

Sygn. akt: KIO/UZP 312/09

KIO/UZP 342/09

WYROK

z dnia 27 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

**Członkowie: Anna Packo
Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu/~~w dniach~~ **24 marca 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **18 marca 2009 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. Krzysztofa Ćmiela prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ćmiel Krzysztof „COMPLEX EURO WORLD” z siedzibą w miejscowości Krzywopłoty, ul. Paderewskiego 8, 32-310 Klucze (sygn. akt: KIO/UZP 312/09);

B. Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice (sygn. akt: KIO/UZP 342/09);

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Zarząd Budynków Mieszkalnych – TBS Spółka z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, ul. Korczaka 7, 41-200 Sosnowiec** protestów:

A. Krzysztofa Ćmiela prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ćmiel Krzysztof „COMPLEX EURO WORLD” z siedzibą w miejscowości Krzywopłoty, ul. Paderewskiego 8, 32-310 Klucze (sygn. akt: KIO/UZP 312/09);

B. Przedsiębiorstwa Budowlanego „DOMBUD” S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice (sygn. akt: KIO/UZP 342/09);

przy udziale wykonawców:

- 1) **Przedsiębiorstwa Budowlanego „DOMBUD” S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 312/09 po stronie Zamawiającego,
- 2) **Krzysztofa Ćmiela prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ćmiel Krzysztof „COMPLEX EURO WORLD” z siedzibą w miejscowości Krzywopłoty, ul. Paderewskiego 8, 32-310 Klucze** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 312/09 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia obydwa odwołania i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz dokonanie ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem ofert Odwołujących,

2. kosztami postępowania obciąża Miejski Zarząd Budynków Mieszkalnych – TBS Spółka z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, ul. Korczaka 7, 41-200 Sosnowiec 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 wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Krzysztofa Ćmiela prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ćmiel Krzysztof „COMPLEX EURO WORLD” z siedzibą w miejscowości Krzywopłoty, ul. Paderewskiego 8, 32-310 Klucze,**
 - B** koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 455 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterysta pięćdziesiąt pięć złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
- A** kwoty **6 168 zł 00 gr** (słownie: sześć tysięcy sto sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) przez **Miejski Zarząd Budynków Mieszkalnych – TBS Spółka z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, ul. Korczaka 7, 41-200 Sosnowiec** na rzecz **Krzysztofa Ćmiela prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ćmiel Krzysztof „COMPLEX EURO WORLD” z siedzibą w miejscowości Krzywopłoty, ul. Paderewskiego 8, 32-310 Klucze**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu,
- B** kwoty **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez **Miejski Zarząd Budynków Mieszkalnych – TBS Spółka z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, ul. Korczaka 7, 41-200 Sosnowiec** na rzecz **Przedsiębiorstwa Budowlanego „DOMBUD” S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **35 426 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty **17 713 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Krzysztofa Ćmiela prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Ćmiel Krzysztof „COMPLEX EURO WORLD” z siedzibą w miejscowości Krzywopłoty, ul. Paderewskiego 8, 32-310 Klucze**,
- B** kwoty **17 713 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Przedsiębiorstwa Budowlanego „DOMBUD” S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice**.

Uzasadnienie

Miejski Zarząd Budynków Mieszkalnych – TBS Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę budynku mieszkalnego wielorodzinnego, podpiwniczonego z funkcją usługową oraz instalacjami: kanalizacji sanitarnej, deszczowej, wodociągowej, ciepłej i elektrycznej wraz z drogą wewnętrzną i miejscami parkingowymi, zlokalizowanymi na działkach nr 64/2, 65/1, 59/15, 59/16, 121/1, 59/26, 64/3, 146/3 w Sosnowcu”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich z dnia 20 listopada 2008 r., nr 2008/S 226-300210.

sygn. akt 312-09

Zamawiający pismem z dnia 13 lutego 2009 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) poinformował wykonawcę Krzysztofa Ćmiela prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Complex Euro World” Firma Remontowo-Budowlana Produkcyjno-Handlowa z siedzibą w miejscowości Krzywopłoty, zwanego dalej „Odwołującym” o:

