocie, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Izba ustaliła także, iż wynagrodzenie w niniejszej części zamówienia miało charakter kosztorysowy. Zamawiający wyraźnie zapisał, iż należy sporządzić kosztorys ofertowy. Cenę zaś oferty stanowi suma wartości wszystkich pozycji kosztorysu, zawierająca wszystkie koszty niezbędne do wykonania zamówienia.

Izba, po dokładnym przeanalizowaniu zarzutów w zakresie niezgodności kosztorysu ofertowego w części budowlanej Odwołującego z treścią SIWZ uznała, iż zarzuty są bezzasadne. Izba podziela zatem stanowisko Odwołującego. W kosztorysie ofertowym – części budowlanej - Odwołujący zapisał, iż oferuje wywóz gruzu na odległość 3 km, (co jest zgodne z zapisami w przedmiarze SIWZ) za cenę łączną zaoferowaną w danej pozycji. W trakcie rozprawy Odwołujący potwierdził ten fakt, wyjaśniając, iż w danej pozycji zaoferował wymaganą pełną usługę (tj. wywiezienia gruntu na odległość 3 km). Odwołujący przepisał w kosztorysie ofertowym pozycje zgodnie z pozycjami Zamawiającego, zawartymi w przedmiarze stanowiącym załącznik do SIWZ, należy zatem przyjąć, iż opisane pozycje wiążą Odwołującego. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zaoferował posadzkę z deszczulek z odzysku, nie zaś z klepki nowej (jak twierdził Zamawiający). Tak wynika z treści pozycji 181 kosztorysu ofertowego Odwołującego, co jest zgodne z pozycją w przedmiarze Zamawiającego. Grubość warstwy wyrównawczej z zaprawy cementowej w pozycji 170 kosztorysu ofertowego Odwołującego wynosi 50 mm, zatem jest zgodna z wymaganiami opisanymi w pozycji przedmiaru SIWZ. Taki opis pozycji kosztorysie ofertowym Odwołującego wskazuje jednoznacznie, iż Odwołujący wykona zaprawę cementową o grubości warstwy 50 mm, a także wiąże Odwołującego w zakresie wykonania tej czynności w takiej formie. Izba dała wiarę również wyjaśnieniom Odwołującego w zakresie zaoferowania płyt kamiennych pochodzących z odzysku. Zaoferowane czynności w zakresie czyszczenia płyt zdemontowanych potwierdzają, iż Odwołujący dokona ułożenia posadzki z płyt z demontażu. Czyszczenie płyt zostało przez Odwołującego zaoferowane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Fakty powyższe Odwołujący potwierdził podczas rozprawy.

Na takie ustalenia Izby wpłynęła treść wyjaśnień Odwołującego złożonych w trakcie

rozprawy, a także treść kosztorysu ofertowego, zgodnie z którym Odwołujący wpisał ww. pozycje zgodnie co do treści i zakresu z pozycjami opisanymi przez zamawiającego w treści SIWZ.

Jeśli Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości, winien był je wyjaśnić. Nieuzasadniona jest sytuacja, w której Zamawiający podejmuje decyzję o odrzuceniu oferty na podstawie wyłącznie domniemania, że Wykonawca zaoferował inną usługę, lub inny produkt, niż wymagane przez Zamawiającego w SIWZ. W szczególności w sytuacji gdy wykonawca wyraźnie określił i opisał usługę/produkt, który oferuje – i gdy jest on tożsamy z wymaganiami Zamawiającego. Zamawiający podkreślał w trakcie rozprawy, iż z ustawy nie wynika obowiązek wyjaśniania treści oferty. Jednak Izba stoi na stanowisku, iż Zamawiający jest zobowiązany do prowadzenia postępowania w sposób dokładny, rzetelny, zatem w przypadku pojawienia się wątpliwości w zakresie treści oferty, jak w niniejszym przypadku, winien był wyjaśnić jej treść.

W zakresie zarzutów dotyczących kosztorysu robót elektrycznych Izba również podziela stanowisko Odwołującego - zarzuty Zamawiającego względem oferty Odwołującego są bezprzedmiotowe.

