

Sygn. akt: KIO/UZP 1224/08

WYROK
z dnia 20 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:	Marek Koleśnikow
Członkowie:	Izabela Kuciak
	Emil Kuriata
Protokolant:	Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 listopada 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: DAN POL M. Piechota Sp. j. ul. Murarska 28, 43-100 Tychy, Marek Zapora PPHU MARKAS, ul. Gen. Waltera Janke 82, 41-215 Sosnowiec** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miasto Dąbrowa Górnicza, ul. Graniczna 21, 41-300 Dąbrowa Górnicza** protestu z dnia 30 września 2008 r.

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

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i unieważnia czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje dokonanie ponownie czynności badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasto Dąbrowa Górnicza, ul. Graniczna 21, 41-300 Dąbrowa Górnicza**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: DAN POL M. Piechota Sp. j. ul. Murarska 28, 43-100 Tychy, Marek Zapora PPHU MARKAS, ul. Gen. Waltera Janke 82, 41-215 Sosnowiec;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Miasto Dąbrowa Górnicza, ul. Graniczna 21, 41-300 Dąbrowa Górnicza** na rzecz **Konsorcjum: DAN POL M. Piechota Sp. j. ul. Murarska 28, 43-100 Tychy, Marek Zapora PPHU MARKAS, ul. Gen. Waltera Janke 82, 41-215 Sosnowiec** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego;
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: DAN POL M. Piechota Sp. j. ul. Murarska 28, 43-100 Tychy, Marek Zapora PPHU MARKAS, ul. Gen. Waltera Janke 82, 41-215 Sosnowiec.**

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

Urząd Miejski w Dąbrowie Górniczej wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Termomodernizacja placówek oświatowych — TZN (pawilon A) bez hal warsztatowych”. Ogłoszenie zostało zamieszczone 5 sierpnia 2008 r. w BZP Nr 181485.

25.09.2008 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty – Wykonawca Efekt Sp. z o.o. Siemianowice Śląskie. W postępowaniu zostały odrzucone 4 oferty.

30.09.2008 r. Wykonawca Konsorcjum Dan Pol M. Piechota sp.j. Tychy i Marek Zapora PPHU Markas Sosnowiec złożył protest na czynność:

- 1) wyboru najkorzystniejszej oferty Efekt Sp. z o.o.;
- 2) zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawca Complex Euro Word Krzysztof Ćmiel.

Protestujący wnosił o:

- 1) unieważnienie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty;
- 2) dokonanie ponownego badania i oceny ofert;
- 3) odrzucenie ofert wykonawców: Efekt Sp. z o.o. oraz CEW K. Ćmiel;
- 4) ponowny wybór najkorzystniejszej oferty.

W pozycji 420 kosztorysu ofertowego branży budowlanej Wykonawca Efekt Sp. z o.o. oraz Wykonawca oraz CEW K. Ćmiel oferują zabudowanie granulatu wełny mineralnej Polterm G. Materiał ten został wycofany z produkcji, a dokument dopuszczający do zastosowania w budownictwie tj. aprobaty AT/98-12-0100 utracił ważność w dniu 31.08.2001 r.

Taka sytuacja powoduje iż oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 2 oraz ust. 8 Pzp.

Zamawiający żądał od wykonawców podania w kosztorysach ofertowych proponowanych przez wykonawców rozwiązań materiałowych. Zgodnie z postanowieniami dokumentacji przetargowej podane przez Zamawiającego w przedmiarach robót rozwiązania materiałowe nie mogły być ostateczne, gdyż Zamawiający dopuścił składanie ofert zawierających rozwiązania materiałowe równoważne.

W związku z faktem że wykonawcy w kosztorysach ofertowych mieli podać nazwy materiałów, które oferują Zamawiającemu (konkretne, ostateczne rozwiązania materiałowe) złożenie oferty z materiałem, który nie może być już zastosowany (nie jest produkowany i skończyła się ważność aprobaty technicznej na ten materiał) oznacza, iż wykonawca ofertuje niewykonalny przedmiot zamówienia.

Oferta taka podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 2 pkt 2 i 8 Pzp. Zgodnie z treścią art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego nieważna jest umowa o świadczenie niemożliwe.