1. odrzuceniu jego oferty, ze względu na nieuwzględnienie w wycenie ofertowej nietypowej dla przedmiaru przepustnicy o przekroju prostokątnym 160x630 mm i długości 200 mm określonej w załączniku 1b, stanowiącym modyfikację SIWZ, co powoduje, że Zamawiający nie jest w stanie ustalić ceny jednostkowej brakującej przepustnicy,
2. odrzuceniu oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Budowlanego „DOMBUD” S.A. z siedzibą w Katowicach, zwanego dalej „DOMBUD”,
3. unieważnieniu przedmiotowego postępowania, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, iż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Pismem z dnia 19 lutego 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 23 lutego 2009 r.) Odwołujący wniósł protest na czynność unieważnienia postępowania oraz odrzucenia jego oferty, jednocześnie żądając:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
2. unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty,
3. ponownego wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał m.in., że Zamawiający w myśl art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zobowiązany jest dokonać korekty treści oferty, a czego Zamawiający w stosunku do jego oferty nie uczynił.

Odwołujący w części kosztorysowej oferty (s. 89) pozycja 152 –153 ujął przepustnice jednopłaszczyznowe stalowe prostokątne w czterech pozycjach, które następnie zaklasyfikował w zależności od obwodu przewodów do: 800 mm, 1200 mm, 1600 mm i 2000 mm.

Odwołujący w pozycji 153/d4 -podstawa KNR-W 2-170130-05 ujął przepustnice jednopłaszczyznowe stalowe prostokątne typu A do przewodów o obwodzie do 1600 mm oraz o wymiarach:

- 160x450 L = 200 szt. 1(o obwodzie 1220 mm),
- 160x500 L = 200 szt. 1(o obwodzie 1320 mm),
- 250x500 = 200 szt. 1(o obwodzie 1500 mm).

Brakująca przepustnica o przekroju prostokątnym 160x360 mm i długości 200 mm (o obwodzie 1580 mm), powinna również znaleźć się w pozycji i w przedziale oznaczonym do 1600 mm.

W tabeli kosztorysowej w kolumnie „cena jednostkowa” dla pozycji 153/d4 (pozycja ta zawiera trzy różne przepustnice dla przewodów o obwodzie do 1600 mm) podał jedną kwotę opiewającą na zryczałtowaną cenę za jedną przepustnicę w wysokości 266,41 zł. Tym samym, należy stwierdzić, że kwota ta ma charakter „ceny jednostkowo-ryczałtowej”, czyli jest identyczna dla każdej z zawartych w tym przedziale przepustnic. Powyższe potwierdza także fakt wyceny każdej z nich indywidualnie w załączniku „zestawienie materiałów” (s. 98 oferty) odpowiednio w pozycjach z cenami jednostkowymi:

- poz. 254 -163,69 zł. (o wartości 163,68 zł),
- poz. 255 -171,87 zł.,
- poz. 257 -180,47 zł. (o wartości 180,48 zł.).

Tym samym cena jednostkowa dla brakującej w ofercie Odwołującego przepustnicy o przekroju prostokątnym 160x630 mm i długości 200 mm, a określonej przez Zamawiającego w załączniku 1b stanowiącym modyfikację SIWZ, jest znana i wynosi 266,41 zł. Dlatego też Zamawiający zobowiązany był poprawić tę omyłkę w ofercie Odwołującego i dokonać przeliczenia brakującej pozycji kosztorysowej, w trybie art. 87 ust.2 pkt.3 ustawy Pzp, przy zastosowaniu ustalonej ceny jednostkowej.

Nadto dodał, iż w konsekwencji powyższego nieuprawnionym jest unieważnienie przedmiotowego postępowania.

Zamawiający pismem z dnia 24 lutego 2009 r. (przedmiotowe pismo wykonawca DOMBUD otrzymał w tej samej dacie) poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu, jednocześnie wzywając wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 27 lutego 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) wykonawca DOMBUD przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu i wniósł o jego oddalenie w całości.

Nadto podniósł, iż cena jednostkowa przedmiotowej przepustnicy nie jest znana na podstawie oferty Odwołującego, dodatkowo wskazując iż każda z 7 przepustnic wskazanych w zestawieniu materiałów Odwołującego (Lp. 251-257) ma inne wymiary i posiada inną cenę jednostkową. Wprowadzenie do kosztorysu ofertowego pod poz. 153/d4 nowej przepustnicy (o odmiennych wymiarach niż pozostałe w zestawieniu materiałów), wymagałoby ustalenia przez Zamawiającego ceny jednostkowej dla przepustnicy dopisanej o wymiarach 160x630 mm i długości 200 mm i w konsekwencji spowodowałoby zmianę ceny jednostkowej dla poz. 153/d4.

