

Sygn. akt: **KIO/UZP 607/08**

KIO/UZP 617/08

WYROK

z dnia 2 lipca 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Klaudia Szczytowska-Maziarz**

Członkowie: **Ryszard Tetzlaff**
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: **Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **2 lipca 2008r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **26 czerwca 2008r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

- A. Przedsiębiorstwo Budowlane „Polbud” Sp. z o.o., 17-100 Bielsk Podlaski, ul. Żwirki i Wigury 61,**
- B. „PRZEMYSŁÓWKA” Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Holding Sp. z o.o., 10-508 Olsztyn, ul. Mickiewicza 21/23**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Łomża, 18-400 Łomża, pl. Stary Rynek 14** protestów:

A Przedsiębiorstwo Budowlane „Polbud” Sp. z o.o., 17-100 Bielsk Podlaski, ul. Żwirki i Wigury 61 z dnia 6 czerwca 2008r.

B „PRZEMYSŁÓWKA” Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Holding Sp. z o.o., 10-508 Olsztyn, ul. Mickiewicza 21/23 z dnia 5 czerwca 2008r.

przy udziale „PRZEMYSŁÓWKA” Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Holding Sp. z o.o., 10-508 Olsztyn, ul. Mickiewicza 21/23 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **Oddala odwołanie wniesione przez Przedsiębiorstwo Budowlane „Polbud” Sp. z o.o., 17-100 Bielsk Podlaski, ul. Żwirki i Wigury 61,**

Uwzględnia odwołanie wniesione przez „PRZEMYSŁÓWKA” Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Holding Sp. z o.o., 10-508 Olsztyn, ul. Mickiewicza 21/23.

2. **Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Budowlane „Polbud” Sp. z o.o., 17-100 Bielsk Podlaski, ul. Żwirki i Wigury 61,**

Miasto Łomża, 18-400 Łomża, pl. Stary Rynek 14

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 wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 2032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Budowlane „Polbud” Sp. z o.o., 17-100 Bielsk Podlaski, ul. Żwirki i Wigury 61,**
 - B** koszty w wysokości 2032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **„PRZEMYSŁÓWKA” Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Holding Sp. z o.o., 10-508 Olsztyn, ul. Mickiewicza 21/23,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 9 232 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy dwieście trzydzieści dwa złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:
 - A** kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Budowlane „Polbud” Sp. z o.o., 17-100 Bielsk Podlaski, ul. Żwirki i Wigury 61** na rzecz **Miasta Łomża, 18-400 Łomża, pl. Stary**

- Rynek 14** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- B** kwoty 5 632 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy sześćset trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **Miasto Łomża, 18-400 Łomża, pl. Stary Rynek 14** na rzecz **„PRZEMYSŁÓWKA” Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Holding Sp. z o.o., 10-508 Olsztyn, ul. Mickiewicza 21/23**, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
- A** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez **XXX**
- B** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: XXX) przez **XXX**
- 4) dokonać zwrotu kwoty 35 936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty 17 968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Przedsiębiorstwa Budowlanego „Polbud” Sp. z o.o., 17-100 Bielsk Podlaski, ul. Żwirki i Wigury 61,**
- B** kwoty 17 968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **„PRZEMYSŁÓWKA” Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Holding Sp. z o.o., 10-508 Olsztyn, ul. Mickiewicza 21/23.**

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

W postępowaniu, prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia na "Remont z częściową przebudową (modernizacją) basenu przy Szkole Podstawowej Nr 10, ul. Niemcewicza 17 w Łomży" w dniu 30.05.2008r., wykonawca PRZEMYSŁÓWKA PBP Holding Sp. z o.o. (dalej PRZEMYSŁÓWKA) został poinformowany o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budowlane „POLBUD” (dalej POLBUD).

W dniu 05.06.2008r. wykonawca PRZEMYSŁÓWKA złożył protest, zarzucając Zamawiającemu naruszenie **art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 2 pkt 5, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 26 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 22 ust. 1**

ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) - zwanej dalej ustawą Pzp oraz żądając:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórnego badania i oceny ofert,
3. wykluczenia lub odrzucenia oferty złożonej przez POLBUD,
4. wyboru oferty najkorzystniejszej na zasadach określonych przepisami ustawy Pzp.

