

Sygn. akt: KIO/UZP 1117/08

**WYROK**  
**z dnia 29 października 2008r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:           Grzegorz Mazurek**

**Członkowie:                 Lubomira Matczuk-Mazuś**  
**Izabela Niedziałek**

**Protokolant:               Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „Dan Pol” M. Piechota Sp.j., 43-100 Tychy, ul. Murarska 28 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miasto Mysłowice, 41-400 Mysłowice, ul. Powstańców 1** protestu z dnia 17 września 2008r.

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXX** po stronie odwołującego się oraz **XXX** - po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie, nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania i powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**

**2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Mysłowice, 41-400 Mysłowice, ul. Powstańców 1**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez „Dan Pol” M. Piechota Sp.j., 43-100 Tychy, ul. Murarska 28,

- 2) dokonać wpłaty kwoty 4064 zł 00 gr. (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Miasto Mysłowice, 41-400 Mysłowice, ul. Powstańców 1** na rzecz „**Dan Pol**” **M. Piechota Sp.j., 43-100 Tychy, ul. Murarska 28** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „**Dan Pol**” **M. Piechota Sp.j., 43-100 Tychy, ul. Murarska 28.**

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

Zamawiający – Gmina Miasto Mysłowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie termomodernizacji Szkoły Podstawowej nr 1 w Mysłowicach – cz. 1”.

W dniu 10.09.2008r. dokonał odrzucenia ofert następujących wykonawców :

- P.R.B. „Perbudmix” sp. j. - odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż jej treść nie odpowiadała treści SIWZ,

- Pol – Kato F.H.U. Marcin Buliński – odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż jej treść nie odpowiadała treści SIWZ,

- Zakład Remontowo – Budowlany Artur Wójcik – odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż jej treść nie odpowiadała treści SIWZ,

- „Dan – Pol” M. Piechota sp. j. – odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż jej treść nie odpowiadała treści SIWZ – w następującym zakresie:

Poz. 5 kosztorysu ofertowego – roztwór asfaltowy do gruntowania, który nie był materiałem równoważnym wymaganym przez zamawiającego w SIWZ takim jak np. dyspersyjna masa asfaltowo – kauczukowa Izolplast,

Poz. nr 18, 21, 92 kosztorysu ofertowego – zaoferowano samogwintujące wkręty do blach, które w ocenie zamawiającego nie były równoważne z materiałem zaproponowanym jak np. wkrętami samowiercącymi z podkładką uszczelniającą EPDM,

Poz. nr 20, 98 kosztorysu ofertowego – silikon nie jest materiałem równoważnym wymaganym – jak np. masa silikonowa Atlas Silton,

Poz. nr 72 kosztorysu ofertowego – brak konstrukcji stalowej 0,08 t,

Poz. nr 86 kosztorysu ofertowego – kątowniki AL nie są materiałem równoważnym wymaganym przez zamawiającego w SIWZ takim jak np. aluminiowa perforowana listwa narożna LAN 25-25 lub LAN 25-30.

Poz. nr 91 kosztorysu ofertowego – farba akrylowa nie jest materiałem równoważnym wymaganym przez zamawiającego w SIWZ jak np. farba silikatowa Atlas Arkol S lub farba akrylowa Atlas.

- „Z.R.B. Jantar s.c., inż. Z. Wołczyk, J. Rogóż, - odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż jej treść nie odpowiadała treści SIWZ,

- P.P.U.H. Remdom Żak Przemysław, - odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż jej treść nie odpowiadała treści SIWZ,

- Zakład Budowlano – Handlowy, - odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż jej treść nie odpowiadała treści SIWZ.