Odwołujący uwzględnił pozycje w zakresie sygnalizacji pożaru zgodnie z zaleceniami Zamawiającego. Wpisał je w pozycjach 10,11,12 kosztorysu „Systemy sygnalizacji pożaru”. Zamawiający nie wskazał miejsca w kosztorysie, w którym należy wyszczególnić pozycje powyższe. Zatem Odwołujący był uprawniony do dopisania tych pozycji. Ponadto Zamawiający uznał rację Odwołującego w tym zakresie (wskazując na rozbieżności po stronie Zamawiającego pomiędzy osobą sporządzającą projekt, a sprawdzającą kosztorys). Podobnie, Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający jest związany treścią odpowiedzi, jakich udziela, zatem jeśli Zamawiający wskazał, iż należało doliczyć radiolinię antynapadową, wówczas Zamawiający nie powinien czynić zarzutu w stosunku do oferty wykonawcy, który wymagania takie uwzględnia w kosztorysie ofertowym. Ponadto również i w tym przypadku Zamawiający uznał rację Odwołującego w tym zakresie, (wskazując na rozbieżności po stronie Zamawiającego pomiędzy osobą sporządzającą projekt, a sprawdzającą kosztorys). Izba stoi na stanowisku, iż wszelkie nieścisłości leżące po stronie zamawiającego, nie mogą obciążać wykonawców.

Izba ustaliła, iż Odwołujący w pozycjach 8 oraz 37 kosztorysu część elektryczna – telewizja dozorowa zaoferował zgodnie z treścią SIWZ – wymaganą ilość przewodu YWD 75-0,39/3,7+2x0,5 50 m oraz 2070 m, co daje łącznie 2120 m przewodu. W poz. 3 tego kosztorysu Odwołujący zaoferował ręczne układanie w rowach kablowych 160 m tego przewodu, co jest zgodne z opisem zawartym w SIWZ. Zatem zarzut Zamawiającego, iż Odwołujący nie wycenił w tej pozycji 160 m przewodu jest niezasadne. Zamawiający zażądał

w SIWZ w tej pozycji wyłącznie ułożenia 160 m tego przewodu, nie zaś dokonania wyceny przewodu. Wycena przewodu przewidziana jest w innych pozycjach kosztorysu. Zatem treść oferty w tym zakresie odpowiada treści SIWZ.

Oczywistym jest, że w toku badania i oceny ofert Zamawiający winien zwrócić się do Odwołującego o uzupełnienie dokumentów, które były wymagane w treści SIWZ, których Odwołujący nie złożył w ofercie, a Zamawiający dotychczas nie występował o ich uzupełnienie. Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający wzywa do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń, jednakże tylko w przypadku, gdy oferta tego wykonawcy nie będzie podlegała odrzuceniu oraz nie będą zachodziły okoliczności, w których konieczne będzie unieważnienie postępowania. W niniejszym postępowaniu ustalono, iż w ww. pozycjach treść oferty Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ, zatem w zakresie ww. zarzutów nie zachodzi podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego. Wobec powyższego, Zamawiający w toku badania i oceny ofert winien zwrócić się do Odwołującego o uzupełnienie dokumentów brakujących w SIWZ.

Izba ustaliła, iż Zamawiający naruszył art. 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie podał w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania uzasadnienia prawnego i faktycznego unieważnienia postępowania.

Jak wielokrotnie podkreślano w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, obowiązek przedstawienia podstawy prawnej i faktycznej uzasadnienia dokonanej czynności zamawiającego wiąże się z zasadą jawności postępowania, zasadą zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji oraz ma na celu zapewnienie wykonawcom możliwości korzystania ze środków ochrony prawnej. Należy podkreślić, że stanowisko zamawiającego powinno być wyrażone w sposób czytelny i umożliwiający wykonawcy odniesienie się do konkretnych przesłanek, okoliczności wskazanych przez zamawiającego, a także skorzystanie z prawa do wniesienia odwołania.

Zamawiający nie podał także podstawy prawnej unieważnienia postępowania, wskazał jedynie na artykuł stanowiący podstawę do odrzucenia oferty.

W toku postępowania ustalono, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający zobowiązany jest powtórzyć czynność badania i oceny ofert, z uwagi na fakt, iż podstawy odrzucenia oferty Odwołującego nie potwierdziły się, zatem czynność unieważnienia postępowania podlega unieważnieniu.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....