

Sygn. akt KIO/UZP 97/09

WYROK
z dnia 6 lutego 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Stanisław Sadowy

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **3 lutego 2009r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA-KRAKÓW S.A., ul. Klimeckiego 24, 30 – 705 Kraków** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Papieska Akademia Teologiczna w Krakowie, ul. Kanonicza 25, 31 – 002 Kraków** protestu z dnia **30 grudnia 2008r.**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. kosztami postępowania obciąża Papieską Akademię Teologiczną w Krakowie, ul. Kanonicza 25, 31 – 002 Kraków

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA-KRAKÓW S.A., ul. Klimeckiego 24, 30 – 705 Kraków**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Papieską Akademię Teologiczną w Krakowie, ul. Kanonicza 25, 31 – 002 Kraków** na rzecz **Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA-KRAKÓW S.A., ul. Klimeckiego 24, 30 – 705 Kraków** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 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 **15 426 zł 00** gr (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Budownictwa Przemysłowego CHEMOBUDOWA-KRAKÓW S.A., ul. Klimeckiego 24, 30 – 705 Kraków**

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

Zamawiający: Papieska Akademia Teologiczna w Krakowie, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), zwanej dalej „Pzp” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: *”Dokończenie budowy biblioteki Papieskiej Akademii Teologicznej w Krakowie, oś. Pychowice ul. Bobrzyńskiego 10.”*

Przedmiotowe postępowanie o zamówienie zostało wszczęte w dniu 11.09.2008 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 11.09.2008 r., nr 234256-2008-PL Dz. U I S S176.

Do upływu terminu składania ofert wpłynęło 7 ofert.

W dniu 7 listopada 2008 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert, zaś w dniu 22 grudnia 2008r. - wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty złożonej przez Chemobudowa-Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie. O wyniku przetargu Zamawiający zawiadomił wykonawców stosownymi pismami oraz zamieścił informację na swojej stronie internetowej.

W dniu 30 grudnia 2008r. do Zamawiającego wpłynęły, za pomocą faksu, protesty wykonawców:

- Instal Kraków S.A z siedzibą w Krakowie, na czynność odrzucenia oferty składającego protest oraz na zaniechanie odrzucenia oferty firmy Chemobudowa S.A., która – w ocenie Protestującego - zawiera istotne wady polegające na niezgodności oferty z SIWZ oraz

- protest Eiffage Budownictwo Mitex S.A. z siedzibą w Warszawie, na czynność wyboru oferty Spółki Chemobudowa – Kraków jako oferty najkorzystniejszej oraz zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, pomimo niezgodności jej treści z treścią SIWZ.

Protesty zostały wniesione w ustawowym terminie.

W dniu 03.01.2009 r., na wezwanie Zamawiającego z dnia 31.12.2008 r. do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia wyżej wymienionych protestów, do postępowania protestacyjnego zgłosiła przystąpienie Chemobudowa-Kraków S.A., wnosząc o oddalenie protestów w całości jako całkowicie nieuzasadnionych.

W piśmie z dnia 08.01.2009 r. - zawiadomienie o rozstrzygnięciu protestów, Zamawiający podał, iż rozstrzygnął protesty w następujący sposób:

1. Uwzględnił protest Instal Kraków S.A. w zakresie zarzutów dotyczących braku w ofercie firmy Chemobudowa - Kraków S.A. pozycji 78, 79, 80 i 82 kosztorysu budowlanego - wyceny dostawy materiałów (konstrukcji stalowej) oraz pozycji 119A kosztorysu budowlanego - wyceny sufitu typu F w pomieszczeniu 146 oraz w zakresie oceny skutków wskazanych braków;.
2. Oddalił protest Instal Kraków S.A. w pozostałym zakresie;
3. Uwzględnił protest Eiffage Budownictwo Mitex S.A. w zakresie zarzutu dotyczącego braku w ofercie firmy Chemobudowa - Kraków S.A. pozycji 119A kosztorysu budowlanego - wyceny sufitu typu F w pomieszczeniu 146 oraz w zakresie oceny skutków wskazanego braku;.
4. Oddalił protest Eiffage Budownictwo Mitex S.A. w pozostałym zakresie.

Zamawiający postanowił:

1. Unieważnić czynność wyboru oferty firmy Chemobudowa - Kraków S.A.

ze względu na okoliczność, iż oferta winna ulec odrzuceniu wobec braku uwzględnienia lub wyceny w ofercie następujących elementów:

- pozycja 78,79,80 i 82 kosztorysu budowlanego - brak wyceny dostawy materiałów (konstrukcji stalowej)
- pozycja 119A kosztorysu budowlanego - brak wyceny sufitu typu F w pomieszczeniu 146.

