

Sygn. akt: **KIO/UZP 62/08,**
KIO/UZP 106/08

WYROK
z dnia 15 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Rakowska**

Członkowie: **Lubomira Matczuk - Mazuś**
Anna Packo

Protokolant: **Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12.02.2008 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **05.02.2008 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Roman Pacek P.H.U. "INWOD", Lubartów, ul. Nowodworska 5

B. Roman Pacek P.H.U. "INWOD", Lubartów, ul. Nowodworska 5

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Wólka, Lublin, Jakubowice Murowane 8** protestów:

A. Roman Pacek P.H.U. "INWOD", Lubartów, ul. Nowodworska 5 z dnia 02.01.2008 r.

B. Roman Pacek P.H.U. "INWOD", Lubartów, ul. Nowodworska 5 z dnia 18.01.2008 r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego/zgłaszających* przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się, oraz **xxx** po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia obydwie odwołania i unieważnia czynność ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża **Gmina Wólka, Lublin, Jakubowice Murowane 8** 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 wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A koszty w wysokości 2032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Roman Pacek P.H.U. "INWOD", Lubartów, ul. Nowodworska 5.**
 - B koszty w wysokości 2032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Roman Pacek P.H.U. "INWOD", Lubartów, ul. Nowodworska 5.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony , w tym:
 - A kwoty 3832 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **Gmina Wólka, Lublin, Jakubowice Murowane 8** na rzecz **Roman Pacek P.H.U. "INWOD", Lubartów, ul. Nowodworska 5,** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu i zastępstwa procesowego
 - B kwoty 3832 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset trzydzieści dwa złote zero groszy) przez **Gmina Wólka, Lublin, Jakubowice Murowane 8** na rzecz **Roman Pacek P.H.U. "INWOD", Lubartów, ul. Nowodworska 5,** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu i zastępstwa procesowego

- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym
- A** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
 - B** kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez **xxx**
- 4) dokonać zwrotu kwoty 35936 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 17968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Roman Pacek P.H.U. "INWOD", Lubartów, ul. Nowodworska 5.**
 - B** kwoty 17968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) na rzecz **Roman Pacek P.H.U. "INWOD", Lubartów, ul. Nowodworska 5.**

U z a s a d n i e

Urząd Gminy Wólka zwany dalej „Zamawiającym” wszczął postępowanie o zamówienie publiczne, w trybie przetargu nieograniczonego, na „Budowę kanalizacji sanitarnej z przyłączami, przepompownią oraz pomiarem ścieków w Kolonii Świdnik Mały”. Ogłoszenie o postępowaniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 22 listopada 2007r., Nr 1000, poz. 229896.

l). Stan faktyczny dotyczący odwołania z dnia 15 stycznia 2008r. (KIO/UZP/62/08)

Zamawiający pismem z dnia 21 grudnia 2007r. poinformował P.H.U. INWOD Roman Pacek z siedzibą w Lubartowie zwany dalej „Odwołującym”, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zakład Robót Budowlano-Instalacyjnych Henryk Żuber z siedzibą w Nałęczowie (przedmiotową informację Odwołujący otrzymał faxem w dniu 27 grudnia 2008r.).

W dniu 2 stycznia 2008r. Odwołujący wniósł pisemny protest z dnia 2 stycznia 2008r. na czynność Zamawiającego polegającą na wyborze oferty firmy Zakład Robót Budowlano-Instalacyjnych Henryk Żuber z siedzibą w Nałęczowie jako oferty najkorzystniejszej oraz na zaniechanie przez Zamawiającego dokonania czynności w zakresie sprawdzenia czy oferta wybranego wykonawcy nie posiada błędów w obliczeniu ceny oraz czy jest ona zgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r., Nr 223, poz. 1655) zwaną dalej „ustawą Pzp”, tj.:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ze względu na nie odrzucenie oferty, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ,
2. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, ze względu na nie odrzucenie oferty Wykonawcy, w której są błędy w obliczeniu ceny oferty,
3. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, ze względu na błędy w obliczeniu ceny we wskazanych działach, robotach i pozycjach, a znajdujących się w ofercie Wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza,
4. naruszenie art. 7 ustawy Pzp, ze względu na to, iż Zamawiający na takich samych prawach traktuje ofertę Wykonawcy, która zawiera błędy w obliczeniu ceny, jak ofertę złożoną przez Odwołującego, która takich uchybień nie zawiera,
5. art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, ze względu na nie wybranie oferty zawierającej najkorzystniejszą cenę lecz wybranie oferty, która powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp.