W uzasadnieniu protestu wykonawca PRZEMYSŁÓWKA wskazał, że zgodnie z ust. 5 pkt 5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ): „Pozostałe wymagane dokumenty jako załączniki” Zamawiający zawarł zapis: „Kosztorysy uproszczone uwzględniające wszystkie koszty opisane w pkt. 12 niniejszej specyfikacji z tabelami elementów scalonych” oraz podniósł, że wykonawca POLBUD nie zawarł w swojej ofercie żądanej tabeli elementów scalonych.

Wskazał także, że Zamawiający w ust. 12 SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny” zażądał: „Ponadto w ofercie należy podać następujące dane, z uwzględnieniem których sporządzono ofertę:

1. Stawka roboczogodziny.
2. Koszt maszynogodziny podstawowego sprzętu przewidzianego do wykonania zamówienia.
3. Wskaźnik narzutu kosztów pośrednich w % (od R i S).
4. Wskaźnik zysku w % (od R,S/Ko).

Wykonawca POLBUD na stronie 206 wymagane wskaźniki podał, jednak nie były one uwzględnione przy sporządzeniu oferty. Na potwierdzenie tego twierdzenia wskazał następujące przykłady:

1. str. 121 oferty POLBUD poz. 9d.2,
2. str. 121 oferty POLBUD poz. 12d.2,
3. str. 121 oferty POLBUD poz. 15d.2,
4. str. 121 oferty POLBUD poz. 16d.2,
5. str. 121 oferty POLBUD poz. 22d.2.

W ocenie wykonawcy PRZEMYSŁÓWKA oznacza to, że oferta POLBUD nie odpowiada treści SIWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wykonawca zarzucił także Zamawiającemu zaniechanie wyjaśnienia treści oferty POLBUD na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp pomimo okoliczności wskazujących na zamieszczenie sprzecznych lub nieprawdziwych informacji dotyczących danych, z uwzględnieniem których sporządzono ofertę.

W zakresie zarzutu naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 wykonawca PRZEMYSŁÓWKA wskazał na przepis art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i podniósł, że Zamawiający obowiązany jest w każdym przypadku zweryfikować oferty pod względem nie tylko rażąco niskiej ceny, ale także pod względem możliwości zajścia okoliczności świadczących, iż złożona oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Przykładowo wskazał na pozycję zawartą na str. 156 oferty POLBUD dotyczącą Centrali nawiewno – wywiewnej z ceną 250 045,71 zł, uznając ją za wątpliwą co do realnej wartości. Powołał się przy tym na brak w ofercie POLBUD powołania się na zastosowanie równoważnych wyrobów i urządzeń, co oznacza, że wykonawca ten będzie stosował materiały, dla których użyto nazwy własne. Podał, że zgodnie z posiadaną ofertą handlową cena zakupu wskazanej centrali wynosi w przeliczeniu na złote 389 365,80 zł, a więc cena POLBUD jest nierealna.

Wykonawca PRZEMYSŁÓWKA podniósł również, że POLBUD w sposób wyraźny zaniża koszty związane z wykonaniem zamówienia. W szczególności oferowane ceny związane z utylizacją odpadów pochodzących z rozbiórek w pozycji „Utylizacja papy i materiałów z rozbiórki” za cenę 53,37 zł/tonę nie odpowiadają rzeczywistym kosztom związanym z przyjęciem odpadów na wysypisko, które wraz z opłatą środowiskową wynoszą 93,87 zł/tonę plus 7% VAT. Dalej związane z rozebraniem pokrycia dachowego z płyt azbestowo-cementowych falistych oferując wykonanie tych robót za cenę jednostkową 3,05 zł/m². Wskazał, że koszty związane z odbiorem płyt azbestowo-cementowych przez jednostkę uprawnioną wynoszą około 9 zł/m², zaś minimalne stawki firm specjalistycznych posiadających stosowne zezwolenia obejmujące koszty związane z zabezpieczeniem i utylizacją materiałów niebezpiecznych wynoszą powyżej 14 zł/m². Podniósł, że zaoferowana przez POLBUD cena może sugerować, iż nie przewiduje on stosowania się do obowiązujących przepisów prawa związanych z ochroną środowiska. W ocenie wykonawcy PRZEMYSŁÓWKA powyższe wskazuje na okoliczności dopuszczenia się przez POLBUD zaoferowania robót poniżej kosztów ich wykonania za cenę nierealną.