Zamawiający uznał, że stwierdzone przez niego braki stanowią istotne błędy w ofercie wykonawcy i skutkują niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ, a na gruncie obowiązujących przepisów Zamawiający nie posiada możliwości poprawienia tych braków;

2. Odrzucić ofertę firmy Chemobudowa-Kraków S.A. z powyższych względów;

3. Stwierdzić, iż: dokonane przez Zamawiającego czynności, polegające na odrzuceniu ofert firm Instal Kraków S.A., Budosta1 2 Sp. z o.o. oraz Budopol Sp. z o.o. znajdują uzasadnienie w stanie faktycznym i prawnym przedmiotowego postępowania;
4. Dokonać powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty poprzez wybór oferty firmy Eiffage Budownictwo Mitex S.A.

W dniu 19.01.2009 r. (data złożenia pisma w placówce pocztowej operatora publicznego) Chemobudowa - Kraków S.A, zwana dalej „Odwołującym” wniosła do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych pojedyncze odwołanie od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego dwóch odrębnych protestów z dnia 30.12.2008 r.: wniesionego przez Eiffage Budownictwo Mitex S.A. oraz Instal Kraków S.A.

Wobec stwierdzonego przez Prezesa Urzędu faktu uiszczenia przez Odwołującego wpisu w pojedynczej wysokości (20.000 zł) i wezwania za pismem z dnia 23.01.2009 r. do udzielenia odpowiedzi w tej sprawie, Odwołujący oświadczył w piśmie z dnia 26.01.2009 r., iż odwołanie przesłane w dniu 19.01.2009 r. zostało złożone od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego protestu wniesionego przez Instal Kraków S.A.

Odwołujący zawarł w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

- a) art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez błędne zastosowanie,
- b) art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez błędne zastosowanie wyrażające się odrzuceniem oferty Wykonawcy mimo braku do tego podstaw i w konsekwencji tego unieważnieniem decyzji o wyborze oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej.

W związku z powyższym Odwołujący wniosł o:

- a) unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty,
- b) powtórzenie oprotestowanej czynności oceny ofert,
- c) wybór ponownie jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, przede wszystkim, co następuje:

W dniu 23.12.2008 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej i wezwał do podpisania umowy w dniu 5.01.2009 r. godz. 13.00.

W dniu 31.12.2008 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wniesieniu przez firmy Instal Kraków S.A. oraz Eiffage Budownictwo Mitex S.A. protestów. Firmy te wniosły o odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z postanowieniami SIWZ.

Pismem z dnia 3.01.2009 r. Odwołujący przystąpił, w trybie art. 181 ust 4 i 5, do postępowania protestacyjnego, po stronie Zamawiającego. Odwołujący wniosł o oddalenie

przez Zamawiającego protestów w całości, co oznaczało żądanie potwierdzenia pierwotnego wyboru oferty złożonej przez Odwołującego się.

Pismem z dnia 08.01. 2009 r. doręczonym Odwołującemu faksem w dniu 9 stycznia 2009 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu decyzji o wyborze oferty Odwołującego i odrzuceniu tej oferty oraz o decyzji o wyborze jako najkorzystniejszej oferty firmy Eiffage Budownictwo Mitex S.A.

Odwołujący wniósł odwołanie jako uczestnik postępowania w związku z przystąpieniem do postępowania protestacyjnego w trybie art. 181 ust 4 i 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podniósł zarzut naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wskazał, iż stosownie do brzmienia art. 7 ust 1 ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zasada ta odnosi się również do czynności oceny ofert pod względem spełnienia wymogów SIWZ oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zdaniem Odwołującego odrzucenie jego oferty, mimo tego, iż jak zostanie wskazane poniżej, nie są spełnione przesłanki powołane w art. 89 ustawy stanowi jawny przejaw nierównego traktowania stron w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne. Odwołujący podniósł, iż Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę firmy "Eiffage Budownictwo Mitex" S.A. mimo, że oferta tej firmy zawiera merytoryczne niezgodności z postanowieniami SIWZ.

Odwołujący zarzucił, iż treść SIWZ dotyczącej przedmiotowego zamówienia zawiera zapisy niejasne i nieprecyzyjne. Zapisy te nie mogą być zatem doprecyzowane przez Zamawiającego na etapie oceny ofert i nie mogą skutkować odrzuceniem oferty. Podniósł, iż odrzucenia oferty nie można dokonywać w sprzeczności z art. 5 ustawy - Kodeks cywilny, zgodnie z którym nie można czynić ze swojego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub zasadami współżycia społecznego.

Powyższe znajduje swoje uzasadnienie w orzecznictwie sądowym, jak również Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący podniósł, iż zarzut Zamawiającego dotyczący braku w ofercie Odwołującego wyceny dostawy materiałów konstrukcji stalowej pozbawiony jest podstaw faktycznych i merytorycznych. Podstawą bowiem przygotowania wyceny, jest przedmiar robót. Ta fundamentalna zasada została zapisana w SIWZ oraz potwierdzona w licznych odpowiedziach na zadawane przez oferentów pytania w trakcie prowadzonego postępowania przetargowego.

