

Sygn. akt: KIO/UZP 418 /08

Sygn. akt: KIO/UZP 419 /08

WYROK
z dnia 15 maja 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 maja 2008 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **7 maja 2008 r.** do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. Zakład Robót Drogowych Orfin Jan ul. Bytomska 80, 42-622 Orzech

B. Zakład Instalacyjno-Brukarski Mała Architektura Marian Jankowiak ul. Krasickiego 11/12, 41-600 Świętochłowice

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Zarząd Ulic i Mostów, ul. Katowicka 105, 41-500 Chorzów** protestów:

A. Zakład Robót Drogowych Orfin Jan ul. Bytomska 80, 42-622 Orzech
z dnia **14 kwietnia 2008 r.**

B. Zakład Instalacyjno-Brukarski Mała Architektura Marian Jankowiak ul. Krasickiego 11/12, 41-600 Świętochłowice z dnia **17 kwietnia 2008 r.**

orzeka:

1. **A. Oddala odwołanie Zakładu Robót Drogowych Orfin Jan.**

B. Uwzględnia odwołanie Zakładu Instalacyjno-Brukarskiego Mała Architektura Marian Jankowiak.

2. Kosztami postępowania obciąża

A. Zakład Robót Drogowych Orfin Jan ul. Bytomska 80, 42-622 Orzech

B. Miejski Zarząd Ulic i Mostów, ul. Katowicka 105, 41-500 Chorzów

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A. koszty w wysokości **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Zakład Robót Drogowych Orfin Jan ul. Bytomska 80, 42-622 Orzech;**
 - B. koszty w wysokości **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Zakład Instalacyjno-Brukarski Mała Architektura Marian Jankowiak ul. Krasickiego 11/12, 41-600 Świętochłowice;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **5 632 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy sześćset trzydzieści dwa zł zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty stron, w tym:
 - A. dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) przez **Zakład Robót Drogowych Orfin Jan ul. Bytomska 80, 42-622 Orzech** na rzecz **Miejskiego Zarządu Ulic i Mostów, ul. Katowicka 105, 41-500 Chorzów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego;
 - B. dokonać wpłaty kwoty **2 032 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **Miejski Zarząd Ulic i Mostów, ul. Katowicka 105, 41-500 Chorzów** na rzecz **Zakładu Instalacyjno-Brukarskiego Mała Architektura Marian Jankowiak ul. Krasickiego 11/12, 41-600 Świętochłowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;

- A. kwoty XXX zł XXX gr. (słownie: XXX) przez XXX
 - B. kwoty XXX zł XXX gr. (słownie: XXX) przez XXX
- 4) dokonać zwrotu kwoty **35 936 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A. kwoty **17 968 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Zakładu Robót Drogowych Orfin Jan ul. Bytomska 80, 42-622 Orzech;**
 - B. kwoty **17 968 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Zakładu Instalacyjno-Brukarski Mała Architektura Marian Jankowiak ul. Krasickiego 11/12, 41-600 Świętochłowice.**

U z a s a d n i e

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25.02.2008r. pod poz. 37306 - 2008 przez Miejski Zarząd Dróg i Mostów , ul. Katowicka 105, 41-500 Chorzów zwany dalej „Zamawiającym”.

Zamówieniu nadano nazwę „ Bieżące utrzymanie chodników w latach 2008 -2100 na terenie miasta Chorzowa obejmujące następujące dzielnice:

1. Zadanie nr 1 – Chorzów Centrum, Chorzów Batory,
2. Zadanie nr 2 – Chorzów Stary, Maciejkowice i Chorzów II.

Postępowanie odwoławcze dotyczy zadania nr 2 .

W postępowaniu odwoławczym wpłynęły dwa odwołania dotyczące czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Pod Sygn. akt KIO/UZP 418/08 zarejestrowano odwołanie Zakładu Robót Drogowych Orfin Jan, 42- 622 Orzech, ul. Bytomska 80, zwany dalej „Jan Orfin”.

Pod Sygn. akt KIO/UZP 419 /08 zarejestrowano odwołanie Zakładu Instalacyjno – Brukarskiego Mała Architektura Marian Jankowiak, 41-600 Świętochłowice, ul. Krasickiego 11/12, zwany dalej „Marian Jankowiak” .

Pismem z dnia 08.05.2008r. prezes KIO zarządził łączne rozpoznanie wniesionych odwołań.

Postępowanie protestacyjne zostało wszczęte w związku z pismem Zamawiającego z dnia 09.04.2008r. , którym zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznano ofertę Mariana Jankowiaka.

Pismem z dnia 14.04.2008r. Jan Orfin złożył protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie :

1. art. 7 ustawy z dnia 29.01.2004r. prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej „ustawą Pzp” poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nie odrzucenie ofert, której treść jest sprzeczna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia zwanymi dalej siwz.