Zdaniem wykonawcy PRZEMYSŁÓWKA Zamawiający w każdym przypadku, niezależnie od przyjętego sposobu wynagrodzenia umownego jest obowiązany, z chwilą ujawnienia się okoliczności świadczących o dopuszczeniu się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji, odrzucić taką ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zasugerował także, że wycena poszczególnych pozycji kosztorysowych może świadczyć o błędzie w sposobie ich obliczenia.

W zakresie naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp wykonawca PRZEMYSŁÓWKA podał, że w ust. 5 ppkt 7 SIWZ Zamawiający wymagał złożenia wykazu wykonanych w okresie 5 lat przed wszczęciem postępowania robót budowlanych, z których co najmniej jedna musiała obejmować wykonanie obiektu

mieszczącego pływalnię rekreacyjną, basen sportowy lub park wodny o powierzchni niecki basenu nie mniejszej niż 200m³.

Wykaz przedstawiony przez POLBUD zawiera roboty budowlane związane z budową krytej pływalni o łącznej powierzchni luster wody 434,6m³, co jest wątpliwym spełnieniem warunku Zamawiającego w sytuacji, gdy robota ta była wykonywana w okresie 20.11.2000r. – 31.20.2003r., a więc wcześniej niż w okresie 5 lat przed wszczęciem postępowania. Wątpliwość ta dotyczy także faktu, że z przedstawionych referencji (str. 23 i 24 oferty) nie wynika jednoznacznie wykonanie niecki basenowej nie mniejszej niż 200 m².

W dniu 08.06.2008r. (pismem z dnia 06.06.2008r.) do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpił POLBUD, wnosząc o odrzucenie protestu jako oczywiście bezpodstawnego i bezzasadnego.

Przystępujący podniósł, że:

1. tabela elementów scalonych jest integralną częścią przedmiaru (kosztorysu) złożonego przez POLBUD, na co wskazuje jej forma, układ oraz systematyka; zwrócił uwagę, że Zamawiający nie zastrzegł szczególnej formy dla tej tabeli, dał więc możliwość wyboru oferentowi,
2. w przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia albo jego część (cena ryczałtowa) przyjmuje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia; oświadczył, że podaną cenę zbudował w oparciu o posiadane oferty, które stanowią tajemnicę handlową, powołane wskaźniki oraz ceny rynkowe,
3. zarzut nieuczciwej konkurencji nie zasługuje na uznanie w świetle wysokości środków jakie Zamawiający przeznaczył na zadanie – 7 600 000 zł i ceny oferty POLBUD, tj. 9 412 193,92 zł,
4. treść referencji oraz możliwość ich potwierdzenia u udzielającego ich przesądza o bezzasadności zarzutu odnośnie tych referencji.

Zamawiający pismem z dnia 16.06.2008r., doręczonym wykonawcom faksem w tym samym dniu, protest częściowo uwzględnił, częściowo oddalił.

Uwzględnienie protestu nastąpiło w zakresie zarzutu braku tabel elementów scalonych do przedłożonych kosztorysów – wobec ustalenia przez Zamawiającego, że brak ten potwierdził się w ofercie POLBUD oraz sposobu obliczenia ceny – wobec ustalenia przez Zamawiającego, że POLBUD podał inne wskaźniki cenotwórcze niż uwzględnione przy sporządzeniu oferty. W pozostałym zakresie protest został oddalony.