Z udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień wynika, że bez zgody Zamawiającego niedopuszczalna była zmiana zakresu rzeczowo - ilościowego w stosunku do przedstawionych w SIWZ przedmiarów.

Odwołujący podniósł, iż analizując zarzut o braku wyceny materiałów w poz. 78, 79, 80, 82 należy wziąć pod uwagę zarówno przywołaną podstawę wyceny dla tych konkretnych pozycji, jak również możliwe techniki kosztorysowania.

Pozycje, o których mowa powyżej, dotyczą podkonstrukcji dla takich robót wykończeniowych jak ściany stalowe niskie, ściany fornirowane, ściany szklane, sufity podwieszane, które to elementy zostały wycenione w poszczególnych pozycjach kosztorysowych.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że wycena poz. 78, 79, 80, 82 w ofercie Odwołującego jest całkowicie zgodna z nakładami ilościowo - rzeczowymi dla tej konkretnie podanej w przedmiarze podstawy wyceny tj. KNR 205/208/1 i obejmuje wycenę robocizny, materiałów i sprzętu zawartych w tej tablicy katalogowej i jest zgodna z odpowiedzią Zamawiającego (inf. nr 3, pismo nr 11): „Kosztorysy przygotowane przez Wykonawcę z narzutami zgodnymi z KNR będą uznane za poprawne.”

Odwołujący zwrócił również uwagę na fakt, że Zamawiający nie przedstawił w przedmiarze szczegółowej specyfikacji ani zestawienia elementów zarówno w układzie rodzajowym, jak też ilościowym przedmiotowej konstrukcji. Nie udostępnił również przedmiaru w pełnej wersji, o którą prosili Oferenci. Wobec powyższego, nieuprawnionym jest czynienie zarzutu, o braku wyceny bliżej nieokreślonej konstrukcji. Zaznaczył, że każdy z oferentów różnie potraktował tę kwestię w swoich wycenach: np. w ofertach Instal i Mitexu znajdujemy ingerencję w nakłady normy KNR poprzez dodanie kolejnego materiału, zaś w ofercie firmy SKOBUD nastąpiło zastąpienie nakładów podanych w KNR elementu „podkonstrukcje”, w ofercie firmy Budostal 2 nakłady konstrukcji stalowej zostały powiększone o 5%, zaś w ofercie firmy Warbud wycena tych pozycji jest identyczna jak w ofercie Odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu o braku wyceny sufitu typu F w pomieszczeniu 146 na parterze, w pozycji 119A, Odwołujący wskazał, iż zarzut ten jest nieuzasadniony i nielogiczny z niżej wymienionych powodów.

Po pierwsze takiej pozycji w udostępnionym oferentom przedmiarze nie znajdujemy. Po drugie, jeden z oferentów wystąpił do Zamawiającego z pytaniem (inf. nr 4, pismo nr 10) o następującej treści: „Zgodnie z dokumentacją w obiekcie występuje Sufit podwieszany typu F-Luxalon Hunter Douglas typ 50 E, kasetony 120x60 cm, oczko 12x12 cm raster 50mm - czy w ofercie należy uwzględnić tą pozycję? Jeżeli tak to proszę o podanie przedmiaru,

podstawy wyceny oraz miejsca w kosztorysie, w którym należy je uwzględnić.". Zamawiający odpowiedział „Tak należy uwzględnić w ofercie sufit typ F w pomieszczeniu 146 na parterze.” Zdaniem Wykonawcy, w świetle wyżej powołanych wyjaśnień Zamawiającego, taka bardzo ogólna odpowiedź nie daje podstawy oferentowi do dopisywania jakiejkolwiek pozycji w kosztorysie tym bardziej, że Zamawiający w odpowiedzi na pytanie oferenta (inf. nr 4, pismo nr 6): „Czy można korygować ilości podane w kosztorysie?” odpowiedział: „Prosimy o nie korygowanie przedmiarów, poza pozycjami wyraźnie wskazanymi w informacjach dla Wykonawców”. W tym przypadku nie można mówić o wyraźnie wskazanych Informacjach od Zamawiającego. W przeciwieństwie do innych odpowiedzi dotyczących innych kwestii tutaj mowa jest jedynie o uwzględnieniu w ofercie bliżej nieokreślonego co do ilości i sposobu wyliczenia sufitu typu F w pomieszczeniu 146 na parterze. Przez tak sformułowaną odpowiedź, pozostając w zgodzie z wymaganiami SIWZ, oferent mógł jedynie uwzględnić koszt tego sufitu w ogólnej wycenie elementu robót, w tym przypadku „Sufity Podwieszane” poz. 119 która to pozycja dotyczy montażu sufitu typu Luxalon Hunter Douglas.

