

Sygn. akt: KIO/UZP 1024/09

WYROK
z dnia 20 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Barbara Bettman**

Członkowie: **Dagmara Gałczewska-Romek**

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: **Łukasz Sierakowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Firmę Przemysłowo-Budowlaną LECHBUD Leszek Dziub, 41- 907 Bytom, ul. Mochnackiego 34** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Zabrze, Urząd Miejski 41-800 Zabrze, ul. Powstańców Śląskich 5-7** protestu z dnia 1 lipca 2009 r.

przy udziale „**DAN POL**” **M. PIECHOTA Spółka Jawna, 43-100 Tychy, ul. Murarska 28** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje zamawiającemu unieważnienia czynności uwzględnienia protestu przystępującego „DAN POL” M. PIECHOTA Spółka Jawna w odniesieniu do oferty odwołującego, nakazuje zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Zabrze, Urząd Miejski 41-800 Zabrze, ul. Powstańców Śląskich 5-7.

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Firmę Przemysłowo-Budowlaną LECHBUD Leszek Dziub, 41-907 Bytom, ul. Mochnackiego 34**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8174 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Zabrze, Urząd Miejski 41-800 Zabrze, ul. Powstańców Śląskich 5-7** na rzecz **Firmy Przemysłowo-Budowlanej LECHBUD Leszek Dziub, 41-907 Bytom, ul. Mochnackiego 34**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.
- 3) dokonać zwrotu kwoty 5 426 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Firmy Przemysłowo-Budowlanej LECHBUD Leszek Dziub, 41-907 Bytom, ul. Mochnackiego 34.**

U z a s a d n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na "Termomodernizację budynku Przedszkola nr 48 przy ul. Kotarbińskiego 16 w Zabrzu" (BZP Nr 1 poz. 134368 z 6.05.2009 r.), pismem doręczonym dnia 24 czerwca 2009 r. Gmina Zabrze powiadomiła o wyborze oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Handlowo –Usługowo - Produkcyjne "FRIBEX" F. Nalepa z Rudy Śląskiej. Jednocześnie zamawiający odrzucił między innymi oferty wykonawców:

1. Firmy Przemysłowo - Budowlanej LECHBUD Leszek Dziub z Bytomia,
2. Firmy "DAN POL" M. Piechota Spółka Jawna z Tychów.

Jako przyczynę odrzucenia ofert wyżej wymienionych wykonawców zamawiający wskazał błędy w określonych pozycjach kosztorysów ofertowych.

Czynność ta została zakwestionowana protestami:

1. z dnia 26 czerwca 2009 r. przez Firmę Przemysłowo - Budowlaną LECHBUD Leszek Dziub, który powołał się na fakt złożenia oferty z najniższą ceną, która powinna zostać wybrana do realizacji zamówienia, zaprzeczył twierdzeniom, że jego oferta jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, albowiem dokonując wyceny w pozycji 3.6 kosztorysu ofertowego, przyjął właściwy materiał według wskazań przedmiaru (poz. 5.29) KNR 202/507/2 – „ różne obróbki blacharskie z tytanocynku grubość 0,7,”

2. z dnia 1 lipca 2009 r. przez wykonawcę "DAN POL" M. Piechota Sp. J., który zażądał:

1. ponownej oceny ofert i wyboru jego oferty, jako nie zawierającej błędów i zgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,
2. wykluczenia wykonawcy OMNIX Spółki z o. o. i odrzucenia jego oferty,
- 3) odrzucenia jako niezgodnych ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, ofert wykonawców:
 - Przedsiębiorstwa Handlowo –Usługowo - Produkcyjnego "FRIBEX" F. Nalepa,
 - Firmy Przemysłowo - Budowlanej LECHBUD Leszek Dziub.

Zdaniem protestującego, zamawiający wprawdzie odrzucił ofertę wykonawcy LECHBUD, ale nie podał wszystkich przyczyn, czynność tą uzasadniających, ponieważ nie uwzględnił pozostałych błędów występujących w kosztorysie ofertowym tego wykonawcy:

a) ocieplenie budynku, wymiana stolarki okiennej - niezgodnie z przedmiarem robót dodano pozycje: 1.9; 1.10; 1.11; 5.15; 5.16; 5.17; 5.18; 6.12; 6.13, 7.12; 7.13; 9.8; 9.9; 10.5; 10.8.;

b) kosztorys instalacja wodociągowa - sporządzony niezgodnie z odpowiedzią zamawiającego na pytanie nr 7 z pisma z dnia 2.06.2009r. Zamawiający w pozycji nr 17 przedmiaru robót podał jako przykładowe rury PP - Stabi, natomiast wykonawca LECHBUD oferuje rury (PP lub PE lub PB). Wykonawca oferuje więc trzy różne typy rury o zupełnie odmiennych parametrach technicznych;

c) niezgodnie wymogiem zamawiającego, zawartym w piśmie z dnia 2.06.2009 r. - odpowiedź na pytanie nr 4. LECHBUD w pozycji 5.5 kosztorysu oferuje materiał "Uni Grunt" do wykonania zagruntowania elewacji przed malowaniem farbą silikatową, podczas gdy materiał ten nie jest przeznaczony do takiego zastosowania;

