

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 14 stycznia 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Jolanta Markowska  
**Członkowie:** Agata Mikołajczyk  
Dagmara Gałczewska- Romek  
**Protokolant:** Agata Dziuban

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 14 stycznia 2010r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Ekokaloria PKB Sp. z o.o. Spółka Komandytowo – Akcyjna, ul. Hauke Bosaka 9, 25-214 Kielce** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Klucze ul. Partyzantów 1, 32-310 Klucze** protestu z dnia 21 października 2009 r.

**orzeka:**

**1. odrzuca odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża Ekokaloria PKB Sp. z o.o. Spółka Komandytowo – Akcyjna, ul. Hauke Bosaka 9, 25-214 Kielce i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Ekokaloria PKB Sp. z o.o. Spółka Komandytowo – Akcyjna, ul. Hauke Bosaka 9, 25-214 Kielce,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 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 5 556 zł 0 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Ekokaloria PKB Sp. z o.o. Spółka Komandytowo – Akcyjna, ul. Hauke Bosaka 9, 25-214 Kielce.**

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

Zamawiający: Gmina Klucze prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. "Kompleksowa termomodernizacja budynku Szkoły Podstawowej i Gimnazjum w Kluczach wraz z instalacją solarną do podgrzewu wody w basenie i ciepłej wody użytkowej -ETAP II". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP pod nr 134445 w dniu 17 sierpnia 2009 r.

Pismem z dnia 14 października 2009r. zamawiający poinformował odwołującego Ekokaloria PKB Sp. z o.o. Spółka Komandytowo – Akcyjna z siedzibą w Kielcach o wykluczeniu tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zmianami) wobec złożenia w ofercie zaświadczenia naczelnika urzędu skarbowego wystawionego wcześniej niż trzy miesiące przed upływem terminu składania ofert oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta złożona przez CEW Firma Remontowo-Budowlana Produkcyjno-Handlowa mgr inż. Krzysztof Ćmiel w Kluczach Krzywopłoty.

Odwołujący wniósł protest na ww. czynności zamawiającego zarzucając:

- 1) dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp,

- 2) zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia brakującego dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu tj. z naruszeniem art. 26 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,
- 3) wykluczenie odwołującego z postępowania z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł w proteście o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego,
- 3) wezwanie odwołującego do złożenia brakującego dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- 4) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 5) dokonanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty odwołujący wskazał, co następuje:

Oferta odwołującego, wobec braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, powinna zostać poddana merytorycznej ocenie, a w konsekwencji uznana za najkorzystniejszą. Stwierdził, iż wykluczenie go z postępowania oraz dokonany wybór oferty najkorzystniejszej narusza zasadę równego traktowania wykonawców, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Wskazał, że złożenie dokumentu, który nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu. Zaświadczenie naczelnika urzędu skarbowego, złożone przez odwołującego, zostało wystawione wcześniej niż trzy miesiące przed upływem terminu składnia ofert, tj. przed dniem 25 września 2009r. zatem odwołujący powinien zostać wezwany do złożenia prawidłowo wystawionego dokumentu. Brak wezwania oznacza naruszenie art. 26 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W tych okolicznościach wykluczenie odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest przedwczesne i zostało dokonane z rażącym naruszeniem przepisów ustawy.

Zamawiający uwzględnił protest w zakresie żądania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz żądania powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Zamawiający unieważnił wskazane wyżej czynności oraz powtórzył czynności badania i oceny ofert, w tym oferty odwołującego. Zamawiający oddalił protest w części dotyczącej wezwania odwołującego do złożenia brakującego dokumentu, potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz w zakresie żądania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Oddalenie w tej części protestu zamawiający uzasadnił wskazując, iż nie ma obowiązku wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentu - zaświadczenia właściwego naczelnika Urzędu

Skarbowego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ mimo złożenia dokumentu oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zważywszy, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż w kosztorysach ofertowych wystąpiły następujące błędy:

#### 1. AKPiA

- pozycja nr 130 - jest obmiar 1 ukł., a powinno być 0 szt.
- pozycja nr 137 - jest obmiar 0 szt., a powinno być 1 szt.

#### 2. Instalacja elektryczna wymiennikownia c.o, i c.W.U

- pozycja nr 380 - jest obmiar 70 m, a powinno być 6 m.
- pozycja nr 393 - jest obmiar 9 szt., a powinno być 1 szt.