W związku z powyższymi naruszeniami odwołujący Jan Orfin zażądał :

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. odrzucenia oferty nieodpowiadającej treści siwz,
3. wyboru oferty odwołującego Jana Orfina jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podał następujące okoliczności wskazujące na sprzeczność treści oferty wybranej z treścią siwz.

1. Zgodnie z siwz pkt 12.2.3.” oferta wraz ze wszystkimi załączonymi oświadczeniami i dokumentami musi stanowić jedną całość. Wszystkie strony należy połączyć ze sobą w sposób trwały (np. spiąć, zszyć, zbindować). Zamawiający zaleca, aby każda zapisana strona oferty(wraz z załącznikami do oferty) była ponumerowana kolejnymi numerami, z zapisem na formularzu ofertowym liczby stron. Tak ustalonemu warunkowi przez Zamawiającego postawiono zarzut, iż oferta wybrana nie została trwale spięta, przez co umożliwia się po złożeniu ofert: usunięcie, dołożenie lub zamianę poszczególnych kart oferty. Odwołujący Jan Orfin stwierdził, że liczba stron (268) wpisana do oferty nie zgadza się z faktyczną ilością stron w ofercie. Bowiem stwierdzono dodatkowe w ofercie nienumerowane karty, wpięte pomiędzy karty numerowane. Są nimi : zestawienie RMS kosztorysu nr 30, zestawienie RMS kosztorysu nr 30 a, referencje od ZRUG Zabrze, zaświadczenie ze ŚOIIB z dn.13.06.2007r., c.d. ubezpieczenia, zaświadczenie z Urzędu Skarbowego. W ocenie odwołującego Jana Orfina brak trwałego spięcia oferty wybranej spowodował umożliwienie dołożenia dokumentów po złożeniu oferty, na co wskazuje brak numeracji części kart w ofercie wybranej.
2. zgodnie z pkt 7.2.1. siwz wymagane było ...” aktualne zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej(.....) wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem składania ofert.” Natomiast zaświadczenie w ofercie wybranej pochodzi z dnia 11.01.2005r. Co prawda widnieje na nim pieczętka Urzędu Miasta z dnia 23.01.2008r. W ocenie odwołującego Jana Orfina zaświadczenie powinno być wystawione nie wcześniej jak 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

3. Zgodnie z pkt 6.2.2. „ Wykonawca musi posiadać ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na kwotę co najmniej 200.000,00zł. natomiast w wybranej ofercie (str. 259) ubezpieczenie obejmuje następujące okresy : 17.03.2008r. do 16.04.2008r. na kwotę 100.000,00zł. oraz na okres 24.01.2008r. do 23.01.2009r. na kwotę 100.000,00zł. Ubezpieczenie nie obejmuje nawet okresu związania oferta, który upływa w dniu 17.04.2008r.
4. Zgodnie z pkt 12.1.6. siwz „ Dokumenty wchodzące w skład oferty są składane w formie oryginału lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę”. Natomiast na str 227 oferty dokument potwierdzający wpłatę wadium występuje jako kopia bez poświadczenia za zgodność z oryginałem oraz bez podpisu i pieczętki.
5. Zgodnie z pkt 12.4.2. siwz oferta powinna zawierać ”szczegółowe kosztorysy ofertowe opracowane na podstawie założeń do kalkulacji jednostkowych załączonych do siwz zgodnie z zał. Nr 5 wraz ze zbiorczym zestawieniem materiału i sprzętu”. Odwołujący Jan Orfin zarzuca, że w ofercie wybranej brak stron tytułowych kosztorysów wraz z ich zawartością oraz przedmiarów. Zgodnie z zał. Nr 5 pn założenia do kalkulacji jednostkowych, występują w ofercie wybranej następujące braki :
 - 5.1. brak w wycenach średniego dodatku za roboty prowadzone pod ruchem,
 - 5.2. w poszczególnych kosztorysach brak oznaczenia czy roboty prowadzone są w pasie węższym niż 2,5 m czy o szerokości powyżej 2.5 m.,
 - 5.3. w ofercie nie załączono zbiorczego zestawienia materiału i sprzętu ,
6. W kosztorysach ofertowych oferty wybranej stwierdza się rozbieżności z siwz i założeniami do kalkulacji jednostkowych :
 - 6.1. kosztorysy nr 7 i 7a – przyjęto wywóz wraz z utylizacją 0,15 m.sześć. – powinno być 0,10 m sześć. (płyty 35x35x5 cm – odzysk),
 - 6.2. kosztorysy nr 8 i 8a - przyjęto wywóz wraz z utylizacją 0,17 m. sześć - powinno być 0,10 m sześć.(płyty 50x50x7 cm odzysk),
 - 6.3. kosztorysy nr 15. i 16 - przyjęto wywóz wraz z utylizacją 0,04 m. sześć.- powinno być 0,09 m.sześć. (brak wywozu krawężnika betonowego),
 - 6.4. kosztorys nr 17 - przyjęto wywóz wraz z utylizacją 0,04 m. sześć.- powinno być 0,11 m.sześć. (brak wywozu krawężnika kamiennego),