d) wykonawca oferuje materiał niezgodny z wymogami zamawiającego zawartymi w odpowiedzi na pytanie 7: w pozycji 58 zestawienia materiałowego - kosztorysu ocieplenie budynku, wymiana stolarki okiennej - jest podana: "płyta styropianowa EPS 70," podczas gdy wymagana przez zamawiającego to "płyta styropianowa EPS 100 z zakładkami." Płyty styropianowe EPS 70 mają znacznie gorsze parametry techniczne;

e) w kosztorysie instalacja co - oferta sporządzona niezgodnie z odpowiedzią zamawiającego na pytanie nr 7 z pisma z dnia 2.06.2009 r.: w pozycji 68 i 69 ujęty jest "zawór nastawny Danfoss ASV," wg przedmiaru miał być: "zawór nastawny Danfoss ASV-I";

f) w kosztorysie instalacja co - oferta sporządzona niezgodnie z odpowiedzią zamawiającego na pytanie nr 7 z pisma z dnia 2.06.2009r.: w pozycji 57 jest "grzejnik Purmo C22-1100," wg przedmiaru: "Purmo C22-600-1100."

g) oferta sporządzona niezgodnie z wymogiem zamawiającego zawartym w piśmie BZP.AZ.341/52/09 z dnia 25.05.2009 r. - odpowiedź na pytanie nr 5 oraz poz. 5.9.

kosztorysu ocieplenie budynku, wymiana stolarki okiennej - oferowanych materiałów systemu ociepleniowego."

3) alternatywnie protestujący wniósł o unieważnienie przedmiotowego postępowania.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 3 lipca 2009 r. do postępowania wywołanego protestem "DAN POL" M. Piechota Spółka Jawna, w dniu 9 lipca 2009 r. przystąpił wykonawca Firma FRIB-EX wnosząc o oddalenie protestu, a w dniu 6 lipca 2009 r., w części dotyczącej własnej oferty przystąpił wykonawca Firma Przemysłowo - Budowlana LECHBUD Leszek Dziub, który następnie wniósł odwołanie.

W piśmie o przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, odwołujący, żądał jego rozstrzygnięcia przez oddalenie, w części dotyczącej jakoby nie uwzględnienia wszystkich występujących w jego ofercie podstaw do odrzucenia tej oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego, protest ten był niezasadny, ponieważ wnoszący go wykonawca nie wykazał interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych środki ochrony prawnej przysługują wykonawcom, których interes prawny doznał, lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Wykonawca wniósł protest, w którym zarzucił zamawiającemu zaniechanie podania wszystkich podstaw, skutkujących koniecznością odrzucenia kwestionowanej oferty. Tymczasem oferta odwołującego została przez zamawiającego odrzucona, o czym wykonawcy zostali poinformowani. W tym stanie faktycznym oferta ta nie zagrażała protestującemu, a zatem nie miał on na tym etapie postępowania interesu prawnego we wnoszeniu protestu dotyczącego tej oferty. Za równie bezzasadny i pozbawiony podstaw prawnych, uznał odwołujący wniosek protestującego o unieważnienie postępowania, gdyż nie zostało podane żadne uzasadnienie faktyczne i prawne na jego poparcie, a protestujący dążył jedynie do unieważnienia postępowania z tego względu, że jego oferta nie została wybrana i w rzeczywistości nie miał na to żadnych szans. Zatem takie działanie nie uzasadnia naruszenia jego interesu prawnego, niezbędnego do wniesienia protestu, gdyż pojęcie to obejmuje sferę uprawnień wykonawcy, która prowadzi do uzyskania zamówienia publicznego w danym toczącym się postępowaniu, a nie w postępowaniu hipotetycznym, przyszłym, wszczętym ewentualnie na nowo po unieważnieniu postępowania. Nie wiadomo bowiem, czy zamawiający po unieważnieniu postępowania ogłosi nowe postępowanie, a jeżeli tak, to czy na identyczny przedmiot zamówienia. Unieważnienie postępowania prowadzi do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bez wyboru oferty najkorzystniejszej, a skutkiem tego jest niezawarcie umowy. Nie dochodzi zatem do uzyskania zamówienia publicznego. Stąd też wniosek, co do unieważnienia postępowania przez zamawiającego należy uznać za nie

mieszczący się w kategorii zarzutów na czynności, czy zaniechania zamawiającego, na które można skutecznie wnieść środek ochrony prawnej w tym postępowaniu. Wskazał, że stanowisko takie potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11.01.2008 r. sygn. akt KIO/UZP 33/07. Jak z powyższego wynika wykonawca nie jest uprawniony do wnoszenia protestu z wnioskiem o unieważnienie postępowania, w związku z tym protest powinien być odrzucony, jako wniesiony przez podmiot nieuprawniony.

