

WYROK
z dnia 8 maja 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Anna Packo
Stanisław Sadowy

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu/w dniach* 8 maja 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: „BUDEXIM” Sp. z o.o., ul. Brzezińska 8A, 44-203 Rybnik oraz Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „ERBUD” Sp. z o.o., ul. Podmiejska 71, 44-207 Rybnik** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego, **Gminny Zakład Wodociągów i Kanalizacji, ul. A.Mickiewicza 28A, 43-250 Pawłowice** protestu/przetestów* z dnia 10 kwietnia 2008 r.

przy udziale **Konsorcjum firm: ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. Franciszek Bandura, ul. A.Mickiewicza 75, 43-250 Pawłowice (lider konsorcjum) oraz CETUS – Energetyka Gazowa Sp. z o.o., ul. Spacerowa 2, 44-266 Świerklany (partner konsorcjum)** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego*

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: „BUDEXIM” Sp. z o.o., ul. Brzezińska 8A, 44-203 Rybnik oraz Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „ERBUD” Sp. z o.o., ul. Podmiejska 71, 44-207 Rybnik 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 wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: „BUDEXIM” Sp. z o.o., ul. Brzezińska 8A, 44-203 Rybnik oraz Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „ERBUD” Sp. z o.o., ul. Podmiejska 71, 44-207 Rybnik;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) przez **Konsorcjum firm: „BUDEXIM” Sp. z o.o., ul. Brzezińska 8A, 44-203 Rybnik oraz Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „ERBUD” Sp. z o.o., ul. Podmiejska 71, 44-207 Rybnik;** a rzecz **Gminny Zakład Wodociągów i Kanalizacji, ul. A.Mickiewicza 28A, 43-250 Pawłowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX zł XXX 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 **Konsorcjum firm: „BUDEXIM” Sp. z o.o., ul. Brzezińska 8A, 44-203 Rybnik oraz Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „ERBUD” Sp. z o.o., ul. Podmiejska 71, 44-207 Rybnik**

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

Gminny Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Pawłowicach, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na „Budowę kanalizacji sanitarnej ciśnieniowo-grawitacyjnej w sołectwach Golasowice, Jarząbkowie, Pielgrzymowice w gminie Pawłowice – etap I-VII – roboty budowlane na etapie III”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 21 lutego 2008 r., nr 1, poz. 36062.

Zamawiający pismem z dnia 3 kwietnia 2008 r., poinformował Konsorcjum firm: „BUDEXIM” Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku oraz Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, zwane dalej „Odwołującym” o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm: ZISCO Zakład Instalacji Sanitarnych C.O. Franciszek Bandura z siedzibą w Pawłowicach oraz CETUS Energetyka Gazowa Sp. z o.o. z

siedzibą w Świerklanach, zwanej dalej „ZISCO” oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. Przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w tej samej dacie.

Pismem z dnia 10 kwietnia 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest wobec czynności polegających na wyborze oferty ZISCO jako najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. uchylenie rozstrzygnięcia Zamawiającego obejmujące w szczególności odrzucenie oferty Odwołującego i dokonanie wyboru wykonawcy,
2. przeprowadzenie ponownej oceny ofert i odrzucenie oferty ZISCO,
3. ponowne rozstrzygnięcie przetargu.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał, iż błąd w złożonej przez niego ofercie, dotyczący obliczenia wartości VAT powinien być potraktowany jako omyłka rachunkowa i jako taki skorygowany przez Zamawiającego.

Dodatkowo podniósł, iż oferta wykonawcy ZISCO nie spełnia wymogów formalnych, gdyż:

1. wykonawca w „Zestawieniu materiałów głównych zaproponowanych przez wykonawcę w ofercie” w rubryce „producent” wpisał nazwy trzech producentów, a co powoduje, iż złożył on ofertę wariantową;
2. wykonawca złożył kosztorys ofertowy i dołączył do niego „tabelę elementów scalonych”, w której połączył ślepe kosztorysy przygotowane przez Zamawiającego, a takiej możliwości Zamawiający nie przewidział w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SIWZ”

Nadto dodał, iż skoro Zamawiający na otwarciu ofert odczytał kwotę, która jest niższa niż ceny oferty najkorzystniejszej, obowiązkiem Zamawiającego było unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 11 kwietnia 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo ZISCO otrzymała w tej samej dacie).