- 6.5. kosztorysy nr 31 i 31 a - przyjęto wywóz wraz z utylizacją 0,10 m.sześć.- powinno być 0,12 m.sześć. (wywóz z koryta).
7. kosztorysy nr 30, 30a, 31, 31 a , 32,32a,33, 33a – przyjęto KNR 2-31 080501: ręczne rozebranie nawierzchni z kostki kamiennej nieregularnej o wys. 8 cm na podsypce piaskowej – błędne pozycje, nie dotyczą rozebrania nawierzchni z kostki 6 i 8 cm (brak analogii),
 8. kosztorysy nr 9,11,14,16,16a – przyjęto KNR 2-31 040202 : ława pod krawężnik z kruszywa łamanego – w pozycjach zamiast żużla wielkopieczowego przyjęto pospółkę – błędne pozycje.
 9. kosztorys nr 47 – obramowanie okienka piwnicznego z kształtki betonowej – brak w pozycji kształtki betonowej.
 10. kosztorys 27- nawierzchni z kostki kamiennej rzędowej o wys. 14 cm. na podsypce cementowo – piaskowej – kostka kamienna z odzysku. W ofercie jest w opisie pozycji „kostka nowa” , a materiał jest wyceniony na 0,00zł.
 11. Kosztorysy nr 9,10,11,12,13,14,15a, 16a, 25,26,26,27, 27a, 28,28a, 30,30a,31,31a . W pozycjach dotyczących wbudowania materiałów brak adnotacji „ materiał z odzysku”, (dotyczy: krawężnika kamiennego , krawężnika betonowego, obrzeża 20x6, obrzeża 30x8, kostki kamiennej i kształtki betonowej), materiał został uwzględniony w pozycjach kosztorysowych z ceną 0,00zł.

W ocenie Odwołującego Jana Orfin takie uchybienia dyskwalifikują ofertę wybraną w myśl art. 89 ust.2 pkt 1 ustawy Pzp. Tym bardziej jak podnosi odwołujący Jan Orfin, Zamawiający odrzucił ofertę innego wykonawcy za tego typu uchybienia, chociaż występujące w mniejszym zakresie (pismo Zamawiającego z dnia 09.04.2008r. – stwierdzono dwie rozbieżności oferty z siwz). Powyższe porównanie dotyczy oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Drogowe Józef Pietryga, 41 – 922 Radzionków, ul. Nałkowskiej 28 zwany dalej "Józef Pietryga".

Pismem z dnia 16.04.2008r. zgłosił przystąpienie do postępowania protestacyjnego Józef Pietryga prowadzący Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Drogowe w 41-922 Radzionków, ul. Zofii Nałkowskiej 28 wnosząc o uwzględnienie protestu, powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert, wykluczenie z postępowania Mariana Jankowiaka i odrzucenie jego oferty, popierając protest Jana Orfina. Jego interes prawny w złożeniu przystąpienia polega na tym, że po uwzględnieniu protestu jego oferta będzie najkorzystniejsza. W dalszym postępowaniu Józef Pietryga nie przystąpił do postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 17.04.2008r. do postępowania protestacyjnego przyłączył się Marian Jankowiak żądając rozstrzygnięcia protestu na korzyść Zamawiającego tzn. o oddalenie, ponieważ zarzuty zawarte w proteście są chybione.

Przystępujący do postępowania protestacyjnego odniósł się następująco do zarzutów Protestującego Jana Orfin.