Nadto odwołujący uznał, że protest "DAN POL" M. Piechota Spółka Jawna, od strony merytorycznej pozbawiony jest rzeczowej argumentacji i logicznej treści i jako taki służyć może jedynie utrudnieniu udzielenia zamówienia. Jednakże z daleko posuniętej ostrożności procesowej odniósł się do zarzutów, które dotyczyły jego oferty aby wykazać, że są one całkowicie bezzasadne:

ad. a) Firma „DAN POL” M. Piechota Sp. J. jako protestujący, podnosząc ten zarzut tym samym przyznaje się do sporządzenia swojej oferty niezgodnie z SIWZ dlatego, że zmiany te w przedmiarze naniósł sam zamawiający, w kosztorysie zamiennym pod nazwą „wymiana stolarki okiennej i drzwiowej,” podał, że kosztorys ten widnieje na stronie Urzędu Miejskiego w Zabrze, do dnia dzisiejszego;

ad. b) protestujący w treści swojego protestu niejednokrotnie odwołuje się do zestawień materiałów będących załącznikiem do kosztorysu, wobec czego odwołujący wyjaśnił, że pod poz. 35 kosztorysu 3269 znajdują się "rury z polipropylenu Stabi o średnicy zewnętrznej 20 mm" a więc takie, jakie zamawiający określił w SIWZ;

ad. c) zarzut ten odwołujący uznał za kolejny przykład, że Firma (DAN POL) M. Piechota Sp. J. nie tylko sporządziła swoją ofertę niezgodnie z SIWZ, ale nie zna technologii wykonania prac. Zamawiający w kosztorysie zamiennym pn. "Roboty dociepleniowe z wymianą stolarki okiennej i drzwiowej" w pozycji 5.5 podaje podstawę wyceny KNR 23/2611/2 „przygotowanie podłoża pod docieplenie metodą lekką – moką, gruntowanie emulsją Atlas Uni Grunt, 1 - krotnie" Gruntowanie ujęte w poz. 5.5 dotyczy gruntowania przed nałożeniem kleju do mocowania styropianu, natomiast gruntowanie pod tynki silikonowe jest ujęte w poz. 5.7 "KNR 33/8/4 „ocieplenie budynków (...)" i w zestawieniu materiałów pod poz. 79 jako "środek gruntujący pod tynki silikonowe." Zamawiający w piśmie z 2.06.2009 r., na które powołuje się firma „DAN POL” sprecyzował wykonanie elewacji pokrytej tynkiem silikonowym, nie zaś silikatowym jaki chce stosować protestujący;

ad. d) w opisie do projektu budowlanego w pkt. 8 "technologia robót związanych z ociepleniem budynku. (...) do obliczeń przyjęto styropian EPS 100 współczynnik przewodzenia ciepła $\lambda = W/m20 K$. Założono, iż po dociepleniu współczynnik przenikania ciepła U_k winien być nie mniejszy niż $0,3 W/m 20K$." Ostatecznie wyłuszczonej i podkreślonej czcionką zamawiający narzucił: "materiał styropian FS15 o grubości $d_{min} = 12 cm$." Płyty

styropianowe EPS 70 (czyli właśnie dawne FS 15) są stosowane do dociepleń ścian zewnętrznych elewacji, zaś EPS 100 np. na ściany przyziemia;

ad. e) w zestawieniu materiałów będącym załącznikiem do w/w kosztorysu pod pozycją nr 76, 77, 78 są zastosowane zawory nastawne właśnie typu Danfoss ASV-I, jak były wymagane;

ad. f) w zestawieniu materiałów będącym załącznikiem do kosztorysu ofertowego pod pozycją nr 25 są zastosowane grzejniki Purmo C22-600-1100, jak wymagane;

ad. g) technologia robót ociepleniowych została wyszczególniona w kosztorysie ofertowym o numerze 3267 w tytule elementu 5 „ocieplenie ścian zewnętrznych - technologia ATLAS.”

Pismem doręczonym dnia 10 lipca 2009 r. zamawiający powiadomił wykonawców, że uwzględni w całości protesty wniesione przez:

1. Firmę Przemysłowo-Budowlaną LECHBUD Leszek Dziub,
2. „DAN POL” M. Piechota Spółkę Jawną.

W uzasadnieniu swego stanowiska, zamawiający przyznał, że w toku przedmiotowego postępowania naruszył zasady udzielania zamówień publicznych, zatem protesty uznał za zasadne i postanowił powtórzyć czynność badania i oceny ofert.

W dniu 15 lipca 2009 r. zostało wniesione odwołanie przez Firmę Przemysłowo-Budowlaną LECHBUD Leszek Dziub, z kopią przekazaną zamawiającemu w tym samym terminie, w którym odwołujący podtrzymał w całości swoje stanowisko, zawarte w piśmie z 6 lipca 2009 r. o przyłączeniu się do postępowania wywołanego protestem "DAN POL" M. Piechota Sp. J., wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na uwzględnieniu protestu wniesionego przez "DAN POL" M. Piechota Sp. J., efektem czego, przy powtórzeniu czynności oceny ofert, zamawiający winien wybrać ofertę odwołującego,
2. o zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, na podstawie norm przepisanych, zgodnie ze złożonym na rozprawie rachunkiem.

Odwołujący podał, że przez uwzględnienie protestu konkurencyjnego wykonawcy, do postępowania w sprawie którego przystąpił, wystąpiły okoliczności określone w art. 184 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 19 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. NR 23, poz. 1655, z 2008 r. nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420, Nr 227, poz. 1505 2009 r. Nr 19, poz. 101), uprawniające do wniesienia odwołania.