W zakresie czynu nieuczciwej konkurencji Zamawiający stwierdził, że nie był zobowiązany do wzywania wykonawcy w trybie art. 90 ustawy Pzp do wyjaśnienia podstaw skalkulowania ceny, gdyż pojęcie rażąco niskiej ceny odnosi się do relacji ceny ofertowej

i szacunkowej wartości zamówienia, zaś cena POLBUD kształtuje się na poziomie kosztorysu inwestorskiego.

W zakresie zarzutu braku doświadczenia Zamawiający stwierdził, że zakończenie robót nastąpiło w wymaganym pięcioletnim okresie przed dniem wszczęcia postępowania, wg informacji Zamawiającego powierzchnia jednej z niecek przekracza wymagane 200m², a zatem spełniony jest warunek udziału w postępowaniu.

W dniu 19.06.2008r. pismem z tego samego dnia, z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 184 ust. 2 ustawy Pzp, Przystępujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych żądając:

1. uchylenia decyzji Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
2. uchylenia decyzji Zamawiającego polegającej na unieważnieniu przedmiotowego postępowania,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

Odwołujący POLBUD podtrzymał argumentację zawartą w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego, wskazując swój interes prawny, tj. iż działanie Zamawiającego doprowadziło do nieudzielania mu zamówienia publicznego.

Podniósł, że Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia obarczonego błędami tak w zakresie ponownej oceny i badania oferty, jak i w zakresie interpretacji zapisów SIWZ. W wyniku tych błędów Zamawiający, naruszając a contrario dyspozycję art. 89 ustawy Pzp, dokonał nieuprawnionej czynności odrzucającej jego ofertę.

Argumentował, że

odnośnie niezamieszczenia tabeli elementów scalonych

1. Z wykładni językowej zapisu SIWZ: „Kosztorysy uproszczone uwzględniające wszystkie koszty opisane w pkt 12 specyfikacji z tabelami elementów scalonych (...)” wynika, że Zamawiający zażądał takiego sporządzenia kosztorysów, aby przedmiotowe tabele były integralną jego częścią. Kosztorysy POLBUD zawierają tabelę elementów scalonych.
2. Zamawiający w SIWZ nie zawarł wzoru tabeli elementów scalonych, co oznacza, że składającym oferty pozostawił pełną dowolność, zastrzegając jedynie umiejscowienie ich w treści kosztorysów uproszczonych.

3. Zamawiający nie zwracał się do POLBUD w celu złożenia wyjaśnień i nie zastosował ogólnie obowiązującej zasady prawnej, iż wszelkie wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść strony, której czyniło się zarzut.

odnośnie niewłaściwego sposobu obliczenia ceny w wyniku niezastosowania podanych w ofercie wskaźników cenotwórczych

1. Zamawiający wymagał (ust. 6 pkt 2 ppkt 1 SIWZ) dołączenia do oferty kosztorysów uproszczonych, uwzględniających wszystkie koszty opisane w p. 12 SIWZ. Dołączony przez POLBUD kosztorys koszty te zawiera i został sporządzony zgodnie z przyjętymi w tym zakresie zasadami, tj. ujmuje w każdej pozycji: jednostkę miary, ilość jednostek, cenę jednostkową, wartość stanowiącą iloczyn jednostki miary oraz ilości jednostek.
2. Zamawiający nie ustalił sposobu, w jaki należy ustalać cenę jednostkową, pozostawiając oferentom pełną dowolność. POLBUD miał prawo zastosować ceny kalkulacyjne jak też znane mu ceny rynkowe.
3. Zamawiający nie ustalił, bo nie mógł, obowiązku stosowania nakładów robocizny wynikających z Katalogów Nakładów Rzeczowych, szczególnie w zakresie robocizny.
4. Błędem Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu jest założenie, iż POLBUD miał obowiązek przyjąć nakłady robocizny (ilość roboczogodzin niezbędnych do wykonania danej jednostki robót) wynikające z Katalogów Nakładów Rzeczowych. Normy nakładów robocizny wynikające z KNR nie są obligatoryjne, są orientacyjne i obarczone błędami uśredniającymi. Uwarunkowania konkretnego zamówienia wpływają na konieczność każdorazowego dostosowania wysokości przewidywanych nakładów, szczególnie w robotach rozbiórkowych. Dokonana wizja lokalna pozwoliła POLBUD na zastosowanie zindywidualizowanych nakładów. Przywołane przez POLBUD w kosztorysie KNR precyzują ofertę w zakresie technologii i sposobu wykonania poszczególnych robót, jego zgodności z przyjętymi w dokumentacji oraz SIWZ założeniami. Obowiązku stosowania KNR nie nakłada ani SIWZ, ani inne przepisy.