1. Co do zarzutu naruszenia przez wykonawcę wybranego pkt 12.2.3. siwz odnoszącego się do wymagań Zamawiającego w zakresie sposobu "spięcia" dokumentów oferty w jedną całość to co zasady Przystępujący uważa, że nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ jest to naruszenie co do formy oferty, a nie jej treści. Przystępujący powołał się na obowiązujące orzecznictwo oraz komentarz do ustawy wydany przez Urząd Zamówień Publicznych pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, wydanie drugie Warszawa 2006r. Str 231.
2. co do zarzutu braku aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, wymaganego zgodnie z pkt 7.2.1. siwz to Przystępujący podkreśla, że co prawda zaświadczenie nosi datę 11.01.2005r. to jednak widnieje na nim stempel urzędu z dnia 23.01.2008r. z adnotacją "do dnia 23.01.2008r. nie zgłoszono zmian, ani likwidacji". W ocenie Przystępującego do postępowania protestacyjnego zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa taką formę aktualizacji zaświadczeń uznaje się za dopuszczalną.
3. Co do zarzutu nie posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w wysokości odpowiadającej wymaganego warunkami siwz – 6.2.2. i 7.4.2. przez cały okres realizacji zamówienia to w ocenie Przystępującego do postępowania protestacyjnego takiego wymogu nie postawiono.
4. Co do zarzutu nie przedstawienia w wymaganej formie wydruku poświadczającego dokonanie wpłaty wadium, zgodnie z pkt 12.1.6 siwz (wymóg, aby dokumenty były przedstawiane w formie oryginału lub kopii poświadczanej za zgodność przez wykonawcę) to w ocenie Przystępującego do postępowania protestacyjnego zachowano stosowną formę dla tego rodzaju wydruków bankowych nie naruszając siwz. Zasada jest, że wydruki bankowe przez internet nie wymagają podpisu oraz pieczęci bankowych i mają charakter oryginału.
5. co do zarzutów dotyczących kosztorysów to w ocenie Przystępującego do postępowania protestacyjnego, Zamawiający nie postawił w siwz szczególnych wymagań co do formy opracowania tych kalkulacji. Odnosząc się do postawionych przez Protestującego zarzutów co do nieprawidłowości kosztorysów oferty wybranej, oświadczył co następuje:

5.1. kosztorysy szczegółowe zostały sporządzone zgodnie z założeniami do kalkulacji cen jednostkowych podanych przez Zamawiającego, które nie wymagały załączenia strony tytułowej i własnego przedmiaru.

5.2. kosztorysy zawierają średnie dodatki z tytułu wykonywania prac w czasie ruchu, które zostały uwzględnione w stawkach robocizny i pracy sprzętu.

5.3. w poszczególnych kosztorysach zaznaczono czy prace prowadzone są w pasie węższym niż 2,5 m (bez litery "a"), czy w pasie szerszym niż 2,5 m (z literą „a”).Poza tym każdy kosztorys zawiera zbiorcze zestawienie materiałów i sprzętu.

5.4. co do niewłaściwej ilości gruzu podanej w kosztorysie, to Zamawiający nie podał ilości gruzu do wywiezienia i utylizacji. Zamawiający podał jedynie, że gruz trzeba będzie wywozić na odległość 7 km. Stąd zarzut niewłaściwej ilości podanego gruzu w kosztorysie jest bezpodstawny.

5.5. kosztorysy nr 30, 30a, 31 , 31 a , 32, 32a, 33, 33a są analogią do przyjętego kosztorysu KNR 2-310805 01, pomimo że w ich opisach nie występuje słowo analogia, ponieważ Zamawiający tego nie wymagał. Poza tym Zamawiający dopuszczał użycie dowolnych katalogów.

5.6.kosztorysy 9,11,1,16,16a opracowano przez analogię do kosztorysu KNR 2-31 002 02 i uwzględniają ławę z żużla, pomimo występującej w nakładach pospółki, jej cena dotyczy ceny żużla, jak widać w opisie kosztorysu.

5.7.kosztorys nr 47 – obramowanie okienka piwnicznego, jest kosztorysem analizy własnej jak wskazywał Zamawiający i uwzględnia w swojej cenie użycie kształtki betonowej,

5.8. opis kosztorysu nr 27 nie wskazuje, że użyto tutaj materiału nowego. Co oznacza, że użyto materiału z odzysku i dlatego pozycja w kosztorysie jest „zerowa”. Taka sama sytuacja występuje w innych kosztorysach, gdzie przyjęto materiał z odzysku, kosztorysy o numerach : 9.10.11.12.13,1, 15a ,16 a, 25,26,27,27a, 28,28a,30,30a,31, 31 a.

W ocenie Przystępującego do postępowania protestacyjnego Mariana Jankowiaka, protest jest całkowicie pozbawiony podstaw prawnych, a jego uwzględnienie spowodowałoby udzielenie zamówienia droższego o około 1 milion złotych.

Pismem z dnia 24.04.2008r. Zamawiający w następujący sposób rozstrzygnął protest:

1. uwzględnił protest w części :
 - 1.1. braku podpisu i pieczętki na str.227 w ofercie,
 - 1.2. przyjęcia w kalkulacji w kosztorysach nr 9, 11, 14, 16, 16a - ława pod krawężnik z pospółki zamiast żużla wielkopieczowego.
 - 1.3. Nie uwzględnienie w kosztorysie nr 47 materiału – kształtki betonowej.
2. nie uwzględnił protestu w pozostałej części.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający wyjaśnił co następuje.