W uzasadnieniu odwołujący ponowił i przytoczył całą argumentację podniesioną w przystąpieniu do postępowania zainicjowanego ww. protestem. Reasumując, stwierdził, iż nie ma podstaw do odrzucenia jego oferty w oparciu o przepisie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy

Prawo zamówień publicznych, gdyż jej treść w pełni odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Gdyby nawet przyjąć, że wystąpiły problemy interpretacyjne (w odniesieniu do wskazań przedmiaru), to konsekwencji tego nie mogą ponosić wykonawcy. Takie stanowisko zajęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 6.03.2008 roku sygn. akt KIO/UZP 151/08, w którym stwierdzono: "Zatem zdaniem Izby konsekwencje czynności Zamawiającego polegających na takim redagowaniu dokumentów postępowania, że nie są one spójne ze sobą, nie mogą obciążać wykonawców, którzy zastosowali się do ich literalnego brzmienia. Zgodnie z ustaloną linią orzecznictwa Zespołów Arbitrów i Sądów Okręgowych, nieścisłości w sformułowaniu postanowień SIWZ nie powinny obciążać wykonawców." Również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 grudnia 2007 roku (sygn. akt: KIO/UZP 1404/07, czytamy: "zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie mogą być obciążani negatywnymi skutkami niewystarczającego doprecyzowania przez Zamawiającego postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia."

W związku z powyższym, odwołujący poparł wszystkie czynności zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, a będące przedmiotem własnego protestu i uznał w tym zakresie stanowisko zamawiającego, za prawidłowe. Opowiadając się za odrzuceniem protestu, konkurencyjnego wykonawcy "DAN POL" M. Piechota Sp. J., wskazał na posiadanie interesu prawnego, gdyż jego oferta w rankingu cenowym spośród złożonych ofert, faktycznie nie podlegających odrzuceniu, przedstawia najniższą cenę, a nadto spełnia całość wymagań zamawiającego, zawiera wszystkie wymagane dokumenty, w związku z czym uwzględnienie protestu oznaczałoby bezpodstawne pozbawienie odwołującego należnego zamówienia, zważywszy że na nieuzasadnione odrzucenie własnej oferty wniósł odrębny protest, który zamawiający uwzględnił i do którego protestujący "DAN POL" M. Piechota Sp. J., nie przystąpił. W przekonaniu odwołującego, logiczną konsekwencją odrzucenia protestu "DAN POL" M. Piechota Sp. J., powinno być nie uwzględnianie jego żądań przy łącznym rozpatrywaniu protestów wniesionych w przedmiotowym postępowaniu, a dotyczących wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia odrzucenia ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący wskazał, że zamawiający uwzględniając protest zarówno jego firmy, jak i wykonawcy "DAN POL" w całości, w oparciu o przepis art. 183 ust. 5 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, winien niezwłocznie powtórzyć oprotestowane czynności, czego jednakże zaniechał uczynić. Odwołujący wywodził, iż bezzasadne uwzględnienie protestu wykonawcy "DAN POL," w zakresie zarzutów dotyczących jego firmy, przy powtórzeniu oceny ofert doprowadzi do wypaczenia wyniku postępowania, nieuzasadnionego ponownego odrzucenia oferty odwołującego. Z jednej strony bowiem uwzględniając zasadność zarzutów odwołującego, zamawiający przywrócił jego ofertę do udziału w postępowaniu, lecz ta słuszna czynność jednocześnie została

znielowana przez uwzględnienie protestu wykonawcy "DAN POL" M. Piechota Spółka Jawna w zakresie, o którym była mowa powyżej, pomimo, że protest ten, jak wykazywał w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu i co podtrzymał w odwołaniu, powinien być odrzucony. Nadto, zdaniem odwołującego, gdyby nawet uznać, że protest firmy "DAN POL" nie zasługuje na odrzucenie, to i tak podniesione w nim zarzuty są bezzasadne, co z daleko posuniętej ostrożności procesowej wykazywał w odwołaniu, przytaczając ponownie całą szczegółową argumentację dotyczącą prawidłowości przedstawionego kosztorysu ofertowego, podnoszoną uprzednio w przystąpieniu do postępowania wywołanego protestem „DAN POL” M. Piechota Spółka Jawna. Odwołujący wyraził przekonanie, że zamawiający nie miał podstaw do uwzględnienia protestu firmy „DAN POL,” a przez uwzględnienie protestu w danym stanie faktycznym, uchybił podstawowym zasadom udzielania zamówień publicznych, a w szczególności zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania uczestników postępowania przy ocenie ofert. Odwołujący zaznaczył, że dokonane przez zamawiającego rozstrzygnięcie protestu spowodowało naruszenie określonych wyżej przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz spowodowało uszczerbek w jego interesie prawnym, polegający na tym, że niesłusznie prowadzi to do wyeliminowania oferty z postępowania, pomimo że zamówienie było mu należne. Zamawiający uwzględniając protest w zakresie zaniechania podania wszystkich podstaw skutkujących koniecznością odrzucenia oferty odwołującego, podjął błędną i krzywdzącą decyzję, co czyniło odwołanie koniecznym, a zgłoszone wnioski zasadnymi.

Do postępowania odwoławczego pismem z dnia 13 sierpnia 2009 r. z kopią doręczoną stronom przed otwarciem posiedzenia, przystąpił po stronie zamawiającego, wykonawca „DAN POL” M. Piechota Spółka Jawna, który podtrzymał stanowisko zawarte w jego proteście.