Zamawiający wyjaśnił, że nie może poprawić powyższych omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ spowodowałyby to zmianę treści oferty. Brak prawidłowej wyceny wszystkich wymaganych pozycji kosztorysowych wpływa na treść oferty i powoduje, iż oferta jest nieporównywalna z innymi ofertami. Podkreślił, iż kosztorysy ofertowe nie mogą odbiegać od opisu przedmiotu zamówienia.

Wykonawca Ekokaloria PKB Sp. z o.o. Spółka Komandytowo – Akcyjna wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu. Zarzucił zamawiającemu w odwołaniu:

1) naruszenie art. 26 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu,

2) naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz oczywistych omyłek rachunkowych.

Odwołujący wniósł w odwołaniu o nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do złożenia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, poprawienia omyłki polegającej na niezgodności treści oferty odwołującego ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz oczywistych omyłek rachunkowych, zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że oddalając protest zamawiający podał nowe zarzuty co do treści oferty (kosztorysów ofertowych), których nie zawarł w piśmie informującym o wykluczeniu odwołującego. Odwołujący nie zgodził się, że oferta mimo złożenia brakującego dokumentu podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie odwołującego wskazane niezgodności oferty, nadają się do poprawienia zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wobec powyższego, brak wezwania do uzupełnienia dokumentu oznacza naruszenie art. 26 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał również, że braki w kosztorysie pozycji 130 i 137 nie mogą być uznane za błędy, gdyż zostały one ujęte w ofercie. Odwołujący powołał się na wyjaśnienia siwz zawarte przez zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 40, 60 i 19 w pismach z dnia 10 września 2009r. i 16 września 2009r. Przyznał, iż za błąd mogą być uznane nieścisłości z poz. 380 i 393. Błędy te nie powodują jednak istotnych zmian w treści oferty i powinny być poprawione na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez przyjęcie prawidłowych ilości i pomnożenie ich przez ceny jednostkowe zawarte w kosztorysie. Podkreślił, że różnice w tych pozycjach pomiędzy wartościami przyjętymi w ofercie, a specyfikacją istotnych warunków zamówienia wynoszą „zaledwie: w poz. 380 -  $64 \times 5,412 = -346,368$  zł, a w poz. 393 -  $8 \times 20,954 = 167,632$  zł”. Uwzględniając konsekwencje rachunkowe wskazanych wyżej poprawek, zamawiający powinien poprawić oczywiste omyłki rachunkowe (art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp).

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na posiedzeniu, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy Pzp jako, że nie zostało poprzedzone protestem w rozumieniu przepisu art. 180 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł protest w dniu 21 października 2009 r. na czynność (decyzję) zamawiającego z dnia 14 października 2009 r. o wykluczeniu odwołującego z postępowania oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołujący podniósł w proteście zarzuty dotyczące powyższych czynności wskazując, iż zamawiający dokonując tych czynności naruszył przepis art. 26 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Zgłoszone w proteście żądania dotyczyły czynności podjętych przez zamawiającego w dniu 14 października 2009 r. i zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentu. Zamawiający uwzględnił w rozstrzygnięciu protestu żądania wykonawcy w zakresie unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz w zakresie powtórzenia czynności badania i oceny ofert. Pismem z dnia 30 października 2009r. zamawiający poinformował odwołującego o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert oraz o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej. W ramach nowych czynności zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania. Zamawiający uznał, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt

2 ustawy Pzp, dlatego też nie wzywał wykonawcy do złożenia prawidłowego dokumentu na podstawie art. 26 ust 3 ustawy Pzp. Powyższe informacje zostały zawarte także w rozstrzygnięciu protestu. W odwołaniu odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a także naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 191 ust. 3 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Zatem zarzuty zawarte w odwołaniu mogą podlegać rozpoznaniu tylko wówczas, gdy zostały również zawarte w proteście.