Pismem z dnia 5 marca 2009 r. (przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie w całości, podtrzymując stanowisko zawarte w piśmie z dnia 13 lutego 2009 r. (zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania).

Pismem z dnia 12 marca 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie; wpływ bezpośredni do Prezesa UZP w dniu 13 marca 2009 r.) podtrzymując zarzuty i argumenty zawarte w proteście oraz wnosząc o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności polegającej na unieważnieniu postępowania,
3. unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty,
4. nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny jedynie jego oferty,
5. ponowny wybór jego oferty jako najkorzystniejszej,
6. zasądzenie uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Pismem z dnia 13 marca 2009 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wniesieniu odwołania, przekazał kopię odwołania, jednocześnie wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W 23 marca 2008 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca DOMBUD przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

sygn. akt 342-09

Zamawiający pismem z dnia 13 lutego 2009 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) poinformował wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A. z siedzibą w Katowicach, zwanego dalej „Odwołującym” o:

1. odrzuceniu jego oferty ze względu na to, iż oferta zawiera błędy, polegające na nie zastosowaniu w zakresie instalacji oddymiania załącznika 1f, przewidującego konieczność uwzględnienia detektorów tlenu węgla w ilości 12 sztuk, których ilość podano w załączniku 1e (instalacja wentylacji). Nadto Odwołujący wycenił w ofercie jedynie 3 spośród 8 przepustnic prostokątnych, co jest niezgodne z załącznikiem 1b i powoduje niezgodność treści oferty z treścią SIWZ,
2. odrzuceniu oferty wykonawcy Krzysztofa Ćmiela prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „Complex Euro World” Firma Remontowo-Budowlana Produkcyjno-Handlowa z siedzibą w miejscowości Krzywopłoty, zwanego dalej „Complex Euro World”,
3. unieważnieniu przedmiotowego postępowania, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, iż nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Pismem z dnia 23 lutego 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest wobec czynności podjętych przez Zamawiającego oraz czynności przez niego zaniechanych, do których był zobowiązany na podstawie przepisów ustawy Pzp, tj. na:

1. odrzucenie oferty Odwołującego z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ze względu na nieuprawniony zarzut niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, jak również sprzecznie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu Odwołującego z dnia 15 stycznia 2009 r.,
2. unieważnienie postępowania z naruszeniem art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ze względu na błędne oraz przedwczesne uznanie, że nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu,
3. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy „Complex Euro World” na podstawie pozostałych, nie wskazanych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 13 lutego 2009 r., a istniejących w ofercie tego wykonawcy, niezgodności w stosunku do treści SIWZ, z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak również sprzecznie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu Odwołującego z dnia 15 stycznia 2009 r.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o powtórzenie oprotestowanych czynności oraz dokonanie czynności bezprawnie zaniechanych, a w szczególności dokonanie:

1. ponownego badania i oceny treści oferty Odwołującego w stosunku do treści SIWZ,
2. odrzucenia oferty wykonawcy „Complex Euro World” na podstawie pominiętych przez Zamawiającego, a istniejących w ofercie tego wykonawcy niezgodności z SIWZ,
3. wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z kryterium najniższej ceny,
4. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał m.in., że:

1. załączniki 1f i 1e, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie zawierają informacji o 12 sztukach detektorów tlenku węgla, gdyż załącznik 1e dotyczy instalacji CO i nie zawiera żadnych informacji na temat detektorów, natomiast w załączniku 1f (schemat instalacji wykrywania CO) znajduje się informacja o 6 detektorach. Odwołujący podniósł, iż przedmiar robót do dnia składania ofert, tj. do dnia 29 grudnia 2008 r. nie zawierał żadnej pozycji dotyczącej detektorów, natomiast zawierał 2 pozycje dotyczące przepustnic (3 sztuki). Tym samym Odwołujący złożył ofertę zgodną z przedmiarem robót, tj. zawierającą 3 sztuki przepustnic. W wyniku ponownej oceny ofert Zamawiający zarzucił Odwołującemu brak uwzględnienia w kosztorysie ofertowym 12 detektorów i nieuwzględnienie 5 z 8 sztuk przepustnic, mimo że w uzasadnieniu rozstrzygnięcia poprzedniego protestu stwierdził, że brak w ofercie 12 sztuk detektorów spowodowany był brakiem precyzji i jednoznacznego określenia ze strony Zamawiającego w trakcie wyjaśnień i wprowadzania zmian do SIWZ i nie może on powodować negatywnych skutków dla wykonawcy. Zmiany dokumentacji projektowej, które rzutują na przedmiar robót powinny być w nim także dokonane. Nadto Odwołujący zwrócił uwagę na niejednoznaczne informacje o zmianach, w tym rozbieżne informacje dotyczące ilości detektorów i przepustnic (**7 sztuk** przepustnic w piśmie z dnia 16 stycznia 2009 r. skierowanym do Przedsiębiorstwa Robót Budowlanych „OLEXBUD” Paweł Oleksy, a także w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu pozostałych ofert z dnia 6 stycznia 2009 r.; **8 sztuk** jako prawidłową ilość przepustnic wskazano w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania z dnia 13 lutego 2009 r.; **6 sztuk** detektorów według schematu instalacji CO – załącznik 1f, bądź **12 sztuk** detektorów według załącznika 1b). Powyższe wskazuje na to, iż sam Zamawiający zmienia zdanie co do prawidłowej ilości detektorów i przepustnic, przy czym tych zmian nie ujawnia w przedmiarze robót. Skoro więc Zamawiający nie ujął w przedmiarach detektorów tlenku węgla to żaden z oferentów nie miał prawa dokonywać jakichkolwiek korekt ilościowych w przedmiarach.

2. Zamawiający przedwcześnie podjął decyzje o unieważnieniu postępowania, gdyż najpierw powinien był ostatecznie rozstrzygnąć kwestie dotyczące odrzucenia ofert.
3. Dodatkowo Odwołujący podniósł, iż oferta wykonawcy „Complex Euro World” jest niezgodna z SIWZ także w zakresie wskazanym w punkcie 5.3.2a, w myśl którego Zamawiający wymagał, aby wykonawca w celu potwierdzenia, że posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie oraz dysponuje potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia przedstawił wykaz nie mniej niż trzech i nie więcej niż pięciu wykonanych robót budowlanych o łącznej wartości nie mniejszej niż 15.000.000,00 zł, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, przy czym – zgodnie z pkt 5.3.2a SIWZ – warunek ten zostanie spełniony jeżeli wykonawca wylegitymuje się robotami obejmującymi łącznie: roboty ogólnobudowlane w zakresie wznoszenia budynków – minimum 50 % łącznej wartości „Complex Euro World” celem udokumentowania powyższego przedłożył 5 referencji, z których żadna nie spełnia wymagań zawartych w SIWZ (odnośnie rodzaju i wartości przedstawionych robót).
4. „Complex Euro World” w wykazie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia (załącznik nr 7 do SIWZ) w poz. 7 i 8 podaje podmioty: PIU „ELHAS” Sp. z o.o. oraz Rubycon BPS Sp. z o.o., jednocześnie nie załączając pisemnego zobowiązania tych podmiotów do udostępniania osób zdolnych do wykonania zamówienia – co jest niezgodne z pkt 5.3.2g SIWZ

Zamawiający pismem z dnia 24 lutego 2009 r. (przedmiotowe pismo wykonawca „Complex Euro World” otrzymał w dniu 24 lutego 2009 r.) poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu, jednocześnie wzywając wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 26 lutego 2009 r. (wpływ do Zamawiającego w 27 lutego 2009 r.) wykonawca „Complex Euro World” przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 5 marca 2009 r. (przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego odrzucenie. Zamawiający podniósł, iż Odwołujący powołał się na okoliczności, o których powziął wiedzę już w dniu 13 lutego 2009 r. Oznacza to, że protest został złożony przez podmiot nieuprawniony ze względu na brak interesu prawnego, który Protestujący utracił nie składając odwołania od rozstrzygnięcia jego poprzedniego protestu.

Nadto z ostrożności procesowej Zamawiający podniósł, iż zmiany w przedmiarach robót i modyfikacje SIWZ zostały wprowadzone w trybie ustawowym, zaś zadający pytania wykonawcy skutecznie powiadomieni. Protest na postępowanie w zakresie SIWZ oraz ewentualne naruszenie przepisów ustawy Pzp w zakresie podjęcia czynności z tym związanych należało złożyć w terminie na to przewidzianym, co oznacza iż ewentualne argumenty w tym zakresie należy uznać za spóźnione.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko w kwestii braku wyceny detektorów w ofercie Odwołującego, wskazując na niemożność poprawienia tych błędów ze względu na konieczność wskazania przez Zamawiającego cen jednostkowych.