W odniesieniu do punktu „c” zarzutów protestu, przyznał, że przedmiar robót – zakres głównych prac ociepleniowych w poz. 5.5 przewidywał gruntowanie preparatem Uni Grunt przed położeniem warstwy zaprawy klejącej. Zdaniem przystępującego, przez odpowiedź na pytanie 4 w piśmie z dnia 2 czerwca 2009 r., o zagruntowanie elewacji przed malowaniem, o dosłownej treści – „poz. 5.5 przedmiaru robót – 1875,55 m²”, zamawiający odstąpił od wymogów gruntowania powierzchni ścian przed położeniem warstwy klejącej do przylepienia płyt styropianowych, a jedynie było wymagane gruntowanie podłoża pod farby silikatowe.

W odniesieniu do punktu „e” zarzutów, przystępujący wskazał, że projekt wykonawczy w strefie „nad cokołem” przewiduje zastosowanie styropianu EPS 100 gr. 12 cm z zakładkami. Podkreślił, iż odwołujący oferuje płyty styropianowe 12 cm, ale bez zakładek, co przekłada się na koszt i efekt termoizolacyjny. Wskazywał również, iż mimo podania prawidłowych materiałów w wykazie, to nie zostały one tak samo oznaczone w kosztorysie ofertowym

(grzejniki, zawory termoregulacyjne). W odniesieniu do punktu „g” zarzutów podał, że firma Atlas posiada trzy aprobowane systemy dociepleń, zatem należało wskazać nazwy materiałów składowych (odpowieź na pytanie 5 z 25 maja 2009 r.).

Krajowa Izba odwoławcza ustaliła, że odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o wartości niższej niż progi wymienione w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczy jednak odrzucenia oferty wykonawcy, zatem znajduje podstawę prawną w art. 184 ust. 1a pkt 4 Pzp. Następstwem uwzględnienia protestu przeciwko ofercie odwołującego, jest jej odrzucenie, w związku z czym odwołanie dotyczy odrzucenia oferty odwołującego i jest dopuszczalne. Gdyby nie zostało wniesione odwołanie, rozstrzygnięcie protestu nabrałoby charakteru ostatecznego.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze zmianami, udzielonych przez zamawiającego wyjaśnień, pism stron i przystępującego, złożonych w postępowaniu protestacyjno – odwoławczym z załącznikami, oferty odwołującego, dowodów z dokumentów, złożonych przez odwołującego na rozprawie.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska pełnomocników stron i odwołującego, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu, jak stanowi art. 191 ust. 3 Pzp Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Według zgodnego oświadczenia stron, okres związania ofertą (od 5 czerwca 2009 r.) uległ zawieszeniu skutkiem złożenia protestów, a oferty odwołującego i przystępującego nadal pozostają zabezpieczone wadium.

Zgodnie z punktem 13.1 SIWZ jedyne kryterium oceny ofert stanowi cena. W punkcie 12 SIWZ opis sposobu obliczenia ceny zamawiający postanowił – cenę oferty stanowi suma wartości wszystkich jej elementów, zawierająca wszystkie koszty niezbędne do wykonania zamówienia. Wszystkie ceny określone przez wykonawcę są obowiązujące w okresie ważności umowy i nie ulegną zmianie. Cenę oferty należy obliczyć na podstawie kosztorysu ofertowego sporządzonego metodą uproszczoną według przedmiaru robót, z podaniem składników cenotwórczych (stawki roboczogodziny, kosztów pośrednich, zysku, z pełnym zestawieniem cen materiałów, robocizny oraz sprzętu (bez podawania ilości). Zamawiający dopuścił stosowanie materiałów równoważnych, do podanych w dokumentacji technicznej, za uprzednią zgodą projektanta. Wzór umowy w odniesieniu do wynagrodzenia wykonawcy zawiera postanowienia - § 3 pkt 1 wartość zadania z VAT, zgodnie z przyjętą ofertą wynosi

(...), pkt 2 kwota określona w punkcie 1 zawiera wszystkie koszty związane z realizacją zadania. W § 7 wzoru umowy zamawiający postanowił - za roboty niewykonane jako zbędne, choć objęte kosztorysem ofertowym oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, wynagrodzenie nie przysługuje. Cytowane wyżej postanowienia SIWZ oraz wzoru umowy, świadczą, że określone wynagrodzenie, może ulec korekcie, stosownie do faktycznie wykonanego zakresu robót, zatem ma ono charakter kosztorysowy w rozumieniu art. 629 K.c. w związku z art. 14 Pzp. Z uwagi na kosztorysowy charakter wynagrodzenia, koniecznym jest aby dla porównywalności ofert, na etapie ich oceny, obejmowały one ten sam zakres prac, co zamawiający potwierdził w odpowiedzi na pytanie do SIWZ w piśmie z dnia 29 maja 2009 r. Okoliczność bezsporną stanowi, że w dniu 3 czerwca 2009 r. zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej zaktualizowaną wersję przedmiaru robót, zgodnie z którą wykonawcy zobowiązani byli sporządzić kosztorysy ofertowe. Zamawiający modyfikował SIWZ wyjaśnieniami: z dnia 22 maja 2009 r., z 25 maja 2009 r., z dnia 29 maja 2009 r. oraz z dnia 2 i z 4 czerwca 2009 r.

