

Sygn. akt KIO 717/11

WYROK

z dnia 13 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **UNIBEP S.A., ul. 3 Maja 19; 17-100 Bielsk Podlaski** od czynności zamawiającego **Powiatowy Zarząd Dróg w Białymstoku Zaścianki, ul. Szosa Baranowicka 37; 15-522 Białystok,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **B.K. Tras Roboty drogowe Borsukiewicz sp.j., Hryniewiczze 66; 15-378 Białystok (lider) oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego TRE-Drom sp. z o.o., Aleja Solidarności 16 D; 21-500 Biała Podlaska,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **UNIBEP S.A., ul. 3 Maja 19; 17-100 Bielsk Podlaski** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **UNIBEP S.A., ul. 3 Maja 19; 17-100 Bielsk Podlaski.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiatowy Zarząd Dróg w Białymstoku Zaścianki, ul. Szosa Baranowicka 37; 15-522 Białystok prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Przebudowę drogi powiatowej Nr 1535 B Białystok-Kruszewo Etap II”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 3 lutego 2011 r. pod pozycją 16726.

Dnia 31 marca 2011 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej, która została złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: B.K. Tras Roboty drogowe Borsukiewicz sp.j., Hryniewiczze 66; 15-378 Białystok (lider) oraz Przedsiębiorstwo Budownictwa Drogowego TRE-Drom sp. z o.o., Aleja Solidarności 16 D; 21-500 Biała Podlaska (zwany dalej „konsorcjum B.K. Tras Roboty drogowe”) oraz o wykluczeniu wykonawcy UNIBEP S.A., ul. 3 Maja 19; 17-100 Bielsk Podlaski (zwany dalej „UNIBEP S.A.”) na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i w konsekwencji odrzuceniu oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał również na konieczność odrzucenia oferty UNIBEP S.A. na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie załącznika do kosztorysu ofertowego, tj. Wykazu stawek i narzutów.

Zdaniem Zamawiającego wykonawca UNIBEP S.A. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania lub dostępu do Wytwórni Mas Bitumicznych (WMB) w odległości umożliwiającej dowóz masy do miejsca wbudowania w czasie nie dłuższym niż 2 godziny. Ponadto Zamawiający wskazał, iż UNIBEP S.A. w uzupełnionym dokumencie „Wykaz stawek i narzutów” nie wykazał wszystkich materiałów, które będą użyte do wykonania zadania, a w szczególności cen betonu asfaltowego na warstwę wiążącą, ścieralną, podbudowę oraz na wyrównanie istniejącej nawierzchni. Zamawiający wskazał również na brak podania w ofercie UNIBEP S.A. cen roboczogodziny rozściełacza.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca UNIBEP S.A. (zwany dalej „Odwołującym”) i dnia 5 kwietnia 2010 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na czynność badania i oceny ofert oraz czynność wykluczenia i odrzucenia oferty Odwołującego i w konsekwencji na postanowienia zawarte w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 7 ust. 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, 89 ust. 1 pkt 5 i w konsekwencji art. 91 ust. 1 Pzp, co skutkowało:

1. Bezprawnym wyborem oferty złożonej przez Konsorcjum BK TRAS Roboty Drogowe.
2. Bezprawnym wykluczeniem i odrzuceniem oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący zażądał uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wykluczenia i odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego.
2. Unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej wskazanej przez Zamawiającego.
3. Podjęcia czynności powtórnego badania i oceny ofert.
4. Dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty - złożonej przez Odwołującego - na zasadach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ustawy Pzp.

Uzasadniając Odwołujący podniósł, co następuje.