W dniu 06.06.2008r. wykonawca POLBUD złożył protest, zarzucając Zamawiającemu naruszenie **art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) - zwanej dalej ustawą Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę PRZEMYSŁÓWKA oraz żądając dokonania czynności odrzucenia tej oferty.

Podniósł, że konieczność konkurowania o udzielenie zamówienia publicznego z podmiotem, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, określonych w SIWZ w sposób rażąco narusza jego interes prawny.

W uzasadnieniu protestu wykonawca POLBUD stwierdził, że:

1. w ofercie wykonawcy PRZEMYSŁÓWKA w „Wykazie osób personelu kierowniczego (...)” – załącznik nr 8 – nie ujęto osoby posiadającej wymagane, zgodnie z wymaganiami SIWZ (str. 6) uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi w zakresie telekomunikacyjnym,
2. w opinii bankowej podano kwotę 9 755 332,27 zł jako środki na rachunku bieżącym, natomiast brak jest informacji o zdolności kredytowej, co oznacza, że wykonawca ten nie spełnił warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonej przez Zamawiającego w kwocie 10 mln zł,
3. w przedmiarze robót wykonawcy PRZEMYSŁÓWKA niektóre pozycje przyjęto błędnie (poz. 89, 80, 103, 104, 136, 195, 224, 230 – 234), niektóre ujęto, pomimo ich niewystępowania w przedmiarze przedstawionym przez Zamawiającego

W dniu 11.06.2008r. (pismem z dnia 10.06.2008r.) do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpił wykonawca PRZEMYSŁÓWKA, uzasadniając swój interes prawny udziałem w tym postępowaniu oraz uzyskaniem zamówienia w wyniku rozstrzygnięcia tegoż postępowania.

Przystępujący podniósł, że żądany przez Zamawiającego warunek wskazany w ust. 5 pkt 8 zaproszenia precyzował wielkość posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości 1 mln zł i wykonawca przedstawił dokument potwierdzający ten warunek. To, że w SIWZ pojawiła się wartość 10 mln może być traktowany wyłącznie w kategoriach oczywistej omyłki pisarskiej Zamawiającego.

Odnosnie uprawnień stwierdził, że w zakresie robót branży elektrycznej, jako kierownika robót telekomunikacyjnych wskazał Pana Piotra Barczyka.

Podniósł, że POLBUD nie postawił Zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz nie zażądał wykluczenia go na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Ponadto wskazał, że zgodnie z ust. 12 SIWZ: „Przedmiary robót należy traktować jako element pomocniczy do obliczenia ceny oferty. W cenie oferty należy uwzględnić ewentualne rozbieżności w ilości robót pomiędzy przedmiarami, a dokumentacją projektową i specyfikacjami technicznymi”.

W ocenie wykonawcy PRZEMYSŁÓWKA POLBUD nie wykazał w proteście swojego interesu prawnego i złożony przez POLBUD protest Zamawiający winien odrzucić na

podstawie art. 180 ust. 7 ustawy Pzp. Zażądał odrzucenia lub oddalenia protestu POLBUD w całości.

Zamawiający pismem z dnia 16.06.2008r., doręczonym wykonawcom w tym samym dniu, protest częściowo uwzględnił, częściowo oddalił.

Uwzględnienie protestu nastąpiło w zakresie zarzutu wystąpienia w niektórych pozycjach kosztorysu ofertowego niezgodności materiałowych, ponieważ Zamawiający uznał, że o ile odstępstwa ilościowe na podstawie ust. 12 SIWZ były możliwe, o tyle odstępstwa materiałowe nie były dopuszczone, a takie wystąpiły w poz. 89,90,103,104 i 195.