Z druku ZP -12 wynika, że zostało złożonych 9 ofert z następującymi cenami brutto:

1. Firma Przemysłowo - Budowlana LECHBUD Leszek Dziub – 1 610 801,13 zł;
2. Przedsiębiorstwo Handlowo –Usługowo - Produkcyjne "FRIBEX" F. Nalepa - 1 657 612,74 zł;
3. Spółdzielnia Rzemieślnicza BUDREM - 1 829 961,39 zł;
4. EWMAR Sp. z o.o. - 1 868 021,89 zł;
5. konsorcjum PUT TOP - Serwis, DOMEX ZRB - 1 880 182,02 zł;
6. PPH OMINIX Sp. z o.o. - 1 942 867,73 zł;
7. Zakład Ogólnobudowlany s. c. - 2 083 754 zł;
8. konsorcjum PBO i U Mal i Przedsiębiorstwo Glimar Sp. z o.o. - 2 085 647,46 zł;
9. firma "DAN POL" M. Piechota Spółka Jawna - 2 142 970,14 zł.

Zamawiający w piśmie, doręczonym wykonawcom dnia 24 czerwca 2009 r. powiadomił, iż jako niepodlegające odrzuceniu ocenił jedynie oferty złożone przez:

- Przedsiębiorstwo Handlowo –Usługowo - Produkcyjne "FRIBEX" F. Nalepa, którą wybrał jako najkorzystniejszą;
- oraz przez PPH OMINIX Sp. z o.o.

Pozostałe oferty zamawiający odrzucił.

Protesty złożyli:

- Firma Przemysłowo - Budowlana LECHBUD Leszek Dziub na odrzucenie własnej oferty za podanie w poz. 3.6 kosztorysu ofertowego niewłaściwego materiału, tj. blachy „tytancynk” zamiast blachy „stalowej cynkowanej,” malowanej na kolor szary;
- PPH OMINIX Sp. z o.o. na zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowo - Produkcyjne "FRIBEX" F. Nalepa;

- firma "DAN POL" M. Piechota Spółka Jawna - na odrzucenie własnej oferty, na zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: Firma Przemysłowo - Budowlana LECHBUD Leszek Dziub; PPH OMINIX Sp. z o.o., Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowo - Produkcyjnego "FRIBEX" F. Nalepa.

Zamawiający oddalił protest PPH OMINIX Sp. z o.o. Uznał w całości protesty Firmy Przemysłowo - Budowlanej LECHBUD Leszek Dziub oraz firmy "DAN POL" M. Piechota Sp. J., w związku z brakiem zaskarżenia tej czynności przez PPH OMINIX Sp. z o.o., Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowo - Produkcyjnego "FRIBEX" F. Nalepa, protest stał się ostatecznie rozstrzygnięty w tym zakresie, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 Pzp. Izba stwierdza, że w postępowaniu nadal uczestniczą jedynie dwaj wykonawcy: Firma Przemysłowo - Budowlana LECHBUD Leszek Dziub oraz firma "DAN POL" M. Piechota Spółka Jawna. Z uwagi na fakt, że do czasu ostatecznego rozpatrzenia podnoszonych zarzutów protestu, obaj wymieni wykonawcy zachowali szansę otrzymania przedmiotowego zamówienia, Izba uznała, że odwołujący i przystępujący legitymował się interesem prawnym niezbędnym do wniesienia środków ochrony prawnej przewidzianych ustawą Pzp. Zamawiający mimo, że uwzględnił protesty w całości, nie dokonał niezwłocznie powtórzenia oceny ofert, jak nakazuje art. 183 ust. 5 Pzp. Pełnomocnik zamawiającego wyjaśnił do protokołu rozprawy, iż zamawiający wstrzymał się z powtórzeniem czynności ponownego badania ofert, do czasu wydania orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Ocenę kosztorysów ofertowych, przygotowała na zlecenie zamawiającego firma zewnętrzna – Firma Usługowo – Konsultingowa QUALITY A. Wieczorek z Tarnowskich Gór. W części ocenami tej firmy, kierował się zamawiający odrzucając oferty poszczególnych wykonawców.

W odniesieniu do zarzutów protestu Firmy Przemysłowo - Budowlanej LECHBUD Leszek Dziub, zamawiający w piśmie z dnia 1 lipca 2009 r. przyznał, że w dokumentacji przetargowej wystąpiły błędy, zaznaczając, że odpowiedzi na pytania dotyczące pozycji przedmiarowych i dokumentacji technicznej udzielał autor projektu: Przedsiębiorstwo Usługowo Produkcyjne UTEX Sp. z o.o. z Gliwic. Zamawiający stwierdził, iż odpowiedzi były nierzetelnie przygotowane i stąd wystąpiły błędy w podstawie wyceny poz. 3.6, które stały się podstawą protestu wymienionego wykonawcy. W tym stanie sprawy, uwzględnienie protestu Firmy Przemysłowo - Budowlanej LECHBUD Leszek Dziub, Izba uznała za zasadne, gdyż wykonawca wypełniając pozycję 3.6 kosztorysu ofertowego dostosował się do wyjaśnień zamawiającego i podał wymagany rodzaj materiału, tj. blachę „tytancynk” wymienioną w poz. 5.29 „różne obróbki z blachy z tytan cynku o gr. 0,7 mm i potwierdzone w odpowiedzi na pytanie 19 z dnia 2 czerwca 2009 r.