1. W ocenie Zamawiającego oferta Mariana Jankowiaka nie narusza wymagań co do jej skompletowania w jedną całość oraz co do numeracji stron w takim zakresie aby można ją odrzucić jako sprzeczną z treścią specyfikacji to jest regulacjami zawartymi w pkt 12.2.3. siwz.
2. W ocenie Zamawiającego oferta spełnia warunki co do aktualności zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej zgodnie z wymogami pkt 7.2.1. siwz.
3. W ocenie Zamawiającego oferta Mariana Jankowiaka zawiera polisy ubezpieczeniowe odpowiadające wymaganiom określonym w pkt 6.2.2. siwz .
4. W ocenie Zamawiającego zarzut braku potwierdzenia przelewu wadium wygenerowanego elektronicznie bez podpisu jest nieuzasadniony w kontekście art.7 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r. Prawo bankowe.
5. Co do kosztorysów szczegółowych to Zamawiający wymagał ich zgodnie z pkt 12.4.2. siwz.

5.1. szczegółowe kosztorysy ofertowe wraz ze zbiorczym zestawieniem materiałów i sprzętu miały być załączone do oferty, a opracowane miały być na podstawie założeń do kalkulacji jednostkowych załączonych do specyfikacji na podstawie zał. Nr 5. W ocenie Zamawiającego ten wymóg został spełniony, ponieważ każda pozycja jednostkowa została skalkulowana metodą kalkulacji szczegółowej wraz z zestawieniem materiału i sprzętu. Zamawiający nie podał podstawy prawnej na podstawie , której należy sporządzić kalkulacje jednostkowe. Nie wymagał również dołączenia przedmiarów robót ani strony tytułowej kosztorysu. Stopień szczegółowości kosztorysu zapewnił Zamawiającemu : ujęcie wszystkich pozycji na podstawie założeń do kalkulacji jednostkowych, kalkulacje sporządzono na podstawie tych samych czynników cenotwórczych to jest : robocizny, materiału i sprzętu, ujęto wymagane technologią robót materiały i sprzęty.

5.2.co do narzutu z tytułu robót prowadzonych w ruchu to Zamawiający nie wskazał w jaki sposób ma wykonawca uwzględnić ten dodatek. Wykonawca mógł to zrobić przyjmując go w kalkulacji jako odrębny dodatek, jako zwiększenie robocizny, bądź wliczyć w koszty ogólne. Wykonawcy w siwz zostali poinformowani o tej okoliczności i sprawą wykonawcy była możliwość jego uwzględnienia, Natomiast w trakcie realizacji robót wykonawca nie może z tego tytułu rościć pretensji do zwiększenia wynagrodzenia, jeżeli nie uwzględnił w kalkulacji dodatku z tytułu realizacji zadania w ruchu. W związku z tym zarzut Protestującego nie zasługuje na uwzględnienie.

5.3 wbrew twierdzeniom Protestującego oferta wybrana zawiera w każdej pozycji jednostkowej zbiorcze zestawienie materiału i sprzętu.

5.4 Wbrew twierdzeniom Protestującego oferta wybrana zawiera indeks "a" przy robotach wykonywanych w pasie powyżej 2,5 m.

5.5 Wbrew twierdzeniom Protestującego, Zamawiający nie podał jakie ilości wywozu i utylizacji ziemi oraz gruzu będzie konieczne przy realizacji robót. To każdy wykonawca powinien ocenić i uwzględnić w kalkulacji szczegółowej każdej pozycji ilości według własnej oceny. Wykonawcy z tytułu wywozu i utylizacji nie będzie przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie. Podane w kalkulacjach szczegółowych ceny jednostkowe mają charakter ryczałtowy i wykonawca powinien tak skalkulować te roboty aby pokrył swoje koszty z tego tytułu. Tak więc Protestujący nie ma podstaw twierdzić, że Zamawiający w zał. Nr 5 podał ilości ziemi i gruzu do wywozu i kalkulacja wykonawcy wybranego jest nieprawidłowa w pozycjach kosztorysu: 7 i 7a, 8 i 8a, 15 ,16, 31 i 31a. Sprawą wykonawcy było uśrednienie kosztów według własnej oceny i ponoszenia z tego tytułu ryzyka.

5.6 Odnośnie podnoszonych przez Protestującego błędów w pozycjach kosztorysowych : 30, 30a,31,32,32a, 33, 33a to Zamawiający wyjaśnia, że nie narzucał żadnych metod kosztorysowania i wykonawca Marian Jankowiak miał prawo wycenić te pozycje według KNR 2-31 08050

5.7 co do zarzutu niezgodności w poz. 27 brak materiału kostki kamiennej gr. 14 cm z odzysku to Zamawiający wyjaśnia, że skoro materiał pochodzi z odzysku to byłoby nieprawidłowo liczone wynagrodzenie za kostkę skoro wykonawca Marian Jankowiak przewiduje użyć materiał rozebranej kostki kamiennej.

