

Sygn. akt KIO/UZP 1114/09

Sygn. akt KIO/UZP 1129/09

WYROK
z dnia 9 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

**Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Renata Tubisz**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 września 2009 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 września 2009 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

- A. Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Grupa 3J S.A. (Lider Konsorcjum) i Arkadiusz Wawrzyński prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: AWAMED – MEDIZINETECHNIK Arkadiusz Warzyński z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Żegańska 19, 04-713 Warszawa**

- B. Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Precise Building Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), PBU BUDOPOL - POZNAŃ Sp. z o.o., Paweł Olejniczak, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Paweł Olejniczak BREVITER Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowe Zaopatrzenia i Handlu, z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Wierzbowa 34, Siekierki Wielkie, 62-025 Kostrzyn**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego, ul. Fredry 10, 61-701 Poznań** protestów z dnia 16 i 20 lipca 2009 r.

przy udziale wykonawcy: **Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Precise Building Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), PBU BUDOPOL -POZNAŃ Sp. z o.o., Paweł Olejniczak, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Paweł Olejniczak BREVITER Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowe Zaopatrzenia i Handlu, z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Wierzbowa 34, Siekierki Wielkie, 62-025 Kostrzyn, zgłaszającego swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego oznaczonego sygn. akt: KIO/UZP 1114/09** po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. oddala odwołania

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Grupa 3J S.A. (Lider Konsorcjum) i Arkadiusz Wawrzyński prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: AWAMED – MEDIZINETECHNIK Arkadiusz Warzyński z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Żegańska 19, 04-713 Warszawa i Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Precise Building Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), PBU BUDOPOL - POZNAŃ Sp. z o.o., Paweł Olejniczak, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Paweł Olejniczak BREVITER Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowe Zaopatrzenia i Handlu, z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Wierzbowa 34, Siekierki Wielkie, 62-025 Kostrzyn** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości **2 231 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Grupa 3J S.A. (Lider Konsorcjum) i Arkadiusz Wawrzyński prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: AWAMED – MEDIZINETECHNIK Arkadiusz Warzyński z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Żegańska 19, 04-713 Warszawa;**

- B** koszty w wysokości **2 231 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Precise Building Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), PBU BUDOPOL - POZNAŃ Sp. z o.o., Paweł Olejniczak, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Paweł Olejniczak BREVITER Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowe Zaopatrzenia i Handlu, z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Wierzbowa 34, Siekierki Wielkie, 62-025 Kostrzyn,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Grupa 3J S.A. (Lider Konsorcjum) i Arkadiusz Wawrzyński prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: AWAMED – MEDIZINETECHNIK Arkadiusz Warzyński z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Żegańska 19, 04-713 Warszawa na rzecz Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego, ul. Fredry 10, 61-701 Poznań** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **35 538 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A** kwoty **17 769 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Grupa 3J S.A. (Lider Konsorcjum) i Arkadiusz Wawrzyński prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: AWAMED – MEDIZINETECHNIK Arkadiusz Warzyński z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Żegańska 19, 04-713 Warszawa,**
- B** kwoty **17 769 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) na rzecz **Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Precise Building Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), PBU BUDOPOL - POZNAŃ Sp. z o.o., Paweł Olejniczak, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Paweł Olejniczak BREVITER Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowe Zaopatrzenia i Handlu, z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Wierzbowa 34, Siekierki Wielkie, 62-025 Kostrzyn.**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Rozbudowę Szpitala Klinicznego Przemienienia Pańskiego Uniwersytetu Medycznego im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu przy ul. Szamarzewskiego 82/84. Roboty budowlane - stan wykończeniowy. Dostawa i montaż – prefabrykowany system ścianek systemowych i sufitów”, którego dotyczą odwołania wniesione przez Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Grupa 3J S.A. (Lider Konsorcjum) i Arkadiusz Wawrzyński, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: AWAMED – MEDIZINETECHNIK Arkadiusz Wawrzyński z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Warszawie (sygn. akt: KIO/UZP 1114/09), zwane dalej: „Grupa 3J” oraz Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Precise Building Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), PBU BUDOPOL - POZNAŃ Sp. z o.o., Paweł Olejniczak, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Paweł Olejniczak BREVITER Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowe Zaopatrzenia i Handlu, z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Kostrzynie (sygn. akt: KIO/UZP 1129/09), zwane dalej: „Precise Building” zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 8 kwietnia 2009 r. (nr ogłoszenia: 2009/S 68 - 098115). Postępowanie to prowadzi Uniwersytet Medyczny im. Karola Marcinkowskiego w Poznaniu zwany dalej: „Zamawiającym”, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”.

Przedmiotem złożonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a rozpatrywanych przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołań i poprzedzających ich protestów była czynność Zamawiającego oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, o której Zamawiający poinformował wykonawców w dniu 9 lipca 2009 r. W informacji tej wskazano, że z sześciu złożonych w postępowaniu ofert jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Precise Building Sp. z o.o. z siedzibą w Siekierkach Wielkich, natomiast wykluczono z postępowania dwóch wykonawców oraz odrzucono oferty dwóch wykonawców, w tym ofertę Odwołującego Grupa 3 J.

Sygn. akt: KIO/UZP 1114/09

Na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 16 lipca 2009 r. i odrzucenie swojej oferty Odwołujący Grupa 3J złożyła do Zamawiającego protest, w którym wskazała na naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów ustawy Pzp: art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1 i 2, art. 26 ust. 2 oraz przepisów art. 5 i 58 § 1 i 2 KC w związku

z art. 14 ustawy Pzp. Odwołujący zażądał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i przywrócenia do postępowania jego oferty oraz dokonanie ponownej oceny ofert. Podniósł również, że jego oferta po przywróceniu do postępowania będzie ofertą najtańszą.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący Grupa 3J wskazał, że jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako sprzeczna z SIWZ wbrew zapisom pkt: 9.2, 9.3, 9.7, 9.8, 9.10 i 9.11 SIWZ i w tym zakresie podniósł co następuje:

- 1) Odnośnie okoliczności wskazywanych w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego w pkt od 1 do 6 załącznika nr 1 do informacji o wynikach postępowania z dnia 9 lipca 2009 r., wskazujących na to, że w ofercie Odwołującego zastosowano zamienniki materiałów i urządzeń znacznie zaniżając przy tym ceny oraz, że nie udokumentowano w sposób zgodny z pkt 6.5 SIWZ podstawy i poprawności dokonania zmian, Odwołujący wskazał na daleko idącą, subiektywną ocenę oferty Odwołującego, dokonaną przez Zamawiającego, przy której nie wziął on pod uwagę własnych zapisów SIWZ. Zgodnie z pkt 9.7 i 9.8 SIWZ Zamawiający wymagał załączenia do oferty kosztorysu uproszczonego zawierającego opis elementu robót, ilości jednostek przedmiarowych, cenę jednostkową i wartość netto oraz zestawienie materiałów. Zamawiający tym samym nie dysponując kosztorysem szczegółowym dokonał interpretacji poszczególnych pozycji załączonej listy materiałów, dowolnie przyporządkowując je do wybranych przez siebie pozycji kosztorysowych i wyciągając wnioski, że materiały mają zaniżoną cenę lub nie odpowiadają projektowanym. Zamawiający nie wziął pod uwagę, że załączone do oferty kosztorysy mają identyczny opis pozycji jak udostępnione przez niego przedmiary, nie zwrócił też uwagi na ceny jednostkowe poszczególnych elementów robót, które odpowiadają realnej cenie ich wykonania. Odwołujący Grupa 3J podniósł, że nie dokonał żadnych zmian w zakresie wymagań kwestionowanych we wskazanych punktach niezgodności jego oferty z wymaganiami SIWZ, tym samym nie miał on obowiązku zastosować się do normy opisanej w pkt 6.5 SIWZ. Podkreślił, że ewentualne wątpliwości dotyczące przypuszczalnych rozbieżności pomiędzy treścią kosztorysu ofertowego (zgodnego z opisem udostępnionych przedmiarów), a zestawieniem materiałów stanowiącym załącznik do kosztorysu ofertowego Zamawiający – zdaniem Odwołującego – mógł rozstrzygnąć stosując przepis art. 87 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Zamawiający dwukrotnie wzywał Odwołującego Grupę 3J do wyjaśnień lub uzupełnienia treści złożonej oferty: raz w trybie art. 26 ust. 3, drugi raz w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w żadnym jednak z wezwań nie zażądał wyjaśnienia kwestii będących późniejszą podstawą do odrzucenia jego oferty. Zamawiający nie

wyszczególniając swoich zarzutów odnośnie niewłaściwych jego zdaniem materiałów w wezwaniu w trybie art. 26 ustawy Pzp uniemożliwił Odwołującemu odniesienie się do nich i poprawienie określonych nazw i typów jako omyłki pisarskiej.

- 2) Powołał się na zapisy pkt 9.2. SIWZ, zgodnie z którym cena określona w ofercie była rozumiana jako cena ryczałtowa za wykonanie całości zamówienia oraz pkt 9.3 SIWZ, zgodnie z którym dostarczone przedmiary są elementem pomocniczym, mającym ułatwić wykonawcom sporządzenie oferty.

Podawany w ofercie zakres wyceny mógł być zatem – zdaniem Odwołującego - niekompletny, a sposób wyceny nie był obowiązujący dla wykonawców i nie determinował technologii wykonania prac. Podstawą wyceny przedmiotu zamówienia była dokumentacja techniczna i Stwor, przedmiar był materiałem pomocniczym mającym jedynie ułatwić wycenę oferty (pkt 9.3. SIWZ). Tym samym Odwołujący wskazał, że elementy nie wycenione w kosztorysie powinny być traktowane jako ujęte w cenie oferty i mają być wykonane nieodpłatnie (pkt 1 oświadczenia z formularza oferty), ponieważ przy cenie ryczałtowej zamówienia kosztorys ofertowy nie podlega ocenie.

Odwołujący Grupa 3J powołał się przy tym na orzecznictwo KIO (wyrok z dnia 15 stycznia 2008 r.; sygn. akt: KIO/UZP 65/07, wyrok z dnia 29 stycznia 2009; sygn. akt: KIO/UZP 48/09) oraz wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 6 marca 2001 r. (sygn. akt: ICA 1147/00).

- 3) Odnośnie zarzutu postawionego w pkt 7 informacji o odrzuceniu jego oferty (wskazanie w ofercie jedynie szafek klimatyzacyjnych) podkreślił, że Zamawiający nie zamieścił w dokumentacji żadnych parametrów projektowanych szaf klimatyzacyjnych poza wydajnością nawiewu i wywiewu poszczególnych szaf i ogólnie ich modułów składowych. Parametrów tych nie można było zestawić tabelarycznie do porównania bo ani projektant, ani Zamawiający ich nie określił, zatem żądanie takiego zestawienia było nieuzasadnione. Do oferty Grupy 3J zostały natomiast załączone wymagane w punkcie 6.5 SIWZ dokumenty, tj. karty doboru zamiennych szaf klimatyzacyjnych wraz ze szczegółowymi parametrami technicznymi poszczególnych modułów proponowanych zamienników. Dołączono rysunki poglądowe ukazujące poszczególne moduły szaf, oraz atest Państwowego Zakładu Higieny. Zamawiający natomiast, dysponując w ofercie szczegółowymi danymi proponowanych zamienników nie zakwestionował żadnego z przedstawionych parametrów technicznych tylko brak tabeli porównawczej, której nie można było sporządzić ze względu na brak danych do porównania. Zamawiający wystąpił w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jedynie o tłumaczenie dokumentów zamieszczonych w języku obcym.

Odwołujący powołał się przy tym na wyrok KIO z dnia 21 maja 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 585/09)