W odpowiedzi na zarzut dotyczący wytwórni mas bitumicznych Odwołujący wskazał, że wskazana w dokumentacji wytwórnia mas bitumicznych położona jest na gruntach miejscowości Repki, znajduje się ona jednak bliżej miejscowości Borowce i z tego powodu Odwołujący udzielając odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 3 marca 2011 r., pismem z dnia 4 marca 2011 r. przedstawił kalkulację dowozu betonu asfaltowego z miejscowości Borowce do miejsca wbudowania uznając, że będzie to bardziej prawidłowe. Użyte sformułowanie „WMB Borowce” dotyczy wytwórni mas bitumicznych położonej na terenie miejscowości Repki na dowód czego przedstawił wydruk z mapy Google. Wytwórnia w Repkach posiada wymagany Certyfikat Zakładowej Kontroli Jakości Produkcji, który został dostarczony Zamawiającemu.

W ocenie Odwołującego całkowicie subiektywny i bezpodstawny jest zarzut dotyczący odległości wytwórni mas bitumicznych, niezapewniającej dostarczenia masy bitumicznej w ciągu 2 godzin. Odwołujący pismem z dnia 4 marca 2011 r. przedstawił kalkulację czasu dowozu mieszanki bitumicznej, w której czas dowozu określił na 1 h 42 min. Zamawiający podważył te wyliczenia - zdaniem Odwołującego - w sposób subiektywny, określając bardzo

ogólnie, że na części trasy przewozu mogą być utrudnienia drogowe, które spowodują przekroczenia czasu 2 godzin. W ocenie Odwołującego w praktyce nie ma znaczenia gdzie znajduje się wytwórnia masy bitumicznej, jeżeli zobowiązuje się on dowieźć masę na miejsce wbudowania w przeciągu 2 godzin, może on bowiem równie dobrze korzystać z innej wytwórni posiadającej przedmiotowy certyfikat ZKP gdyby nie był w stanie dostarczyć mieszanki o określonych parametrach technicznych. Tak może być również w przypadku Odwołującego, który posiada także drugą wytwórnię mas bitumicznych położoną w Łomży, która również posiada certyfikat ZKP, a której odległości jest o 40 km bliższa, co nie oznacza wcale, że transport będzie szybszy. W ocenie Odwołującego pierwszorzędne znaczenie dla Zamawiającego powinno mieć spełnienie warunków technicznych dostarczanej mieszanki - Zamawiający ma możliwość bieżących kontroli parametrów dostarczonej mieszanki - a nie sama odległość wytwórni od miejsca wbudowania. W takim bowiem przypadku Zamawiający może w sposób subiektywny samodzielnie określać, która wytwórnia spełnia warunek odległości, a która nie spełnia i w ten sposób eliminować niektórych wykonawców. Idąc takim tokiem rozumowania - w skrajnym przypadku - Zamawiający może uznać nawet, że wytwórnia położona w bardzo bliskiej odległości od miejsca wbudowania, nie spełnia kryterium czasowego dowozu ponieważ np. chwilowo prowadzone są roboty drogowe, nie podając jednocześnie żadnego obiektywnego uzasadnienia lub kryterium.

W zakresie zarzutu stanowiącego podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 4 marca 2011 r. złożył załącznik Nr 4.1 „Wykaz stawek i narzutów”, w którym podał jednostki i stawki roboczegodzin i materiałów. W ocenie Odwołującego podane zostały wszystkie wymagane stawki i materiały. Zamawiający nie konkretyzował enumeratywnie i precyzyjnie, o jakie konkretnie stawki i materiały mu chodzi w załączniku Nr 4.1 do s.i.w.z. Wzór tego formularza, stanowiący załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie zawierał wyliczenia żadnych stawek i materiałów. W ocenie Odwołującego podane zostały wszystkie wymagane stawki, mogące mieć wpływ na kalkulację robót dodatkowych lub zamiennych. Odwołujący podniósł, że stawki na wszystkie parametry zostały podane również w kosztorysach szczegółowych, stanowiących część oferty. Dodatkowo wskazał na „Istotne dla stron postanowienia umowy”, rozdział V, § 8. Zamawiający wskazał sposób określania stawek - cen jednostkowych dla materiałów, sprzętu i transportu, dla których ceny nie zostały określone w załączniku.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 5 kwietnia 2011 roku.

