

Sygn. akt: **KIO/UZP 527/09**

KIO/UZP 533/09

WYROK
z dnia 7 maja 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marzena Teresa Ordysińska**

Członkowie: **Anna Packo**
Małgorzata Rakowska

Protokolant: **Przemysław Śpiewak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 maja 2009 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **28 kwietnia 2009 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Stanisława Flisa, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Flisbud” Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe Stanisław Flis, 23-300 Janów Lubelski, ul. Bohaterów Porytowego Wzgórza 25 (sygn. akt KIO/UZP 527/09)

B. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlane IMBUD Jerzy i Jarosław Gajdosz Sp. J., Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowe „De-Ma” Sp. z o.o., 33-100 Tarnów, ul. Okrężna 4 (sygn. akt KIO/UZP 533/09)

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II, 38-400 Krosno, ul. Korczyńska 57** protestów:

A. Stanisława Flisa, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Flisbud” Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe Stanisław Flis, 23-300 Janów Lubelski, ul. Bohaterów Porytowego Wzgórza 25 z dnia 6 kwietnia 2009 r.

B. Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlane IMBUD Jerzy i Jarosław Gajdosz Sp. J., Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowe „De-Ma” Sp. z o.o., 33-100 Tarnów, ul. Okrężna 4 4 z dnia 6 kwietnia 2009 r.

orzeka:

1. (A) Oddała odwołanie wniesione przez Stanisława Flisa, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Flisbud” Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe Stanisław Flis oraz (B) uwzględnia odwołanie wniesione przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlane IMBUD Jerzy i Jarosław Gajdosz Sp. J. oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowe „De-Ma” Sp. z o.o., 33-100 Tarnów, ul. Okrężna 4 i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża:

A. Stanisława Flisa, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Flisbud” Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe Stanisław Flis, 23-300 Janów Lubelski, ul. Bohaterów Porytowego Wzgórza 25 w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 527/09,

B. Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II, 38-400 Krosno, ul. Korczyńska 57 w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 533/09,

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 2287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez

Stanisława Flisa, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Flisbud” Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe Stanisław Flis, 23-300 Janów Lubelski, ul. Bohaterów Porytowego Wzgórza 25,

- B** koszty w wysokości 2287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlane IMBUD Jerzy i Jarosław Gajdosz Sp. J., Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowe „De-Ma” Sp. z o.o., 33-100 Tarnów, ul. Okrężna 4.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 334 zł 40 gr (słownie: cztery tysiące trzysta trzydzieści cztery złote czterdzieści groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
- A** kwoty 2 047 zł 40 gr (słownie: dwa tysiące czterdzieści siedem złotych czterdzieści groszy) przez **Stanisława Flisa, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Flisbud” Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe Stanisław Flis, 23-300 Janów Lubelski, ul. Bohaterów Porytowego Wzgórza 25** na rzecz **Wojewódzkiego Szpitala Podkarpackiego im. Jana Pawła II, 38-400 Krosno, ul. Korczyńska 57** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu,
- B** kwoty 2287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez **Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II, 38-400 Krosno, ul. Korczyńska 57** na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlane IMBUD Jerzy i Jarosław Gajdosz Sp. J., Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowe „De-Ma” Sp. z o.o., 33-100 Tarnów, ul. Okrężna 4** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) 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 odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 7 713 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy siedemset trzydzieści złotych zero groszy) na rzecz **Stanisława Flisa, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Flisbud” Przedsiębiorstwo Budowlano-**

Montażowe Stanisław Flis, 23-300 Janów Lubelski, ul. Bohaterów Porytowego Wzgórza 25,

- B** kwoty 7 713 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy siedemset trzynaście złotych zero groszy) na rzecz **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlane IMBUD Jerzy i Jarosław Gajdosz Sp. J., Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowo – Usługowe „De-Ma” Sp. z o.o., 33-100 Tarnów, ul. Okrężna 4.**

Uzasadnienie

W dniu 13.02.2009 r. Zamawiający - Wojewódzki Szpital Podkarpacki im. Jana Pawła II w Krośnie, 38-400 Krosno, ul. Korczyńska 57 ogłosił Biuletynie Zamówień Publicznych nr 37769-2009 postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na "Termomodernizację budynków Wojewódzkiego Szpitala Podkarpackiego im. Jana Pawła II w Krośnie", i w tym samym dniu zamieścił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Wartość zamówienia oszacowano na 1 4 79 896,03 euro.