- 4) Odnośnie zarzutu postawionego w pkt 8 uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego podkreślił, że dokładny opis systemu, tożsamy z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w opisie pozycji udostępnionych przedmiarów na zabudowę systemową bloku operacyjnego i OIOM, był przedstawiony w opisie poszczególnych pozycji kosztorysów ofertowych (zabudowa sal operacyjnych i zabudowa OIOM). Podkreślił, że system zabudowy pomieszczeń czystych jest wyrobem indywidualnym, wykonywanym na wymiar. Wymaga on zatem sporządzenia dokładnej dokumentacji wykonawczej, uwzględniającej rzeczywiste wymiary pomieszczeń, punkty poboru mediów, itp., co podkreślił Zamawiający w punkcie 2.1. dodatku nr 8 do SIWZ. Wymieniona dokumentacja wykonawcza stanowi podstawę do sporządzenia indywidualnej dokumentacji technicznej wyrobu, zawierającej deklarację zgodności wykonania z projektem, z odpowiednimi normami, atestami i aprobatami, przekazywanej inwestorowi w trakcie odbioru pomieszczeń wykonanych w przedmiotowym systemie. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający mógł wezwać go do uzupełnienia oferty o atesty i inne wymagane przez niego dokumenty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp lecz tego nie uczynił mimo takiego obowiązku wynikającego z tego przepisu.
- 5) Odnośnie zarzutu postawionego w pkt 9 uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego podkreślił, że twierdzenie Zamawiającego jest ogólnikowe i nie zawiera dowodu potwierdzającego jego prawdziwość. Zmiany w ilości wykładzin w kosztorysie ofertowym w stosunku do ilości wymienionych w udostępnionym przedmiarze robót budowlanych dokonano zgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w odpowiedziach na pytania 13 i 14 z dnia 7 maja 2009 r. (pismo znak: L.Oz.: OZP-401/09) i załączonym do tych odpowiedzi zestawieniem pomieszczeń. Ewentualne rozbieżności w wyliczeniach stanowią ryzyko wykonawcy w ramach ceny ryczałtowej i nie mogą być podstawą do odrzucenia oferty.
- 6) Odnośnie zarzutu postawionego w pkt 10 uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, że Zamawiający analizując jego ofertę stwierdził, że to wykonawca wprowadził do opisu wielu pozycji kosztorysowych (tj. poz. 35, 205, 244, 245, 335, 336, 337, 305, 373) zapis „lub równoważny”, co sprawia, że nie wie, jakie materiały będą zastosowane. Odwołujący podkreślił, że to Zamawiający w udostępnionym przedmiarze robót budowlanych (plik budowlanka 2 etap. pdf) we wszystkich wymienionych pozycjach przedmiaru zawarł zapis: „lub równoważne”. Wykonawca samodzielnie nie wprowadził tego zapisu, wycenił jedynie udostępniony przedmiar bez dokonywania zmian w opisie pozycji. Podkreślił, że Zamawiający nie zauważył faktu, że w każdej z wymienionych pozycji występuje nazwa materiału lub

technologii zgodnej z projektem technicznym. Takie to materiały i technologie zostały zaofერowane przez Odwołującego Grupę 3J bez wprowadzania zamienników.

- 7) Odnośnie zarzutu postawionego w pkt 11 uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego podniósł on, że twierdzenie Zamawiającego jakoby wykonawca zaofерował kompletny sufit podwieszony rastrowy za cenę jednostkową 7,01 zł/m² jest pozbawione podstaw, gdyż finalna oferowana cena jednostkowa wykonania 1 m² sufitu stanowi cenę jednostkową pozycji kosztorysu ofertowego wynoszącą 71,05 zł/m², co jest realną ceną rynkową wykonania, a nie jest to cena wzięta z zestawienia materiałów, tj. 1 m² płyty wypełnienia sufitu nazwany omyłkowo sufit podwieszony rastrowy kompletny.
- 8) Odwołujący Grupa 3J podniósł, że w szeregu pozycjach informacji Zamawiającego o niezgodności oferty Odwołującego z wymaganiami SIWZ, Zamawiający stwierdza rzekomą niezgodność oferty z jego oczekiwaniami, jednocześnie nie wskazując gdzie te oczekiwania zostały wyartykułowane w dokumentach przetargowych oraz nie podając żadnych czynności mających na celu ewentualne wyjaśnienie swoich wątpliwości. W rezultacie w sposób całkowicie bezpodstawny i nieuzasadniony Zamawiający wyciąga wniosek dotyczący zniżenia ceny oferty konsorcjum, jednocześnie de facto w piśmie o wynikach postępowania, nie wskazując żadnej podstawy prawnej (podano wyłącznie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).
- 9) Odwołujący podniósł, że odrzucenia oferty nie można dokonywać w sprzeczności z art. 5 KC, zgodnie z którym nie można czynić ze swojego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego.
- 10) Podkreślił też, że Zamawiający nie może wywodzić negatywnych dla wykonawcy skutków prawnych w postaci odrzucenia jego oferty, z powołaniem na przesłankę z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w sytuacji gdy SIWZ nie zawiera wyraźnego, jednoznacznie określonego wymogu odnośnie oczekiwań Zamawiającego co do treści oferty.
- 11) Podkreślił też, że w myśl art. 87 ustawy Pzp, Zamawiający w toku sprawdzania ofert przetargowych, stwierdzając w nich niezgodności, może zażądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących ich treści. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonując sprawdzenia i oceny ofert nie wezwał do wyjaśnienia stwierdzonych niezgodności w ofercie Odwołującego. W związku zatem z zaniechaniem przez Zamawiającego wezwania do wyjaśnienia Odwołujący pozbawiony został możliwości udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Powołał się przy tym na orzecznictwo KIO (wyrok z dnia 5 marca 2008 r.; sygn. akt: KIO/UZP 141/08).
- 12) Odwołujący podniósł również, że zgodnie z art. 58 KC czynność prawna sprzeczna z ustawą, a taką w ocenie Odwołującego jest odrzucenie jego oferty, jest nieważna.

- 13) Odwołujący podniósł także, że obowiązek przestrzegania zasad uczciwej konkurencji został potraktowany przez Zamawiającego w sposób budzący uzasadnione wątpliwości, tym bardziej, że wybrana oferta jest o ponad 7 milionów złotych droższa od oferty Odwołującego

Informację o złożonym proteście Zamawiający przekazał wykonawcom, w tym wykonawcy Konsorcjum Precise Building Sp. z o.o. 16 lipca 2009 r., wzywając ją jednocześnie do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu przez Grupę 3J. Konsorcjum Precise Building Sp. z o.o. w dniu 17 lipca 2009 r. 2009 r. złożył swoje przystąpienie do protestu Grupy 3J, wskazując, że protest winien być oddalony.

Zamawiający pismem z dnia 29 lipca 2009 r. doręczonym Odwołującemu Grupa 3J w dniu 24 czerwca 2009 r. rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu przywołano następującą argumentację:

- 1) Odwołujący zastosował w swojej ofercie szereg materiałów do realizacji przedmiotu, które nie odpowiadają wymogom SIWZ; przy czym nie są to materiały równoważne - w jego ocenie są to materiały gorsze i tańsze. Powyższe dotyczy: zastosowanego styropianu ocieplającego, jego grubości (w SIWZ 13 cm, w ofercie 5 cm), tynków zewnętrznych (w SIWZ miał to być tynk dekoracyjny akrylowy z efektem samooczyszczającym, w ofercie tynk mineralny, tj. sucha mieszanka mineralna), zastosowanych materiałów w poz. 24 kosztorysu branży budowlanej (w SIWZ - pustaki ścienne ceramiczne klasy 15 a ofercie – bloczki z betonu komórkowego), średnicy rynien dachowych (w SIWZ 160 mm, a w ofercie – 110 mm), użycia listwy odbojowej (w SIWZ wraz z poręczą w ofercie brak), użycia kleju do ułożenia wykładzin (w SIWZ TOMIST 440, w ofercie klej winylowy o innych parametrach), izolacji w pomieszczeniach mokrych (w SIWZ z folii płynnej, w ofercie – roztwór asfaltowy o innych parametrach), wskazanie sufitu podwieszanego – zatem Zamawiający podtrzymał treść odrzucenia oferty Odwołującego zawartą w załączniku nr 1 do pisma z dnia 9 lipca 2009 r., bowiem oferta ta jest sprzeczna z SIWZ
- 2) Stwierdził, że nie jest możliwe zastosowanie w niniejszym przypadku art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, bowiem uzupełnienie dokumentów, o których mowa w tym przepisie dotyczy wyłącznie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu , stąd też nie jest możliwe uzupełnienie treści kosztorysu, czy też zestawienia materiałów
- 3) Wskazała na niemożność zastosowania w tym przypadku art. 89 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, bowiem w tym przepisie mówi się o oczywistej omyłce pisarskiej, a nie omyłce

pisarskiej. Wskazane zaś sprzeczności z SIWZ nie stanowią o tym, że jest to oczywista omyłka pisarska.