Izba stwierdziła, że w odwołaniu nie zostały podniesione zarzuty, które były zawarte w proteście z dnia 21 października 2009 r. - poprzedzającym rozpoznawane odwołanie. Nie podniesiono w odwołaniu zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania, natomiast zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp został podniesiony w odniesieniu do nowej podstawy faktycznej - nowej czynności zamawiającego i w związku z tym zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentu, co wynika wprost ze wskazania przez odwołującego w treści odwołania, iż przepis ten został naruszony w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. w związku ze stwierdzonymi przez zamawiającego podstawami do odrzucenia oferty odwołującego. Podkreślić przy tym należy, iż przez zarzuty należy rozumieć oświadczenia odwołującego, w których wskazuje on na istnienie okoliczności, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych). Dlatego odniesienie naruszenia danego przepisu do nowych okoliczności, w tym przypadku – wynikających z nowej, kolejnej czynności zamawiającego i zaniechania - jako podstawy do stwierdzenia naruszenia tego przepisu, pomimo, iż wskazano ten sam artykuł ustawy Pzp, stanowi nowy zarzut.

Z treści rozpoznawanego odwołania wynika, że odwołanie dotyczy nowych czynności dokonanych przez zamawiającego w dniu 30 października 2009 r. tj. decyzji zamawiającego o stwierdzeniu podstaw do odrzucenia oferty i wykluczenia odwołującego z postępowania bez wzywania do uzupełnienia dokumentu z uwagi na fakt, iż oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący jednoznacznie podniósł w odwołaniu zarzuty dotyczące zaniechania wezwania odwołującego do złożenia brakującego dokumentu wobec uznania, że oferta podlega odrzuceniu tj. naruszenie art. 26 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz zaniechania poprawienia w ofercie odwołującego omyłek tj. naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Są to nowe zarzuty ściśle związane z decyzją zamawiającego z dnia 30 października 2009 r. Zarzuty te nie były podniesione w proteście z dnia 21 października 2009 r. W dniu 21 października 2009 r. odwołujący nie posiadał jeszcze informacji, które stanowią podstawę do zawartych w odwołaniu zarzutów - została

ona przekazana odwołującemu dopiero w zawiadomieniu z dnia 30 października 2009 r. oraz w rozstrzygnięciu protestu. Wskazać należy, że dokładnie te same zarzuty, które odwołujący podniósł w odwołaniu zostały zawarte w kolejnym proteście wniesionym przez odwołującego tj. w proteście z dnia 9 listopada 2009 r. Powyższe wynika jednoznacznie z treści tego protestu.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, że odwołanie zawiera nowe zarzuty w stosunku do zarzutów zawartych w proteście z dnia 21 października 2009 r. oraz, że zarzuty te dotyczą innej czynności niż czynność (decyzję), wobec której został wniesiony protest w dniu 21 października 2009 r. W konsekwencji należało uznać, że odwołanie nie zostało poprzedzone protestem, wniesionym wobec czynności, której dotyczą zarzuty odwołania. Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp wobec czynności lub zaniechania przez zamawiającego dokonania czynności przysługuje wykonawcy protest, a nie odwołanie. Odwołanie wnosi się od rozstrzygnięcia protestu, a zatem od stanowiska zamawiającego wobec podniesionych w proteście zarzutów oraz związanych z nimi żądań. Informacje o nowych czynnościach zawarte w rozstrzygnięciu protestu nie mogą stanowić uzasadnienia do formułowania w odwołaniu nowych zarzutów, które nie były zawarte w proteście. Informacje o nowych czynnościach stanowią podstawę do wniesienia protestu wobec tych czynności, a nie odwołania. Z tego punktu widzenia należy wskazać dodatkowe okoliczności ustalone w toku postępowania. Zarzuty i żądania zawarte w rozpoznawanym odwołaniu zostały niezależnie również podniesione w proteście odwołującego z dnia 9 listopada 2009 r., który został rozstrzygnięty przez zamawiającego w dniu 17 listopada 2009 r. poprzez jego uwzględnienie w całości. Zamawiający uznał zasadność żądań zawartych w ww. proteście, unieważnił czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność wykluczenia odwołującego dokonaną w dniu 30 października 2009 r. Zamawiający uznał za zasadne wezwanie odwołującego do uzupełnienia brakującego dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu, poprawienia w ofercie odwołującego omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz oczywistych omyłek rachunkowych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, a także powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Uwzględniając dokonane ustalenia Izba uznała, że odwołanie nie zostało poprzedzone protestem, wobec czego, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy Pzp, Izba postanowiła jak sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....