Zamawiający, dnia 5 kwietnia 2011 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego, dnia 8 kwietnia 2011 roku przystąpił wykonawca: Konsorcjum B.K. TRAS Roboty Drogowe.

Zamawiający, dnia 11 kwietnia 2011 roku (pismo datowane na dzień 8 kwietnia 2011 roku) złożył odpowiedź na odwołanie, w której podtrzymał swoje stanowisko w sprawie wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zdaniem Zamawiającego podstawa wykluczenia została określona prawidłowo, albowiem podstawą wykluczenia nie było niezłożenie certyfikatu Zakładowej Kontroli Produkcji (ZKP), ale fakt niespełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie dostępu do wytwórni mas bitumicznych, posiadającej certyfikat ZKP, w odległości umożliwiającej dowóz masy do miejsca wbudowania w czasie nie dłuższym niż 2 godziny. Ocena spełnienia tego warunku została dokonana na podstawie wykazu potencjału technicznego - sprzętu, złożonego przez Odwołującego oraz jego wyjaśnień z dnia 4 marca 2011 r. w zakresie kalkulacji czasu dowozu. Załączony do oferty wykaz sprzętu wskazywał wytwórnię położoną w takiej odległości i miejscu, że czas dowozu betonu asfaltowego do miejsca wbudowania przekracza 2 godz. określone zapisem: ST D.05.03.05.

Odnosząc się do stwierdzenia, że w warunkach udziału w postępowaniu Zamawiający nie określił maksymalnego czasu transportu, Zamawiający stwierdził, że nie jest to zgodne z prawdą. Na potwierdzenie dostępu do WMB posiadającej certyfikat ZKP, Zamawiający żądał załączenia certyfikatu ZKP z wytwórni, z której wykonawca będzie korzystał przy wykonywaniu zadania. Zatem Odwołujący nie mógł określać położenia wytwórni, które spełniałoby warunki udziału w postępowaniu w oderwaniu od zapisów ST i odpowiedzi na zapytanie jednego z wykonawców z dnia 17 lutego 2011 r., które stanowią integralną część s.i.w.z. i stanowią podstawę do przygotowania oferty.

Stwierdzenie Odwołującego, że dysponuje jeszcze jedną wytwórnią położoną bliżej jest stwierdzeniem bezprzedmiotowym, albowiem przy rozpatrywaniu ofert Zamawiający mógł posługiwać się tylko dokumentami złożonymi wraz z ofertą oraz nadesłanymi na prośbę Zamawiającego. W dokumentach tych, Odwołujący nie wskazywał drugiej wytwórni

położonej w Łomży, a tylko wytwórnię w Repkach i tylko taka była brana pod uwagę przy rozpatrywaniu dokumentów ofertowych.

Odnosnie drugiego z zarzutów Zamawiający wskazał, iż Odwołujący w ofercie podał tylko stawki kosztów zakupu, kosztów pośrednich, zysku i roboczogodziny. W dniu 3 marca 2011 r. Zamawiający wystąpił do firmy UNIBEP S.A. o uzupełnienie dokumentów między innymi o pełny wykaz stawek i narzutów wg. zał. 4.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W wyznaczonym terminie Odwołujący dostarczył wykaz, jednak niekompletny. W wykazie brak było między innymi cen jednostkowych betonów asfaltowych (na warstwę ścieralną wiążącą oraz na wyrównanie) i rozściełacza, a więc podstawowych materiałów i sprzętu do wykonania tego zadania, które mają największy wpływ na koszt zadania.