Reasumując powyższe wyjaśnienia Zamawiający wyżej przedstawione zarzuty uznał za niezasadne.

Natomiast Zamawiający uznał zarzuty protestującego w następującym zakresie :

1. Pozycje kosztorysu: 9,11,14,16,16a, w których to Zamawiający oczekiwał skalkulowania krawężnika na ławie z żużla, a wykonawca Marian Jankowiak zaproponował niezgodnie z wymaganiami specyfikacji pospółkę.
2. Odnośnie zarzutu Protestującego, że wykonawca Marian Jankowiak pominął w kalkulacji w poz. 47 obramowanie okienka piwnicznego z kształtki betonowej to Zamawiający potwierdza ten brak w ofercie wybranej skalkulowania tej pozycji materiałowej.
3. Natomiast Zamawiający potwierdza zarzut co do braku podpisu i pieczęci wykonawcy na każdej stronie oferty, a odnoszący się do braku na 227 str. oferty.

W dniu 29.04.2008r. od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego zostały wniesione odwołania przez :

1. Zakład Robót Drogowych Orfin Jan, 42- 622 Orzech, ul. Bytomska 80, zwany „Jan Orfin”,
2. Zakład Instalacyjno – Brukarski Mała Architektura Marian Jankowiak, 41-600 Świętochłowice, ul. Krasickiego 11/12, zwany „Marian Jankowiak”

AD1. Odwołujący Jan Orfin złożył odwołanie zaskarżając rozstrzygnięcie protestu w części oddalającej protest, wnosząc i wywodząc jak w proteście.

Ad2 Odwołujący Marian Jankowiak złożył odwołanie zaskarżając rozstrzygnięcie protestu w części uwzględniającej protest, wnosząc i wywodząc jak w przyłączeniu do postępowania protestacyjnego.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje :

Odwołanie Jana Orfina nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie Mariana Jankowiaka zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby rozstrzygając zarzuty Jana Orfina co do nieprawidłowości przy kosztorysowaniu szczegółowym cen za poszczególne roboty budowlane przewidziane w siwz ustalił co następuje.

W siwz znajdują się następujące zapisy dotyczące kosztorysowania robót :

1. przewidziany zakres robót – wg założeń do kalkulacji jednostkowych ujętych w zał. Nr 5 do siwz. – pkt 3 opis przedmiotu zamówienia.
2. oferta powinna zawierać następujące dokumenty m/in. wypełniony formularz ofertowy (załącznik nr 1), szczegółowe kosztorysy ofertowe opracowane na podstawie założeń do kalkulacji jednostkowych załączonych do specyfikacji zgodnie z załącznikiem nr 5 do siwz wraz ze zbiorczym zestawieniem materiałów i sprzętu. – pkt 12.4. siwz.
3. wykonawca podaje ceny jednostkowe na formularzu ofertowym, zgodnie ze wzorem stanowiącym zał. Nr 1 do niniejszej SIWZ – cena netto, cena brutto. – pkt 14.1. opis sposobu obliczenia ceny.
4. zał. Nr 1 pn. oferta na bieżące utrzymanie nawierzchni chodników w latach 2008 -2010 na terenie miasta Chorzowa obejmującym następującą dzielnicę zad. 2 Chorzów Stary, Maciejkowice i Chorzów II zawiera między innymi takie pozycje: 1. składniki cenotwórcze (uwzględnione w kosztorysach

ofertowych dla poszczególnych pozycji) roboczogodzinazł., koszty ogólne.....%, koszty zakupu.....%, zysk,,,,,% oraz II ceny jednostkowe (zgodnie z załącznikiem nr 5) dla poszczególnych robót lp. od 1 do 47 z określeniem rodzaju robót, podaniem jednostki miary (zł./m.kw., zł/m.b., zł/szt., zł/t).

5. założenia do kalkulacji jednostkowych – zał. Nr 5 – I założenia ogólne kalkulacji cen : m/in. w wycenach należy zastosować średni dodatek za roboty prowadzone pod ruchem, we wszystkich pozycjach gdzie występuje odwóz należy uwzględnić utylizację gruzu lub ziemi. Uwaga Zamawiający zastrzega sobie prawo dowolnego wyboru typu kształtki betonowej spośród dostępnych na rynku. – II zakresy robót do kalkulacji jednostkowych.
6. projekt umowy : § 5 ust.1 wartość umowy zostaje określona wstępnie do kwoty brutto :....zł., ust.2 wynagrodzenie za wykonywane roboty objęte umową, ustalone będzie na podstawie obmiaru robót oraz kalkulacji jednostkowych stanowiących załącznik do umowy. 3. w przypadku robót nie ujętych w załączniku do niniejszej umowy rozliczenie nastąpi kosztorysem powykonawczym przy uwzględnieniu składników cenotwórczych i cen podanych w kalkulacjach jednostkowych. W przypadku konieczności zastosowania cen materiałów i sprzętu nie ujętych w kalkulacjach jednostkowych wielkości tych cen nie mogą być wyższe niż średnie ceny publikowane w biuletynie „Sekocenbud” § 10 1. Dopuszcza się możliwość wykonywania przedmiotu umowy z materiałów Zamawiającego. 2. Przy realizacji niniejszej umowy mogą być wykorzystane materiały pochodzące z odzysku.