W ocenie Zamawiającego tego rodzaju niezgodności powodują, że treść złożonej oferty, stanowiąca treść zobowiązania wykonawcy jest sprzeczna z postanowieniami SIWZ, co stanowi podstawę jej odrzucenia, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Na potwierdzenie swojego stanowiska przywołał wyroki Zespołu Arbitrów o sygnaturach akt: UZP/ZO/0-977/07 i UZP/ZO/637/07.

Jednocześnie Zamawiający unieważnił postępowanie, wobec odrzucenia ofert obu wykonawców, w wyniku wniesionych protestów.

W dniu 20.06.2008r. pismem z tego samego dnia, z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 184 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca PRZEMYSŁÓWKA wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych poprzez jego nadanie w placówce pocztowej operatora publicznego, żądając:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
2. unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty ,
3. nakazania Zamawiającemu podjęcia czynności powtórnego badania i oceny ofert.

Podtrzymał, że POLBUD nie wykazał w proteście swojego interesu prawnego. Nadto stwierdził, że biorąc pod uwagę charakter wynagrodzenia w postaci ceny ryczałtowej oraz przedmiot zamówienia, który obejmuje wykonanie robót zgodnie z przekazaną dokumentacją projektową Zamawiający nie może wyciągać negatywnych skutków wobec wykonawcy, który w treści oferty uwzględnił dodatkowe koszty wykonania innych robót, które jego zdaniem wystąpią, a przyjęcie płytek z gresu antypoślizgowego zamiast betonowych płyt tarasowych oraz pokrycia dachów papą termozgrzewalną zamiast izolacji z folii nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty.

Przywołał wyroki KIO/UZP 282/08 i 283/08 oraz KIO/UZP 511/08, zgodnie z którymi Zamawiający, w przypadku wystąpienia rozbieżności pomiędzy zaoferowanym materiałem, a opisem przedmiotu zamówienia winien zbadać czy wykonawcy zaoferowali materiał, który był wymagany przez Zamawiającego oraz przed podjęciem czynności odrzucenia oferty na

podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 obowiązany jest przeprowadzić postępowanie wyjaśniające na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. dokumentacji postępowania oraz stanowisk i oświadczeń stron oraz Przystępującego, złożonych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

odnośnie interesu prawnego

Wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane „POLBUD” Sp. z o.o., wnosząc protest na zaniechanie przez Zamawiającego odrzucenia oferty „PRZEMYSŁÓWKA” Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Holding Sp. z o.o. nie posiadał interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ oferta, której odrzucenia żądał została przez Zamawiającego sklasyfikowana na miejscu niższym niż jego oferta, a zatem oferta wykonawcy PRZEMYSŁÓWKA nie może zagrażać pozycji POLBUD, a tym samym naruszać jego interesu prawnego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

W postępowaniu, zgodnie z pkt.13 SIWZ, jedynym kryterium oceny ofert była cena. Wykonawca POLBUD zaoferował wykonanie zamówienia za cenę 9 412 193,92 zł brutto, zaś wykonawca PRZEMYSŁÓWKA za cenę 12 012 588,05 zł brutto. Z porównania tych wartości wynika, że cena oferty POLBUD jest niższa, co oznacza, że z punktu widzenia przyjętego kryterium oceny, jest to oferta najkorzystniejsza (przy założeniu braku podstaw do wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty).

Przyjmując za własny pogląd, znajdujący odzwierciedlenie w dotychczasowym orzecznictwie Zespołów Arbitrów, KIO oraz Sądów Okręgowych, że interes prawny wykonawcy musi doznać uszczerbku w konkretnym postępowaniu, w którym on uczestniczy i polegać na tym, że traci on możliwość uznania jego oferty za ofertę najkorzystniejszą, przy czym interes ten nie może być oceniany pod kątem ewentualnego i niepewnego udziału odwołującego się w przyszłym postępowaniu o przedmiotowe zamówienie publiczne i uzyskanie w nim wyniku polegającego na wyborze przez zamawiającego jego oferty, skład orzekający Izby uznał, że brak było po stronie wykonawcy POLBUD interesu prawnego w sytuacji, gdy złożony protest nie zapewni mu możliwości uzyskania zamówienia, a tak właśnie jest w rozpatrywanym stanie faktycznym. Na możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia przez POLBUD w żaden sposób nie wpływa status wykonawcy PRZEMYSŁÓWKA i status jego oferty.