Pismem z dn. 27.03.2009 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyborze oferty najkorzystniejszej.

KIO/UZP 527/09

W dniu 2.04.2009 r. Stanisław Flis, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano Montażowe FLISBUD Stanisław Flis ul. Boh. Porytowego Wzgórza 25 23-300 Janów Lubelski (dalej: Odwołujący I) powziął wiadomość o wyniku postępowania, a następnie w dniu 6.04.2009 r. – złożył protest, kwestionując zasadność wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia własnej oferty. Protest Zamawiający rozstrzygnął w dniu 17.04.2009 r. poprzez jego oddalenie. Odwołujący w dniu 22.04.2009 r. (data nadania listu poleconego w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

Stanisław Flis w odwołaniu podtrzymał z zarzutów podniesionych w proteście tylko te, które dotyczyły odrzucenia jego oferty. Mianowicie zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3 i 4, art. 87 ust. 1 i ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 2,5,6 i 8 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu pouczył Odwołującego, że odwołanie przysługuje mu wyłącznie w zakresie zarzutów dotyczących decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że w piśmie z dnia 27.03.2009 r. Zamawiający podał, że oferta Protestującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż w kosztorysie szczegółowym podano tynk akrylowy baranek o granulacie 1,5 mm., a Zamawiający wymagał tynku o granulacie 2,5 mm.

Kwestia tynku była przedmiotem zapytania do treści SIWZ. W trakcie postępowania wskazano bowiem (pytanie 12), że w zakresie docieplenia ścian wyprawą elewacyjną akrylową w kosztorysach ślepych podano ziarno tynku 1,5mm, natomiast w Specyfikacji Technicznej ST B07 przewidziano baranek gr. 2,5mm. Zamawiający tę rozbieżność wyjaśnił w ten sposób, że „należy przewidzieć tynk baranek o grubości 2,5mm.

W swojej ofercie Odwołujący – jak oświadcza - przez niedopatrzenie nie uwzględnił tej zmiany w opisach kilku pozycji, które się do tego odnosiły. Jednak zmianę tą wkalkulował w cenę swojej oferty. To jest przewidział w niej tynk baranek o grubości 2,5 mm.

Odwołujący zauważył, że to Zamawiający wprowadził zamieszanie w postępowaniu bowiem zmienił grubość tynku pozostawiając bez zmian rodzaj systemu "GREINPLAST, co spowodowało automatycznie, że wykonawcy pozostawili ten opis w swoich kosztorysach.

KIO/UZP 533/09

W dniu 1.04.2009 r. Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Budowlane Imbud Jerzy i Jarosław Gajdosz Spółka Jawna oraz Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe "De-Ma" sp. z o.o. (dalej Konsorcjum, Odwołujący II) powzięli wiadomość o wyniku postępowania, a następnie w dniu 6.04.2009 r. złożyli protest, kwestionując zasadność wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia własnej oferty. Protest Zamawiający rozstrzygnął w dniu 17.04.2009 r. poprzez jego oddalenie. Odwołujący w dniu 20.04.2009 r. (data nadania listu poleconego w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

Odwołujący podniósł w proteście następujące zarzuty, które później podtrzymał w odwołaniu:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 1-3 i art. 82 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez nieodrzućenie ofert niezgodnych z treścią SIWZ, z Prawem zamówień publicznych oraz których złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, a także niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego,

2. naruszenie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia wątpliwości co do treści złożonej przez nas oferty, a ponadto w związku z odrzuceniem protestu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 183 ust. 1 pkt 3 w zw. Z art. 180 ust. 7 w zw. Z art. 179. ust 1 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący wskazywał, że treść jego oferty odpowiada treści specyfikacji Istotnych warunków zamówienia. a jej złożenie nie stanowi zarzucanego nam czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z obowiązku wskazujemy na fakt, iż Zamawiający opisał rzekome naruszenie uczciwej konkurencji wskazując podstawę formalną oraz prawną dopiero w treści uzasadnienia odrzucenia protestu.