W zakresie zarzutu dotyczącego niespełnienia warunku wymaganego doświadczenie Zamawiający podkreślił, iż roboty ogólnobudowlane w zakresie wznoszenia budynków to nie jest to samo, co roboty polegające na wznoszeniu budynków. Natomiast słowo „odpowiadających” przedmiotowi zamówienia nie oznacza tożsamy. Warunek ten przez „Complex Euro World” został spełniony.

Nadto wskazał, iż wszystkie osoby kierowników w żądanych przez Zamawiającego branżach są pracownikami PUH „BUD-MET” i zobowiązanie tego podmiotu zostało załączone na stronie 20 oferty, a „Complex Euro World”, składając wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp złożył oświadczenie na temat wykonywania robót i ich procentowego udziału w całości realizowanych inwestycji, które spełnia wymogi Zamawiającego.

Pismem z dnia 12 marca 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie; wpływ bezpośredni do Prezesa UZP w dniu 13 marca 2009 r.) podtrzymując zarzuty, argumenty zawarte w proteście, z wyjątkiem zarzutu dotyczącego osób, które będą wykonywać zamówienie oraz wnosząc o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. nakazanie ponownego badania i oceny oferty Odwołującego w stosunku do treści SIWZ,
4. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania,
5. nakazanie wyboru naszej oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej zgodnie z kryterium najniższej ceny,
6. nakazanie odrzucenia oferty „Complex Euro World”,
7. zasądzenie uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wpisu i dojazdu na posiedzenie Izby.

Pismem z dnia 13 marca 2009 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wniesieniu odwołania, przekazał kopię odwołania, jednocześnie wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W 23 marca 2008 r. (pismem z dnia 20 marca 2009 r.) wykonawca "Complex Euro World" przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołania zasługują na uwzględnienie.

sygn. akt 312-09

Zamawiający w przedmiarze robót załączonym do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ” zamieścił dwie pozycje dotyczące przepustnic, tj.:

- poz. 153/d4 - 2 szt., przepustnice (...) o obwodzie do 1600 mm,
- poz. 152/d4 - 1 szt., przepustnice (...) o obwodzie do 2000 mm.

Następnie pismem z dnia 23 grudnia 2009 r. dokonał modyfikacji treści SIWZ m.in. poprzez przedłożenie wykonawcom załącznika 1b „zestawienie materiału instalacji wentylacji”, w którym m.in. wyspecyfikowano 8 sztuk przepustnic.

Odwołujący w złożonej ofercie ujął 7 sztuk przepustnic, a mianowicie:

- w poz. 152/d4 przepustnice (...) o obwodzie do 2000 mm – 160x710 L=200 – 1 szt.;
- w poz. 153/d4 przepustnice (...) o obwodzie do 1600 mm – 160x450 L=200 – 1 szt.; 160x500 L=200 – 1 szt. i 250x500 L=200 – 1 szt. (łącznie 3 sztuki);
- w poz. 153/d4 przepustnice (...) o obwodzie do 1200 mm – 125x400 L=200 – 1 szt. i 125x315 L=200 – 1 szt. (łącznie 2 sztuki);
- w poz. 153/d4 przepustnice (...) o obwodzie do 800 mm – 125x200 L=200 – 1 szt.

Bezspornym jest, iż Odwołujący nie ujął w przedłożonym Zamawiającemu kosztorysie uproszczonym przepustnicy o przekroju prostokątnym 160x630 mm i długości 200 mm, którą Zamawiający ujął w załączniku nr 1b.

W oparciu o powyższe Izba ustaliła, iż brakująca przepustnica (1 sztuka) powinna być umieszczona w poz. 153/d4 KNR –W 2-17-0130-03, która to podstawa dotyczy „przepustnic jednopłaszczyznowych stalowych prostokątnych, typ A do przewodów o obwodzie do 1600 mm”. Powyższe Strony oraz Uczestnik postępowania potwierdzili na rozprawie, wskazując iż

istotnie, gdyby przedmiotowa przepustnica była ujęta to powinna znajdować się właśnie w tej pozycji.