Na podstawie wyżej cytowanych zapisów siwz w ocenie składu orzekającego Izby nie można czynić zarzutu wykonawcy Marianowi Jankowiakowi z tytułu opracowania kalkulacji szczegółowej skoro Zamawiający nie podał podstawy prawnej, sposobu, metody, a nawet formy kalkulacji szczegółowej. Podany w zał. Nr 5 zakres robót stanowił materiał pomocniczy do wyliczenia ceny jednostkowej poszczególnych rodzaju robót, zawartych w formularzu ofertowym. Słuszne jest stanowisko Zamawiającego, że wykonawca będzie rozliczany ryczałtowo, a zatem nie kosztorysowo, skoro w formularzu ofertowym przewidziano rozliczenie za jednostki to jest m.kw., m.b. , szt., tony.

Skoro Zamawiający nie sporządził przedmiarów robót, to żądanie przez niego przedstawienia kosztorysów szczegółowych na poszczególne rodzaje robót, należy traktować pomocniczo, a nie jako podstawę do kierowania zarzutów pod adresem Mariana Jankowiaka niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji. Bowiem wybrany Wykonawca

ma wykonać roboty wymienione w poz. od 1 do 47 formularza ofertowego i tylko w przypadku gdy wypełniony cenami formularz ofertowy wykonawcy nie odpowiadał by formularzowi załączonemu do siwz mogłoby to stanowić podstawę do odrzucenia oferty jako sprzecznej z siwz. Ponadto tylko w przypadku sporządzenia przez Zamawiającego przedmiaru robót i żądania na jego podstawie przedłożenia kosztorysu ofertowego mogłoby służyć Zamawiającemu do postawienia zarzutu sprzeczności treści oferty (kosztorysu ofertowego) z treścią siwz (przedmiaru robót). Natomiast sporządzone przez Zamawiającego Założenia do kalkulacji jednostkowych (zał. Nr 5 do SIWZ) nie można porównywać z przedmiarem robót i wynikającymi z tego tytułu konsekwencjami dla wykonawcy sporządzającego szczegółowy kosztorys ofertowy

Przy czym skład orzekający Izby nie uwzględnił zarzutów Odwołującego Jana Orfina dotyczących kalkulacji szczegółowej sporządzonej przez Odwołującego Mariana Jankowiaka, ponieważ w żadnej części siwz nie zawarto opisów w jaki sposób sporządzić kalkulację szczegółową to jest w oparciu o jaką podstawę prawną. Wszelkie wątpliwości wynikające z kosztorysów szczegółowych nie stanowią o treści oferty, która jest zawarta w wypełnionym formularzu ofertowym i tylko ona stanowi o zobowiązaniu wykonawcy, a nie poszczególne zapisy kosztorysów szczegółowych, które służyły wykonawcom do wyliczenia cen jednostkowych o charakterze ryczałtowym, za poszczególne roboty. W związku z powyższym z następujących powodów nie uwzględniono zarzutów odnoszących się do kosztorysów szczegółowych :

1. w żadnej części siwz Zamawiający nie określił podstawy prawnej sporządzenia kosztorysów szczegółowych ani ich treści oraz formy tak więc zarzut nie zamieszczenia w nich stron tytułowych wraz z ich zawartością oraz zarzut braku przedmiarów robót nie został uwzględniony,
2. Zamawiający nie wskazał w jakim elemencie (materiał, robocizna, sprzęt) kosztorysu należy uwzględnić dodatek za pracę „w ruchu”. Z zapisu zał. Nr 5 nie wynika również, że dodatek ma być uwzględniony jako osobna pozycja kalkulacji,
3. nie potwierdziły się zarzuty, że wykonawca wybrany nie oznaczył robót w pasie szerszym niż 2,5 m lit.a oraz, że w kosztorysach szczegółowych nie zamieszczono zbiorczego zestawienia materiałów i sprzętu,
4. nie potwierdziły się zarzuty dotyczące nieprawidłowego wyliczenia ilości wywożonej i utylizowanej ziemi i gruzu, skoro Zamawiający przewiduje odzysk materiałów i ocenie wykonawcy podlega ustalenie ilości wywożonego i utylizowanego materiału.
5. odnośnie zastosowania KNR 2-310805 01 to Zamawiający nie określił żadnych obowiązujących podstaw kosztorysowania w tym nakładów

rzeczowych Wykonawca mógł przywołać dla rozbiórki nawierzchni z kostki betonowej podstawę tego KNR-u.