Wykaz stawek i narzutów w sytuacji, gdy Zamawiający żądał dla określenia wartości zadania tylko kosztorysu uproszczonego, miał stanowić podstawę do obliczania wartości ewentualnych robót dodatkowych lub zamiennych. Interpretacja zapisu w „Istotnych dla stron postanowieniach umowy” przez Odwołującego jest nieuprawniona, albowiem korzystanie z cen publikowanych w wydawnictwie „Sekocenbud” dotyczy tylko określenia cen dla materiałów i sprzętu nieokreślonych w załączniku (4.1.), czyli nie występujących w robotach objętych tym zamówieniem, a mogących wystąpić w robotach dodatkowych lub zamiennych. Do rozliczania wszystkich robót dodatkowych, w których występuje materiał i sprzęt użyty w robotach podstawowych, Zamawiający korzysta z cen przedstawionych w załączniku 4.1 do kosztorysu ofertowego. Wymóg wypisania wszystkich materiałów i sprzętu oraz stawek i narzutów podyktowany jest wymogiem stałości cen materiałów i sprzętu na cały okres wykonywania zadania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający, dnia 9 września 2010 roku ustalił wartość szacunkową przedmiotu zamówienia w wysokości 4 918 032,79 zł, co stanowi równowartość 1 281 071,00 euro (Druk ZP-PN), na podstawie kosztorysu inwestorskiego.

W terminie przewidzianym do składania ofert, Zamawiającemu złożono 6 ofert, następujących wykonawców:

1. EUROVIA Polska – cena oferty: 6 312 890,99 zł.
2. UNIBEP S.A. – cena oferty: 7 049 509,91 zł.
3. Konsorcjum B.K. TRAS Roboty drogowe – cena oferty: 7 216 091,67 zł.
4. Przedsiębiorstwo Budowy Dróg BITUM sp. z o.o. – cena oferty: 7 616 661,03 zł.
5. STRABAG sp. z o.o. – cena oferty: 7 678 494,80 zł.
6. Przedsiębiorstwo Eksploatacji Dróg i Mostów sp. z o.o. – cena oferty: 7 865 996,05 zł.

Zamawiający, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia żądał posiadania lub dostępności do wytwórni mas bitumicznych posiadającej certyfikat zakładowej kontroli produkcji – rozdział I pkt 3.2.2.a.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Na potwierdzenie spełniania przez wykonawców w/w warunku Zamawiający żądał załączenia, do oferty Wykazu potencjału technicznego – sprzętu, z którego będzie korzystał wykonawca wraz z informacją o podstawie dysponowania tym potencjałem technicznym wg. załącznika Nr 2.5. Zamawiający żądał, dla Wytwórni Mas Bitumicznych (WMB) dołączenia certyfikatu zakładowej kontroli produkcji (ZKP) – rozdział I pkt 4.2.6 s.i.w.z.

W Specyfikacji Technicznej w pkt 4.2.5 SST D.05.03.05 Zamawiający wskazał, iż *Nawierzchnia z betonu asfaltowego, czas transportu mieszanki od załadunku do rozładunku nie przekroczy 2 godzin.*

Ponadto Zamawiający w odpowiedziach na pytania wykonawców z dnia 17 lutego 2011 roku wyjaśnił, iż *Do oferty należy załączyć certyfikat ZKP na wytwórnię, która będzie produkowała masę mineralno-bitumiczną na przedmiotową budowę i czas transportu mieszanki od załadunku do rozładunku nie przekroczy 2 godzin* (odpowiedź na pytanie Nr 7), znak pisma: PZD.I.ZP.3431/04/D/2/2011.

Analogicznej odpowiedzi Zamawiający udzielił w odpowiedzi na pytanie Nr 1 z dnia 17 lutego 2011 roku (znak pisma: PZD.I.ZP.3431/04/D/3/2011).

W zakresie rozpoznawanego zarzutu odwołania dotyczącego braku przesłanek do wykluczenia Odwołującego z uwagi na nie potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego niedochowania wymogu dostarczenia mieszanki w czasie nieprzekraczającym 2 godzin, Izba uznała zarzut za zasadny.