Jednak dla rozstrzygnięcia możliwości ewentualnego poprawienia omyłki powstałej w ofercie Odwołującego koniecznym jest ustalenie ceny brakującej przepustnicy. Faktycznie Zamawiający nie jest uprawniony do jej wskazania, gdyż cenę zobowiązany jest wskazać jedynie wykonawca i to wyłącznie na etapie składania ofert. Niedopuszczalne jest bowiem negocjowanie ceny już po złożeniu oferty. Niemniej jednak to Zamawiający dokonuje ewentualnej poprawki o ile cena konkretnego brakującego elementu jest mu znana.

Odwołujący podniósł, iż skoro Zamawiający dopuścił sporządzenie kosztorysu uproszczonego, przyjął on kalkulację dla poszczególnych przepustnic, a ich wyliczenie nastąpiło po doliczeniu kosztów robocizny, kosztów urządzeń (przepustnic), urządzeń towarzyszących (uszczelki, śruby) itp. Zastosował on bowiem cenę ryczałtową – ujednoliconą dla zakresów rozmiarowych, a nie poszczególnych przepustnic, a brakująca przepustnica niewątpliwie mieści się w jednym z podanych przedmiarze zakresów rozmiarowych (do 1600 mm).

W pozycji 153/d4 KNR –W 2-17-0130-03 dla przepustnic o obwodzie do 1600 mm Odwołujący podał ceną jednostkową w kwocie 266,41 zł. Ponieważ cena ta – zgodnie z wyjaśnieniami Odwołującego – jest ceną jednostkową, jak i ryczałtową obejmującą przepustnice o różnych obwodach, dlatego też cenę tę (266,41 zł.) można uznać za cenę właściwą dla brakującej przepustnicy. Odwołujący nadto przedłożył na rozprawie sposób kalkulacji kosztów dla przepustnic ujętych w przedmiotowej kategorii, z którego faktycznie wynika kwota 266,41 zł. Jest więc kwotą prawidłową, wyliczoną zgodnie ze sztuką sporządzania kosztorysów.

Nie znajduje również uzasadnienia twierdzenie Przystępującego jakoby niemożność ustalenia przez Zamawiającego ceny przepustnicy w zestawieniu materiałów, która niewątpliwie jest różna dla różnych przepustnic, powodowała niemożność ustalenia ceny jednostkowej przepustnicy w przedmiotowej pozycji kosztorysu uproszczonego. Jak bowiem już wskazano cena podana w kosztorysie uproszczonym jest ceną jednostkową ustaloną dla danej kategorii przepustnic, a nie jednej określonej przepustnicy, zawierającą wszystkie wymagane narzuty.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, powinien był poprawić niepoprawną ilość przepustnic poprzez dodanie w poz. 153/d4 kosztorysu uproszczonego KNR –W 2-17-0130-03 dla przepustnic „o obwodzie do 1600 mm” w kolumnie „Ilość” liczby „1”, tak aby łączna liczba przepustnic w tej kategorii wynosiła „4” wraz z konsekwencjami rachunkowymi takiej zmiany

Poprawienie tej pozycji zmieni cenę końcową oferty jedynie o kwotę 266,41 zł., a zmiana w ofercie Odwołującego zostanie dokonana, jak już wskazano, z danych zawartych

w ofercie (cena pojedynczej sztuki przepustnicy wskazana w poz. 153/d4 KNR –W 2-17-0130-03 dla przepustnic „o obwodzie do 1600 mm”), z uwzględnieniem konsekwencji dalszych działań arytmetycznych. Tym samym uchybienie powstałe w ofercie Odwołującego można uznać za inną omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis ten umożliwia bowiem poprawienie w ofercie „innej omyłki” polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, przy czym tylko takiej omyłki, która nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Ujęcie w ofercie Odwołującego siedmiu sztuk przepustnic, zamiast prawidłowo ośmiu sztuk stanowi o niezgodności treści tej oferty z treścią SIWZ. Niemniej jednak stwierdzić należy, że jej ewentualne poprawienie nie spowoduje istotnej zmiany w treści oferty, gdyż z oferty Odwołującego można wywieść prawidłową cenę jednostkową, czy też – jak wskazał Odwołujący – „jednostkowo-ryczałtową”, a która w konsekwencji stanowi cenę wyjściową wprowadzonej zmiany.