Tym samym pismem poinformowano o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 3 ustawy Pzp – nie złożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W dniu 17.09.2008r. protest dotyczący wyniku postępowania złożył wykonawca – „Dan Pol” M. Piechota spółka jawna. Zarzucił zamawiającemu bezpodstawne odrzucenie swojej oferty oraz bezpodstawne unieważnienie postępowania. Ponadto wskazał, że zamawiający zaniechał podania wszystkich podstaw odrzucenia oferty wykonawcy Pol – Kato F.H.U. Marcin Buliński, a ponadto zaniechał podania wszystkich podstaw odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Remontowo – Budowlany Artur Wójcik. Protestujący wniósł o unieważnienie decyzji o unieważnieniu postępowania, unieważnienie decyzji o odrzuceniu swojej oferty, dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz ponowny wybór najkorzystniejszej oferty.

W argumentacji podniesiono, że zgodnie z działem XII SIWZ – „Opis sposobu obliczenia ceny” oraz odpowiedziami zamawiającego na zadawane pytania kosztorys ofertowy miał zostać sporządzony na podstawie przedmiaru robót a protestujący sporządził kosztorys ściśle na podstawie przedmiaru robót zamawiającego i zmodyfikował oraz uzupełnił go w pozycjach zgodnie z nakazami zamawiającego wynikającymi z pism będących odpowiedziami na zadawane pytania.

Zarzut nr 1 – odnośnie nieprawidłowości poz. 5 kosztorysu ofertowego – „roztwór asfaltowy do gruntowania, który nie był materiałem równoważnym wymaganym przez

zamawiającego w SIWZ takim jak np. dyspersyjna masa asfaltowo – kauczukowa Izolplast”. Protestujący wskazał, że zamawiający nie zobowiązał wykonawców do podania nazwy masy gruntującej. Ponadto protestujący powołał się na pismo zamawiającego z dnia 25.07.2008r. gdzie zamawiający wskazał, że kosztorys ofertowy należy opracować zgodnie z pkt 12 SIWZ a zapis ten nie zobowiązuje wykonawców do podawania nazw materiałów. Protestujący wskazał, że cena produktu Izolplast jest identyczna jak „roztworu asfaltowego do gruntowania”.

Zarzut nr 2 – odnośnie nieprawidłowości w poz. nr 18, 21, 92 kosztorysu ofertowego – „zaoferowano samogwintujące wkręty do blach, które w ocenie zamawiającego nie były równoważne z materiałem zaproponowanym jak np. wkrętami samowiercącymi z podkładką uszczelniającą EPDM”. Protestujący wskazał, że zamawiający nie zobowiązał wykonawców w SIWZ do podania nazwy materiałów. Protestujący ponownie powołał się na pismo zamawiającego z dnia 25.07.2008r. gdzie zamawiający wskazał, że kosztorys ofertowy opracować zgodnie z pkt 12 SIWZ a zapis ten nie zobowiązuje wykonawców do podawania nazw materiałów. Podstawa wyceny w poz. 18, 21 i 92 przedmiaru robót przewiduje zastosowanie „wkrętów samogwintujących” i taki zapis zastosował protestujący w kosztorysie a konieczność zastosowania podkładek wraz z wkrętami jest oczywista a w ofercie ujęto sam wkręt, podkładkę metalową i podkładkę EPDM.

Zarzut nr 3 – odnośnie nieprawidłowości w poz. nr 20, 98 kosztorysu ofertowego – „silikon nie jest materiałem równoważnym wymaganym – jak np. masa silikonowa Atlas Silton”. Protestujący podniósł, że zamawiający w piśmie z dnia 7.08.2008r. podał jednoznacznie, że w wycenie poz. 20 przedmiaru należy zastosować „silikon” i taki materiał został zastosowany.

Zarzut nr 4 – odnośnie nieprawidłowości w poz. nr 72 kosztorysu ofertowego – „brak konstrukcji stalowej 0,08 t”. Protestujący wskazał na pismo z dnia 7.08.2008r. gdzie zagadnienie 3 wskazuje na wprowadzenie w poz. 72 przedmiaru jedynie kotwy hilti. Z uwagi na to protestujący ujął koszt 80 kg konstrukcji wsporczej w cenie płyt warstwowych aby zamawiający nie zarzucił sporządzenia kosztorysu ofertowego niezgodnie z SIWZ.