Równocześnie w złożonym proteście Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty firmy Zakład Robót Budowlano-Instalacyjnych Henryk Żuber z siedzibą w Nałęczowie,
2. dokonanie ponownej oceny ofert, sprawdzenie zgodności z treścią SIWZ, oraz sprawdzenie czy nie ma błędów w obliczeniu ceny,
3. odrzucenie oferty firmy Zakład Robót Budowlano-Instalacyjnych Henryk Żuber z siedzibą w Nałęczowie, której treść nie jest zgodna z treścią SIWZ i zawiera błędy w obliczeniu ceny oferty,
4. wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, która – zdaniem Odwołującego- spełnia wymogi SIWZ i jest ofertą najkorzystniejszą.

Pismem z dnia 2 stycznia 2008r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wniesieniu protestu oraz wezwał uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesionego protestu.

W dniu 3 stycznia 2008r. przystąpienie do protestu, po stronie protestującego, zgłosili: Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe EKOMEL Sp. z o.o. z siedzibą w Janowie Podlaskim oraz Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych HYDROSERVICE S.Kamiński & S.Szulawa z siedzibą w Lublinie. Natomiast w dniu 4 stycznia 2008r. do postępowania protestacyjnego, również po stronie protestującego, przystąpiło Lubelskie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie

W rozstrzygnięciu protestu z dnia 11 stycznia 2008r. Zamawiający uznał za zasadne zarzuty dotyczące niezgodności treści oferty firmy Zakład Robót Budowlano-Instalacyjnych Henryk Żuber z siedzibą w Nałęczowie z wymogami SIWZ. Natomiast Zamawiający uznał za bezcelowe rozpatrywanie błędów w obliczeniu ceny, zwłaszcza że nie dotyczyły one przedmiaru robót innego niż wymagany w SIWZ (rozstrzygnięcie Odwołujący otrzymał w tej dacie).

Pismem z dnia 15 stycznia 2008r. (data nadania: 15 stycznia 2008r.; wpływ do Prezesa UZP w dniu 16 stycznia 2008r., wpływ do Zamawiającego w dniu 15 stycznia 2008r.) Odwołujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego, tj.: na nieuwzględnienie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i nie odrzucenie oferty firmy Zakład Robót Budowlano-Instalacyjnych Henryk Żuber z siedzibą w Nałęczowie na podstawie ww. przepisu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp,
2. art. 184 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez stwierdzenie, iż w przedmiotowym postępowaniu odwołanie nie przysługuje,
3. art. 183 ust. 5 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie, w dniu rozstrzygnięcia protestu, czynności ponownej oceny ofert, wykluczenia i odrzucenia ofert oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty firmy Przedsiębiorstwo Instalacji

Sanitarnych HYDROSERVICE S.Kamiński & S.Szulawa z siedzibą w Lublinie, mimo iż tych czynności powinien dokonać dopiero po ostatecznym rozstrzygnięciu, tj. po upływie terminu do wniesienia odwołania,

4. art. 183 ust. 6 ustawy Pzp ponieważ Zamawiający mógł poinformować Wykonawców o powtórzeniu lub zakończeniu czynności dopiero po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, a uczynił to przed upływem terminu na wniesienie odwołania.

Równocześnie w złożonym odwołaniu Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie żądań protestu w całości,
2. oddalenie oferty wybranego Wykonawcy także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp,
3. dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, która – zdaniem Odwołującego- spełnia wymogi SIWZ.

II). Stan faktyczny dotyczący odwołania z dnia 1 lutego 2008r. (KIO/UZP/106/08)

Zamawiający pismem z dnia 11 stycznia 2008r. poinformował Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych HYDROSERVICE S.Kamiński & S.Szulawa z siedzibą w Lublinie oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. ze względu na to, iż Odwołujący nie dołączył do oferty wycenionego przedmiaru robót wymaganego w SIWZ a jedynie kosztorys ofertowy (przedmiotową informację Odwołujący otrzymał w dniu 11 stycznia 2008r.).

W dniu 18 stycznia 2008r. Odwołujący wniósł pisemny protest (Zamawiający otrzymał protest również w tej dacie) na czynność Zamawiającego polegającą na dokonaniu w dniu 11 stycznia 2008r. ponownej oceny ofert, odrzuceniu oferty Odwołującego oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty firmy Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych HYDROSERVICE S.Kamiński & S.Szulawa z siedzibą w Lublinie oraz na zaniechanie przez Zamawiającego czynności polegającej na