W oparciu o powyższe należy stwierdzić, że uzgodnienie treści oferty z treścią SIWZ w sposób wyżej opisany powinno nastąpić na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, a odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp było przedwczesne.

sygn. akt 342-09

Na wstępie Izba stwierdziła, iż Odwołujący ma interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do wniesienia odwołania. Potwierdzenie się zarzutu o bezzasadności odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego umożliwiłoby mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Zarzut nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego ze względu na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w zakresie detektorów tlenu węgla i przepustnic potwierdził się.

Zamawiający, dokonując modyfikacji SIWZ pismem z dnia 23 grudnia 2009 r., wprowadził załącznik nr 1f „Schemat instalacji wykrywania CO”, którym udzielił odpowiedzi na pytanie 37. Schemat ten – zdaniem Zamawiającego - miał wskazywać na konieczność wyceny znajdujących się na nim detektorów tlenu węgla. Przedmiotowe detektory w ilości 12 sztuk Zamawiający ujął także w załączniku nr 1b „zestawienie materiału instalacji wentylacji” (typ detektorów „WG22EN”), który to załącznik przekazał wykonawcom wraz z modyfikacją.

Bezspornym jest, iż Odwołujący w złożonej ofercie nie ujął, a tym samym nie wycenił 12 sztuk detektorów tlenu węgla.

Izba ustaliła także, iż brak detektorów tlenu węgla w ofercie Odwołującego był już podstawą odrzucenia jego oferty, której to czynności dokonano pismem z dnia 6 stycznia 2009 r., a na którą to czynność Odwołujący złożył protest, który został uwzględniony przez

Zamawiającego w całości. Natomiast w odniesieniu do zarzutu dotyczącego braku detektorów tlenu węgla Zamawiający wskazał, iż brak ten nie może podlegać poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, dodatkowo podkreślając, iż „błąd w ofercie spowodowany został przez brak precyzji i jednoznacznego określenia ze strony zamawiającego w trakcie udzielenia wyjaśnień i wprowadzania zmian do SIWZ – nie może on powodować negatywnych skutków dla wykonawcy”. Tym samym uznał, iż oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu ze względu na brak detektorów tlenu węgla.

Potwierdzeniem powyższego jest fakt, iż oferty trzech innych wykonawców także zostały odrzucone m.in. ze względu na nieuwzględnienie 12 sztuk detektorów tlenu węgla.

Podobna sytuacja wystąpiła w odniesieniu do przepustnic.

Zamawiający w przedmiarze robót załączonym do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „SIWZ” zamieścił dwie pozycje dotyczące przepustnic, tj.:

- poz. 153/d4 - 2 szt., przepustnice (...) o obwodzie do 1600 mm,
- poz. 152/d4 - 1 szt., przepustnice (...) o obwodzie do 2000 mm.

Następnie pismem z dnia 23 grudnia 2009 r., odpowiadając na pytanie 20, dokonał modyfikacji treści SIWZ, poprzez przedłożenie wykonawcom załącznika 1b „zestawienie materiału instalacji wentylacji”, w którym m.in. wyspecyfikowano 8 sztuk przepustnic prostokątnych (poz. 99 – 160x450 L=200; poz. 115 – 125x400 L=200; poz. 117 – 125x200 L= 200; poz. 119 – 160x500 L=200; poz. 121 – 125x315 L=200; poz. 137 – 250x500 L=200; poz. 200 – 160x710 L=200; poz. 231 – 160x630 L=200).

Odwołujący w złożonej ofercie, w kosztorysie „Instalacje sanitarne” ujął:

- w poz. 152 KNRW 217/130/4 przepustnice jednopłaszczyznowe stalowe prostokątne, typ A, do przewodów o obwodach do 2000 mm – 1 sztuka;
- w poz. 153 KNRW 217/130/3 przepustnice jednopłaszczyznowe stalowe prostokątne, typ A, do przewodów o obwodach do 1600 mm – 2 sztuki.

Bezspornym jest więc, iż Odwołujący ujął w złożonym kosztorysie wyłącznie 3 przepustnice.

Podobnie postąpiło pozostałych trzech wykonawców, których oferty zostały odrzucone. Ujęli oni w swych ofertach wyłącznie trzy przepustnice.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w punkcie 3 „Przedmiot zamówienia”, podpunkt 3.2.1 – 3.2.3 określił zakres robót oraz wskazał w jakich dokumentach został on opisany. Natomiast w punkcie 12 „Opis sposobu obliczenia ceny” podpunkt 12.5 Zamawiający podał jakie dokumenty służą do wyliczenia ceny.