Podstawowym zagadnieniem było ustalenie, czy w rzeczywistości istnieją uzasadnione podstawy do odrzucenia oferty Firmy Przemysłowo - Budowlanej LECHBUD Leszek Dziub. Wykonawca ten złożył ofertę z najniższą ceną, a więc najkorzystniejszą w oparciu o ustalone kryterium oceny. Firma „DAN POL” M. Piechota Sp. J., złożyła natomiast ofertę z najwyższą ceną, która zajmowała ostatnią pozycję w tym kryterium. Zatem wykazanie, że oferta Firmy Przemysłowo - Budowlanej LECHBUD Leszek Dziub nie podlegała odrzuceniu, było wystarczające dla rozstrzygnięcia sprawy, w kontekście podnoszonych zarzutów, a także uzasadniało interes prawny odwołującego w domaganiu się wyboru tej oferty do realizacji zamówienia.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących kosztorysu ofertowego Firmy Przemysłowo - Budowlanej LECHBUD Leszek Dziub, Izba stwierdziła:

do ad. a) zmiany w przedmiarze naniósł sam zamawiający, w kosztorysie zamiennym pod nazwą „wymiana stolarki okiennej i drzwiowej,” z dnia 3.06.2009 r. dodano pozycje: 1.9; 1.10; 1.11; 5.15; 5.16; 5.17; 5.18; 6.12; 6.13, 7.12; 7.13; 9.8; 9.9; 10.5; 10.8. z czego wynika, że kosztorys ofertowy jest prawidłowy i co zamawiający potwierdził na rozprawie;

do ad. b) pod poz. 35 - 38 kosztorysu 3269 na wykonanie instalacji wodociągowej, znajdują się "rury z polipropylenu PP Stabi o średnicy zewnętrznej między innymi 20 mm" a więc takie, jakie zamawiający określił w SIWZ, odpowiedź na pytanie 7 wyjaśnień z dnia 2 czerwca 2009 r. dotyczyła wymogu podania materiału, który to wymóg został spełniony;

do ad. c) zamawiający w przedmiarze pn. "ocieplenie ścian zewnętrznych - roboty dociepleniowe z wymianą stolarki okiennej i drzwiowej" w pozycji 5.5 podaje podstawę wyceny KNR 23/2611/2 „przygotowanie podłoża pod docieplenie metodą lekką - moką gruntowanie emulsją Atlas Uni Grunt, 1 - krotnie" Gruntowanie ujęte w poz. 5.5 dotyczy gruntowania przed nałożeniem kleju do mocowania styropianu, natomiast gruntowanie pod tynki silikonowe jest ujęte w poz. 5.7 "KNR 33/8/4 „ocieplenie budynków (...)" i w zestawieniu materiałów pod poz. 79 jako "środek gruntujący pod tynki silikonowe." Zamawiający w piśmie z dnia 2 i 4.06.2009 r. (pytanie 20), sprecyzował wykonanie elewacji pokrytej tynkiem silikonowym, nie zaś silikatowym. Izba stwierdza, że zamawiający nie odstąpił od wymogu gruntowania podłoża pod warstwę klejącą zaprawy do położenia płyt styropianowych, a podanym materiałem w kosztorysie ofertowym była emulsja Atlas Uni Grunt – taka jak wymagana w SIWZ. Pytanie wykonawcy dotyczyło zagruntowania elewacji przed malowaniem. W odpowiedzi nr 4 w piśmie z dnia 2 czerwca 2006 r. zamawiający potwierdził jedynie wymóg takiego gruntowania na powierzchni 1875,55 m², nie ustanowił wymogu stosowania substancji gruntującej Atlas Arkol SX. Z karty charakterystyki tego produktu wynika, że ma on zastosowanie do powierzchni wykańczanych tynkami silikatowymi, a nie

silikonowymi, jak przewidziano w dokumentacji postępowania. Odwołujący ujął wymienione gruntowanie podłoża w kosztorysie ofertowym, jak w przedmiarze, i nie ma podstaw do twierdzenia, że do jego wykonania użyje materiału nieprzeznaczonego do tego zastosowania zgodnie z technologią. Wskazany przez przystępującego preparat Atlas Arkol SX służy do gruntowania tynków silikatowych, a nie silikonowych, które są przewidziane;

do ad. d) w opisie do projektu budowlanego w pkt. 8 "technologia robót związanych z ociepleniem budynku. (...) do obliczeń przyjęto styropian EPS 100 współczynniki przewodzenia ciepła λ . = W/m²0 K. Założono, iż po dociepleniu współczynnik przenikania ciepła U_k winien być nie mniejszy niż 0,3 W/m²0K." Ostatecznie wyłuszczoną i podkreśloną czcionką na stronie 13 opisu technologii robót w projekcie budowlano - wykonawczym zamawiający narzucił: "materiał styropian FS15 o grubości $d_{min} = 12$ cm." Z przedstawionej informacji producenta wynika, że wyrób EPS – 70, podany pod poz. 58 zestawienia materiałów, odpowiada oznaczeniu płyty styropianowej FS -15. Izba stwierdza, że niezależnie od rodzaju zastosowań płyt styropianowych EPS 70 (FS 15) do dociepleń ścian zewnętrznych elewacji, czy EPS 100 np. na ściany przyziemia, odwołujący w kosztorysie ofertowym poz. 5.7 ujął materiał wskazany przez zamawiającego płyty styropianowe grubości 12 cm, zgodnie z przedmiarem i odpowiedzią na pytanie 20 z dnia 2 i z 4 czerwca 2009 r. Nie wykazano, iż podany materiał, nie posiada zakładek, natomiast grubość oferowanych płyt nie jest kwestionowana;