- 4) Nie zgodził się ze stwierdzeniem Odwołującego, że ewentualne rozbieżności w wyliczeniach stanowią ryzyko wykonawcy w ramach ceny ryczałtowej nie mogą być podstawą do odrzucenia oferty bowiem zmiana ilości wykładzin w kosztorysie ofertowym dotyczy zakresu przedmiotu zamówienia i stanowi treść oferty, która jeśli jest sprzeczna z SIWZ podlega odrzuceniu. Wskazał również, że obowiązek dołączenia do oferty kosztorysów był bezsporny.

Od rozstrzygnięcia protestu Odwołujący Grupa 3J w dniu 5 sierpnia 2009 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych) złożył odwołanie, którego kopia w tej samej dacie została przekazana Zamawiającemu. W odwołaniu Grupa 3J wskazała, że Zamawiający w swoim rozstrzygnięciu protestu nie odniósł się do szeregu szczegółowych zarzutów podniesionych w proteście. Niezależnie od powyższego w odwołaniu zostały podtrzymane te same zarzuty, żądania i argumentacja co w proteście.

W dniu 13 sierpnia 2009 r. (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych) w piśmie z dnia 10 sierpnia 2009 r. wykonawca Precise Building Sp. z o.o. zgłosił do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Sygn. akt: KIO/UZP 1129/09

W związku z czynnościami Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej i oceny ofert w dniu 20 lipca 2009 r. Odwołujący Precise Building złożył protest, w którym wskazał na zaniechania Zamawiającego polegające na nieodrzczeniu ofert Konsorcjum Grupa 3J oraz oferty Konsorcjum Wielkopolskie Przedsiębiorstwo Inżynierii Przemysłowej, REM-MAL, Multimed z Poznania w powołaniu na przesłankę wynikającą z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Podnosząc wskazane zarzuty wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności badania i oceny ofert,
- 2) ponowne dokonanie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem dyspozycji art. 90 ust. 2 i 3 Pzp,
- 3) odrzucenie ofert złożonych przez: Konsorcjum Grupa 3J i Konsorcjum Wielkopolskie Przedsiębiorstwo Inżynierii Przemysłowej, REM-MAL, Multimed na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 (czyli utrzymanie dotychczasowego odrzucenia oferty

zgodnie z pismem z dnia 9 lipca 2009 r.) oraz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp,

- 4) ponowny wybór oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu złożonego protestu Precise Building wskazała na następujące okoliczności:

- 1) wezwani do wyjaśnienia ceny rażąco niskiej przez Zamawiającego wykonawcy złożyli bardzo ogólnikowe wyjaśnienia, nie uwzględniające czynników, o których mowa w art. 90 ust. 2 PZP, w żaden sposób nie uprawdopodobniające, że cena złożonych ofert nie jest rażąco niska.
- 2) co do wyjaśnień Grupy 3J wskazała, że:
 - a) punkcie 1 wyjaśnień wykonawca uzasadnia niską cenę posiadaniem wieloletniego doświadczenia w budownictwie, co nie może być podstawą do uzasadnienia wysokości ceny.
 - b) w punkcie 2 wyjaśnień wykonawca uzasadnia niską cenę korzystaniem z usług podwykonawców mających siedzibę na terenie Poznania i zastosowaniem zysku na poziomie 3-5 %. W tym zakresie wyjaśnienie to jest sprzeczne z zawartością oferty tego wykonawcy, albowiem w ofercie tej zawarty jest zysk w robotach budowlanych 5%, a w pozostałych robotach branżowych, których wartość przekracza kwotę 10.000.000 zł -zysk w wysokości 15%. Wyjaśnienia te są więc niewiarygodne.
 - c) w punkcie 3 wyjaśnień wykonawca tłumaczy, że zaoferowana przez niego cena jest tylko o 2% niższa od ceny oferty wykonawcy, który również zastosował w swojej ofercie cenę o ok. 30% niższą od przeciętnie występujących na rynku oraz zakładanych w kosztorysach inwestorskich. Odnoszenie rażąco niskiej ceny w ofercie do rażąco niskiej ceny zaoferowanej przez innego wykonawcę jest - w ocenie Odwołującego - nieporozumieniem i nie może być traktowane przez Zamawiającego jako jakiegokolwiek wyjaśnienie.
 - d) w punkcie 4 wyjaśnień wykonawca uzasadnia niską cenę swojej oferty faktem, iż jest producentem systemów paneli ze stali kwasoodpornej, przeznaczonych do zabudów w pomieszczeniach czystych. W swojej ofercie Konsorcjum Grupa 3J zaproponowała wykonanie powyższego systemu za kwotę 1.009.761,65 zł i trudno w tym zakresie dopatrzeć się oszczędności, gdyż kwota w tej części zaproponowana przez Odwołującego jest niewiele wyższa, a ponadto wykonawca ten nie jest producentem tych systemów.
 - e) w punkcie 5 wyjaśnień wykonawca informuje o uzyskaniu oszczędności poprzez zastosowanie Central wentylacyjnych zamiennych. Rozwiązanie to jest

dopuszczone przez Zamawiającego pod warunkiem określonym w punkcie 6.5 SIWZ Konsorcjum Grupa 3 J warunku tego nie spełniła, a więc zaproponowane przez nią urządzenie zamienne nie może być brane pod uwagę. W efekcie więc Grupa 3 J proponuje centrale tańsze, jednak o nieznanym parametrach porównawczych, co czyni niemożliwym ocenienie rzeczywistego kosztu eksploatacji tej centrali zarówno obecnie, jak i w przyszłości,