W dniu 23 grudnia 2008 r. Zamawiający dokonał modyfikacji treści SIWZ. Niemniej jednak nigdzie nie wskazał, iż w odniesieniu do przepustnic i detektorów tlenu węgla należy

zmodyfikować przedmiar robót. Tymczasem wykonawca, bez uprzedniej zgody Zamawiającego, nie może dodawać dodatkowych pozycji do przedmiaru robót, zmieniać kolejności lub ich opisu. Jeżeli w przedmiarze robót nie uwzględniono pewnych robót uwidoczniionych w przekazanej wykonawcom dokumentacji projektowej, to wycenienie kosztów tych robót w kosztorysie ofertowym może nastąpić jedynie za zgodą Zamawiającego i w miejscu przez niego wskazanym. Zamawiający nie wskazał wykonawcom, w których pozycjach należy dodać przepustnice i detektory tlenu węgla, nie podając również podstawy wyceny i ich ilości. Wykonawca nie może bowiem samodzielnie dokonywać modyfikacji robót określonych w kosztorysie ofertowym.

Podkreślenia wymaga i to, że sam Zamawiający na różnych etapach postępowania podawał różne ilości wymaganych przepustnic. Z przedmiaru robót wynikało, iż należy wycenić trzy przepustnice. W załączniku 1 b, którym dokonano modyfikacji treści SIWZ, wskazano osiem przepustnic. Natomiast, jako podstawę odrzucenia ofert trzech innych wykonawców, podano także, iż wykonawca wycenił trzy z wymaganych siedmiu przepustnic. Powyższe świadczy o niejasnościach i nieścisłościach, które pojawiły się w SIWZ, a istnienie których sam Zamawiający przyznał w stosunku do detektorów tlenu węgla.

Należy się tu zgodzić z argumentacją Odwołującego, iż wszelkie zmiany dokonywane przez Zamawiającego powinny być dokonywane w sposób czytelny i przejrzysty i nie mogą być dorozumiane. Istotnie były zmiany dokumentacji projektowej, które były również korygowane w przedmiarze, o czym świadczą odpowiedzi na zapytania udzielone pismem z dnia 23 grudnia 2008 r. Niemniej jednak w stosunku do detektorów tlenu węgla i przepustnic Zamawiający tego nie uczynił.

Dlatego też Izba uznała, iż oferta Odwołującego jest ofertą zgodną z treścią SIWZ

Zarzut dotyczący niezgodności treści oferty wykonawcy „Complex Euro World” z treścią SIWZ na skutek niespełnienia warunku udziału w postępowaniu nie potwierdził się.

Zamawiający w pkt 5.3.2a SIWZ zażądał, aby wykonawca na potwierdzenie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia przedłożył „wykaz nie mniej niż trzech i nie więcej niż pięciu wykonanych robót budowlanych o łącznej wartości nie mniejszej niż 15.000.000,00 zł w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania (załącznik nr 5 wg spisu zawartości oferty) oraz dokumenty (załącznik nr 17 wg spisu zawartości oferty) potwierdzające, że roboty te zostały wykonane należycie, np. referencje”.

Wykonawca „Complex Euro World” na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przedłożył 5 referencji, w których wskazano wykonaną robotę oraz jej wartość.

Izba ustaliła, iż Zamawiający – jak oświadczył na rozprawie - nie doprecyzowując bardziej przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu oczekiwał, że wykonawcy wykażą się pełnym zakresem robót określonych w punkcie 3.2.1 SIWZ. Natomiast pojęcie „budynek” – zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 23 grudnia 2008 r. – Część „F” - należało rozumieć zgodnie z definicją zawartą w przepisach prawa budowlanego.

W myśl tego przepisu budynek to taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach. Oznacza to, iż pojęcie „budynek” nie jest tożsame z pojęciem „budynku mieszkalnego”. Tym samym stwierdzić należy, iż wykonawca „Complex Euro World” wykazał się wzniesieniem wymaganej przez Zamawiającego ilości budynków.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację faktyczną i prawną, Izba uznała, iż doszło do naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty dojazdu stron oraz zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego „Complex Euro World”, w wysokości 3 881 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i 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 (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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 **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....