sprawdzeniu czy wybrana oferta nie zawiera błędów w obliczeniu ceny i, czy treść przedmiotowej oferty jest zgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, tj.: dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty firmy Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych HYDROSERVICE S.Kamiński & S.Szulawa z siedzibą w Lublinie, przed ostatecznym rozstrzygnięciem wniesionego protestu,
2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. ze względu na to, że Zamawiający błędnie jako powód odrzucenia wskazał, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ,
3. dokonanie wyboru firmy Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych HYDROSERVICE S.Kamiński & S.Szulawa z siedzibą w Lublinie, mimo:
 - a) braku zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności ww. firmy;
 - b) braku nazwisk w załączonej do oferty umowy spółki cywilnej,
 - c) braku zaświadczenia z Urzędu Skarbowego dla ww. firmy ,
 - d) przedłożenia błędnych referencji,
 - e) braku wykazania, iż Wykonawca posiada środki finansowe wymagane w pkt VI.4.1 SIWZ – 500.000,00 zł
4. naruszenie przy wyborze ww. oferty przepisów:
 - a) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na to, iż treść przedmiotowej oferty nie odpowiada treści SIWZ,
 - b) art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy Pzp, ze względu na to, iż przedmiotowej oferty nie odrzucono, mimo iż zawierała błąd w obliczeniu ceny,
 - c) art. 24 ustawy Pzp, ze względu na nie wykluczenie, a tym samym nie odrzucenie przedmiotowej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp:
 - naruszenie art. 23 ust. 1 ustawy Pzp, tj ze względu na to, iż wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie nie ustanowili pełnomocnictwa do reprezentowania ich w przedmiotowym postępowaniu,
 - naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 1, 2, 3 i 4 ustawy Pzp w związku z art. 24 ust. 1 pkt 10, ust. 2 pkt 2 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

5. naruszenie art. 7 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie Wykonawców,
6. naruszenie art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, ze względu na nie odrzucenie oferty wybranego Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp.

Równocześnie w złożonym proteście Odwołujący wnioskował o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Instalacji Sanitarnych HYDROSERVICE S.Kamiński & S.Szulawa z siedzibą w Lublinie,
3. wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Instalacji Sanitarnych HYDROSERVICE S.Kamiński & S.Szulawa z siedzibą w Lublinie,
4. dokonania ponownej oceny ofert,
5. wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 28 stycznia 2008r. Zamawiający rozstrzygnął protest Odwołującego oddalając go w całości i uznając za bezzasadne wszystkie zarzuty Odwołującego (rozstrzygnięcie Odwołujący otrzymał również w tej dacie).

Pismem z dnia 1 lutego 2008r. (wpływ do Prezesa UZP w dniu 5 lutego 2008r, wpływ do Zamawiającego w dniu 1 lutego 2008r.) Odwołujący wnioskował o odwołanie od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego, podtrzymując całość zarzutów podniesionych w proteście oraz rozszerzając żądania protestu o unieważnienie przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne.

Skład orzekający Izby na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z oryginalnymi dokumentami postępowania, złożonymi ofertami oraz po wysłuchaniu wyjaśnień złożonych przez strony na rozprawie, ustalił i zważył co następuje.

Skład orzekający Izby uznał, iż odwołanie z dnia 15 stycznia 2008r. (sygn. akt KIO/UZP/62/08) zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut pierwszy – zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, tj. nie odrzucenie oferty, która zawiera omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny stał się bezprzedmiotowy.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu uznał zasadność zarzutów Odwołującego dotyczących konieczności odrzucenia oferty firmy Zakład Robót Budowlano-Instalacyjnych Henryk Żuber z siedzibą w Nałęczowie ze względu na niezgodność treści oferty z wymaganiami SIWZ. Zamawiający wskazał, iż istotnie – zgodnie z zarzutami Odwołującego - oferta złożona przez tego Wykonawcę we wskazanych pozycjach kosztorysu ofertowego (1.2.11-1.2.16, 1.2.22, 1.2.23, 1.2.27, 1.2.31, 1.2.32, 1.2.35-1.2.41, 1.2.51, 1.2.52, 1.2.54, 2.2.58, 4.2.85, 4.2.86, 5.2.102, 5.2.110, 5.2.115, 5.2.116, 5.2.121) jest niezgodna z przedmiarem robót stanowiącym załącznik do SIWZ i przekazanym wykonawcom przez Zamawiającego. Nadto w rozstrzygnięciu dodał, iż kolejne zarzuty (zarzut dotyczący nierównego traktowania wykonawców i wyboru oferty podlegającej odrzuceniu) to dalsza konsekwencja wcześniejszej błędnej oceny ofert.

Zamawiający uznał więc za bezcelowe rozpatrywanie błędów w obliczeniu ceny w ofercie Wykonawcy, którego oferta została już odrzucona na skutek niezgodności z wymaganiami SIWZ, tj. ze względu na to, iż Wykonawca nie załączył do oferty wymaganego przez Zamawiającego wycenionego przedmiaru robót. Natomiast załączył kosztorys ofertowy i oparł kolejne działania matematyczne na danych w nim zawartych, a niezgodnych z dokumentem wymaganym przez Zamawiającego (przedmiarem robót).