- f) w punkcie 6 wyjaśnień wykonawca uzasadnia niską cenę faktem, iż jego konsorcjant jest producentem uzbrojenia instalacji gazów medycznych i dostarczy te elementy z upustem 40-50%. Jednak Zamawiający w SIWZ, idąc za propozycją projektantów, zaproponował instalacje gazów medycznych w oparciu o system firmy Kendromed Wrocław. Grupa 3J w złożonej ofercie nie skorzystała jednak z możliwości zastosowania materiałów zamiennych i zaproponowała zastosowanie systemu firmy Kendromed Wrocław i ten system wyceniła. Wyjaśnienia w tym zakresie oderwane są więc od treści oferty złożonej przez Grupa 3J i nie odnoszą się do ceny zaoferowanego systemu, lecz do ceny tańszego (nie zaoferowanego) zamiennika.
- 3) co do wyjaśnień Konsorcjum Wielkopolskie Przedsiębiorstwo Inżynierii Przemysłowej, REM-MAL, Multimed wskazał, że powoływanie się w tym zakresie na ofertę jednego z konsorcjantów jest bezprzedmiotowe bowiem wykonawca de facto powołuje się na własną ofertę. Dwie pozostałe oferty w ramach Konsorcjum odnoszą się do trzeciej części (wartościowo) całej oferty i niczego nie wyjaśniają, są to bowiem w praktyce ceny ryczałtowe i nie można ich zweryfikować w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający protest Precise Building Sp. z o.o. rozstrzygnął pismem z dnia 29 lipca 2009 r., doręczonym tej firmie w tym samym dniu, poprzez jego oddalenie.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający podniósł, że kwestionowane przez Precise Building oferty zostały przez niego odrzucone jedynie ze względu na niezgodność z treścią SIWZ. Co do podejrzenia ceny rażąco niskiej Zamawiający wezwał tych wykonawców do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i wyjaśnienia te wraz z przedłożonymi dowodami są przedmiotem oceny Zamawiającego, która to ocena może być różna od oceny dokonanej przez innego wykonawcę, który nie posiada informacji w jaki sposób ocena wyjaśnień została przez niego dokonana.

Od rozstrzygnięcia protestu Precise Building wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, składając je w dniu 7 sierpnia 2009 r. bezpośrednio do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Kopia odwołania w tej samej dacie została przekazana Zamawiającemu.

W odwołaniu Precise Buildingtrzymał zarzuty, żądania i argumentację ze swojego protestu.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w protestach, przystąpieniu do postępowania toczącego się w efekcie wniesienia protestu przez Konsorcjum Grupa 3J, odwołaniach, rozstrzygnięciach protestów i zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego (KIO/UZP 1114/09) oraz złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje.

Rozpatrywane przez Izbę dwa odwołania zostały rozpoznane łącznie w związku z treścią zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1 września 2009 r., wydanego w tym przedmiocie.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do odrzucenia żadnego z rozpoznawanych odwołań, ustalił też na podstawie załączonego do odwołania Konsorcjum Precise Building pełnomocnictwa oraz oświadczenia pełnomocnika Odwołującego złożonego w trakcie posiedzenia Izby, że stroną odwołującą w przypadku odwołania o sygn. akt: KIO/UZP 1129/09 jest Konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Precise Building Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum), PBU BUDOPOL - POZNAŃ Sp. z o.o., Paweł Olejniczak, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Paweł Olejniczak BREVITER Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowe Zaopatrzenia i Handlu, z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Kostrzynie.

Skład orzekający Izby dopuścił również w charakterze uczestnika postępowania Konsorcjum Precise Building przystępującego do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO/UZP 1114/09 po stronie Zamawiającego, uznając, że wypełnione zostały w tym zakresie przesłanki ustawowe, wynikające z art. 184 ust. 4 i 5 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby uznał także, że została wypełniona materialnoprawna przesłanka do rozpatrzenia odwołań określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. przesłanka interesu prawnego. W przypadku odwołania o sygn. akt: KIO/UZP 1114/09 Odwołujący Grupa 3J kwestionuje czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu jego oferty, co w

sytuacji, gdy wykonawca ten ma ofertę najtańszą spośród ofert nieodrzuconych, a jedynym kryterium oceny ofert była właśnie cena, daje mu realne szanse na uzyskanie zamówienia.

W przypadku odwołania o sygn. akt: KIO/UZP 1129/09 stwierdzono, że Odwołujący Precise Building ma interes prawny we wniesieniu odwołania pomimo tego, że jego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Uszczerbek w jego interesie prawnym objawia się w tym, że kwestionuje czynność badania i oceny ofert dokonaną przez Zamawiającego i nie odrzucenie oferty Konsorcjum Grupa 3J ze względu na przesłankę wynikającą z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (rażąco niska cena). Oferta ta została bowiem przez Zamawiającego odrzucona jedynie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, która to czynność została przez Konsorcjum Grupa 3J zakwestionowana w rozpatrywanym łącznie przez Izbę odwołaniem o sygn. akt: KIO/UZP 1114/09. Ewentualne zatem przywrócenie do postępowania Konsorcjum Grupa 3J pozbawiałoby Odwołującego szans na uzyskanie zamówienia, stąd też uzasadnionym jest na obecnym etapie podnoszenie zarzutu niepełnej oceny ofert dokonanej Zamawiającego, tj. zaniechanie dokonania czynności odrzucenia tej oferty również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Ewentualne podnoszenie tej okoliczności przez Konsorcjum Precise Building na późniejszym etapie postępowania byłoby w tym stanie faktycznym spóźnione i prowadziłyby do odrzucenia takiego odwołania.

Podkreślić należy, że przesłankę interesu prawnego należało ocenić na moment wniesienia odwołania przez Konsorcjum Precise Building w kontekście podnoszonych przez niego zarzutów, jego sytuacji i stanu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Okoliczność nie potwierdzenia się zarzutów z odwołania o sygn. akt: KIO/UZP 1114/09 złożonego przez Konsorcjum Grupa 3J nie może stanowić podstawy do uznania, że Izba nie ma prawa do rozpatrzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu z racji braku interesu prawnego po stronie Odwołującego Precise Building. Interes ten na moment składania odwołania, a nie jego rozstrzygnięcia, przy jednoczesnym uwzględnieniu toku postępowania i sytuacji Odwołującego Precise Building został wykazany, a zatem merytoryczne zarzuty podniesione w odwołaniu podlegają rozpoznaniu.

Sygn. akt: KIO/UZP 1114/09

Odnosząc się w pierwszej kolejności do zarzutów podniesionych w odwołaniu Konsorcjum Grupa 3J Izba ustaliła, że nie potwierdziły się one i odwołanie podlega oddaleniu.