do ad. e) w zestawieniu materiałów będącym załącznikiem do w/w kosztorysu pod pozycją nr 76, 77, 78 są wykazane zawory nastawne typu Danfoss ASV-I, jak były wymagane, co zdaniem Izby oznacza ujęcie i wycenienie w kosztorysie ofertowym zaworów o identycznym oznaczeniu;

do ad. f) w zestawieniu materiałów będącym załącznikiem do kosztorysu ofertowego pod pozycją nr 25 są wykazane grzejniki Purmo C22-600-1100, jak wymagane, co zdaniem Izby oznacza ujęcie i wycenienie w odnośnej pozycji kosztorysu ofertowego grzejników o identycznym oznaczeniu;

do ad. g) technologia robót ociepleniowych została wyszczególniona w kosztorysie ofertowym o numerze 3267 w tytule elementu " 5. ocieplenie ścian zewnętrznych - technologia ATLAS." Zamawiający dopuścił stosowanie zarówno technologii wg Ogólnej Specyfikacji Technicznej jak i według technologii producenta systemu ociepleniowego ATLAS nie oznaczając konkretnego systemu wymienionej technologii. Faktem jest, że istnieją odmiany tego systemu dociepleń, a co do zestawu materiałów, które obejmują, zostały wydane odrębne aprobaty techniczne, przedstawione przez przystępującego, jako dowody w sprawie. Natomiast zdaniem Izby, istotne jest, że zasadniczo przedmiot zamówienia stanowią roboty termomodernizacyjne ocieplenia ścian zewnętrznych i

dokumentacja opracowana przez zamawiającego, obejmuje szczegółowe wskazania w tym zakresie, także co do podania wszystkich materiałów zgodnych z normami, obejmujących pełny zakres robót. Z tych względów Izba stwierdza, że odwołujący nie poprzestał jedynie na zaferowaniu robót z materiałów i w technologii ATLAS, ale wymienił te materiały, które do tego celu znajdują zastosowanie w zestawieniu materiałowym i w poszczególnych pozycjach przedmiaru. Zakres robót objęty jest projektem i przedmiarem, kolejność wykonania obejmuje projekt i specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót (opis robót), w tym zakresie wykonawca nie był zobowiązany do składania lub wypełniania innych dokumentów niż kosztorys ofertowy wg przedmiaru, który co do zasady obejmuje zarówno pewien zagregowany w podanej normie katalogowej zakres robót, jak i odpowiadających im stawek, albowiem nie jest kosztorysem szczegółowym. Zgodnie z wymaganiami zostały podane materiały w poz. 5.5, 5.7 kosztorysu i w zestawieniu materiałów m.in. podkładowa masa tynkarska, Atlas Cerplast, farba silikatowa, tynk silikonowy strukturalny, środek gruntujący pod tynki silikonowe.

Na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego, Izba stwierdziła, iż zarzuty przystępującego, które zamawiający przyjął za własne, wobec kosztorysu ofertowego Firmy Przemysłowo - Budowlanej LECHBUD Leszek Dziub, nie znalazły potwierdzenia. Zamawiający nie miał podstaw do uwzględnienia protestu przystępującego firmy "DAN POL" M. Piechota Spółki Jawnej, w wymienionym zakresie. Zaskarżona odwołaniem czynność uwzględnienia protestu, w odniesieniu do oferty odwołującego, naruszyła postanowienia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż kwestionowana oferta jest zgodna z treścią SIWZ, a w następstwie zamawiający naruszył także zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz prowadzenia postępowania w sposób zgodny z przepisami ustawy, o czym stanowi art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Izba ustaliła, że zamawiający mimo, iż uznał zarzuty protestu wobec oferty Firmy Przemysłowo - Budowlanej LECHBUD Leszek Dziub, nie wyczerpał obligatoryjnej procedury, określonej w art. 87 ust. 2 Pzp. Nawet w sytuacji, gdy oferta, która może być uznana za najkorzystniejszą, zawierałaby omyłki, to przepis art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, po zmianach dokonanych ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), zobowiązuje zamawiającego do poprawy oferty, w zakresie oczywistych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek oraz zezwala na poprawianie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający przyznał, iż nieścisłości

zostały spowodowane jego rozbieżnymi wyjaśnieniami i dyspozycjami, których negatywne skutki nie mogą obciążać wykonawcy.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp oraz orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Z tytułu uzasadnionych kosztów zastępstwa przez pełnomocnika, izba orzekła na rzecz odwołującego w oparciu o złożony rachunek, kwotę 3600,00 zł. na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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.)

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*