Zarzut nr 5 – odnośnie nieprawidłowości w poz. nr 86 kosztorysu ofertowego – „kątowniki AL nie są materiałem równoważnym wymaganym przez zamawiającego w SIWZ takim jak np. aluminiowa perforowana listwa narożna LAN 25-25 lub LAN 25-30”. Protestujący wskazał, że zamawiający nie zobowiązał wykonawców w SIWZ do podania nazwy materiałów. Protestujący ponownie powołał się na pismo zamawiającego z dnia 25.07.2008r. gdzie zamawiający wskazał, że kosztorys ofertowy opracować zgodnie z pkt 12 SIWZ a zapis ten nie zobowiązuje wykonawców do podawania nazw materiałów. Ponieważ podstawa wyceny w poz. 86 przedmiaru przewiduje zastosowanie „kątowników AL.” To taki

zapis zastosowano w kosztorysie ofertowym a nazwa ta dotyczy również aluminiowych perforowanych listew narożnych LAN 25-25 oraz LAT 25-30.

Zarzut nr 6 – odnośnie nieprawidłowości w poz. nr 91 kosztorysu ofertowego – „farba akrylowa nie jest materiałem równoważnym wymaganym przez zamawiającego w SIWZ jak np. farba silikatowa Atlas Arkol S lub farba akrylowa Atlas”. Protestujący wskazał, że SIWZ nie wymagał podawania nazw producenta farby, powołał się na odpowiedź zamawiającego z dnia 25.07.2008r. i wskazał, że podany w poz. 91 przedmiaru opis pozycji został zastosowany w kosztorysie ofertowym.

Zarzut nr 7 – odnośnie nie podania pozostałych powodów odrzucenia oferty wykonawcy Marcin Buliński POL-KATO – wskazano na nieprawidłowości w poz. 17.d.1 gdzie zamiast zabudowania klinami styropianowymi 50\*50 wykonawca ten zaoferował zabudowanie klinów 80\*160 mm. Ponadto wskazał na nieprawidłowość polegającą na tym, że na jeden mb przewodu instalacji ogromowej przypada podwójna ilość materiałów.

Zarzut nr 8 – odnośnie nie podania pozostałych powodów odrzucenia oferty Zakład Remontowo – Budowlany Artur Wójcik – wskazano na nieprawidłowości w poz. 8.d.1 – zaoferowanie pap podkładowych i pap nawierzchniowych o gorszych parametrach niż wymagane.

W dniu 23.09.2008r. przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia przedmiotowego protestu zgłosił wykonawca POL-KATO F.H.U. Marcin Buliński wnosząc o oddalenie protestu.

W dniu 23.09.2008r. zamawiający oddalił protest. W argumentacji wskazał, że wielokrotnie wyjaśniał treść SIWZ w pismach nr ZP.341-48/IIM.I, 340-30/008-Rb z dnia 25.07.2008r., 31.07.2008r. i 5.08.2008r. opublikowanych na swojej stronie internetowej. Zamawiający wskazał na pismo z dnia 5.08.2008r. gdzie określił, że kosztorysach ofertowych należy podać nazwy handlowe elementów składowych systemu ocieplania ścian i dachu oraz innych tak, aby wiadomym było co wykonawca oferuje. Zamawiający wskazał ponadto, że protestujący poprzez nie kwestionowanie przyczyn odrzucenia oferty Pol-Kato M. Buliński sam zaprzecza własnej argumentacji. Zamawiający podał następnie przykłady tego postępowania. Odnośnie zarzutów dotyczących oferty Pol-Kato zamawiający wskazał na brzmienie § 5 ust. 3 pkt 2 projektu umowy i podkreślił, że wykonawca otrzyma wynagrodzenie za materiały, które faktycznie zabudował. Odnośnie zarzutów dotyczących Zakładu Remontowo – Budowlanego Artur Wójcik zamawiający wskazał na ich bezprzedmiotowość, gdyż wykonawca ten nie odpowiedział na wezwanie o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