Izba w tym zakresie dopuściła dowody z: dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowień SIWZ wraz z udzielonymi do jej treści wyjaśnieniami oraz treści oferty Konsorcjum Grupa 3J wraz z uzupełnieniem dokumentów i udzielonymi wyjaśnieniami treści oferty oraz oświadczenia i stanowiska stron

postępowania oraz jego uczestnika wyrażone w pismach składanych w toku postępowania z użyciem środków ochrony prawnej oraz ustnie do protokołu z rozprawy.

Biorąc pod uwagę powyższe skład orzekający Izby uznał, że nieprawidłowości w ofercie Konsorcjum Grupa 3J wykazane przez Zamawiającego potwierdziły się. Izba oceniła również, że te nieprawidłowości wskazują na sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ, które nie nadają się do poprawienia tak na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1, jak i pkt 3 ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający wprowadził wymóg przedłożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego, a konkretnie „wycenionych przedmiarów” w wersji uproszczonej (pkt 9.9. SIWZ). Powyższe postanowienie SIWZ znalazło się w rozdziale SIWZ zatytułowanym „Opis sposobu obliczania ceny oferty”. Brak załączenia do oferty wskazanych przedmiarów miał skutkować odrzuceniem oferty, natomiast brak wyceny lub pominięcie w wycenie niektórych pozycji przedmiarowych miał skutkować brakiem zapłaty za nie po ich wykonaniu i przyjęciu, że zostały one ujęte w zakresie i w cenie oferty (pkt 9.10). Jednocześnie też w pkt 9.8 Zamawiający zażądał dołączenia zestawienia materiałów z podaniem ich ilości i cen jednostkowych. Niezależnie od wskazanych postanowień SIWZ Zamawiający w rozdziale 6 „Przedmiot zamówienia” dokonał szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, zwracając w tym zakresie szczególną uwagę na kwestie dotyczące określenia w ofercie materiałów, urządzeń, czy technologii określonych przez niego w dokumentacji projektowej. W pkt 6.5 zastrzegł on, iż zastosowanie przez wykonawcę odmiennych materiałów jest możliwe o ile te różne od zapisów SIWZ materiały posiadają właściwości i cechy określone dla materiałów opisanych w SIWZ. Zamawiający w tym zakresie postawił jeszcze szereg innych wymogów polegających na przedłożeniu dodatkowych dokumentów odnoszących się do zaproponowanych w ofercie materiałów (m.in. atesty).

W przywołanym rozdziale Zamawiający określił również w sposób szczegółowy hierarchię dokumentów w postępowaniu pod kątem realizacji przedmiotu zamówienia (pkt 6.13 SIWZ), wskazując, że w przypadku rozbieżności pomiędzy dokumentacją techniczną, a przedmiarem pierwszeństwo ma dokumentacja techniczna.

Powyższe postanowienia SIWZ wskazują zatem, że dla Zamawiającego najistotniejsze znaczenie pod względem oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ dla prawidłowości określenia zakresu przyszłego świadczenia wykonawcy, miała dokumentacja techniczna. Kosztorys ofertowy, nazywany nawet przez Zamawiającego jako przedmiar robót wypełniony przez wykonawcę, miał jedynie znaczenie dla obliczenia ceny ofertowej, czemu Zamawiający dał wyraz poprzez umieszczenie wymogów co do przedmiaru w ofertach wykonawców w rozdziale SIWZ określającym sposób obliczenia ceny, jak również poprzez konkretne przywoływane powyżej zapisy SIWZ. Dla oceny zgodności oceny sposobu

realizacji zamówienia, tj. oceny, czy treść oferty jest zgodna z treścią SIWZ, czy też nie, pierwszorzędne znaczenie – zgodnie z SIWZ - ma dokumentacja techniczna, do której zaliczane są również przedmiary robót. Zatem przy dokonywaniu oceny zgodności oferty Odwołującego Grupa 3J z SIWZ skład orzekający Izby uznał, że jej podstawą może być właśnie zestawienie materiałów przygotowane przez wykonawcę. To, że zestawienie to – zgodnie z pkt 9. 8 SIWZ - miało stanowić załącznik do kosztorysu ofertowego, nie może świadczyć o tym, że zestawienie materiałów, podobnie jak kosztorys ofertowy (wypełniony przedmiar), jest formalnie fragmentem przedmiaru (kosztorysu). Określenie zawarte w SIWZ wskazuje co najwyżej na techniczne określenie roli dokumentu „zestawienia materiałów”, a więc jest to wyłącznie wymóg formalny co do umiejscowienia w ofercie zestawienia materiałów, co nie może dyskwalifikować merytorycznej treści tego dokumentu będącego podstawą oceny zgodności wykonania rozbudowy budynku, stanowiącej przedmiot zamówienia, z dokumentacją techniczną i projektem.

W trakcie rozprawy Odwołujący przyznał, że niezgodności oferty Konsorcjum Grupa 3J z SIWZ, wykazywane przez Zamawiającego w informacji o wynikach postępowania (załącznik nr 1 do pisma z dnia 9 lipca 2009 r.) w pkt od 1 do 6 oraz w pkt 11 faktycznie istnieją. Zatem okoliczność ta jest bezsporna pomiędzy stronami postępowania oraz jego uczestnikiem. Odwołujący wskazuje jednak, że niezgodności te nadają się do poprawienia ponieważ – jak twierdził w proteście i odwołaniu oraz na rozprawie – stanowią oczywistą omyłkę pisarską albo inną omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. polegającą na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, której poprawienie nie zmieni w sposób istotny treści oferty. W ocenie składu orzekającego powyższe sprzeczności oferty Odwołującego z SIWZ w zakresie wykazanych do wykonania robót budowlanych materiałów z całą pewnością nie stanowią oczywistej omyłki pisarskiej, ponieważ nie jest to omyłka, co do której nie zachodzą żadne wątpliwości, że błędny zapis jest wynikiem przeoczenia lub niewłaściwego doboru słów przez wykonawcę; ewidentnie w tym przypadku mamy do czynienia ze sprzecznością treści oferty z treścią SIWZ, co zresztą tak naprawdę potwierdził sam Odwołujący. Skład orzekający w niniejszej sprawie stwierdził jednak, że owa niezgodność z SIWZ nie może być również poprawiona na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przede wszystkim z tego powodu, że nie możemy jej oceniać w kategoriach omyłek. Nie jest to przeoczenie, czy niedokładność powodująca niezgodność oferty z SIWZ, a zaoferowanie przez wykonawcę w treści oferty konkretnych materiałów, które mają być użyte do wykonania robót budowlanych. Materiały te nie odpowiadają wymogom SIWZ (projektu), przy czym nie są to również dopuszczone rozwiązania równoważne, co również potwierdził sam Odwołujący.