6. odnośnie zastosowania KNR 2-31 0805 01(kosztorysy nr 9,11,14,16,16a) ława pod krawężnik z kruszywa łamanego – w pozycjach zamiast żużła wielkopieczowego przyjęto pospółkę – ale tytuły kosztorysów wskazują na „ławę żużlową” a w tekście (poz.1.6. kosztorys nr 16 widnieje zapis „ Ławy pod krawężniki z żużła – analogia i użyto do kalkulacji materiału - „pospółka”. Taki zapis nie uprawnia w żadnym wypadku wykonawcy do odstępstwa od zasady iż ława pod krawężniki ma być wykonana z żużłu, czego obawia się Zamawiający. Bowiem o treści oferty stanowi wypełniony formularz ofertowy, a nie zawartość kalkulacji o treści „pospółka”, gdzie w tytule kosztorysu i w treści pozycji zawarto zapis „ława żużlowa”. Z całości sprawy wynika, że obowiązują ceny jednostkowe ryczałtowe.
7. z założeń do kalkulacji jednostkowych wynika, że Zamawiający decyduje jaką kształtkę betonową ma użyć wykonawca. Ten stan niedookreślenia przez Zamawiającego obciąża wykonawcę. Niemniej nie można czynić skutecznego zarzutu wykonawcy, że nie uwzględnił w kosztorysie nr 47 pozycji kosztowej odrębnej „kształtka betonowa”, ponieważ w Założeniach do kalkulacji jednostkowych w poz.47 nie uwzględniono pozycji „ ułożenie kształtki betonowej”, jak uczyniono to w kosztorysach np.: 2,3,4 – gdzie uwzględniono pozycję- ułożenie kształtki betonowej. Fakt sporządzenia lakonicznego zestawienia kosztów zamiast przedmiarów może obciążać wykonawcę.

Reasumując skład orzekający Izby nie uwzględnił żadnego z zarzutów odnoszących się do kalkulacji szczegółowej, ponieważ to Zamawiający nie określił w sposób jednoznaczny jak mają być sporządzone kosztorysy szczegółowe, a z zapisów siwz wynika, że ustalone w ten sposób ceny jednostkowe mają charakter cen ryczałtowych, czyli w tym wypadku kosztorys jest elementem pomocniczym do wyliczenia ceny, a nie stanowiącym o treści oferty.

Skład orzekający Izby nie uwzględnił także dalszych zarzutów skierowanych przez Odwołującego Jana Orfina pod adresem Odwołującego Mariana Jankowiaka, a dotyczących:

1. oferta nie stanowi całości, spiętej w taki sposób, aby zabezpieczona była przed zdekompletowaniem – zarzut ten ma charakter formalny dotyczy formy oferty, a nie jej treści (zawartości).

2. brak ciągłej numeracji kart stanowiących ofertę, w ofercie znajdują się karty nieponumerowane - zarzut ten ma charakter formalny dotyczy formy oferty, a nie jej treści (zawartości).
3. zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej wystawione wcześniej niż 6 miesięcy przed otwarciem ofert (11 styczeń 2005r.). Przy czym na zaświadczeniu widnieje zapis aktualizacyjny: do dnia 23.01.2008r.nie zgłoszono zmian ani likwidacji obok pieczęć urzędu i podpis urzędnika wraz z pieczęcią imienną stanowiskową i data 23.01.2008r. Taką aktualizację zaświadczenia należy traktować na równi z wystawieniem zaświadczenia.
4. posiadanie polisy ubezpieczeniowej miało być przedłożone na dowód spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Przepisy prawa zamówień publicznych oraz siwz nie wskazują w jakim okresie ma być ważne ubezpieczenie. Wykładnia celowościowa wskazuje na to aby ubezpieczenie było ważne na dzień składania ofert. Na pewno nie można obligować wykonawcy aby miał polisę na cały okres zamówienia, tym bardziej w tym wypadku trwający od 01.07.2008r. do 31.13.2010r., skoro o uzyskanie zamówienia występuje szereg wykonawców i uzyskanie zamówienia nie jest pewne.
5. brak parafowania kolejnej strony przez wykonawcę jest co najwyżej uchybieniem formalnym, a nie merytorycznym Wadium było wpłacane gotówką, o jego skuteczności decyduje przelew na konto Zamawiającego a nie fakt zamieszczenia ksera czy oryginału przelewu w ofercie.

Reasumując skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do uwzględnienia odwołania Jana Orfina z tytułu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych i § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886) oraz § 17 ust 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 02.10.2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. Nr 187 poz. 1327).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*