Z Zamawiającym należy się zgodzić, skoro bowiem oferta Wykonawcy została już odrzucona ze względu na umieszczenie w kosztorysie ofertowym innych danych niż tego oczekiwał Zamawiający w oparciu o przedłożony przedmiar robót, istotnie bezcelowym było dopuszczenie oferty tego właśnie Wykonawcy do dalszych czynności. Kolejnym etapem jest bowiem ocena zaproponowanej przez Wykonawcę ceny ofertowej i ustalenie czy jest ona prawidłowo obliczona (w oparciu o dane zawarte w kosztorysie ofertowym).

Zarzut drugi – zarzut naruszenia art. 184 ust. 1 ustawy Pzp potwierdził się.

Wniesienie odwołania uzależnione jest bowiem od osiągnięcia przez wartość zamówienia wyrażonej w złotych równowartości kwot określonych przez ustawę Pzp.

W przypadku podsektora samorządowego próg ten wynosi 211.000,00 euro. Zamawiający przeprowadził postępowanie, którego wartość szacunkową określił na 729.604,06 euro, a zatem do tego postępowania mają zastosowanie wszystkie środki odwoławcze przewidziane w ustawie Pzp, w tym i odwołanie.

Zamawiający błędnie więc pouczył Odwołującego w rozstrzygnięciu protestu z dnia 11 stycznia 2008r., iż „od podjętej decyzji nie przysługuje odwołanie zgodnie z art. 184 ust. 1 ustawy Pzp”.

Błąd ten wystąpił także w ogłoszeniu o przedmiotowym postępowaniu, jak również w SIWZ. Zamawiający bowiem w rozdziale XVIII pkt 16 SIWZ także błędnie wskazał, iż „od rozstrzygnięcia protestu nie przysługuje odwołanie”.

Zarzut trzeci – zarzut naruszenia art. 183 ust. 5 pkt 1 i 2 ustawy Pzp potwierdził się.

Z materiału przedłożonego w przedmiotowym postępowaniu wynika, iż pismem z dnia 11 stycznia 2008r. Zamawiający rozstrzygnął protest wniesiony przez Odwołującego, uwzględniając podniesione w nim zarzuty, z wyjątkiem zarzutu dotyczącego błędu w obliczeniu ceny. Nie uwzględnił także jednego z żądań Odwołującego, a mianowicie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w tym samym dniu, tj. 11 stycznia 2008r., dokonał ponownie oprotestowanej czynności, tj. ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

W związku z powyższym należy podkreślić, iż zgodnie z ww. przepisem Zamawiający w przypadku uwzględnienia protestu powtarza oprotestowaną czynność niezwłocznie – jeżeli uwzględni wszystkie zgłoszone żądania albo dopiero po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu – jeżeli co najmniej jedno ze zgłoszonych żądań nie zostało uwzględnione. Skoro jednak Zamawiający nie uwzględnił jednego z żądań Odwołującego nie mógł dokonać ponownie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Tylko bowiem uwzględnienie żądań w całości oznacza konieczność niezwłocznego powtórzenia oprotestowanej czynności.

W przypadku nieuwzględnienia chociażby jednego żądania, ewentualne powtórzenie czynności, następuje dopiero po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu.

Zarzut czwarty – zarzut naruszenia art. 183 ust. 6 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Z dyspozycji powyższego przepisu wynika obowiązek niezwłocznego poinformowania uczestników postępowania o powtórzeniu oprotestowanej czynności. Zamawiający o powtórzeniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej niewątpliwie niezwłocznie poinformował wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu. Uczynił to bowiem w dniu 11 stycznia 2008r., a więc w dacie, w której dokonał oprotestowanej czynności.

Nie naruszył więc tego przepisu, błędem Zamawiającego było tylko przedwczesne powtórzenie czynności, a czynność – mimo, iż dokonana zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami – była konsekwencją popełnionego wcześniej błędnego działania.

Skład orzekający Izby uznał, iż odwołanie z dnia 1 lutego 2008r. (sygn. akt KIO/UZP/106/08) zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp nie może być przez Izbę rozpatrzony ze względu na to, iż Odwołujący nie może dwukrotnie w tym samym postępowaniu wnieść protestu i odwołania, powołując się na te same okoliczności faktyczne. Rozstrzygnięcie odwołania opartego na określonych okolicznościach faktycznych powoduje bowiem stan zbliżony do powagi rzeczy osądzonej. Przedmiotowy zarzut był już podniesiony w odwołaniu z dnia 15 stycznia 2008r. w sprawie sygn. akt KIO/UZP/62/08, który rozstrzygnięto powyżej. Z tego względu zarzut ten podniesiony również w odwołaniu z dnia 1 lutego 2008r. w sprawie sygn. akt KIO/UZP/106/08 podlega odrzuceniu.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp potwierdził się.