Podstawą twierdzeń Odwołującego o omyłkowym przyjęciu w zestawieniu materiałów innych materiałów niż określone przez Zamawiającego jest wyłącznie okoliczność, że w załączonym do oferty i wycenionym przez wykonawcę przedmiarze robót (kosztorysie ofertowym) znajduje się wprost odbicie zapisów przedmiaru przygotowanego przez Zamawiającego. W ocenie Izby - biorąc pod uwagę konkretny stan faktyczny w niniejszej sprawie, w tym w szczególności przywoływane powyżej zapisy SIWZ, wskazujące na pomocniczy dla celów wyceny oferty charakter przedmiarów robót, a istotne dla merytorycznej oceny ofert określenie materiałów, urządzeń i zastosowanych technologii do realizacji przedmiotu zamówienia (pkt 6.5 SIWZ) - zestawienie materiałów miało podstawowe znaczenie dla merytorycznej oceny zgodności oferty z SIWZ. Zamawiający nie mógłby zatem samodzielnie, bez udziału wykonawcy, dokonać poprawienia tej niezgodności z SIWZ w treści oferty. Wymagane byłoby bowiem w tym zakresie sporządzenie przez wykonawcę nowego zestawienia materiałów z wprowadzeniem odmiennych materiałów, zgodnych z SIWZ oraz ich wyceny. Powyższe wyraźnie wskazuje, że nie mamy do czynienia ze zwykłym przeoczeniem wykonawcy przy konstruowaniu oferty i omyłkowym wpisaniem odmiennych materiałów niezgodnych z wymogami Zamawiającego i zdecydowanie tańszych od wymaganych w SIWZ, a z przemyślanym działaniem Odwołującego wykonawcy zastosowania tańszych materiałów do realizacji zamówienia w kontekście zwiększenia swoich szans na uzyskanie niniejszego zamówienia. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał przed Izbą, że owe niezgodności nosiłyby znamiona omyłkowego działania wykonawcy.

Odnosząc się do pozostałych zarzutów co do wykazywanych przez Zamawiającego niezgodności oferty z treścią SIWZ, wymienionych w pkt od 7 do 10 załącznika nr 1 do informacji o wynikach postępowania z dnia 9 lipca 2009 r. Izba stwierdziła również, że owe nieprawidłowości nie mają charakteru omyłki nadającej się do poprawienia, czy to w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1, czy pkt 3 ustawy Pzp. Nie wchodzi w tym zakresie również możliwość żądania uzupełnienia dokumentów co do zaproponowanego w ofercie Odwołującego rozwiązania równoważnego, tj. systemu centrali klimatyzacyjnej (aprobaty), choćby z tego względu, że oferta Odwołującego Grupa 3J i tak podlegała odrzuceniu z innych przyczyn (wskazanych powyżej).

Skład orzekający Izby za nieprzekonujące uznał również twierdzenie Odwołującego, iż niemożliwym było przedłożenie wymaganego w przypadku zaproponowanego rozwiązania równoważnego zestawienia porównawczego elementów wymaganych w SIWZ z proponowanych rozwiązaniem równoważnym, z uwagi na rzekomy brak tych podstawowych elementów w dokumentacji Zamawiającego. Podstawą takiego ustalenia podjętego przez Izbę jest oświadczenie złożone na rozprawie przez pełnomocnika Zamawiającego i przywołanie przez niego zapisów dokumentacji technicznej, gdzie określono typ

wymaganych szaf klimatyzacyjnych, tj. szafki KWHC4000ZA (rys. 2 „rzut dachu” z dokumentacji technicznej). Odwołujący nie zakwestionował w żaden sposób tego argumentu Zamawiającego.

Odnosząc się natomiast do wykazywanej niezgodności w ofercie Odwołującego co do braku określenia konkretnego rozwiązania równoważnego skład orzekający Izby przychylił się do stanowiska Zamawiającego, że tak naprawdę nie wiadomo jakie rozwiązanie Odwołujący przedstawił w ofercie - podstawowe, czy równoważne. Użycie w ofercie wyłącznie sformułowania: „*lub równoważne*” nie daje podstaw do oceny oferty. Zamawiający bowiem w przypadku zastosowania rozwiązania równoważnego wymagał jego skonkretyzowania, jak również dołączenia w takim przypadku dodatkowych dokumentów technicznych (pkt 6.5 SIWZ), czego nie uczynił Odwołujący.

Odnosząc się do twierdzenia zawartego w odwołaniu, iż w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym, zatem ewentualne nieprawidłowości w zakresie zestawienia materiałów, czy kosztorysu ofertowego nie mają znaczenia dla ważności oferty, skład orzekający Izby stwierdził, że okoliczność ustalenia wynagrodzenia ryczałtowego w zamówieniu nie ma znaczenia dla oceny nieprawidłowości w zakresie sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, a więc użytych materiałów, zastosowanych technologii, czy wymaganych parametrów określonego sprzętu. Fakt określania wynagrodzenia ryczałtowego w danym postępowaniu może natomiast mieć znaczenie dla oceny ewentualnych błędów w kosztorysie ofertowym, pod kątem wyceny poszczególnych pozycji kosztorysowych, gdyż w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego wykonawca i tak zobowiązany jest wykonać całość przedmiotu zamówienia w określonej przez siebie cenie ofertowej niezależnie od tego, czy dokonał wyceny wszystkich pozycji, czy też jakieś pozycje pominął. W takim przypadku nie może on domagać się od Zamawiającego dodatkowego wynagrodzenia za wykonanie prac, które nie zostały przez niego wycenione w kosztorysie.

Podstawą podjętego rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie przez Izbę było również ustalenie, że w formularzu ofertowym skonstruowanym przez Zamawiającego brak jest jednoznacznego oświadczenia wykonawcy o zobowiązaniu się do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ. Przywoływanie przez Odwołującego w trakcie rozprawy na okoliczność potwierdzenia zgodności oferty z treścią SIWZ oświadczenia z pkt 1 formularza ofertowego wskazuje jedynie na uwzględnienie w wycenie oferty wszystkich kosztów wykonania zamówienia, a nie na zobowiązanie się do realizacji zamówienia zgodnie z SIWZ. Brak takiego wyraźnego oświadczenia w treści oferty dodatkowo potwierdza, że Odwołujący, w przypadku przyjęcia jego oferty w takiej postaci jaka została złożona, w tym w szczególności wobec zastosowania innych materiałów niż określone przez Zamawiającego,

miałby formalne prawo zastosować owe materiały przy realizacji zamówienia. Przywoływany przez Odwołującego pkt 13 formularza ofertowego odnosi się wyłącznie do akceptacji projektu umowy dlatego też nie może mieć we wskazanym zakresie żadnego znaczenia.