Według Odwołującego, tynk akrylowy baranek o granulacie 2,5 mm jest w asortymencie wielu firm w tym firmy Greinplast. Odwołujący podnosił również, że musiał wiedzieć to sam Zamawiający, z uwagi na "inwestorskie ślepe kosztorysy budowlane" oraz dokumentację projektową, sprawdzić to Zamawiający również musiał przed udzieleniem odpowiedzi: "Należy przewidzieć tynk baranek o grubości 2,5mm", a zarazem nie wskazując na konieczność zmiany opisu pozycji na przykład poprzez wykreślenie nazwy producenta. Skoro Zamawiający sam wybrał taki tynk to należy przypuszczać, że posiadał wiedzę w tym temacie. Nie można uszczegóławiać wymogów udziału w postępowaniu przetargowym po złożeniu ofert. Obowiązują tylko te wymogi, które zostały wskazane w SIWZ. Zamawiający zezwolił na przyjęcie do wyceny dowolnego tynku akrylowego o strukturze baranka i gr. 2,5 mm. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie zakazywał oferentom zastosowania do wyceny materiałów posiadających określone normy zużycia, cenę i (jak twierdzi) wchodzących na rynek. Przeciwnie, sam Zamawiający zakłada we wzorze umowy dobór na etapie realizacji takich materiałów, które w granicy oferty cenowej, będą spełniały jego oczekiwania oraz akceptuje zapisy zawarte w ofercie uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą jednoczesne użycie wybranych składników systemu dociepleń budynków proponowanych przez firmę Greinplast w połączeniu ze składnikami innego producenta jakim jest firma Kabe. Odwołujący wskazał, że wymieszanie składowych opatentowanego i atestowanego systemu dociepleń wywołuje skutek braku możliwości uzyskania kiedykolwiek dokumentów dopuszczających wyrób do stosowania oraz przepadek gwarancji producenta.

Ponadto Odwołujący podnosił, że Zamawiający mając jakiegokolwiek wątpliwości, co do treści oferty, był zobowiązany do zwrócenia się do Odwołującego z wnioskiem o wyjaśnienie jej treści, w myśl art. 26 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. nr 171, poz. 1058)

Zamawiający protest odrzucił, niemniej jednak ustosunkował się merytorycznie w rozstrzygnięciu protestu co do podniesionych w nim zarzutów.

Stanowisko Zamawiającego w odniesieniu do zarzutów podniesionych przez obu Odwołujących było podobne:

Różnica grubości 1,5 oraz 2,5 jest w ocenie Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu bardzo istotna, a to z dwóch powodów.

Po pierwsze, różnica grubości tynku powoduje różnice w zużyciu na m², według kosztorysu Protestującego przewidziano zużycie materiału stosownie do grubości 1,5 (a Zamawiający wymaga grubości 2,5) -zatem przewidziana ilość materiału nie byłaby wystarczająca do wykonania robót, pociągałaby za sobą konieczność poprawiania wielu pozycji w kosztorysie, do takiej zmiany Zamawiający nie jest uprawniony; wykonanie takiej poprawy doprowadziłoby do powstania kolejnej, drugiej oferty Wykonawcy, co jest niedopuszczalne.

Po drugie, waOdwołujące Konsorcjum przewidziało w ofercie materiały firmy Greinplast, a ona nie posiada w aktualnej ofercie tynku o grubości 2,5, tak więc poprawienie oferty (gdyby nawet było dopuszczalne) spowodowałoby zaoferowanie przez Protestującego produktu nieistniejącego aktualnie na rynku.

