

Sygn. akt KIO/UZP 392/09

WYROK
z dnia 9 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Samson Sp. z o.o., ul. Spokojna 22, 33-100 Tarnów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Starostwo Powiatowe w Busko-Zdroju, ul. Mickiewicza 15, 28-100 Busko-Zdrój** protestu z dnia 13 marca 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Piotr Machalewski, Witold Świtkowski Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe WIKTOR Sp. j., ul. Kolejowa 8, 97-500 Radomsko** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Starostwo Powiatowe w Busko-Zdroju, ul. Mickiewicza 15, 28-100 Busko-Zdrój 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 wpisu uiszczonego przez **Samson Sp. z o.o., ul. Spokojna 22, 33-100 Tarnów,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Starostwo Powiatowe w Busko-Zdroju, ul. Mickiewicza 15, 28-100 Busko-Zdrój** na rzecz **Samson Sp. z o.o., ul. Spokojna 22, 33-100 Tarnów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Samson Sp. z o.o., ul. Spokojna 22, 33-100 Tarnów.**

U z a s a d n i e

Odwołujący Samson sp. z o.o. w Tarnowie, uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na budowę sali gimnastycznej przy budynku Zespołu Szkół Ponadgimnazjalnych nr 1 w Busku Zdroju, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, zarzucił Zamawiającemu, którym jest Powiat Buski naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez uniemożliwienie Odwołującemu uzyskania zamówienia publicznego.

Odwołujący zakwestionował odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodnej z postanowieniami SIWZ i zarzucił Zamawiającemu brak równego traktowania wykonawców.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał, że dnia 6.03.09 otrzymał zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uzasadnieniem, że oferta została sporządzona niezgodnie z postanowieniami SIWZ. Wskazane przez Zamawiającego uchybienia to:

- 1/ brak numeracji stron kosztorysu ofertowego,
- 2/ brak określenia odporności ogniowej włazu, zgodnie z wyjaśnieniami nr 3, pytanie nr 42,
- 3/ brak samozamykaczy w cenie drzwi, zgodnie z wyjaśnieniami nr 3, pytanie nr 42,

4/ brak określenia dokładnego typu płyt G/K(B) zgodnie z wyjaśnieniami nr 3, pyt. Nr 32,
5/ brak atestu tulei, zgodnie z wyjaśnieniem nr 3, pyt. Nr 88,
6/ brak określenia systemowe HPL, zgodnie z wyjaśnieniami nr 3 pyt. Nr 89,
7/ brak dwukrotnego malowania farbą do gruntowania, zgodnie z pozycją przedmiaru nr 73:
Malowanie i izolacja. Malowanie dwukrotne pędzlem farbami do gruntowania termoodpornymi rurociągów o śr. zew. do 57 mm.

Odnosnie pierwszego uchybienia Odwołujący powołał wyrok KIO, sygn. akt KIO/UZP 209/08 stwierdzając, że brak numeracji stron kosztorysu ofertowego nie może być przyczyną uznania jako niezgodnego z SIWZ.

Odwołujący zacytował treść pytania nr 43 dotyczącego włazów dachowych stwierdzając, że Zamawiający odpowiedział „Tak” jednocześnie nie informując, że należy zmienić opis tej pozycji.

Wskazując, że na pytanie nr 42, w jakiej pozycji należy wycenić samozamykacze do drzwi p. poź. na klatkach schodowych Zamawiający odpowiedział, iż należy uwzględnić samozamykacz w cenie drzwi, Odwołujący stwierdził, że nie należało zmieniać pozycji kosztorysowej, tylko do ceny drzwi doliczyć cenę samozamykaczy. Stwierdził, że wyposażenie drzwi w samozamykacze stanowi obowiązujący standard.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający poinformował o potrzebie użycia płyty G-K(B) czyli płyty zwykłej (najtańszej). W pozycji tej Odwołujący określił rodzaj płyty jako G-K (czyli kartonowo – gipsowa) tj. podstawowy rodzaj płyty. W tym przypadku Zamawiający zyskałby, gdyby wykonawca zaoferował inny rodzaj płyty, droższej i o lepszych parametrach.

Odwołujący stwierdził, że Zamawiający zarzuca nie załączenie atestu tulei do osadzania słupków do siatki w poz. 161 przedmiaru zgodnie z wyjaśnieniami nr 3, pytanie nr 88. Odwołujący wskazał, że w tym wyjaśnieniu brak jest informacji, że oferenci mają dostarczyć atest.

Odnosnie kolejnego zarzutu wskazano, że Zamawiający na pytanie dotyczące kabiny WC wyjaśnił, że ścianki systemowe WC mają być w systemie HPL. Odwołujący stwierdził, że rozwiązanie materiałowe o parametrach zgodnych z opisem HPL posiada różne oznaczenie u różnych dostawców i producentów. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w tym przypadku narzucał wykonawcom konkretnego producenta naruszając ustawę Pzp, a zatem nie ma podstaw do odrzucenia oferty z powodu braku zastosowania systemu (rozwiązania) o symbolu HPL.