Wobec powyższego, Odwołujący uznał za niedopuszczalne dopisanie dodatkowej pozycji kosztorysowej, gdyż byłoby to sprzeczne z SIWZ. Wykonawca nie ma też wiedzy, dlaczego w/w firmy wyszczególniły ilość 25,13 m² skoro Zamawiający tego jednoznacznie nie określił, tym bardziej, że w tym względzie trudno o jednoznaczną odpowiedź albowiem „Książka pomieszczeń” określa ilość 25,13 m², natomiast na rysunku nr W-05-1-121 „Rzut parteru - Koordynacja sufitów podwieszanych” podano 24,04 m².

Odwołujący podniósł również, iż typy sufitów podane w przedmiarze (F, G itd...) są nazwami roboczymi i nie pozostają w związku z nazewnictwem dostawcy t.j. Hunter Douglas. Zdaniem Wykonawcy sufity typu F jak i G są sufitami rastrowymi, aluminiowymi na ruszcie stalowym typ R40. W tym względzie występuje niezgodność pomiędzy opisem podanym w Książce pomieszczeń (raster 50), a rysunkiem sufitów (raster 40). Wskazać należy również, że zarówno w SIWZ, jak i SST zapisano zasadę równoważności.

W tym stanie rzeczy, zdaniem Odwołującego, należy uznać, że przyjęty przez Odwołującego sposób uwzględnienia kosztu sufitu podwieszanego w pomieszczeniu 146 jest prawidłowy. Wskazał, że w sposób identyczny kwestię tę potraktowały firmy Warbud i Skobud.

W ocenie Odwołującego, jego oferta sporządzona została zgodnie z zapisami SIWZ. Nieprecyzyjność niektórych zapisów i danych podanych przez Zamawiającego nie może skutkować negatywnymi konsekwencjami dla Wykonawcy.

W dniu 02.02.2009 r. Eiffage Budownictwo Mitex S.A. doręczyła Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych, za pomocą faksu, a w dniu 03.02.2009 r. - na piśmie, zgłoszenie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przekazując jego kopię, przed otwarciem posiedzenia, wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Skład orzekający Izby uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wyjaśnienia i oświadczenia stron postępowania odwoławczego złożone w trakcie rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Na wstępie należy podnieść, że skład orzekający Izby nie dopuścił do postępowania odwoławczego w charakterze przystępującego Eiffage Budownictwo MITEX S.A. z siedzibą w Warszawie, w wyniku ustalenia na posiedzeniu niejawnym, że złożone przez tego Wykonawcę zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego jest nieskuteczne.

Jednocześnie, skład orzekający Izby uznał, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania wniesionego przez Chemobudowę-Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie.

Izba ustaliła w tym zakresie:

W dniu 23.12.2008r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie, o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Chemobudowę - Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie.

W dniu 30.12.2008r. do Zamawiającego wpłynęły protesty wykonawców: Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie oraz Eiffage Budownictwo MITEX S.A.

W dniu 31.12.2008r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wniesieniu protestów i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniach toczących się w wyniku wniesienia tych protestów. W dniu 03.01.2009 r. do postępowania protestacyjnego toczącego się w wyniku wniesienia protestów przystąpiła Chemobudowa - Kraków S.A., wnosząc o ich oddalenie.

Do postępowania wywołanego wniesieniem protestu przez Instal Kraków S.A., Spółka Eiffage Budownictwo MITEX nie zgłosiła przystąpienia.

Rozstrzygnięcie protestów przez Zamawiającego, zawarte w piśmie z dnia 08.01.2009 r., Chemobudowa - Kraków S.A. otrzymała, za pomocą faksu, w dniu 09.01.2009 r. W dniu 19.01.2009r. wykonawca ten złożył do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestów, jednakże oświadczeniem z dnia 26.01.2009r. Odwołujący sprostował, iż odwołanie złożył od rozstrzygnięcia przez Zamawiającego protestu wniesionego przez Instal Kraków S.A.

Skład orzekający Izby postanowił nie uwzględnić zgłoszonego na posiedzeniu Izby wniosku Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 1 PZP,

w którym Zamawiający podniósł, iż w sprawie nie mają zastosowania przepisy PZP. Izba zważyła, iż wprawdzie art. 184 ust. 1 stanowi, iż od rozstrzygnięcia protestu przysługuje odwołanie, zatem używa liczby pojedynczej co do protestu, jednak fakt odniesienia się w jednym piśmie (odwołaniu) do dwóch protestów może być poczytane - jak Odwołujący podniósł na posiedzeniu - za uchybienie formalne, mające znaczenie z punktu oceny spełnienia wymogu wniesienia wpisu, jednakże pozwalający w sposób precyzyjny określić stanowisko Odwołującego co do podniesionych zarzutów. Dlatego, mając na uwadze oświadczenie Odwołującego z dnia 26.01.2009r., iż wniesione odwołanie dotyczy rozstrzygnięcia protestu złożonego przez Instal Kraków S.A., skład orzekający Izby uznał, iż nie zachodzi okoliczność odrzucenia odwołania z przyczyn wskazanych przez Zamawiającego.