Zamawiający pismem z dnia 11 stycznia 2008r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty. Jako uzasadnienie decyzji podał, iż Odwołujący „nie dołączył do oferty wycenionego przedmiaru robót wymaganego w rozdziale IV SIWZ, dołączył jedynie kosztorys ofertowy, dlatego też „oferta jest niezgodna z SIWZ i została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp”.

Odwołujący we wniesionym proteście a następnie odwołaniu podniósł, iż czym innym jest „niezgodność oferty z SIWZ”, a czym innym „niezgodność oferty z treścią SIWZ”. Zdaniem Odwołującego Zamawiający błędnie wskazał, iż jego ofert jest

niezgodna z SIWZ, gdyż forma dokumentu nie jest istotna lecz jego treść. Treść złożonych przez Odwołującego dokumentów jest prawidłowa.

Odwołujący nie kwestionuje, iż do złożonej oferty załączył szczegółowy kosztorys ofertowy, zamiast wymaganego wycenionego przedmiaru robót.

Bezspornym jest jednak, że w SIWZ Zamawiający wymagał przedłożenia wycenionego przedmiaru robót.

Bezspornym jest także, że Zamawiający w odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców „w jakiej wersji ma być sporządzony kosztorys ofertowy w sposób jednoznaczny, szczegółowy, czy skrócony (w cenach jednostkowych)” wskazał w piśmie z dnia 30 listopada 2007r., iż „zalecany jest szczegółowy kosztorys ofertowy”. Stanowisko to potwierdził następnie w piśmie z dnia 5 grudnia 2007r. poprzez sformułowanie „(...) do przygotowania kosztorysu ofertowego”, a następnie w piśmie z dnia 7 grudnia 2007r. mówiąc również o „przygotowaniu kosztorysu ofertowego”, „(...) przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego”. Powyższe sugerowało – jak podniósł Odwołujący -, iż Zamawiający w miejsce wycenionego przedmiaru robót dopuścił złożenie szczegółowego kosztorysu ofertowego, zwłaszcza że załączony do SIWZ przedmiar robót nie zawierał wszystkich wymaganych elementów, a mianowicie brak w nim było rubryki, w której należało wpisać cenę jednostkową oraz koszt lub wartość robót.

W konsekwencji niejednoznaczność przedmiotowych zapisów spowodowała, iż 11-tu wykonawców załączyło do złożonych ofert szczegółowy kosztorys ofertowy, a tylko jeden wykonawca obok wycenionego przedmiaru robót złożył także kosztorys szczegółowy.

Pismem z dnia 11 stycznia 2008r. Zamawiający poinformował wykonawców o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu ofert wskazanych w nim wykonawców. Zamawiający jako powód odrzucenia ofert 10-ciu wykonawców wskazał brak załączonego do oferty wycenionego przedmiaru robót, mimo iż jak przyznał na rozprawie, oceny ofert dokonywał zarówno w oparciu o wyceniony przedmiar robót, jak i kosztorys szczegółowy.

Niemniej jednak skład orzekający uznał, iż z pisma informującego o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu ofert wynika jednoznacznie, że wskazane oferty odrzucono wyłącznie ze względu na brak wycenionego przedmiaru robót. Zarzut rozbieżności pomiędzy kosztorysem ofertowym Odwołującego, a

przedmiarem robót” załączonym do SIWZ przez Zamawiającego pojawił się dopiero w rozstrzygnięciu wniesionego protestu.

Dlatego też należy dopuścić Odwołującego do oceny jego oferty i wówczas dopiero dokonać oceny jej treści..

Nadto należy dodać, iż zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zawiadomić wykonawców, którzy złożyli oferty, m.in. o odrzuceniu ich oferty z podaniem uzasadnienia faktycznego i prawnego. W ten sposób Zamawiający respektuje zasadę jawności postępowania i równego traktowania, dostarczając uczestnikom postępowania istotnych dla nich informacji.

Zamawiający w sposób enigmatyczny określił podstawy odrzucenia ofert, w tym oferty Odwołującego, wskazując jedynie jako powód odrzucenia ofert brak wycenionego przedmiaru robót. W rozstrzygnięciu protestu Odwołującego dodał natomiast nowe podstawy odrzucenia, naruszając w ten sposób ww. przepis.

Zarzut naruszenia przepisów ustawy Pzp przy wyborze oferty Przedsiębiorstwa Instalacji Sanitarnych HYDROSERVICE S.Kamiński & S.Szulawa z siedzibą w Lublinie potwierdził się.