Wskazując na pozycję przedmiaru 73 – Malowanie i izolacja. Malowanie dwukrotne pędzlem farbami do gruntowania termoodpornymi rurociągów o śr. zew. do 57 mm, Odwołujący stwierdził, że została ona wyceniona na podstawie kosztorysu Zamawiającego

bez wprowadzania zmian, a nakłady materiałowe są identyczne z nakładami podanymi w ofercie firmy WIKTOR s.j., która nie została odrzucona. Pozycja jest zatem zgodna z SIWZ.

Podsumowując zarzuty Odwołujący stwierdził, że jego oferta obejmuje wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ, dokumentacją budowlaną, STWiOR, sztuką budowlaną, o rozwiązaniach materiałowych i technologicznych zgodnych z wymaganiami Zamawiającego. Oferta ta obejmuje wycenę wszystkich pozycji kosztorysowych.

Ponadto Odwołujący wskazał na nieścisłości i braki w opisie kilku pozycji w kosztorysie na roboty ogólnobudowlane (4 pozycje) i kosztorysie instalacji c.o. (1 pozycja) konkurencyjnego wykonawcy tj. spółki jawnej WIKTOR.

W konkluzji Odwołujący wskazał na obowiązki Zamawiającego równego traktowania wykonawców, żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, których to obowiązków nie wykonał wybierając ofertę droższą i nie zabezpieczoną wadium, które straciło ważność dnia 18.03.09 r.

Wskazując powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uchylene czynności odrzucenia jego oferty, unieważnienie wyboru oferty i ponowne badanie ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający stwierdził, że w toku prowadzonego postępowania nie naruszył przepisów ustawy Pzp, a Odwołujący powinien w treści oferty uwzględnić wyjaśnienia złożone wykonawcom.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący:

- nie ujął w swojej ofercie w poz. 16.136: Okna i wyłazy dachowe fabrycznie wykończone, wyłaz dachowy, wyłazu dachowego o odporności ogniowej EI 15, zgodnie wyjaśnieniem nr 3 z 6.02.09 r. w pytaniu 43,
- nie ujął w wycenie drzwi aluminiowych pozycji 16.145: Drzwi aluminiowe jednoskrzydłowe 1,1x2,05 – zimne; samozamykaczy, zgodnie z wyjaśnieniem jw. w pytaniu nr 42,
- nie określił w pozycji 17.153: Obudowa płytami gipsowo – kartonowymi na rusztach pojedynczych, słupy, 1-warstwowa, 55-01-analogia obudowa rur wentylacyjnych płytami G-K wraz z izolacją, dokładnego typu płyt G/K(B) zgodnie z wyjaśnieniem jw. w pytaniu nr 32,
- nie określił w pozycji 17.161: Kalkulacja indywidualna – montaż tulei do osadzenia słupków do siatkówki w posadzce sportowej, że tuleje są z atestem zgodnie z wyjaśnieniem jw., pytanie 88,
- nie określił w poz. 17.164: Kalkulacja indywidualna – Kabiny WC systemowe, że kabiny WC mają być wykonane w systemie HPL zgodnie z wyjaśnieniami jw. w pytaniu nr 89.

Zamawiając odnosząc się do zarzutu narzucania konkretnego producenta, odpowiedział, że określenie HPL oznacza rodzaj wypełnienia ścianek systemowych WC w postaci laminatu wysokociśnieniowego (High Pressure Laminate), co oznacza technologię wytwarzania materiału, a nie wskazanie producenta,

- nie ujął w pozycji 25.73: Malowanie pędzlem – farby do gruntowania termoodporne, rurociągi, fi do 57 mm, słowa „dwukrotne”, zgodnie z przedmiarem robót.

Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania z powodu przekroczenia terminu do wniesienia protestu.

Podniósł także zarzut braku interesu prawnego we wniesieniu odwołania wskazując, że zarzuty podnoszone w treści protestu dotyczą czynności odrzucenia oferty protestującego, a brak jest zarzutu na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odnosząc się do zarzutów odwołania uznał je za nieuzasadnione; podzielił stanowisko Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty Odwołującego. Przystępujący wskazał, że Odwołujący nie ujął wyłazu dachowego o odporności ogniowej EI 15 oraz wskazał na różnicę technologiczną i cenową wyłazu zwykłego i ognioodpornego.

Podtrzymał zarzut nie uwzględnienia w ofercie Odwołującego ceny samozamykaczy drzwi w poz. 16.145. Wskazał na brak informacji o ujęciu w wycenie tulei systemowych do osadzania słupków do siatkówki posiadających wymagane dopuszczenia do stosowania. Stwierdził, że w ofercie nie uwzględniono ścianek w systemie HPL, naruszając pkt 12 SIWZ.