W dniu 02.02.2009r. Eiffage Budownictwo MITEX S.A. zgłosiła do Prezesa Urzędu przystąpienie do odwołania, po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie to zostało przekazane Zamawiającemu w dniu 02.02.2009r., za pomocą faksu, oraz w dniu 03.02.2009 r. przed otwarciem posiedzenia – na piśmie. Kopię zgłoszenia wykonawca Eiffage Budownictwo MITEX S.A. przekazał również Odwołującemu, przed otwarciem posiedzenia składu orzekającego Izby.

Skład orzekający Izby uznał, iż zgłoszenie przystąpienia do odwołania złożone przez Eiffage Budownictwo MITEX S.A. jest nieskuteczne, bowiem nie zostało poprzedzone przystąpieniem tego Wykonawcy do postępowania protestacyjnego wywołanego wniesieniem protestu przez Instal Kraków S.A. Odwołanie wniesione przez Odwołującego dotyczy rozstrzygnięcia protestu złożonego przez Instal Kraków, co wynika z oświadczenia Odwołującego złożonego w dniu 26.01.2009r. Zgodnie z art. 184 ust. 4 Pzp, uczestnikiem postępowania odwoławczego może być wyłącznie uczestnik postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Eiffage Budownictwo MITEX S.A. nie zgłosił przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez Instal Kraków S.A., zatem nie był jego uczestnikiem. Złożenie samodzielnie protestu przez Eiffage Budownictwo MITEX S.A. nie wypełnia tego wymogu i nie może zastąpić przystąpienia do odrębnego postępowania protestacyjnego. Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby postanowił nie dopuścić Eiffage Budownictwo MITEX S.A. do postępowania odwoławczego w charakterze przystępującego, po stronie Zamawiającego.

Odnosząc się, na rozprawie, do merytorycznych zarzutów odwołania, skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż potwierdziły się podniesione w nim zarzuty bezpodstawnego odrzucenia przez Zamawiającego oferty

Odwołującego oraz, w konsekwencji tego odrzucenia, unieważnienia decyzji o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Skład orzekający Izby dokonał w tym zakresie następujących ustaleń co do stanu faktycznego i prawnego sprawy.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, gdyż - w ocenie Zamawiającego - oferta Odwołującego nie zawiera wyceny następujących elementów:

- w pozycjach: 78,79,80 i 82 kosztorysu budowlanego - brak jest wyceny dostawy materiałów konstrukcji stalowej

- pozycji 119A kosztorysu budowlanego – brak jest wyceny sufitu typu F w pomieszczeniu 146.

Wskutek uznania, iż w kosztorysie Odwołującego występują wymienione wyżej braki, które stanowią istotne błędy w ofercie, skutkujące niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego i unieważnił czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Jako podstawę prawną dokonanych czynności Zamawiający przywołał art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz, błędnie, art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, który stanowi przesłankę unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Rozpatrując zarzuty odwołania, skład orzekający Izby ustalił, w pierwszej kolejności, iż Zamawiający zawarł w SIWZ, w pierwotnym brzmieniu oraz wyjaśnieniach treści SIWZ dokonanych w trybie art. 38 ust. 1 Pzp, następujące wymagania odnośnie sposobu sporządzenia oferty, w tym kosztorysu ofertowego, w spornym zakresie:

W pkt 5 „Oświadczenia i dokumenty jakie Wykonawca zobowiązany jest złożyć w ofercie (...) w ppkt 13 SIWZ Zamawiający zawarł obowiązek złożenia przez wykonawcę kosztorysów ofertowych. Określił, iż: „Kosztorysy ofertowe muszą być opracowane metodą kalkulacji szczegółowej oraz bezwzględnie zawierać wycenę wszystkich pozycji przedmiarów robót i muszą być zgodne z zakresem określonym w przedmiarach (pozycjami, opisami i katalogami), stanowiącymi Załącznik Nr 4 do SIWZ. Ceny poszczególnych pozycji kosztorysowych należy przedstawić w setnych częściach złotego. Wszystkie pozycje przedmiaru robót winne być wycenione. W przypadku, gdy którakolwiek pozycja przedmiaru zostanie skalkulowana w innej pozycji przedmiaru, należy wskazać daną pozycję oraz pozycję, w której została skalkulowana. W przeciwnym wypadku oferta zostanie odrzucona jako niezgodna z treścią specyfikacji”.