Wykonawca ten obok wymaganego przez Zamawiającego przedmiaru robót załączył kosztorys ofertowy. Zamawiający żądał jednego dokumentu w oparciu, o który dokonywać miał oceny treści oferty. Z wyjaśnień Zamawiającego wynika, iż miał to być wyceniony przedmiar robót. Kosztorys ofertowy miał jedynie charakter pomocniczy.

Odwołujący podniósł, iż wybrany Wykonawca popełnił błędy w złożonym kosztorysie ofertowym (nie zastosował współczynników zwiększających do R i S), czego konsekwencją jest niezgodność oferty z treścią SIWZ.

Skład orzekający uznał, iż skoro Wykonawca do złożonej oferty załączył dwa dokumenty, a mianowicie kosztorys ofertowy i wyceniony przedmiar robót Zamawiający zobowiązany jest sprawdzić obydwa dokumenty. Powinien on ustalić czy nie ma między nimi sprzeczności.

Niewątpliwie Zamawiający w toku postępowania dopuścił istnienie dwóch różnych dokumentów. Następnie jednak nie złożenie jednego z nich (wycenionego przedmiaru robót) skutkowało odrzuceniem oferty. Powodowało także – jak przyznał

Zamawiający na rozprawie – ocenę ofert w oparciu o kosztorysy, sporządzone różnymi metodami.

Tak więc dokumenty, których brak z jednej strony wywierał skutek w postaci odrzucenia oferty, były jednocześnie dokumentami istotnymi w ocenie prawidłowości ustalenia ceny ofertowej. Skoro tak Zamawiający zobowiązany był porównać obydwie złożone przez Wykonawcę dokumenty i ustalić czy są one zbieżne czy też nie.

Zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 1,2, 3 i 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 10, ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przy wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Instalacji Sanitarnych HYDROSERVICE S.Kamiński & S.Szulawa z siedzibą w Lublinie nie potwierdził się.

Nie potwierdził się zarzut niewłaściwego pełnomocnictwa. Wykonawca załączył do oferty umowę spółki cywilnej, z treści której (§ 3) wynika, iż do występowania w imieniu Spółki upoważnia się obu wspólników. W pełnomocnictwie z dnia 14 grudnia 2007r. dwaj przedsiębiorcy prowadzący działalność na podstawie zawartej wcześniej umowy spółki cywilnej upoważnili do reprezentowania spółki osobę upoważnioną, która jest jednym ze wspólników przedmiotowej spółki. Tak więc przedmiotowe pełnomocnictwo jest pełnomocnictwem wystarczającym do reprezentowania wspólników i spółki.

Zarzut braku zaświadczenia o wpisie do ewidencji firmy: Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych HYDROSERVICE S.Kamiński & S.Szulawa z siedzibą w Lublinie nie potwierdził się.

Ww. przedsiębiorstwo to firma działająca w formie spółki cywilnej

Spółka cywilna nie posiada osobowości prawnej, nie stanowi więc samodzielnego podmiotu prawa. Podmiotami prawa pozostają wspólnicy spółki cywilnej. To wspólnicy nie spółka, prowadzą przedsiębiorstwo, które podlega rejestracji w ewidencji działalności gospodarczej. Wspólnicy występują na wszystkich dokumentach handlowych w obrocie gospodarczym, podając nazwę, określenie „s.c.” oraz swoje imiona i nazwiska. Natomiast w ewidencji działalności gospodarczej występują wspólnicy odrębnie z własną działalnością.

Nazwa spółki cywilnej nie jest więc nazwą tożsamą – jak błędnie wywodzi Odwołujący – z nazwą działalności prowadzonej przez poszczególnych wspólników spółki cywilnej.

W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca przedłożył umowę spółki cywilnej z dnia 19 sierpnia 1993r. oraz zaświadczenia: z dnia 17 sierpnia 2007r. o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej przedsiębiorcy Sławomira Szulawy „HYDROSERVICE Przedsiębiorstwo Robót technicznych” oraz z dnia 17 września 2007r. o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej przedsiębiorcy Stanisława Kamińskiego „HYDROSERVICE Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych”. Zaświadczenia te są aktualne, wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, a więc zgodne z wymogami SIWZ oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006r., Nr 87, poz. 605).

Nadto należy dodać, iż w przypadku spółki cywilnej brak jest konieczności zgłaszania umowy spółki i jej zmian do organu rejestrowego, gdyż przepisy nie nakładają obowiązku rejestracji umowy spółki cywilnej w określonym rejestrze bądź też ewidencji działalności gospodarczej. Tak więc umowa spółki cywilnej przedłożona przez Wykonawcę jest umową ważną.

Zarzut braku zaświadczenia z Urzędu Skarbowego wystawionego na spółkę nie znajduje uzasadnienia. Wspólnicy spółki cywilnej rozliczają się bowiem indywidualnie i stosowne zaświadczenia zostały przez nich załączone do złożonej oferty.

Zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach przez Sławomira Szulawę zostało wystawione w dniu 6 lipca 2007r., mimo iż Zamawiający wymagał aby zaświadczenia były wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert. Skoro więc otwarcie ofert było w dniu 14 grudnia 2007r. zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach przez Sławomira Szulawę powinno być wystawione nie wcześniej niż w dniu 14 września 2007r. Natomiast zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach przez Stanisława Kamińskiego zostało wystawione prawidłowo, nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert, tj. w dniu 17 września 2007r.

Zarzut nie załączenia do złożonej oferty przez Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych HYDROSERVICE S.Kamiński & S.Szulawa z siedzibą w Lublinie aktualnego zaświadczenia z ZUS nie może być rozpatrywany, gdyż został podniesiony dopiero na etapie postępowania odwoławczego.

Zamawiający w rozdziale VI SIWZ „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” pkt 4.1 wskazał aby Wykonawca załączył dokument wskazujący na to, że posiada on środki własne lub zdolność kredytową na kwotę nie mniejszą niż 500.000,00 zł, poprzez przedłożenie „informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w którym wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy (min. 500.000 zł), wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert”.

Wykonawca przedłożył „Opinię o Kliencie” wystawioną przez Bank PEKAO S.A. II Oddział w Lublinie zawierającą m.in. zapis, iż „bank potwierdza możliwość uzyskania kredytów do wysokości 1,0 mln. Zł z przeznaczeniem na sfinansowanie potrzeb wynikających z prowadzonej działalności gospodarczej i zawieranych kontraktów”.

Zamawiający uznał więc słusznie, że Wykonawca załączając przedmiotowy dokument spełnił warunek wymagany w rozdziale V, pkt. 1.3 SIWZ.

Pojęcie zdolności kredytowej zdefiniowano w art. 70 ust. 1 zd. 2 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r. Prawo bankowe (Dz. U. z 2002r., Nr 72, poz. 665 z późn. zm.) jako zdolność do spłaty zaciągniętego kredytu wraz z odsetkami w terminach określonych w umowie. W praktyce zdolność kredytowa dotyczy także innych produktów o charakterze kredytowym (np. pożyczek, gwarancji) pomimo, iż formalnie w ustawie zapis dotyczy wyłącznie kredytów. Zdolność kredytowa jest to więc także umiejętność gromadzenia środków pieniężnych w kwocie pokrywającej wszelkie zobowiązania. Dlatego też prawo bankowe nakazuje bankom ocenę zdolności kredytowej na podstawie dokumentów i informacji przedłożonych przez potencjalnego kredytobiorcę, przez co zdolność kredytowa nabiera praktycznego wymiaru. Ustawodawca nie określił sposobu dokonywania tej oceny, pozostawiając bankom swobodę w opracowaniu i stosowaniu metod, którymi będą się posługiwać. Bez względu na indywidualne rozwiązania, banki udzielają kredytu wtedy, kiedy

oceniają, że będą w stanie odzyskać zaangażowane środki. Skoro więc bank potwierdził możliwość udzielenia kredytu określone Wykonawcy do określonej kwoty oznacz to, iż uznał fakt posiadania przez tego Wykonawcę zdolności kredytowej.

Niemniej jednak należy dodać, iż przedłożony dokument został wystawiony przez Bank PEKAO S.A. II Oddział w Lublinie w dniu 7 września 2007r. Zamawiający natomiast wymagał aby przedmiotowy dokument był wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Termin składania ofert wyznaczono na dzień 14 grudnia 2007r., co oznacza iż przedmiotowy dokument powinien być wystawiony co najmniej w dacie 14 września 2007r.

Art. 26 ustawy Pzp wprowadza instytucję uzupełniania dokumentów, tj. dokumentów i oświadczeń składanych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu. Nieprawidłowo złożony dokument, np. w nieodpowiedniej dacie może być więc uzupełniony przez Wykonawcę na skutek wezwania przez Zamawiającego. Takimi dokumentami, które na podstawie tego przepisu mogą być uzupełnione, są w niniejszym postępowaniu zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach przez Sławomira Szulawę oraz „Opinia o Kliencie” wystawiona przez Bank PEKAO S.A. II Oddział w Lublinie.

Odwołujący, zgodnie z wymogami SIWZ, zobowiązany był przedłożyć „wykaz wykonanych robót budowlanych w okresie ostatnich pięciu lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania wraz z dokumentami potwierdzającymi, że roboty te zostały wykonane należycie”.