03.10.2008 r. Wykonawca Efekt przyłączył się do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Oferta została sporządzona zgodnie z treścią istotnych warunków zamówienia i dlatego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Ponadto Zamawiający potwierdził pismem z 29.08.2008 r. (znak: WIM-341-6-2/08) dopuszczalność zastosowania wełny mineralnej granulowanej Polterr G, jako produktu spełniającego postawione w projekcie parametry techniczne. Jednak w § 3 ust. 3 i 4 wzoru umowy została przewidziana możliwość zmian w dokumentacji projektowej i w § 4 ust. 1 wzoru umowy została przewidziana możliwość zmiany materiałów i zastosowania materiałów zamiennych (§ 6 wzoru umowy).

16.10.2008 r. Zamawiający odrzucił protest.

27 sierpnia 2008 r. projektant poinformował na piśmie Zamawiającego, że Firma DAN POL wystąpiła pisemnie o zmianę materiału izolacyjnego – wełny mineralnej granulowanej POLTLRM G na wełnę GRANROCK produkcji ROCKWOOL, na co Projektant wyraził zgodę motywując to tym, że „oba materiały spełniają postawione w projekcie parametry techniczne”.

Taka odpowiedź projektanta wskazywała jednoznacznie Zamawiającemu, że materiały te są w ciągłej sprzedaży i posiadają wszelkie niezbędne atesty i aprobaty techniczne. Zamawiający mając zgodę Projektanta na zmianę materiału izolacyjnego nie dokonywał w tym zakresie weryfikacji przedmiaru i działając w dobrej wierze dokonał wyboru Wykonawcy, który spełniał wszystkie wymagania specyfikacji.

Ponadto, Protestujący kwestionując możliwość uwzględnienia w kosztorysie ofertowym granulatu wełny mineralnej POLTERM G ze względu na utratę w dniu 31.08.2001 r. ważności aprobaty technicznej winien był złożyć stosowny protest na postanowienia specyfikacji lub odpowiedź Projektanta, która została zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 29.08.2008 r. Z odpowiedzi wynikało, że oba materiały spełniają parametry techniczne. Protestujący z prawa do wniesienia protestu w tym terminie nie skorzystał.

Zamawiający może domniemywać, że Protestujący składając w dniu 26.08.2008r. zapytanie do Projektanta o możliwość zastosowania materiału innego niż został wskazany w kosztorysie ofertowym posiadał wiedzę o utracie aprobaty technicznej granulatu wełny mineralnej POLTERM G.

Mając na uwadze powyższe należy zaakcentować, że zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp protest powinien być wniesiony w terminie 7 dni od dnia, w którym uzyskano lub można było uzyskać informacje o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia protestu. Dlatego na podstawie art. 180 ust. 7 Pzp Zamawiający odrzuca protest wniesiony po terminie.

21.10.2008 r. Protestujący złożył odwołanie. Odwołujący żąda nakazania Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty;
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert;
- 3) odrzucenia ofert wykonawców: Efekt Sp. z o.o. oraz CEW K. Ómiel;
- 4) ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wnosi również o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący uzasadnia swoje stanowisko tym, że Zamawiający złożony przez Odwołującego protest odrzucił i dokonał tego niezgodnie z art. 180 ust. 7 Pzp. Odwołujący

złożył protest na fakt wyboru oferty podlegającej odrzuceniu oraz zaniechanie czynności odrzucenia jednej z pozostałych ofert.

Na podstawie dokumentacji, stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych ustnie podczas rozprawy oraz dokumentu w postaci:

Pismo dostawcy SAINT-GOBAIN w sprawie wycofania z produkcji Poltermu GR z 19.09.2008 r. złożonego przez Odwołującego podczas rozprawy

– skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), zwanej dalej w skrócie „Pzp”.