Wobec powyższego, jako że interes prawny stanowi materialnoprawną przesłankę skuteczności środka ochrony prawnej, skład orzekający Izby był zobowiązany do uznania, że

protest wniesiony przez POLBUD winien być przez Zamawiającego oddalony na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, a zarzuty merytoryczne pozostawione bez rozpatrzenia.

Natomiast wykonawca „PRZEMYSŁÓWKA” Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego Holding Sp. z o.o., wnosząc odwołanie od uwzględnienia przez Zamawiającego protestu wykonawcy POLBUD, posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ uznanie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty PRZEMYSŁÓWKA za niezasadne, przy założeniu, że utrzymana zostanie decyzja Zamawiającego, że odrzucenie oferty POLBUD było zasadne oznaczałoby, że wykonawca PRZEMYSŁÓWKA uzyskałby przedmiotowe zamówienie publiczne.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane „POLBUD” Sp. z o.o., wnosząc odwołanie od uwzględnienia przez Zamawiającego protestu wykonawcy PRZEMYSŁÓWKA, posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ oferta POLBUD jest najkorzystniejsza z punktu widzenia kryterium ceny – jedyne kryterium przyjętego do oceny ofert w tym postępowaniu, a zatem wykazanie przez POLBUD, że uznanie przez Zamawiającego, że jego oferta winna zostać odrzucona jest nieuzasadnione oznacza, że ta nieuprawniona decyzja Zamawiającego pozbawiła go możliwości uzyskania zamówienia.

odnośnie wskaźników cenotwórczych

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Na rozprawie wykonawca POLBUD przyznał, że podstawą wyceny kosztorysu ofertowego w zakwestionowanych przez Zamawiającego pozycjach, tj.:

1. str. 121 oferty POLBUD poz. 9d.2,
2. str. 121 oferty POLBUD poz. 12d.2,
3. str. 121 oferty POLBUD poz. 15d.2,
4. str. 121 oferty POLBUD poz. 16d.2,
5. str. 121 oferty POLBUD poz. 22d.2.

nie były KNR, ale że wykonawca dokonał tej wyceny na podstawie kalkulacji własnej. W ocenie POLBUD uprawnienie zastosowania wyceny własnej wynikało z pisma Zamawiającego z dnia 09.05.2008r.

Skład orzekający Izby uznał jednak, że brak było uzasadnienia dla przyjęcia takiego stanowiska, ponieważ pismo Zamawiającego z dnia 09.05.2008r. dotyczyło konkretnych kilku pozycji, co do których wykonawcy mieli wątpliwości w toku postępowania i tylko w odniesieniu do tych kilku pozycji możliwe jest odnoszenie treści tego pisma, w tym zdania

końcowego: „Proszę wszystkie pozycje kosztorysowe wyceniać jako kalkulacje własne”. Wśród pozycji, do których odnosił się Zamawiający w piśmie z dnia 09.05.2008r. brak jest wskazanych powyżej pozycji spornych.

Wobec powyższego stwierdzić należy, że wykonawca POLBUD nie zastosował żądanych przez Zamawiającego w SIWZ podstaw wyceny KNR, a zatem, że treść jego oferty jest sprzeczna z treścią SIWZ, co przesądza o konieczności odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

odnośnie tabel scalonych

Zarzut zasługuje na uwzględnienie.

Sam wymóg uwzględnienia tabel scalonych miał charakter wymogu formalnego. Z punktu widzenia treści żądania, najistotniejsze jest, aby Zamawiający znał, które pozycje zostały scalone. Taką wiedzę daje Zamawiającemu również sposób scalenia zastosowany przez POLBUD, co Zamawiający na rozprawie potwierdził, choć wskazał, że wymaga to z jego strony dużego nakładu pracy i czasu. Uznając jednak trafność twierdzenia POLBUD, że Zamawiający nie wprowadził w SIWZ żadnych wymagań co do tego, jakie elementy scalone ma zawierać tabela, ani stopnia ich agregacji, stwierdzić należy, że z tej perspektywy nie sposób zarzucić scaleniu POLBUD jakiegokolwiek uchybienia.