Zamawiający w SIWZ wymagał, aby na użyte materiały Wykonawca posiadał certyfikaty na znak bezpieczeństwa, deklarację zgodności lub certyfikat zgodności z Polską Normą lub aprobatą techniczną. W posiadanej przez firmę Greinplast, aktualnej na dzień dzisiejszy, Aprobacie technicznej AT-1S-4449/2003 dotyczącej "zestawu wyrobów wykonywania ociepleń ścian zewnętrznych budynków systemem Greinplast Ali na str. 4/14 tablica Nr 1 nie widnieje tynk akrylowy baranek o uziarnieniu 2,5 mm.

Zapewnienie, że produkt będzie istniał oraz posiadał aprobatę techniczną w bliskim czasie nie jest warunkiem wystarczającym w ocenie Zamawiającego do jego zastosowania w robotach realizowanych w wyniku przetargu na podstawie prawa zamówień publicznych, bowiem wyrób nieistniejący aktualnie na rynku nie jest dopuszczony do obrotu, nie może on także spełniać wymogów jakościowych i stosowania w budownictwie przewidzianych m.in. w ustawie z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych (Dz. U. nr 92, poz. 881 ze zrn.) jak np. deklaracji zgodności, aprobaty technicznej. Zamawiający powołał się na stanowisko wyrażone w dotychczasowej linii orzecniczej Zespołu Arbitrów, zgodnie z którym niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada wymaganom merytorycznym określonym w specyfikacji. (por. np. wyr. ZA z dnia 24 stycznia 2005 r. UZP/ZO/O-82/05).

Ponadto, według stanowiska Zamawiającego, złożenie przez Wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu oferty, zawierającej produkt (towar) nieistniejący w chwili składnia ofert, niedopuszczony do obrotu i nieposiadający de facto ustalonej ceny stanowiłoby czyn

nieuczciwej konkurencji stypizowany wart. 3 i 10 ustawy z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo pouczył Stanisława Flisa, iż odwołanie nie przysługuje mu w zakresie zarzutów podnoszonych wobec oferty innej, niż oferta Odwołującego.

W dniu 24.10.2008 r. weszła w życie ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2008r. Nr 171, poz.1058). Zgodnie z art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy, do protestów wnoszonych od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do wnoszonych w ich następstwie odwołań i skarg, stosuje się przepisy działu VI Prawa zamówień publicznych, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą. Protest, w następstwie którego wniesiono rozpatrywane odwołanie, został złożony już po wejściu w życie nowelizacji.

Zgodnie z art. 184 ust. 1a Prawa zamówień publicznych w postępowaniu o wartości mniejszej, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień publicznych, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę;
- 2) opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty.

Część zarzutów obu protestów dotyczyła **zaniechania** odrzucenia oferty innego wykonawcy (bądź wykluczenia innego wykonawcy).

Prawo zamówień publicznych wyraźnie w dziale VI odróżnia czynności od zaniechań mogących być podstawą protestu – zgodnie z art. 180 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, protest można wnieść do Zamawiającego „wobec czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu oraz w przypadku zaniechania przez zamawiającego czynności, do której jest obowiązany na podstawie ustawy”.

Zgodnie z w art. 187 ust. 4 w pkt 8 Prawa zamówień publicznych, w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie odrzuca się, jeżeli dotyczy innych czynności, niż wymienione w art. 184 ust. 1a.

Wartość zamówienia w postępowaniu, w którym wniesiono odwołanie, oszacowano poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Prawa zamówień

publicznych, tj. rozporządzenia z dn. 19 grudnia 2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. z dnia 27 grudnia 2007 r.).

Linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej jest w odniesieniu do kwestii ograniczonej możliwości wnoszenia odwołań poniżej progów unijnych jednolita, przywołać tu można orzeczenia KIO/UZP 1515/09 z 13.01.2009 r. Stanowisko wyrażone tamże zostało potwierdzone przez Sąd Okręgowy w Jeleniej Górze, wyrok z dn. 24.03.2009 r. sygn. akt V Ga 13/09. Sąd poza argumentami przedstawionymi wyżej, powołał się na uzasadnienie ustawy nowelizującej z dn. 4.09.2008 r. i wskazał, że celem ustawodawcy było umożliwienie wykonawcom starającym się o udzielenie zamówienia o wartości poniżej tzw. progów unijnych obrony własnych interesów, rozumianych w sposób ścisły – odrzucenia własnej oferty wykonawcy bądź wykluczenia go z postępowania, a równocześnie wprowadzenie ochrony prawnej dla Zamawiających w przypadku zamówień na roboty budowlane do progu 5 150 000 euro, polegającej na wyeliminowaniu możliwości wnoszenia środków przez wykonawców, jeżeli czynność Zamawiającego nie godzi bezpośrednio w ich interes prawny. Wobec powyższego skład orzekający nie rozpatrywał zarzutów w odwołaniu sygn. akt KIO/UZP 533/09 odnoszących się do oferty innej, niż oferta złożona przez Odwołującego. W ocenie Izby nie można odwołania częściowo odrzucić – do poszczególnych zarzutów nie stosuje się bowiem odpowiednio art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych. Zarzutów tych jednak w ocenie Izby w związku z art. 187 ust. 4 pkt 8 Prawa zamówień publicznych nie można również rozstrzygnąć – skoro odwołanie w tym zakresie nie przysługuje. Skład orzekający Izby pozostawił więc bez rozpoznania zarzuty podnoszone w odwołaniu KIO/UZP 533/09 odnoszące się do oferty innej, niż oferta Odwołującego.

Izba również nie odnosiła się merytorycznie do zarzutu podniesionego w odwołaniu KIO/UZP 533/09 dotyczącego naruszenia art. 183 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 180 ust. 7 w zw. z art. 179 ust 1 Prawa zamówień publicznych, „poprzez uznanie, że sformułowane żądania w proteście nie dają Konsorcjum podstaw do wnoszenia o ponowne przeprowadzenie czynności związanych z badaniem i oceną ofert, gdyż nie ma ono w tym interesu prawnego, a tym samym nie ma także Interesu prawnego w żądaniu odrzucenia ofert innych wykonawców.”. Zgodnie z art. 191 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, Izba nie może rozpatrywać zarzutów, które nie zostały podniesione w proteście. Izba bada treść rozstrzygnięcia niejako z urzędu (rozstrzygnięcie protestu stanowi część dokumentacji postępowania odwoławczego); rzeczywiście Zamawiający błędnie w ocenie składu orzekającego protest odrzucił, stwierdzając, że jest wadliwy w zakresie zgłoszonych żądań, a takie ich sformułowanie, jak w proteście, według Zamawiającego nie wykazuje istnienia interesu prawnego po stronie Odwołującego. Izba wskazuje, że zgodnie z art. 179 ust. 1

Prawa zamówień publicznych istotą środków ochrony prawnej jest wskazanie „naruszeń przez Zamawiającego przepisów ustawy”, a więc podnoszone w nich zarzuty wskazujące na nieprawidłowości w zastosowaniu przez Zamawiającego konkretnych przepisów, a w tym zakresie protest był sformułowany wystarczająco jasno. Zatem Izba ocenia podniesione zarzuty, a nie zgłoszone żądania, które, jak sam Zamawiający napisał powołując się na piśmiennictwo, to „oczekiwania protestującego co do sposobu załatwienia protestu” (Komentarz do art. 180 Prawa zamówień publicznych [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2007, wyd. III.). Zatem w dalszej części skład orzekający Izby ustosunkowywał się do zarzutów podniesionych w protestach, a nie do żądań.