W ocenie Izby, niejednoznaczne sformułowanie użyte przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, który opisując warunki udziału w postępowaniu nie posłużył się odpowiednim dookreśleniem przedmiotowego warunku, nie może w konsekwencji wywoływać negatywnych konsekwencji u wykonawcy.

Zdaniem Izby, Zamawiający przy ocenie spełniania warunku udziału w postępowaniu posłużył się łącznie warunkiem postawionym w s.i.w.z. dotyczącym posiadania certyfikatu ZKP dla WMP oraz wymogiem ST w zakresie maksymalnego czasu dostawy mieszanki. Takie działanie Zamawiającego mogło wprowadzać niezrozumienie u wykonawców.

Jednakże stwierdzić należy, iż świadomość dokonywania takiej oceny była znana wykonawcom na etapie publikacji s.i.w.z. i na taki sposób dokonywania oceny wykonawcy nie protestowali.

Odwołujący, na potwierdzenie spełniania przedmiotowego warunku załączył do oferty stosowny Wykaz sprzętu (strona 50-51 oferty), do którego załączył Certyfikat ZKP o numerze 1023-CPD-0144 F wystawiony dla Wytwórni Mas Bitumicznych Repki, 07-405 Troszyn.

W związku z powyższym, Zamawiający słusznie wysnuł wniosek, iż Odwołujący będzie zaopatrywał się w stosowne mieszanki z w/w zakładu w Repkach. Wątpliwości Zamawiającego dotyczyły możliwości dochowania wymaganego czasu dostawy mieszanki. Dlatego też pismem z dnia 3 marca 2011 roku Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o przedstawienie kalkulacji czasu dowozu betonu asfaltowego z WMB, na którą przedstawił certyfikat ZKP na miejsce wbudowania.

W odpowiedzi, pismem z dnia 4 marca 2011 roku Odwołujący przedstawił stosowną kalkulację, która jednakże nie przekonała Zamawiającego.

W ocenie Izby charakter wezwania Zamawiającego, jak i odpowiedź wykonawcy traktować należy, jako odpowiednio wezwanie do złożenia wyjaśnień i wyjaśnienia.

Tym samym, Zamawiający oceniając spełnienie warunku udziału w postępowaniu uznając, iż Odwołujący warunku udziału w postępowaniu nie spełnił winien, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych wezwać Odwołującego do uzupełnienia wadliwych dokumentów. Czynność powyższa znalazłaby swoje oparcie w przepisach ustawy Pzp, jednakże ze względu na zastrzeżenie, które wynika z treści przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, statuowała prawo Zamawiającego do zaniechania tejże czynności wezwania, gdyż w ocenie Izby Zamawiający słusznie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Jedynie na marginesie Izba zwraca uwagę, iż Zamawiający opisując warunek udziału w postępowaniu winien dołożyć należytej staranności wyrażającej się brakiem wątpliwości po stronie wykonawców, co do przedmiotu oceny dokonywanej przez Zamawiającego. Chodzi mianowicie o dokładne opisanie wymogu w zakresie maksymalnego czasu dostawy mieszanki. W ocenie Izby, nie stało na przeszkodzie opisanie przedmiotowego warunku w sposób pozwalający na jednoznaczne przyjęcie kryteriów dokonywania tejże oceny, wyrażające się choćby przyjęciem średniej prędkości pojazdu dostarczającego masę asfaltową, czy też wskazanie warunków drogowych z uwzględnieniem wszelkich niedogodności, jak remonty, objazdy, tereny zabudowane, ograniczenia prędkości, itp. Nie byłoby też błędem, zdaniem Izby, wskazanie na walory jakościowe dostarczanej masy asfaltowej, bez konieczności zakreslania ram czasowych jej dostawy, gdyż kierownik budowy wraz z inspektorem nadzoru są w stanie określić jej jakość przy dostawie, wskazując ewentualne zastrzeżenia na etapie realizacji dostaw mieszanki.