Jednocześnie, w pkt 8 „Opis sposobu obliczenia ceny oferty” Zamawiający wskazał, iż „Cenę oferty należy obliczyć w oparciu o przedmiary robót, stanowiące Załącznik Nr 4 do SIWZ. Cena musi obejmować należność za realizację całego przedmiotu zamówienia, a w szczególności wszystkie środki, materiały, roboty oraz inne czynności i opłaty konieczne do prawidłowego i kompleksowego wykonania przedmiotu umowy zgodnie z wymaganiami

Zamawiającego zawartymi w SIWZ oraz obowiązującymi przepisami. Ceny jednostkowe materiałów do kosztorysowania należy przyjmować z kosztami zakupu. Cenę należy podać z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku”

W pkt 9 SIWZ „Opis kryteriów z podaniem ich znaczenia i sposobu oceny ofert” Zamawiający określił, iż jedyne kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej stanowić będzie kryterium ceny ofertowej – waga 100%.

Zamawiający udzielił wykonawcom, w trybie art. 38 ust. 1 Pzp, następujących wyjaśnień dotyczących treści SIWZ, mających znaczenie z punktu oceny zarzutów odwołania:

1. w piśmie z dnia 21.10.2008 r. „*Informacja Nr 3 dla wykonawców*”:

1) pismo nr 18, na pyt. 3: „Czy zakresem oferty są roboty i ich ilości wyszczególnione w przedmiarach kosztorysowych przekazanych przez Inwestora, czy też zakresem są roboty i ich ilości wynikające z dokumentacji przetargowej?”, Zamawiający odpowiedział: „Zakresem oferty są roboty i ich ilości wyszczególnione w przedmiarach”;

2) podobnie Zamawiający wypowiedział się w piśmie nr 24, w odpowiedzi na pyt. nr 2: „Potwierdzamy, że wycena robót winna być zgodna z zakresem rzeczowo ilościowym ujętym w przedmiarach”;

3) pismo nr 11, na pyt. 2 Zamawiający odpowiedział: „Kosztorysy przygotowane przez Wykonawcę z narzutami zgodnymi z KNR będą uznane za poprawne”;

4) pismo nr 16, na pyt. 4: „Które ilości: z zestawień projektowych czy przedmiarów KNR są wiążące w wycenie? Zamawiający odpowiedział: „Za podstawę wyceny należy przyjmować przedmiary. Przedmiary zostały wykonane na podstawie dokumentacji projektowej i powinny być z nią spójne, w przypadku stwierdzenia rozbieżności prosimy o szczegółowe pytanie”;

5) pismo nr 18, pyt. 4: „Czy Inwestor dopuszcza możliwość zmiany nakładów robocizny, materiałów i sprzętu dla pozycji, które nie oddają rzeczywistych nakładów dla danego rodzaju robót (nie zmieniając podstawy wyceny, opisu pozycji)?, Zamawiający udzielił odpowiedzi twierdzącej - „Tak”;

2. w piśmie z dnia 23.10.2008 r. „*Informacja nr 4 dla wykonawców*”:

1) pismo nr 17, na pytanie I: „Ponieważ zakres rzeczowy robót ujęty w przedmiarach nie ujmuje wszystkich robót określonych w PT, prosimy o potwierdzenie, że oferta winna być zgodna z zakresem określonym w przedmiarach (pkt. 5.13. siwz), a pozostałe roboty konieczne do wykonania będą rozliczane jako dodatkowe” Zamawiający odpowiedział: „Oferta winna być zgodna z zakresem określonym w przedmiarach”;

2) pismo nr 6, na pyt. 3: „Czy można korygować ilości podane w kosztorysie?” Zamawiający odpowiedział: „Prosimy o nie korygowanie przedmiarów, poza pozycjami wyraźnie wskazanymi w informacjach dla Wykonawców”.

Na rozprawie Zamawiający podtrzymał ustalenie z rozstrzygnięcia protestu, iż zawarty w ofercie Odwołującego kosztorys ofertowy - roboty budowlane, w pozycjach: 78, 79, 80 i 82 nie zawiera wyceny dostawy materiałów konstrukcji stalowej. Wskazał, że pomimo, iż w przedmiarze robót Zamawiający w taki sam sposób opisał pozycje od 77 do 82, to Odwołujący uwzględnił materiały tylko w pozycjach 77 oraz 81 kosztorysu ofertowego - roboty budowlane, a w innych pozycjach tego kosztorysu, tj. w poz.: 78, 79, 80 i 82 nie dokonał wyceny dostawy materiałów konstrukcji stalowej.

Zamawiający podtrzymał także swoje stanowisko o braku w kosztorysie ofertowym Odwołującego wyceny sufitu typu F w pomieszczeniu 146 na parterze, która powinna być ujęta w wyodrębnionej pozycji „119A”.

