

Sygn. akt: KIO/UZP 1433/09

**WYROK**  
**z dnia 20 listopada 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Marzena Teresa Ordysińska

**Członkowie:** Izabela Niedziałek – Bujak

Andrzej Niwicki

**Protokolant:** Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Rolne Sady Dolne sp. z o.o., Sady Dolne 16, 59-420 Bolków (Lider Konsorcjum), Kazimierz Wolski, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Kamieniarskie Kazimierz Wolski, ul. Przemysłowa 10, 34-440 Kluszkowce oraz Borowskie Kopalnie Granitu sp. z o.o. w Borowie, 58-172 Gniewków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Jawor, ul. Rynek 1, 59-400 Jawor** protestu z dnia 8 września 2009 r.

przy udziale wykonawcy **ANTI S.A., ul. Chabrowa 10, 52-255 Wysoka** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Jawor , ul. Rynek 1, 59-400 Jawor**  
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Rolne Sady Dolne sp. z o.o., Sady Dolne 16, 59-420 Bolków (Lider Konsorcjum), Kazimierz Wolski, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Kamieniarskie Wolski Kazimierz, ul. Przemysłowa 10, 34-440 Kluszkowce oraz Borowskie Kopalnie Granitu sp. z o.o. w Borowie, 58-172 Gniewków,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Gminę Jawor , ul. Rynek 1, 59-400 Jawor** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Rolne Sady Dolne sp. z o.o., Sady Dolne 16, 59-420 Bolków (Lider Konsorcjum), Kazimierz Wolski, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Kamieniarskie Wolski Kazimierz, ul. Przemysłowa 10, 34-440 Kluszkowce oraz Borowskie Kopalnie Granitu sp. z o.o. w Borowie, 58-172 Gniewków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 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 **5 538 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Rolne Sady Dolne sp. z o.o., Sady Dolne 16, 59-420 Bolków (Lider Konsorcjum), Kazimierz Wolski, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Kamieniarskie Wolski Kazimierz, ul. Przemysłowa 10, 34-440 Kluszkowce oraz Borowskie Kopalnie Granitu sp. z o.o. w Borowie, 58-172 Gniewków.**

## Uzasadnienie

I. Gmina Jawor, Rynek 1, 59-400 Jawor, (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na „Wymianę nawierzchni płyty Rynku wraz z wymianą sieci wodno-kanalizacyjnej i przyłączami”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 8.07.2009 r. i Zamawiający zamieścił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

Wartość zamówienia oszacowano na 3 872 382,53 euro.

W postępowaniu za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Rolne Sady Dolne sp. z o.o., Sady Dolne 16, 59-420 Bolków (Lider Konsorcjum), Kazimierz Wolski, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Kamieniarskie Wolski Kazimierz, ul. Przemysłowa 10, 34-440 Kluszkowce oraz Borowskie Kopalnie Granitu sp. z o.o. w Borowie, 58-172 Gniewków (dalej: Konsorcjum bądź Odwołujący).

Wybór oferty najkorzystniejszej został oprotestowany – podniesiono zarzuty dotyczące głównie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Prawa zamówień publicznych, wskazujące, że oferta uznana za najkorzystniejszą powinna zostać odrzucona, bowiem jest niezgodna z treścią SIWZ, jako że kosztorys ofertowy do niej załączony zawiera błędy i braki. Zarzuty te zostały w większości przez Zamawiającego w dniu 17.09.2009 r. uwzględnione.

W związku z takim rozstrzygnięciem, Konsorcjum, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, w dniu 22.09.2009r. (data nadania odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego) wniosło do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania (uprzednio, w dniu 14.09.2009 r., Konsorcjum zgłosiło przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu po stronie Zamawiającego).

W odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 93 ust. 1 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący wskazał, że w zarzucanych w proteście pozycjach kosztorysowych Odwołujący nie odstąpił od określonych w kosztorysie inwestorskim zasad, jak też uwzględnił składane przez niego wyjaśnienia, ujmując wszystkie wymagane pozycje. W ocenie Odwołującego, Zamawiający bezpodstawnie uznał, że w kosztorysie ofertowym Odwołującego nie znajduje

się prawidłowe skosztorysowanie pozycji 43 w części pn. Roboty budowlane. Odwołujący podniósł, iż w tymże kosztorysie w poz. 43 wg kalkulacji własnej, w pozycji „dostawa, montaż pokryw kanalizacyjnych, obmiar 127 szt. poz. - M materiał pokrywy kanalizacyjne z herbem” miasta znajduje się zarzucana pozycja.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania, zostanie utrzymana w mocy decyzja Zamawiającego o uznaniu jego oferty za najkorzystniejszą.

Na powyższą ocenę interesu prawnego nie wpłynął fakt, że w dn. 17.09.2009 r. Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania – postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych. Zamawiający co prawda w piśmie wskazującym podstawę prawną unieważnienia nie podał podstawy faktycznej, jednak z dokumentacji postępowania wynika, że jedynie oferta Odwołującego spośród ofert złożonych w postępowaniu mieści się w ilości środków, jakie Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia.

