

Sygn. akt: KIO/UZP 71/09

**POSTANOWIENIE**  
z dnia 29 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Członkowie:           Andrzej Niwicki**  
**Anna Packo**

**Protokolant:         Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ ~~rozprawie~~<sup>\*</sup> w dniu ~~w dniach~~<sup>\*</sup> 29 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Jana Waza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Ogólnobudowlany Jan Waz, Koniuszowa 136, 33-326 Mogilno** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Łososina Dolna, Łososina Dolna 300, 33-314 Łososina Dolna** protestu ~~/protestów~~<sup>\*</sup> z dnia 29 grudnia 2008 r.

przy udziale **Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego „BUDMEX” Sp. z o.o., ul. Magazynowa 2, 33-300 Nowy Sącz** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego<sup>\*</sup>,

**orzeka:**

**1.odrzuca odwołanie,**

2.kosztami postępowania obciąża **Jana Waza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Ogólnobudowlany Jan Waz, Koniuszowa 136, 33-326 Mogilno** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 287 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Jana Waza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Ogólnobudowlany Jan Waz, Koniuszowa 136, 33-326 Mogilno,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **7 713 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Jana Waza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Ogólnobudowlany Jan Waz, Koniuszowa 136, 33-326 Mogilno.**

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

Odwołanie złożone przez Jana Waza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Ogólnobudowlany Jan Waz z siedzibą w Koniuszowej, zwany dalej „Odwołującym” dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę budynku wielofunkcyjnego w Łososinie Dolnej – stan surowy otwarty”, które zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego w drodze publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 sierpnia 2008 r. (BZP nr 1/08, poz. 187561).

Zamawiający pismem z dnia 22 grudnia 2008 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie), poinformował Odwołującego o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert, w wykonaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1149/08 i KIO/UZP 1150/08, oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego „BUDMEX” Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu, zwanego dalej „BUDMEX”.

Pismem z dnia 29 grudnia 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest na czynności i zaniechania Zamawiającego dokonane w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp oraz innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu protestu lub z niego wynikające, poprzez wybór oferty BUDMEX, pomimo, iż oferta ta podlega odrzuceniu.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty BUDMEX jako najkorzystniejszej,
2. dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty Protestującego jako najkorzystniejszej ewentualnie

### 3. unieważnienie postępowania.

W uzasadnieniu do podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, iż oferta BUDMEX jest niezgodna z treścią SIWZ oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny. Zamawiający żądał podania rodzaju i typu folii oraz w odpowiedzi na pytanie wykonawcy stwierdził „membrana trójwarstwowa o paroprzepuszczalności  $>800\text{g/m}^2/\text{dobę}$  i  $\text{SD}<0,03\text{ m}$ ”. Wykonawca w kosztorysie ofertowym oświadczył, że oferuje folię trójwarstwową o określonej paroprzepuszczalności. Pojęcia te nie są tożsame, a nawet gdyby były synonimami, należy uznać, iż wykonawca nie mógł dokonać zmiany opisu przedmiaru robót. Skoro Zamawiający żądał membrany trójwarstwowej paroprzepuszczalności  $>800\text{g/m}^2/\text{dobę}$  i  $\text{SD}<0,03\text{ m}$ , to wykonawca powinien ją zaoferować. Nadto dodał, iż materiały zastosowane przez BUDMEX różnią się od materiałów wymaganych przez Zamawiającego, a ponieważ przedstawiony w kosztorysie wykonawcy sposób wykonania zamówienia jest niezgodny z opisem i wymaganiami zamawiającego, to zawiera błąd w obliczeniu ceny (wyceniono różne materiały i oferta ma zawyżoną cenę).

Zamawiający nie rozstrzygnął protestu, co jest jednoznaczne z jego oddaleniem.

Pismem z dnia 12 stycznia 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w dniu 13 stycznia 2009 r., wpływ do Prezesa UZP w dniu 16 stycznia 2009 r., Przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 13 stycznia 2009 r.), podtrzymując i ponawiając wszystkie zarzuty podniesione w proteście.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Zarzuty dotyczące niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, tj. zaoferowania folii trójwarstwowej o paroprzepuszczalności  $>800\text{g/m}^2/\text{dobę}$  i  $\text{SD}<0,03\text{ m}$  zamiast membrany trójwarstwowej o paroprzepuszczalności  $>800\text{g/m}^2/\text{dobę}$  i  $\text{SD}<0,03\text{ m}$ , jak również tego, iż oferta BUDMEX zawiera błędy w obliczeniu ceny (dokonane obliczenie wartości pozycji kosztorysowej nie odpowiada przyjętemu przez Zamawiającego rodzaju materiału), były już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie innego odwołania wniesionego przez innego Odwołującego (BUDMEX, który wówczas protestował na odrzucenie swojej oferty), w tym samym postępowaniu (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1149/08 i KIO/UZP 1150/08), do którego przystąpił obecny Odwołujący. Powyższe uniemożliwia Odwołującemu ponowne powoływanie się na te same okoliczności, które były już przedmiotem rozstrzygnięcia i powoduje stan zbliżony do powagi rzeczy osądzonej. Protestem z dnia 22 września 2008 r., jak i obecnego - z dnia 29 grudnia 2008 r. - oprotestowano pierwotnie czynność odrzucenia

oferty BUDMEX, a obecnie wybór oferty BUDMEX jako najkorzystniejszej, powołując się na te same okoliczności i podając te same argumenty, które były pierwotnie podstawą odrzucenia oferty BUDMEX.

W powołanym wyżej wyroku Izba stwierdziła, iż „Zamawiający wyjaśnieniami z dnia 29 sierpnia 2008 r. do poz. nr 92 przedmiaru określił rodzaj i typ folii, która ma być zastosowana jako izolacja cieplna stropu i dachu. Zamawiający w SIWZ zakazał modyfikacji opisu przedmiaru, a jednocześnie w wyjaśnieniach nie dokonał modyfikacji opisu pozycji przedmiarowej i nie nakazał uwzględnienia tej zmiany w kosztorysach (...). Tym samym Zamawiający nie mógł wymagać, aby wykonawca ryzykując niedopuszczalną modyfikację opisu pozycji samodzielnie takie zmiany wprowadził, godząc się na możliwość uznania sprzeczności treści jego oferty z treścią SIWZ, w zakresie modyfikacji przedmiaru”. Izba nie stwierdziła sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ, jak również nie dopatrzyła się w działaniu ówczesnego Odwołującego omyłki rachunkowej, jednocześnie nakazując Zamawiającemu dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem m.in. oferty BUDMEX. Tak więc Krajowa Izba Odwoławcza, nakazując ponowne badanie i ocenę ofert, odniosła się także w treści uzasadnienia do zarzutów protestu (z dnia 22 września 2008 r.), wskazując w jaki sposób należy dokonać ponownej czynności, a zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem „treść wyroku należy brać pod uwagę łącznie z jego uzasadnieniem”. Tym samym w niniejszym stanie faktycznym wypełniona została przesłanka z art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp, Odwołujący wniósł bowiem protest, a następnie odwołanie na czynności, które Zamawiający wykonał zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu, a co wskazano już powyżej cytując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 listopada 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1149/08 KIO/UZP 1150/08..

Mając na uwadze powyższe Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie wyżej opisanych okoliczności uznała, iż odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 6 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy Pzp na niniejsze wyrok—/postanowienie\* -  
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa  
Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Nowym Sączu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....