Nie stwierdzono przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i oświadczeniami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie w sprawie sygn. akt KIO/UZP 527/09 podlega oddaleniu, odwołanie w sprawie sygn. akt KIO/UZP 533/09 zasługuje na uwzględnienie.

Izba z urzędu bada, czy Odwołujący mają interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej – i tak, skład orzekający uznał, że interes ten mają obaj Odwołujący. Ranking cenowy, zgodnie z oświadczeniami Stron do protokołu, na tym etapie postępowania przedstawia się następująco:

1. oferta Stanisława Flisa,
2. oferta uznana za najkorzystniejszą,
3. oferta Konsorcjum IMBUD.

Skoro Odwołujący Stanisław Flis jest pierwszy w rankingu cenowym, jego interes prawny w podnoszeniu zarzutów w zakresie nieprawidłowości odrzucenia własnej oferty jest oczywisty. Skład orzekający Izby uznał również, że Odwołujące Konsorcjum ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania, jego oferta zostanie dopuszczona do oceny punktowej – w której będzie co prawda drugi, jednak przybliży go to do możliwości uzyskania zamówienia – w sytuacji, gdyby np. wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, uchylił się od podpisania umowy. Tak więc skład orzekający Izby zgadza się z powszechnie przyjętym poglądem, wynikającym również z dotychczasowego orzecznictwa, że interes prawny wykonawców rozpatruje się w szerokim znaczeniu.

Rozstrzygnięcie obu odwołań sprowadzało się do odpowiedzi na pytanie, czy treść ofert złożonych przez Odwoływających jest zgodna z treścią SIWZ. Jeżeli odpowiedź na to pytanie byłaby twierdząca, należałoby uwzględnić oba odwołania, bowiem to niezgodność treści ofert z treścią SIWZ była przyczyną odrzucenia ofert obu Odwoływających (i sześciu innych ofert złożonych w tym postępowaniu), zgodnie z pismem Zamawiającego z dn. 27.03.2009 r., zawierającego informację o wyniku postępowania: oferty Odwoływających zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający wskazał również na art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych – złożenie ofert wg Zamawiającego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, bowiem w kosztorysach załączonych do ofert podano tynk niedostępny na rynku.

Izba ustaliła co następuje:

1. W kosztorysie załączonym do SIWZ Zamawiający określił rodzaj tynku następująco „tynk akrylowy baranek gr. 1,5m”. Zamawiający nie wskazał przy tym konkretnej nazwy producenta tynku, jednak z kontekstu wynikało (co nie było sporne), że Zamawiający pierwotnie oczekiwał tynku Greinplast, jako elementu systemu elewacyjnego.

2. W następstwie udzielonych wyjaśnień, Zamawiający zmienił grubość tynku z 1,5 mm na 2,5 mm i dopuścił zastosowanie systemu innego producenta (wyjaśnienia I, II i III odpowiednio nr 12, 16,11 oraz wyjaśnienia II nr 23).

Obaj Odwoływający argumentowali, że z uwagi na konieczność złożenia oferty zgodnej z przedmiarem zgodnie z instrukcjami Zamawiającego zawartymi w SIWZ (przykładowo Odwołujące Konsorcjum podało na rozprawie pkt. 13.4 SIWZ), nie czuli się uprawnieni do dokonywania zmian w opisach pozycji przedmiarowych, jednak obaj twierdzili, że uwzględnili wszystkie wyjaśnienia Zamawiającego do SIWZ.

Sprawa sygn. akt. KIO/UZP 527/09

Izba ustaliła, że Odwołujący I na stronach 4, 24 i 49 w pozycjach dotyczących zastosowania tynku akrylowego zastosował opis zgodny z pierwotnym kosztorysem ślepym, ale niezgodny z późniejszymi wyjaśnieniami Zamawiającego. Odwołujący Stanisław Flis wprost wskazał tamże „tynk akrylowy baranek gr. 1,5mm”, z normą zużycia 3,1 kg/m³ (identycznie we wszystkich pozycjach). Strony postępowania na rozprawie były zgodne, że norma zużycia 3,1 odnosi się do tynku grubości 1,5 mm, a norma dla tynku grubszego powinna być odpowiednio wyższa.