W dniu 29.09.2008r. Dan Pol M. Piechota spółka jawna złożył odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu. Zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp i wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia decyzji o unieważnieniu przedmiotowego postępowania, unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty protestującego, nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert, nakazanie podania wszystkich podstaw faktycznych do odrzucenia ofert POL-KATO M. Buliński i Artur Wójcik Zakład Remontowo – Budowlany oraz ponowny wybór oferty najkorzystniejszej a ponadto obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego. Odwołujący podtrzymał zarzuty i argumentację zawartą w proteście.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, odpowiedzi na pytania wykonawców i treść oferty odwołującego oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej wyznaczony zarządzeniem Prezesa Izby do rozpatrzenia sprawy ustalił i zważył, co następuje.

Z bezpośredniego, literalnego brzmienia treści SIWZ wynika, że przedmiar robót, po wypełnieniu przez wykonawcę powinien stanowić kosztorys ofertowy jako załącznik do oferty – pkt 12.1 SIWZ. Ceny jednostkowe w tym kosztorysie miały stanowić sumę kosztów bezpośredniej robocizny, materiałów i pracy sprzętu oraz kosztów pośrednich i zysku, wyliczoną na jednostkę przedmiarową. Jednocześnie zamawiający wskazał, że ceny jednostkowe wykonawca ma obowiązek określić według zastosowanych w przedmiarze katalogów nakładów rzeczowych, a w przypadku ich braku według kalkulacji własnej w odniesieniu do określonych jednostek przedmiarowych i zakresu robót opisanego w przedmiarze robót. Wynika z tego, że obok przedmiaru robót podstawowe znaczenie miała podstawa wyceny określona w przedmiarze. To podstawa wyceny stanowić powinna wytyczne odnośnie wyszczególnienia elementów ceny jednostkowej. Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie określił sposobu oceny oferty w kontekście zgodności ze Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych – w tym częścią ogólną, gdzie zawarto nazwy materiałów, jakie były przewidziane do realizacji zamówienia przez projektanta a ponadto nie zawarł żadnych zapisów, które świadczyłyby, że oferta, która zawierać będzie inne materiały innych producentów zostanie odrzucona. Wręcz przeciwnie, w pkt 10.3 SIWZ oraz 12.4 – 12.7 SIWZ zamawiający wskazywał na przedmiar jako podstawę sporządzenia kosztorysu ofertowego a konsekwencje w postaci odrzucenia oferty określone zostały wyłącznie w stosunku do zmian w stosunku do ilości określonych przez zamawiającego w przedmiarze.

Zamawiający ponadto udzielił w dniach 25.07.2008, 31.07.2008, 5.08.2008 i 7.08.2008 odpowiedzi na pytania wykonawców. Odpowiedzi te nie wyjaśniały w wystarczający sposób jak wykonawcy powinni przygotować oferty. Miały one charakter krótkich stwierdzeń typu „Zgodnie z opisem zawartym na stronie tytułowej zał. nr 7 do SIWZ”, „Kosztorys ofertowy należy opracować zgodnie z pkt 12 SIWZ”, „Wymogiem zamawiającego jest ujęcie w kosztorysach ofertowych cen dla rozwiązań materiałowych przedstawionych w dokumentacji projektowej stanowiącej zał. nr 7 do SIWZ”, „Zapis odnoszący się do przedmiotu zagadnienia dopuszcza opis elementów w sposób określony w tymże zagadnieniu”. Nie odpowiadały bezpośrednio na pytania wykonawców ale stanowiły swojego rodzaju odesłanie do treści SIWZ. Problem polegający na tym, że w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych zawarto nazwy handlowe i materiały, które nie były zawarte we wskazanych w przedmiarze podstawach wyceny, które miały stanowić podstawę do sporządzenia kosztorysów ofertowych zamawiający pozostawił nie rozwiązany do etapu oceny ofert.

Uwzględniając powyższe ustalenia Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący zastosował się do treści SIWZ i prawidłowo sporządził ofertę używając za podstawę przedmiaru robót wraz z podstawami wyceny.