Pismem z dnia 12 kwietnia 2008 r. ZISCO przystąpiła do protestu (wpływ do Zamawiającego w dniu 14 kwietnia 2008 r.), przekazując jednocześnie kopię pisma protestującemu.

Pismem z dnia 17 kwietnia 2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protest, uwzględniając protest w części dotyczącej bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego. Natomiast nie uwzględnił zarzutów dotyczących oferty ZISCO, wskazując iż:

1. nie może być mowy o złożeniu przez wykonawcę ZISCO oferty wariantowej, gdyż jej definicję zawiera art. 2 pkt 7 ustawy Pzp, zgodnie z treścią którego jest to oferta,

która przewiduje (...) odmienny niż wskazany przez Zamawiającego sposób wykonania zamówienia publicznego. Zgodnie z powyższym oferta wykonawcy ZISCO odnosi się wyłącznie do sposobu wykonania zamówienia i nie dotyczy odmiennej technologii niż ta, którą wymagał Zamawiający.

2. Zarzut połączenia kosztorysów branżowych jest zarzutem co do formy a nie co do treści oferty.

Przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał faksem w dniu 18 kwietnia 2008 r.

Pismem z dnia 23 kwietnia 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie, wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 28 kwietnia 2008 r.). Przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 23 kwietnia 2008 r.

Odwołujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu w części nieuwzględnionej przez Zamawiającego i zażądał:

1. odrzucenia oferty ZISCO,
2. ponownego rozstrzygnięcia przetargu,

a tym samym nakazania Zamawiającemu dokonania tych czynności.

Pismem z dnia 24 kwietnia 2008 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wniesieniu odwołania, przekazał kopię odwołania, jednocześnie wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 5 maja 2008 r. (pismem z dnia 30 kwietnia 2008 r.) ZISCO przystąpiła do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby w pierwszym rzędzie ustalił, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy uprawniającego go do złożenia protestu i odwołania. Wykonawca ten jako uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, składający w tym postępowaniu ofertę posiada szeroko pojmowany interes prawny w tym, aby kontrolować Zamawiającego w zakresie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. Wykonawca ten w swoim proteście zakwestionował zasadność odrzucenia jego oferty oraz zaniechanie odrzucenia oferty uznanej za

najkorzystniejszą, a następnie w złożonym odwołaniu na skutek uwzględnienia protestu w części, zakwestionował zaniechanie odrzucenia oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. W przypadku uwzględnienia wniesionych przez niego środków odwoławczych, miałby on szansę na uzyskanie tego konkretnego zamówienia.

Wykonawca ZISCO do składanej oferty załączył dokument o nazwie „Zestawienie materiałów zaoferowanych przez wykonawcę”, zawierający tabelę z wyspecyfikowanymi materiałami oferowanymi w złożonej ofercie oraz ze wskazaniem producentów danego urządzenia. Dla pozycji „tłocznie ścieków” wskazała producentów „STRATE AWALIFT lub KSB BECKER lub HYDRO-VACUM”.

Zdaniem Odwołującego powyższe wskazuje na to, iż ZISCO złożyła ofertę wariantową lub alternatywną i jako taka powinna być odrzucona.

Ofertą wariantową jest oferta przewidująca, zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, odmienny niż określony w przez Zamawiającego sposób wykonania zamówienia, a przede wszystkim przewidująca „użycie odmiennych, ale równoważnych materiałów, zastosowania innej technologii, dodatkowego wyposażenia lub robót zwiększających zakres zamówienia itp.” (G.Wicik, P.Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2007, s. 48). Możliwość złożenia oferty wariantowej lub alternatywnej musi wynikać z SIWZ. Zamawiający takiej możliwości nie przewidział. Powyższe powoduje, iż oferta wariantowa nie może być złożona.