Skład orzekający Izby dokonał jednocześnie następujących ustaleń co do treści oferty Odwołującego, w spornym zakresie:

W załączniku Nr 12 „Kosztorys ofertowy” – Roboty budowlane – P.A.T. Konstrukcje stalowe drugorzędne, w pozycjach: 78, 79,80 i 82, dla których podano KNR 205/208/1, nie wyszczególniono wyceny dostawy materiałów konstrukcji stalowej. Tymczasem w poz. 77 tego kosztorysu - „Elementy stalowe schodów w holu głównym” wyszczególniono „Konstrukcje podparć zawieszonych i osłon, masa do 5 kg” , z podaniem m.in. ilości, ceny jednostkowej, wartości materiałów.

Podobnie, w poz. 81 tego kosztorysu – „Podkonstrukcja dla obudowy antresol” wykazano „Konstrukcje dla obudowy antresol”, zawarto wyliczenie i wartość materiałów.

W pozostałych pozycjach kosztorysu Odwołujący nie wyszczególnił kosztu konstrukcji stalowych:

- poz. 78 – „Podkonstrukcje stalowe dla ścian stalowych niskich” – 5,6 t – cena jednostkowa roboty – 4 806,13 zł/t,
- poz. 79 – „Podkonstrukcje dla ścian fornirowanych niskich” - 6,123t - cena jednostkowa roboty 4 806,13zł/t,
- poz. 80 – „Podkonstrukcje dla ścian szklanych o odporności ogniowej” - 5,23t -cena jednostkowa roboty – 4 806,13zł/t,
- poz. 82 – „Podkonstrukcja dla sufitów podwieszanych” -10,32t -cena jednostkowa roboty - 4 806,13zł/t.

Odwołujący podał w swojej ofercie zróżnicowane ceny jednostkowe konstrukcji stalowych: 7 7000,00zł/t i 7 225,00zł/t. Dlatego, jak podniósł Zamawiający, nie było możliwe skorygowanie kalkulacji cen robót.

W kosztorysie ofertowym Odwołującego nie podano kalkulacji ceny sufitu podwieszanego typu F. Zamawiający w Informacji nr 4, w odpowiedzi na pismo Nr 2, pyt. 10 podał, że należy uwzględnić w ofercie sufit typ F w pomieszczeniu na parterze, nie określił natomiast sposobu realizacji tego wskazania.

Uwzględniając powyższe skład orzekający Izby stwierdził, co następuje.

W świetle dokumentacji z postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego oraz oświadczeń stron postępowania skład orzekający uznał, iż odrzucenie oferty Odwołującego, w wyniku uznania, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ nie było zasadne. Postępowanie przed Izbą nie wykazało sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ, w zakresie obowiązku wyceny dostawy materiałów (konstrukcji stalowej oraz sufitu typu F w pomieszczeniu 146 na parterze). W ocenie składu orzekającego Izby, oferta Odwołującego spełnia wymogi SIWZ co do sposobu sporządzenia oferty, w tym szczegółowości kosztorysu ofertowego dotyczącego robót budowlanych. Szczegółowość ta jest zgodna z przedmiarem robót, uwzględnia także wymagania, które Zamawiający zawarł w wyjaśnieniach udzielonych wykonawcom, w trybie art. 38 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby uznał za zasadny zarzut odwołania dotyczący bezpodstawnego odrzucenia oferty w wyniku błędnego uznania przez Zamawiającego, iż Odwołujący nie dokonał wyceny materiałów, w zakwestionowanych pozycjach kosztorysu. Odwołujący w kosztorysie ofertowym wycenił w swojej ofercie pełną podkonstrukcję stalową: skalkulował wszystkie podkonstrukcje, które w poszczególnych podpozycjach zostały wyspecyfikowane. Zarzut, iż kosztorys nie zawiera poszczególnych podpozycji okazał się niezasadny, z uwagi na sposób sporządzenia przez Zamawiającego przedmiaru robót. W przedmiarze robót, stanowiącym podstawę do sporządzenia przez wykonawców kosztorysów ofertowych, Zamawiający nie wyszczególnił poszczególnych podpozycji, składających się na element podkonstrukcji stalowej, takich jak: dostawę materiałów, montaż, szrotkowanie oraz malowanie. Zamawiający wskazał jedynie na montaż poprzez odesłanie do KNR.

Z faktu braku wyszczególnienia w pozycjach 78,79,80 i 82 kosztorysu budowlanego wyceny dostawy materiałów konstrukcji stalowej oraz, jednocześnie uwzględnienia materiałów w pozycjach 77 i 81 nie wynika, iż tak sporządzona oferta jest sprzeczna z treścią SIWZ, w sytuacji, gdy SIWZ nie zawierała wyraźnego wymogu wyszczególnienia wyceny materiałowej.