W pozycji 5 przedmiaru jako podstawę wyceny wskazano KNNR 3, 0503-02 a w podstawie tej jako element ceny wskazany był roztwór asfaltowy do gruntowania podłoża.

W pozycji 18, 21 i 92 przedmiaru jako podstawę wyceny wskazano NNRNKB 202 0541-02 a w podstawie tej jako element ceny wskazane były wkręty samogwintujące typu SW do blach.

W pozycji 20 i 98 przedmiaru jako podstawę wyceny wskazano KNR 2-02, 0617-12 a w podstawie tej jako element ceny wskazany był jako materiał kit asfaltowy i kit trwale plastyczny.

W pozycji 72 przedmiaru jako podstawę wyceny wskazano KNR 2-05, 1005-01 a w podstawie tej jako element ceny były ujęte jedynie żuraw samochodowy, ciągnik kołowy, przyczepa skrzyniowa i spawarka oraz robotnicy, natomiast nie było uwzględnienia konstrukcji stalowej 0,08 ani kotew HILTI. W odpowiedzi z dnia 7.08.2008r. zamawiający wskazał na to, że „M-materiały uzupełnić o kotwy HILTI w ilości 14 szt.”. Z odpowiedzi tej wyraźnie wynika, że w kosztorysie powinny znaleźć się kotwy HILTI, natomiast nie ma mowy o konstrukcji stalowej.

W pozycji 86 przedmiaru wskazano na KNR 0-23, 261410 jako podstawę wyceny gdzie jako element ceny wskazany był kątownik aluminiowy ochronny.

W pozycji 91 przedmiaru wskazano na KNNR 2 1405-04 jako podstawę wyceny, gdzie jako element ceny wskazana była farba akrylowa.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że w kosztorysie złożonym w ofercie odwołującego określono kwestionowane ceny jednostkowe zgodnie z podstawami wyceny oraz przedmiarem robót.

W ustalonym stanie faktycznym zachodzi sytuacja, kiedy sam zamawiający wprowadził pewne niejednoznaczności, które w ocenie KIO nie powinny skutkować negatywnymi konsekwencjami dla odwołującego. Jak wskazano w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.10.2008r. sygn. KIO/UZP/1095/08, z dnia 17.10.2008r. (KIO/UZP/1067/08), z dnia 8.10.2008r. (KIO/UZP/1020/08) oraz w wyroku ZA z dnia 29.12.2006r. (UZP/ZO/0-3012/06) – niejednoznaczność zapisów SIWZ i wątpliwości związane z różnymi interpretacjami zapisów nie powinny powodować negatywnych skutków dla wykonawcy.

Z uwagi na powyższe oferta odwołującego powinna podlegać ponownej ocenie z uwzględnieniem podanej poprzednio argumentacji.

Z uwagi na fakt, że zarówno oferta wykonawcy POL-KATO M. Buliński oraz oferta Zakładu Remontowo Budowlanego Artur Wójcik zostały odrzucone a wykonawcy ci nie wnieśli protestów ani odwołań dotyczących odrzucenia swoich ofert – Krajowa Izba Odwoławcza uznaje, że w niniejszym postępowaniu odwołujący nie ma interesu prawnego w dochodzeniu dodatkowych przesłanek odrzucenia ich ofert. Jak wskazano w Komentarzu do ustawy Prawo zamówień publicznych pod. red. T. Czajkowskiego wyd. 3, UZP 2007 – str. 504 – „...za utrwalony uznaje się pogląd, według którego interes prawny wnoszącego środek odwoławczy lub skargę do sądu doznał uszczerbku (lub mógł doznać uszczerbku) w konkretnym postępowaniu, w którym uczestniczy, polegającego na tym, że traci możliwość uznania jego oferty za najkorzystniejszą.” W niniejszym postępowaniu jedynie odwołujący skorzystał w pełni z przysługujących mu środków ochrony prawnej i w stosunku do jego oferty zamawiający powinien podjąć czynności związane z ponownym jej badaniem i oceną, gdyż tylko jego oferty dotyczy niniejsze orzeczenie.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

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

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) na niniejszy wyrok 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*