Oceniając drugi z zarzutów odwołania, dotyczący wadliwości oceny oferty dokonanej przez Zamawiającego w zakresie braku podstaw do jej odrzucenia na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, iż *Formularz oferty wraz ze stanowiącymi jego integralną część załącznikami oraz formularze kosztorysu ofertowego i wykazy stawek i narzutów, zostaną wypełnione przez oferenta ściśle według postanowień niniejszej specyfikacji, bez dokonywania w nich zmian przez oferenta.*

Odwołujący do oferty załączył kosztorys ofertowy (w formie uproszczonej) (strony 3-5 oferty) oraz dokument zatytułowany, jak w wykazie załączników do oferty - wykaz stawek i narzutów (strona 6 oferty).

Zamawiający opracował wzór „Wykazu stawek i narzutów”, który stanowił załącznik Nr 4.1 do kosztorysu ofertowego. We wzorze tym Zamawiający zawarł informację, która miała zostać potwierdzona przez wykonawców, iż *W kosztorysie ofertowym zostały zastosowane wyżej wymienione stawki i narzuty* oraz zawarł uwagę, że *w w/w wykazie należy wskazać ceny wszystkich materiałów i sprzętu użytych do realizacji zamówienia*.

Odwołujący, w wykazie załączonym do oferty wskazał jedynie procentowo koszty zakupu, koszty pośrednie, zysk i roboczogodzinę. Tym samym nie wypełnił żądania Zamawiającego.

Przepis art. 87 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowi, iż w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Ustęp 1a w/w przepisu nie znajduje zastosowania w przedmiotowym postępowaniu. Ustęp 2 w/w przepisu odnosi się do uprawnienia Zamawiającego, dotyczącego możliwości dokonania poprawy oferty w zakresie oczywistych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek rachunkowych, innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

W ocenie Izby nie zaistniała żadna z wyżej wymienionych okoliczności, przewidziana przepisem art. 87 ustawy Pzp, do zastosowania przez Zamawiającego procedury składania wyjaśnień, czy poprawiania oferty.

Zamawiający pismem z dnia 3 marca 2011 roku wystąpił do Odwołującego z żądaniem uzupełnienia dokumentów lub udzielenia wyjaśnień, stwierdzając brak w ofercie wykazu stawek i narzutów, z wyszczególnieniem cen sprzętu i materiałów.

Wystąpienie powyższe, nie znajduje podstaw prawnych uzasadniających jego zastosowanie. Zdaniem Izby czynności Zamawiającego, ujawniające się żądaniem złożenia nowego wykazu stawek i narzutów stanowi niedopuszczone prawem dokonywanie zmiany oferty, po jej złożeniu.

Tym samym, oceniając treść pierwotnie złożonej oferty, Zamawiający winien dojść do przekonania, iż Odwołujący złożył ofertę, która nie uwzględniała wymogu złożenia wykazu stawek i narzutów, w którym wykonawcy mieli obowiązek podać ceny wszystkich materiałów i sprzętu użytych do realizacji zamówienia, czym Odwołujący złożył ofertę, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W konsekwencji zachodziła podstawa prawna i faktyczna, do odrzucenia oferty, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Bez znaczenia dla sprawy pozostają zarzuty dotyczące złożenia przez Odwołującego niepełnego, czy też niekompletnego wykazu stawek i narzutów, gdyż na gruncie obowiązujący przepisów dokument taki nie mógł podlegać ocenie przez Zamawiającego.

Reasumując Izba stwierdziła, że Zamawiający, podając jako podstawę do niesklasyfikowania oferty Odwołującego, do grona ofert podlegających ocenie punktowej, winien wskazać przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający nie był, ani nie jest zobligowany do wzywania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż przepis ten stanowi, iż *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożą wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.*

Stwierdzić bowiem należy, że wykaz stawek i narzutów nie znajduje się w gronie dokumentów, o których mowa w przepisie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Uwzględnienie przez Izbę, jednego z zarzutów, nie powoduje zmiany wyników postępowania. Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższym orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący:

.....