Przystępujący wskazał na brak w opisie do pozycji 25.73 wskazania, że jest to malowanie dwukrotne rurociągów. Z uwagi na kosztorysowe wynagrodzenie, Odwołujący, jak stwierdzono w przystąpieniu, mógłby domagać się dodatkowej zapłaty za wykonanie drugiej warstwy malowania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron przedstawione na piśmie oraz w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że Odwołujący posiada interes prawny w złożeniu odwołania. Zarzuty podnoszone w treści protestu dotyczą czynności odrzucenia jego oferty i zawierają żądanie dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty protestującego. Zważywszy, że oferta Odwołującego jest w rankingu oceny ofert ofertą najtańszą, a jej przywrócenie do postępowania jako ważnej daje protestującemu możliwość uzyskania zamówienia, oznacza to wypełnienie materialnoprawnej przesłanki do rozpatrzenia odwołania, wynikającej z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Podnoszony przez Przystępującego argument o braku w treści protestu zarzutu na

czynność wyboru oferty najkorzystniejszej nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż w żądaniu ponownej oceny ofert zawiera się również kwestionowanie dokonane przez Zamawiającego wyboru oferty.

Oceniając zarzuty podniesione w odwołaniu skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Izba uznaje za niezgodne z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucenie oferty z powodu braku numeracji stron kosztorysu ofertowego, gdyż wskazany przepis ustawy daje podstawę odrzucenia oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, natomiast wskazane uchybienie nie jest wadą co do treści lecz odnosi się jedynie do formy oferty.

Kolejną podstawą odrzucenia oferty Odwołującego była jej niezgodność z postanowieniami SIWZ z uznaniem za konieczne uwzględnienie zmian do specyfikacji dokonanych w wyjaśnieniach udzielonych wykonawcom na zadane przez nich pytania. W konsekwencji prawną podstawę odrzucenia stanowił przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Izba uznaje za właściwe co do zasady stanowisko, że dopuszczalne zmiany postanowień SIWZ mogą stanowić modyfikację specyfikacji, a nie uwzględnienie ich w treści ofert powinno być uwzględnione w złożonych ofertach pod rygorem odrzucenia oferty. Okoliczność tę wskazał pośrednio Zamawiający w treści pkt 12 SIWZ stwierdzając: „W przypadku opuszczenia lub nie wypełnienia (konkretną liczbą) danej pozycji przedmiaru lub zmiany wielkości przedmiarowej – kosztorys zostanie odrzucony.” Ponadto w cytowanym punkcie stwierdzono: „Dana pozycja kosztorysu ofertowego (jej numer porządkowy, opis oraz obmiar) musi odpowiadać konkretnej pozycji załączonego przedmiaru. Kosztorys ofertowy może uwzględniać ewentualne zmiany w pozycjach i dodatkowe pozycje jedynie wynikające z wyjaśnień lub uzupełnień Zamawiającego.”

Jak wynika z twierdzeń Zamawiającego i Przystępującego, Odwołujący nie uwzględnił w złożonym kosztorysie ofertowym wyjaśnień nr 3 z dnia 6.02.2009 r. udzielonych wykonawcom, gdyż nie dokonał w kosztorysie zmian opisu i operacji w pięciu pozycjach opisanych w odpowiedziach na pytania 32, 42, 43, 88 i 89.

Analizując przedmiotowe pozycje w kolejności udzielonych odpowiedzi należy stwierdzić, że w odp. 32 Zamawiający wskazał na obudowę rur wentylacyjnych płytami G-K(B), na pyt. 42 nakazał uwzględnić samozamykacz w cenie drzwi, na kolejne pytanie wyjaśnił, że wyłaz dachowy ma mieć odporność EI 15, w odpowiedzi na pytanie 88 żądał tulei do mocowania słupków, posiadających odpowiednie atesty oraz świadectwo dopuszczenia do zastosowania w obiektach sportowych oraz w odpowiedzi na pytanie 89 określił ścianki systemowe WC w systemie HPL.

Należy zauważyć, że żadna z opisanych pozycji kosztorysowych nie była nową pozycją, którą stosownie do końcowej uwagi zamieszczonej w wyjaśnieniach należało umieścić na końcu kosztorysu.

Jednocześnie stwierdzić należy, że żadna z odpowiedzi nie zawierała sugestii, wskazania lub nakazu, aby treść powołanych wyjaśnień wprowadzić wprost do treści opisów w kosztorysie ofertowym. W konsekwencji Odwołujący złożył ofertę z kosztorysem, do którego nie wpisał zmian mających wynikać z otrzymanych wyjaśnień

W ocenie Izby wykonawca zamierzający złożyć ofertę nie może domniemywać nowej treści pozycji przedmiaru robót w braku dokonania takiej czynności przez Zamawiającego, a w efekcie wywodzić jej treści samodzielnie na podstawie treści wyjaśnień udzielonych w odpowiedzi na pytania. Tym samym Odwołującego nie obciąża negatywnie fakt złożenia kosztorysu wypełnionego w ocenianych pozycjach ściśle z przedmiarem robót.

W świetle dokonanych ustaleń orzeczono, jak w sentencji uznając, że odrzucenie oferty Odwołującego nie miało podstaw prawnych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. 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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*