W rozdziale II „Dokumenty jakie muszą dostarczyć wykonawcy” ust. 1 litera od a) do i) Zamawiający szczegółowo wyspecyfikował dokumenty, jakie wykonawcy zobowiązani są załączyć do składanej oferty. Wśród dokumentów tych brak jest dokumentu o nazwie „Zestawienie materiałów zaoferowanych przez wykonawcę”. Dokument ten stanowił załącznik nr 8 do SIWZ „druk – zestawienie zastosowanych przez Wykonawcę materiałów”. Jednak w całej SIWZ brak jest jakiegokolwiek odniesienia do przedmiotowego druku, tj. sposobu wypełnienia, ewentualnie sposobu oceny zawartych w nim zapisów.

Bezspornym jest, iż kosztorys ofertowy przedłożony przez wykonawcę ZISCO zawiera wszystkie wymagane przez Zamawiającego pozycje robót opisanych w przedmiarze robót, z uwzględnieniem wszystkich wymaganych elementów, które Zamawiający zidentyfikował jako sporządzone poprawnie, przy czym także nie określa producenta tłoczni, a czego nie zawiera także załączony do SIWZ przedmiar robót. Jedynie projekt budowlany tłoczni ścieków T1, T2, T3, T4, T5 i T6 wskazuje, iż w projekcie przewidziano tłocznie ścieków typu AWALIFT, jednocześnie szczegółowo określając ich parametry techniczne.

Mając na uwadze powyższe należy przede wszystkim rozważyć, jaki charakter ma przedłożony przez wykonawcę niejako dodatkowo dokument. Podkreślić należy, że zgodnie z utrwalonym piśmiennictwem i ukształtowanym orzecznictwem „nie jest uchybieniem o

charakterze merytorycznym złożenie dokumentów dodatkowych nie wymaganych przez zamawiającego” (A.Kurowska, Analiza wyroków sądów okręgowych, Warszawa 2006, s. 164), o ile nie są one niezgodne z SIWZ.

Zarzut, iż wykonawca ZISCO złożył, ofertę wariantową lub alternatywną jest, w ocenie Składu Orzekającego Izby, niezasadny. Jak ustalono na podstawie oferty ZISCO, wykonawca ten załączył do złożonej oferty dokument, który wyszczególnia materiały, których Wykonawca użyje do realizacji zamówienia oraz producentów tych materiałów (urządzeń). Fakt, iż wskazał więcej niż jednego producenta każdego z wymienionych w Zestawieniu materiałów nie stanowi o sprzeczności złożonej oferty z treścią SIWZ. Specyfikacja nie zabraniała bowiem wskazania przez Wykonawcę producentów materiałów niezbędnych do wykonania zamówienia. Z treści oferty wykonawcy ZISCO wynika, iż nie jest ona ofertą wariantową ani równoważną. Ustalenia w tym zakresie nie zmienia w szczególności treść przedmiotowego Zestawienia (zawierającego wykaz materiałów i producentów).

Izba nie rozpatrzyła zarzutów dotyczących nieprawidłowej formy sporządzenia kosztorysu ofertowego przez ZISCO oraz zaniechania unieważnienia przez Zamawiającego postępowania o zamówienie publiczne na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP z uwagi na to, iż Odwołujący na rozprawie cofnął powyższe zarzuty.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego pisma znak 382/2008 z dnia 06.05.2008 r. INSBUD-RYBNIK II Przedsiębiorstwo Prywatne z siedzibą w Rybniku kierowanego do BUDEXIM Sp. z o.o., uznając, iż jest to dokument prywatny, a z jego treści jedynie wynika iż, ZISCO zwróciła się z zapytaniem o ceny tłoczni.

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 koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3 600 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, 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 2007 r., 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 **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*