Odwołujący wykazał, że elementy konstrukcji stalowych zostały wycenione odpowiedni: z pozycji 78 - w pozycji 83, tj. „Przegrody szklane niskie” jako kompletne wykonanie metra kwadratowego ściany, pozycja 79 - w pozycji 33, 34, 108 i 140, pozycja 80 - w pozycji 70,71

i 72 i pozycja 82 – w pozycji od 114 do 122. W przywołanych pozycjach został zawarty pełny koszt wykonania tych elementów, o których jest mowa w przedmiarze. W pozycjach 77 i 81, mimo wskazania KRN identycznego jak w pozycjach kwestionowanych, zostały ujęte materiały, ponieważ w innych pozycjach kosztorysu nie można było tego ująć. Materiały te dotyczyły wykonania schodów i antresol. Tych materiałów nie można było powiązać z innymi robotami, gdyż stanowią one całość.

Zamawiający nie może wywodzić negatywnych dla wykonawcy skutków prawnych w postaci odrzucenia jego oferty, z powołaniem się na przesłankę z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, w sytuacji gdy SIWZ nie zawierała wyraźnego, jednoznacznie określonego wymogu odnośnie oczekiwań Zamawiającego co do treści oferty. Odrzucenie oferty na podstawie powołanego wyżej przepisu ustawy może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty z treścią SIWZ jest niewątpliwa.

Skład orzekający Izby nie podzielił również stanowiska Zamawiającego, iż ofertę Odwołującego należało odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż nie uwzględniła wyceny sufitu typu F w pomieszczeniu 146 na parterze, która powinna być wykazana w pozycji 119A kosztorysu budowlanego.

W piśmie z dnia 23.10.2008 r. „Informacja Nr 4 dla wykonawców”, pismo nr 2, odpowiedź na pytanie 10 o treści: „Zgodnie z dokumentacją w obiekcie występuje Sufit podwieszany typ F – Luxalon Hunter Douglas typ 50 E, kasetony 120x60 cm, oczko 12x12 cm raster 50 mm – czy w ofercie należy uwzględnić tą pozycję? Jeżeli tak to proszę o podanie przedmiaru, podstawy wyceny oraz miejsca w kosztorysie, w którym należy je uwzględnić.” Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Tak należy uwzględnić w ofercie sufit typ F w pomieszczeniu 146 na parterze”.

Z udzielonej przez Zamawiającego, wyżej przytoczonej Informacji nie wynikał obowiązek ujęcia w kosztorysie ofertowym pozycji „119A”. Pozycja ta nie była zawarta w przedmiarze robót.

Zdaniem składu orzekającego Izby, Zamawiający nie udzielił wykonawcom jednoznacznej odpowiedzi, w jaki sposób ten koszt należy ująć w ofercie. Ocena ta wynika również z wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego na rozprawie. Z jednej strony Zamawiający podniósł bowiem, iż Odwołujący miał dostatecznie dużo informacji by prawidłowo sporządzić kosztorys w tym zakresie oraz, że niewątpliwie należało przyjąć tę samą podstawę wyceny. Z drugiej zaś, wyjaśnienia Zamawiającego wskazują na brak jednoznacznego określenia w SIWZ sposobu dokonania tej wyceny. Zamawiający stwierdził bowiem na rozprawie: „Po pierwsze, za podstawę wyceny powinien przyjąć tę samą podstawę. Po drugie, mógł przyjąć zarówno powierzchnię 25,13 m² z Księgi pomieszczeń, jak również 24,04 m² z rysunku rzutu

parteru, wówczas Zamawiający miałby możliwość dokonania korekty i porównania z innymi ofertami (...).

Odwołujący podniósł, iż w Informacji Nr 4 dla wykonawców, w piśmie Nr 6, w odpowiedzi 3 Zamawiający zabronił wykonawcom dokonywania jakichkolwiek korekt w przedmiarach, poza pozycjami wyraźnie wskazanymi w informacjach dla Wykonawców.

Wobec powyższych ustaleń, w ocenie Izby, należy uznać wyjaśnienia Odwołującego, iż koszt wykonania tego sufitu Odwołujący ujął w pozycji 119, bowiem pozycja ta rodzajowo odpowiada sufitowi, który w tym pomieszczeniu występuje, typ Luxalon Hunter Douglas. Wykonawca nie powinien ponosić ujemnych skutków z powodu niejednoznacznego określenia przez Zamawiającego wymogów co do sposobu przygotowania oferty, w sytuacji gdy możliwe jest porównanie ofert i wybór oferty najkorzystniejszej.

W świetle dokonanych przez skład orzekający Izby ustaleń brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienia decyzji o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Wobec powyższego, na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp oraz art. 191 ust. 1a ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

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

Skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. 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 z późn. zm.) nie uznał wniosku Odwołującego o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego, ze względu na nie przedłożenie przez niego żadnych rachunków w tym zakresie.

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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*