Należy zauważyć, że decyzję o unieważnieniu postępowania Zamawiający powziął przedwcześnie – bowiem przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu (art. 183 ust. 5 pkt 2 Prawa zamówień publicznych) przed wydaniem orzeczenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, kiedy to nie istniała jeszcze pewność, że wynikająca z rozstrzygnięcia protestu decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego zostanie utrzymana w mocy przez Izbę.

Izba nie mogła nakazać unieważnienia decyzji o unieważnieniu postępowania, ponieważ orzeka wyłącznie w granicach zakreślonych zarzutami protestu (art. 191 ust. 3 Prawa zamówień publicznych), jednak skoro dzięki orzeczeniu Izby oferta Odwołującego pozostaje ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu, trzeba podkreślić, iż odpada przesłanka unieważnienia postępowania.

Izba po analizie dokumentacji postępowania, w szczególności SIWZ, odpowiedzi na pytania wykonawców, oferty Odwołującego wraz z załączonym do niej kosztorysem ofertowym, stwierdziła, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu część zarzutów dotyczących oferty Odwołującego uwzględnił, a część uznał za chybione – i Izba odniosła się w uzasadnieniu

wyłącznie do zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, których to uwzględnienie, zdaniem Zamawiającego, zdecydowało o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zamawiający uwzględnił zarzut dotyczący pozycji 17, 18 i 19 kosztorysu ofertowego Odwołującego, braku dodania pozycji wynikającej z odpowiedzi na pytanie nr 8 z dn. 30.07.2009 r., i braku dookreślenia w pozycji 43 płyt kanalizacyjnych jako posiadających herb miasta.

Izba ustaliła w zakresie stawianych zarzutów następujący stan faktyczny:

1. Cena za wykonanie zamówienia była ceną ryczałtową (§ 12 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik do SIWZ).
2. Do oferty należało załączyć kosztorys ofertowy (pkt I ppkt 12 SIWZ).
3. Odwołujący zawarł w kosztorysie ofertowym pozycję nr 43 dotyczącą płyt kanalizacyjnych, płyty te pod względem ilości odpowiadają życzeniom Zamawiającego, jednak w opisie pozycji brakło dookreślenia iż płyty te będą „z herbem miasta”.
4. Odwołujący nie uwzględnił w pozycji 17, 18 i 19 zmian dokonanych przez Zamawiającego w dn. 27.07.2009 r., wynikających z odpowiedzi na pytania wykonawców – Zamawiający zmodyfikował dotychczasowe ilości zmniejszając je. Równocześnie Odwołujący nie dodał pozycji, której dodanie wynikało z odpowiedzi na pytania z dn. 30.07.2009 r., a w której pozycji miał zawrzeć prace odpowiadające ilościowo i rodzajowo pracom „odjętym” w pozycjach 17, 18 i 19.

Na rozprawie Zamawiający przyznał, że prace, które w kosztorysie ofertowym Odwołującego nie zostały zawarte w pozycji, której dopisanie do przedmiaru wynikało z odpowiedzi nr 8 na pytania wykonawców z dn. 30.07.2009 r. (w kosztorysie ofertowym Odwołującego pominięto tą pozycję) można skompensować z pracami, które zostały wycenione w pozycjach 17, 18 i 19, a które miały zostać pomniejszone. Reasumując – prace które nie zostały wycenione w pozycji pominiętej, zostały wycenione w innym miejscu oferty.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego, Izba uznała, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu z postępowania.

W związku z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych odrzuceniu podlega oferta, której treść nie odpowiada SIWZ. Skład orzekający ocenił, że ofercie Odwołującego nie można postawić tego zarzutu – i jego oferta odpowiada SIWZ.

Skoro cena oferty była ryczałtowa, a Zamawiający nie określił żadnych dodatkowych wymogów co do kosztorysu ofertowego, należy przyjąć, że miał on charakter wyłącznie pomocniczy do ustalenia wysokości ceny, a zatem nie rzutował na treść oferty. Nawet gdyby załączenie kosztorysu ofertowego miało charakter stanowczy i decydujący o treści oferty – uchybienia w ofercie Odwołującego nie mogłyby stanowić podstawy do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych – bowiem w ocenie

Izby były to uchybienia wyłącznie co do formy, a nie co do treści oferty. Zamawiający zgodził się, że prace, które nie zostały wycenione w brakującej pozycji, zostały wycenione w innych pozycjach. Natomiast brak w opisie pozycji 43 określenia „z herbem miasta” nie jest równoznaczny z faktem, że Odwołujący pomylił o takiej właściwości nie zaoferował. Nie może o tym świadczyć wycena tej pozycji przez Odwołującego – rzeczywiście Odwołujący wycenił tę pozycję niżej, niż pozostali uczestnicy postępowania, lecz nie można tej okoliczności uznać za przesądzającą, że zaoferował on inny przedmiot zamówienia, niż wymagany przez Zamawiającego. Podkreślić należy, że cena oferty Odwołującego nie jest na tyle niższa od pozostałych cen w ofertach złożonych w postępowaniu, aby skutecznie zarzucać jej zaproponowanie rażąco niskiej ceny.

Podsumowując, Izba ustaliła, że treść oferty Odwołującego w zakresie zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, odpowiada treści SIWZ, zatem nie może ona podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

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 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 **Legnicy**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....