Jeżeli przemnożyć ilości obmiarowe – przykładowo dla pozycji 2 na stronie 4 kosztorysu w ofercie Stanisława Flisa użyto zgodnie z obmiarem 2 138,70 m² przez normę 3,1 kg/m³ daje to iloczyn 6629,97, czyli zgodnie z wielkością nakładów w ofercie dla tej pozycji. Odwołujący na rozprawie argumentował, że opis pozycji pozostawił taki sam, jak w kosztorysie ślepym, ale przyjął inną normę zużycia (3,6), jednak taka podana przez Odwoływającego norma

zużycia, rzekomo zastosowana, nie wynika z żadnego miejsca w ofercie (gdyby ją rzeczywiście zastosował, podany wyżej iloczyn musiałby być inny).

Ze względu na powyższe okoliczności skład orzekający Izby uznał, że Odwołujący zaoferował w ofercie tynk akrylowy grubości 1,5 mm, tj. niezgodnie z późniejszymi, niż pierwotny kosztorys ślepy, wyjaśnieniami Zamawiającego. Wobec takiej konkluzji zarzuty podnoszone w odwołaniu (naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 26 ust. 3 i 4, art. 87 ust. 1 i ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt 2, 5, 6 i 8 Prawa zamówień publicznych) są nieuzasadnione, a odwołanie podlega oddaleniu.

Sprawa sygn. akt. KIO/UZP 533/09

Izba ustaliła, że Odwołujące Konsorcjum dopisało w opisach pozycji dotyczących tynku akrylowego następujący tekst: „tynk akrylowy baranek, grubość 2,5 mm” (przykładowo: pozycje 1 i 2 na stronie 119 kosztorysu Odwołującego Konsorcjum). Ponadto na pierwszej stronie kosztorysów elewacyjnych (w których kalkulowano m.in. cenę tynku) Odwołujący zawarł uwagę: „opis do kalkulacji przyjęto tynk akrylowy, baranek, grubości 2,5 mm (...)”. W żadnym miejscu Odwołujący nie wskazała na nazwę producenta tynku. W ślad za takimi informacjami w kalkulacji przyjęto normę zużycia 3,6 kg/m³ (tj. dla tynku o grubości większej, niż 1,5 mm).

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, skład orzekający uznał, że Odwołujące Konsorcjum uwzględniło w swojej ofercie wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego do SIWZ, dotyczące zwiększenia grubości tynku. Świadczą o tym wszystkie wskazane wyżej elementy w kosztorysie Odwołującego konsorcjum (norma zużycia, dodatkowy opis w poszczególnych pozycjach, uwaga u góry pierwszej strony kosztorysów elewacyjnych). Zatem treść oferty Odwołującego Konsorcjum była zgodna z treścią SIWZ, zatem potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Skład orzekający następnie musiał odpowiedzieć na pytanie, czy w ofercie składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego można zaoferować produkt niedostępny jeszcze w powszechnym obrocie, na który trwa proces certyfikacji (ta okoliczność nie była między Stronami sporna, Strony jedynie nie były zgodne co do planowanego terminu wprowadzenia produktu do obrotu) – zamawiający twierdził, że takie działanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (który zresztą zarzucił 8 wykonawcom, zgodnie z informacją o wyniku postępowania z dn. 27.03.2009 r.).