Wybrany Wykonawca przedłożył „Wykaz wykonanych robót budowlanych” (str. 35 oferty) z podaniem m.in. poszczególnych robót, terminu rozpoczęcia i zakończenia robót, oraz ich wartością. Na potwierdzenie należytego wykonania robót załączył do oferty referencje wystawione przez zamawiających oraz (w przypadku kilku robót) protokoły odbioru końcowego.

Dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie dostaw, usług lub robót budowlanych, zgodnie z obowiązującym orzecznictwem, mogą być m.in. bowiem

referencje, protokoły odbioru, itp., a wybór rodzaju dokumentu należy do Wykonawcy.

Zarzut Odwołującego, co do niezgodności treści referencji wymaganej przez Zamawiającego, w stosunku do treści referencji przedłożonych przez wybranego Wykonawcę nie potwierdził się. Dokument referencji nie musi bowiem zawierać wprost sformułowania, iż roboty zostały wykonane należycie. Samo wystawienie referencji oznacza już bowiem polecenie określonego Wykonawcy, a co za tym idzie wskazuje, iż określone prace zostały wykonane w sposób należyty.

Referencje to dokumenty pochodzące od osób trzecich, nie mogą więc mieć narzuconej treści. Dlatego też rzekomy brak w referencjach określonych danych ich nie dyskwalifikuje. Zamawiający wymagał jedynie wykazu robót oraz innych określonych w SIWZ informacji. Informacje te uzyskał. Referencje miały potwierdzić należyte wykonanie robót wskazanych w wykazie przedłożonym przez wykonawcę (m.in. referencje UG Wilga, referencje UG Kraśnik, referencje z wykonania robót w Poniatowej)

Referencje dotyczące prac wykonanych „w miejscowości Cegłów” zostały wystawione przez Zakład Budowy i Eksploatacji Urządzeń Wodno-Kanalizacyjnych Miętne. Ich wystawcą nie była więc gmina. Wystawca referencji w sposób jednoznaczny stwierdził „jakość robót dobra” oraz wskazał m.in. wartość robót i okres ich realizacji. Brak jest więc podstaw by je kwestionować. Odwołujący nie wykazał bowiem, że Zakład Budowy i Eksploatacji Urządzeń Wodno-Kanalizacyjnych Miętne nie był inwestorem robót budowlanych, a referencje są nieprawdziwe.

W przypadku robót w miejscowości Świdnik Duży Wykonawca przedłożył protokół w sprawie odbioru końcowego inwestycji – budowa wodociągu. Dokument ten jest dokumentem złożonym prawidłowo, gdyż przyjmuje się, iż potwierdzeniem należytego wykonania robót budowlanych jest także protokół odbioru robót.

W przedmiotowym postępowaniu Wykonawca, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą, zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę 1.599.999,00 zł.

Zamawiający żądał w rozdziale V SIWZ „Opis warunków udziału w postępowaniu” pkt 2.2.1 aby Wykonawca wykazał, iż „posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie w zakresie realizacji minimum jednej roboty budowlanej, odpowiadającej rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia”.

Wykonawca w zarówno w załączonym do oferty „Wykazie wykonanych robót budowlanych”, jak i przedłożonych dokumentach, wykazał trzy roboty o wartości zbliżonej do wartości zaproponowanej przez niego ceny zamówienia (UG Wilga - 1.432.598,79 zł brutto; UG Kraśnik – 1.098.327,36 zł brutto; ZBIEUWK Miętne – 1.100.335,00 zł brutto).

Naruszenie art. 7 ustawy Pzp potwierdziło się.

Zamawiający mimo, iż jest zobowiązany do traktowania na równych prawach wszystkich uczestników postępowania, jak również prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie należytej konkurencji w niniejszym postępowaniu tego nie uczynił. W toku postępowania, w sposób zupełnie dowolny, dopuszczał składanie szczegółowego kosztorysu ofertowego obok wymaganego przez SIWZ wycenionego przedmiaru robót, aby następnie odrzucić oferty nie zawierające wycenionego przedmiaru robót. Nie informował także zainteresowanych uczestników postępowania w sposób wyczerpujący o powodach odrzucenia ich ofert, czyniąc to dopiero na skutek wniesionego protestu, i to tylko w stosunku do ofert protestujących.

Nadto skład orzekający Izby uznał, iż Zamawiający błędnie określił Zamawiającego w SIWZ, wskazując iż jest to „Urząd Gminy Wólka”, zamiast prawidłowo – jak to uczynił w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym – „Gmina Wólka”. Budowa kanalizacji jest zadaniem Gminy, dlatego też to ona jest prawidłowo oznaczonym Zamawiającym.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając za uzasadnione koszty pełnomocnika Odwołującego do wysokości 3.600,00 zł, zgodnie z § 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. z 2007r., Nr 128, poz. 886).

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*