Niezależnie od tego, w ocenie składu orzekającego Izby, wymaganie Zamawiającego odnośnie dokumentów, które wykonawcy winni załączyć do oferty, zawarte w pkt 12 SIWZ, w tym zdanie: „Kosztorysy uproszczone uwzględniające wszystkie koszty opisane w pkt 12 niniejszej specyfikacji z tabelami elementów scalonych” można interpretować dwojako:

1. Zamawiający zażądał załączenia do oferty kosztorysu uproszczonego, który uwzględnia wszystkie koszty opisane w pkt 12 SIWZ oraz zażądał załączenia tabel elementów scalonych,
2. Zamawiający zażądał załączenia do oferty kosztorysu uproszczonego, który ma uwzględniać wszystkie koszty opisane w pkt 12 SIWZ oraz ma uwzględniać tabele elementów scalonych.

Wobec możliwości co najmniej dwojakiego rozumienia żądania Zamawiającego, skład orzekający Izby uznał za dopuszczalne odczytanie przez POLBUD postanowień w sposób, o którym mowa powyżej w pkt. 2. Podzielił także pogląd POLBUD, że wątpliwości powstałe na tle treści postanowień SIWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy, w tym przypadku na niekorzyść POLBUD.

odnośnie niezgodności materiałowych

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Wykonawca PRZEMYSŁÓWKA zaoferował w swoim kosztorysie w kilku pozycjach, tj. poz. 89,90,103, 104 i 195 materiały inne niż zażądał Zamawiający, czego Wykonawca PRZEMYSŁÓWKA nie kwestionował. Sam wykonawca nie traktował tych materiałów w kategoriach równoważności, o czym świadczy fakt, że nie ujął ich w wykazie, który winien w takim przypadku złożyć zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ.

W ocenie składu orzekającego Izby, w sytuacji, gdy rodzaj wymaganych przez Zamawiającego materiałów nie mógł budzić wątpliwości, brak było podstaw do wezwania wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, ponieważ treść oferty wykonawcy była w zakresie oferowanego rodzaju materiałów jednoznaczna.

Zamawiający nie dopuścił odstępstw co do rodzaju stosowanych materiałowych; uczynił to wyłącznie w odniesieniu do ilości robót uwzględnionych w przedmiarze.

Niezgodność treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ w zakresie materiałów jest ewidentna, co przesądza o konieczności odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Stanowiska składu orzekającego Izby nie może zmienić ryczałtowy charakter ceny przyjęty w tym postępowaniu, ponieważ nie mamy w tym przypadku do czynienia z żadnym z wskazanym w art. 88 Pzp rodzajem omyłki rachunkowej, ale z zaoferowaniem innych niż żądane materiałów.

Reasumując, skład orzekający Izby uznał, że istnieją przesłanki odrzucenia obu ofert. Nie nakazał jednak Zamawiającemu unieważnienia postępowania, ponieważ Zamawiający uczynił to już wcześniej. I choć Zamawiający nie był wówczas uprawniony do dokonywania czynności unieważnienia postępowania (nie uwzględnił wszystkich żądań wykonawców, które zostały złożone w toku postępowania protestacyjnego, co zresztą jest niemożliwe w sytuacji, gdy żądania te sobą przeciwstawne) to niecelowe w tej sytuacji byłoby nakazywanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

Skład orzekający Izby nie dopatrywał się w toku rozpatrywania sprawy podstaw do unieważnienia postępowania z urzędu.

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

Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), uznał za uzasadnione koszty Zamawiającego w przypadku odwołania złożonego przez POLBUD oraz koszty Odwołującego PRZEMYSŁÓWKA w przypadku odwołania złożonego przez tego wykonawcę poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Łomży**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*