Uwzględniając powyższe ustalenia składu orzekającego Izby stwierdzić należy, że w oparciu o zgłoszone w odwołaniu zarzuty nie stwierdzono naruszenia w postępowaniu przywołanych przez Odwołującego Grupa 3J przepisów ustawy Pzp: art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1 i 2, art. 7 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 3, a także przepisów Kodeksu Cywilnego (art. 5 i 58 § 1 KC)

Sygn. akt: KIO/UZP 1129/09

Odnosząc się w drugiej kolejności do zarzutów podniesionych w odwołaniu Konsorcjum Precise Building Izba ustaliła, że zarzuty potwierdziły się, jednak odwołanie, ze względu na treść art. 191 ust. 1a ustawy Pzp, podlega oddaleniu.

Wobec cofnięcia przez Odwołującego Precise Building na rozprawie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Wielkopolskie Przedsiębiorstwo Inżynierii Przemysłowej, REM-MAL, Multimed z uwagi na cenę rażąco niską, podstawą oceny przez Izbę odwołania Precise Building był wyłącznie przywołany zarzut, ale odnoszący się do oferty Konsorcjum Grupa 3J.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowień SIWZ, pisma Zamawiającego skierowanego do Grupy 3J w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oraz treści oferty tego wykonawcy wraz z udzielonymi przez niego wyjaśnieniami dotyczącymi rażąco niskiej ceny oraz oświadczeń i stanowisk stron postępowania wyrażonych w pismach składanych w toku postępowania z użyciem środków ochrony prawnej oraz ustnie do protokołu z rozprawy.

Uwzględniając powyższe, a w szczególności wobec przyznania w toku rozprawy przez Zamawiającego, że tak naprawdę ocena wyjaśnień złożonych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, udzielonych przez Konsorcjum Grupa 3J, nie została dokonana, skład orzekający Izby stwierdził naruszenie przywoływanego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Zamawiający dokonując w toku postępowania czynności badania i oceny ofert powinien dokonać tej czynności w sposób prawidłowy. Ma to być zatem pełna ocena ofert, dokonana pod kątem tak wszystkich przesłanek do

ewentualnego wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, jak i pod kątem sprawdzenia podstaw do odrzucenia oferty. Przesłanki do odrzucenia oferty wymienione enumeratywnie w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp powinny być weryfikowane jednocześnie (wszystkie łącznie) w odniesieniu do wszystkich ofert podlegających badaniu i ocenie. Zamawiający zatem w ramach pełnej oceny ofert powinien wskazać wszystkie ewentualne przesłanki do odrzucenia określonej oferty. W niniejszej sprawie ewidentnie Zamawiający zaniechał tego obowiązku. Tym większe zdziwienie budzi okoliczność, że zaniechał on tej oceny pomimo skierowanego przez siebie żądania złożenia przez Konsorcjum Grupa 3J wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny ofertowej, a więc na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a nawet pomimo udzielenia tych wyjaśnień przez samego Odwołującego.

Nie może – w ocenie Izby – stanowić podstawy do odłożenia w czasie przez Zamawiającego czynności badania oferty, czy ofert, dopiero po zweryfikowaniu czynności odrzucenia oferty na podstawie jednej z przesłanek, wynikających z art. 89 ust. 1 ustawy Pzp. W takiej sytuacji weryfikacja jednej z podstaw do odrzucenia oferty wymuszałaby dokonanie przez Zamawiającego ponownej czynności badania i oceny ofert pod kątem innej przesłanki ustawowej. Ocena ofert powinna być zasadniczo jednokrotna w toku postępowania, chyba że Zamawiający popełni w tym zakresie jakiś błąd, który zweryfikuje samodzielnie, bądź zostanie on zweryfikowany przez KIO, czy też właściwy sąd okręgowy. Zamawiający jednak powinien dążyć do efektywnego udzielenia zamówienia, w tym do prowadzenia w sposób sprawny i efektywny samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższemu również służyć ma zasada koncentracji postępowania wyrażona w art. 92 ust. 1 ustawy Pzp oraz w przepisach dotyczących wnoszenia i rozpatrywania środków ochrony prawnej.

Biorąc pod uwagę ustawowe przesłanki określone w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, oferta podlega odrzuceniu, bądź nie. Okoliczność potwierdzenia się, bądź nie słuszności odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o jedną z ustawowych przesłanek (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) nie może być podstawą do oceny oferty bądź jej braku pod kątem innej przesłanki z art. 89 ust. 1 (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp). Oferta bowiem w oparciu o przesłanki ustawowe podlega odrzuceniu bądź temu skutkowi nie podlega.

Tym samym zatem wobec braku oceny oferty Konsorcjum Grupa 3J oraz udzielonych przez niego wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 2 ustawy Pzp, pod kątem ceny rażąco niskiej, skład orzekający Izby uznał, że zarzut naruszenia w tym przypadku art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp potwierdził się. Jednakże pomimo potwierdzenia się tego zarzutu odwołania nie podlega uwzględnieniu z uwagi na treść art. 191 ust. 1a ustawy Pzp. Z treści tego przepisu wynika, że Izba może uwzględnić odwołanie jedynie w sytuacji, gdy stwierdzone przez nią w

związku z oceną podniesionych w odwołaniu zarzutów naruszenie przepisów ustawy Pzp miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

W związku z potwierdzeniem się okoliczności związanych ze skutecznością odrzucenia oferty Konsorcjum Grupa 3J z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ, na skutek oddalenia przez Izbę odwołania złożonego przez Konsorcjum Grupa 3J (KIO/UZP 1114/09), skład orzekający Izby stwierdził, że wskazane naruszenie, tj. brak oceny oferty tego wykonawcy pod kątem art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ani nie miało, ani też nie może mieć żadnego wpływu na wynik postępowania, tj. wybór oferty najkorzystniejszej (Konsorcjum Precise Building), a także na sytuację Konsorcjum Grupa 3J w postępowaniu, tj. odrzucenie oferty tego Konsorcjum.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 1a ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Izba, działając na podstawie § 28 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327 ze zm.) w związku z art. 187 ust. 1 ustawy Pzp, wydała w niniejszej sprawie orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku - orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 1 pkt 1 lit. b i ust. 2 oraz ust. 4 pkt 2 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 ze zm.). Skład orzekający Izby uznał w tym zakresie za uzasadnione - na podstawie przedłożonego do akt sprawy o sygn. KIO/UZP 1129/09 rachunku - koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, ograniczając ich wysokość do kwoty określonej przepisami przywołanego rozporządzenia.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....