W kwestii zarzutu zaniechania odrzucenia ofert, w których treści znalazły się postanowienia o zastosowaniu materiału pod nazwą POLTERM G (poz. 420 kosztorysu ofertowego) i tym samym naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Izba stwierdza jak niżej.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza zamawiający. To na zamawiającym ciąży obowiązek przygotowania postępowania w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający nie może przerzucić odpowiedzialności za właściwe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania na wykonawców lub inne osoby. Wykonawca – nawet wiedząc, że informacje w dokumentach przetargowych mogą wprowadzić w błąd innych wykonawców – nie jest zobowiązany do korygowania czynności zamawiającego. Tym bardziej, że w badanym postępowaniu wykonawca wiedział tylko o braku granulatu Polterm G u dostawców, do których zwrócił się o sprzedaż tego granulatu. Następnie zamawiający w porozumieniu z projektantem dozwolili na zastosowanie innego materiału, a więc odwołujący nie roztrząsał dalej tego problemu tylko skupił się na najważniejszym sporządzeniu oferty. Zgoda na zastosowanie innego materiału uzasadniała takie postępowanie odwołującego.

Dlatego zarzut zamawiającego braku wniesienia protestu w stosunku do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej specyfikacją, nie jest uzasadniony faktycznym przebiegiem postępowania. I odrzucenie protestu rzekomo skierowanego na uchybienia specyfikacji nie może się ostać.

Natomiast inni wykonawcy przygotowujący oferty nie wiadomo skąd czerpali informacje konieczne do opracowania oferty i mimo zamieszczenia na stronie internetowej informacji o dopuszczeniu obok pierwotnej również innej wełny mineralnej nie przeanalizowali tak

wyrażonego sygnału, że w postępowaniu zaistniały jakieś czynniki mogące mieć wpływ na opracowanie ofert lub nawet na sam wynik postępowania.

Tak więc inni, oprócz odwołującego, pozostali dwaj wykonawcy, których ofert zamawiający nie odrzucił, nie zmienili zaoferowanego materiału, który zamawiający pierwotnie zamieścił w specyfikacji.

Jednocześnie należy stwierdzić, że zamawiający dopuszczając inny materiał do zastosowania umożliwił wykonawcom właściwe sporządzenie ofert.

Natomiast zaoferowanie materiału, który nie posiada aprobaty technicznej od 7 lat i który nie jest produkowany oraz którego nie ma na rynku musi być uznane jako zaoferowanie świadczenia niemożliwego do spełnienia. Aprobata AT/98-12-0100 na materiał Polterm GR utraciła ważność 31.08.2001 r. Do takich konstatacji musi dojść zamawiający, mimo nawet pewnego przyczynienia się do niewłaściwego sporządzenia ofert. Dlatego zamawiający, mając świadomość wystąpienia opisywanego błędu w ofertach, jest obowiązany do odrzucenia tych ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp, gdyż wykonanie umowy na podstawie treści omawianych, błędnych ofert jest niemożliwe, a więc umowa taka byłaby nieważna, na podstawie art. 387 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.). Jako, że – zgodnie z art. 140 ust. 1 Pzp – Zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, nie będzie możliwe wykonanie takiej umowy. Wobec obowiązku stosowania przepisów ustawy – Kodeks cywilny, na podstawie art. 14 Pzp zamawiający musiał stwierdzić nieważność przedmiotowych ofert na podstawie odrębnych przepisów, czyli na podstawie art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego.

Ponadto zamawiający mimo wysunięcia takiego przypuszczenia, nie dowiódł, że mimo braku produkcji może jeszcze istnieć dobrze przechowywany materiał i jeszcze możliwy do zastosowania w budownictwie, gdyż producent materiału nie określił terminu jego przydatności do użytku. Jednak należy zauważyć, że powszechnie znany kilku letni okres ostrego niedoboru materiałów budowlanych na rynku ze znaczną dozą pewności przyczynił się do tego, że tak dawno wycofany z produkcji materiał i nie posiadający ważnej aprobaty obecnie nie jest oferowany na rynku.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza również, że niezależnie od oceny prawidłowości działania, które ewentualnie chciałby podjąć zamawiający – zmiana umowy w części dotyczącej zmiany sposobu świadczenia w obecnym stanie prawnym brak podstawy prawnej do przyjęcia przedmiotowej czynności – art. 140 ust. 2 został uchylony na podstawie ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Nr 171, poz. 1058).

Zamawiający naruszył przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie wykonując dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 8 Pzp w stosunku do kwestionowanych przez odwołujący ofert.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1, 1a i 2 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania.

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 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*