W ocenie składu orzekającego, w przedmiotowej sprawie zaoferowanie tynku Greinplast grubości 2,5 mm, będącego już w katalogach producenta, a nie wprowadzonego jeszcze do obrotu, nie było czynnem nieuczciwej konkurencji. Po pierwsze, do zaoferowania właśnie takiego tynku (tego producenta, o określonej grubości) przyczynił się ewidentnie sam Zamawiający, zmieniając w odpowiedziach grubość tynku z 1,5 na 2,5 mm, tynku, który był

częścią systemu elewacyjnego firmy Greinplast. Zamawiający jednoznacznie nie twierdził, że dopuszczał wykonanie elewacji przy pomocy materiałów różnych producentów (z odpowiedzi na pytanie nr 23 w wyjaśnieniach II wynika jedynie, że dopuszczał zmianę całego systemu na system innego, niż Greiplast, producenta), jednak nie było to przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego – Zamawiający argumentował jedynie, że Odwołujący nie mógł w dniu otwarcia ofert zaoferować tynku Greinplast, ponieważ nie występował on wtedy w obrocie, również nie zaoferował tynku innego producenta – bo nie wskazał innej nazwy.

Jednak w ocenie Izby Odwołujący jednoznacznie z ofercie zaoferował tynk o grubości wymaganej przez Zamawiającego. Nie może ulegać wątpliwości, że taki właśnie tynk jest zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego, i jest wyraźnie wymieniony w ofercie odwołującego. Nazwa producenta ma drugorzędne znaczenie –w dniu montażu elewacji może już być dostępny już tynk Greinplast, ale Odwołujący, zgodnie ze swoją ofertą, może również zaoferować tynk wymaganej grubości dowolnego producenta; jedyny wymóg to taki, by był on zgodny z całym systemem elewacji, i obowiązek zapewnienia takiej zgodności ciąży na Odwołującym. Jak zresztą wskazywał sam Odwołujący w odwołaniu, pożądane jest, aby całość systemu elewacji była wykonana za pomocą materiałów jednego producenta.

Wobec powyższego skład orzekający uznał, że sformułowanie treści oferty w taki sposób, jak zrobił to Odwołujący, nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji, i uwzględnił zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. W konsekwencji uwzględniania powyższych zarzutów Izba również uwzględniła zarzut naruszenia art. 7 Prawa zamówień publicznych.

Izba natomiast oddaliła zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 i art. 87 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, nie znajdując podstaw zastosowania postępowań wyjaśniających przewidzianych w tych przepisach.

Reasumując, Izba uwzględniła odwołanie sygn. akt KIO/UZP 533/09, stwierdzając, że rozstrzygnięcie to może mieć istotny wpływ na wynik postępowania – w rezultacie powtórzenia oceny ofert, oferta Odwołującego Konsorcjum może znaleźć się na drugim miejscu w rankingu cenowym, a więc na bardzo wysokiej pozycji; zresztą już konieczność unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego ma w ocenie składu orzekającego wpływ na wynik postępowania.

Na podstawie § 28 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z dnia 12 października 2007 r.) w sprawach sygn. akt. KIO/UZP 527/09 i KIO/UZP 533/09 wydano wyrok łączny.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

W zakresie kosztów postępowania Zamawiający złożył dwa rachunki na kwotę 4 094,80 zł osobno do każdego z postępowań odwoławczych, obejmujące koszty zastępstwa oraz koszty dojazdu. Izba uznała za uzasadnione koszty dla obu postępowań odwoławczych w wysokości łącznej 4 094,80 zł – zarzuty obu odwołań były zbliżone, a Zamawiający, wobec połączenia obu postępowań do łącznego rozpoznania, nie musiał dokonywać osobnych czynności dla każdej ze spraw, ani dwukrotnie dojeżdżać na rozprawę.

Zatem Izba pod uwagę wzięła – dla obu postępowań odwoławczych koszty zastępstwa Zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), bowiem jest to maksymalna kwota, określona przez par. 4 ust. 1 pkt 2 lit. 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 2007r., Nr 128, poz. 886) oraz koszty dojazdu, zgodnie z przedstawionym rachunkiem, zaliczając połowę powyższych kosztów do każdej sprawy (tj. kwotę 2047,40 zł) i konsekwentnie, przyznając je Zamawiającemu w sprawie KIO/UZP 527/09 zgodnie z jej wynikiem.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 **Krośnie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....