

Sygn. akt: KIO 540/13

WYROK

z dnia 27 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 marca 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2013 r. przez **wykonawcę:** J..... K..... prowadzący działalność gospodarczą p.n. Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe MAL-POL J..... K....., ul. Kamienna 8, 63-700 Krotoszyn w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Miasto i Gmina Krotoszyn, ul. Hugona Kołłątaja 7, 63-700 Krotoszyn

przy udziale **wykonawcy:** G..... - M..... Sp. j., ul. Transportowa 3, 63-700 Krotoszyn zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża J..... K..... prowadzący działalność gospodarczą p.n. Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe MAL-POL J..... K....., ul. Kamienna 8, 63-700 Krotoszyn i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 **zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez J..... K..... prowadzący

działalność gospodarczą p.n. Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe MAL-POL J..... K....., ul. Kamienna 8, 63-700 Krotoszyn tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od J..... K..... prowadzący działalność gospodarczą p.n. Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe MAL-POL J..... K....., ul. Kamienna 8, 63-700 Krotoszyn na rzecz Miasto i Gmina Krotoszyn, ul. Hugona Kołłątaja 7, 63-700 Krotoszyn kwotę **3.927 zł 82 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset dwadzieścia siedem złotych osiemdziesiąt dwa grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego i koszty dojazdu na rozprawę.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało opublikowane w dniu

09.01.2013r. pod. poz. 5017 w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Zamówieniu nadano nazwę: Budowa cmentarza komunalnego w miejscowości Durzyn- etap I. Roboty obejmują między innymi: wykonanie drogi dojazdowej i manewrowej parkingu, wykonanie placu wokół przyszłego budynku kaplicy, wykonaniu miejsc parkingowych, wykonaniu ścieżek cmentarnych i chodników, wykonaniu ogrodzenia, zieleń i elementy małej architektury, budowa przyłącza wodociągowego wraz z siecią zewnętrzną, budowa przyłącza kanalizacyjnego, wykonanie instalacji elektrycznej: linie zasilające i oświetlenie zewnętrzne.

Odwołanie

Odwołanie wniesiono w dniu 08.03.2013r. pismem z dnia 06.03.2013r. w imieniu i na rzecz wykonawcy J..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą p.n. J..... K..... P B-H MAL-POL z siedzibą w Kamienna 8, 63-700 Krotoszyn, dalej zwany „odwołującym”. Odwołujący zaskarżył czynności podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które prowadzi Miasto i Gmina Krotoszyn z siedzibą urzędu ul. Hugona Kołłątaja 7, 63-700 Krotoszyn zwany dalej „zamawiającym”.

Czynnościami zamawiającego, które zaskarża odwołujący są: wykluczenie i odrzucenie oferty odwołującego, nie wezwanie do wyjaśnień odwołującego, uznanie innej oferty za najkorzystniejszą.

Odwołujący wskazuje na naruszenie następujących przepisów ustawy PZP (ustawa z dnia 29 stycznia 2013r. –Prawo zamówień publicznych – j.t. Dz.U. 2010r. nr 113, poz.759 z późn. zm.): art.22 ust.2 pkt 4; art.26 ust.4 w zw. z art.25 ust.1; art.92 ust.1; art.24 ust.4; art.7 ust.1 i 3.

W tak wskazanych naruszeniach ustawy PZP odwołujący wniósł o: nakazanie przeprowadzenia czynności zgodnych z ustawą PZP, przestrzegania kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazania traktowania wszystkich wykonawców równo w sposób

umożliwiający zachowanie uczciwej konkurencji, uchylenia czynności zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący powołuje się na interes do wniesienia odwołania w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy PZP, ponieważ złożył najkorzystniejszą ofertę to jest ofertę z najniższą ceną.

W uzasadnieniu odwołania wskazano następującą argumentację formalną i prawną.

Odwołujący wskazał na przyczyny wykluczenia z postępowania wskazane w zawiadomieniu o wyborze z dnia 5 marca 2013r.to jest nie spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez brak wymaganego doświadczenia zawodowego ze wskazaniem podstawy prawnej z art.24 ust.2 pkt 4 ustawy PZP.

Zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienie dokumentów potwierdzających doświadczenie w zakresie układania kostki brukowej, ale uzupełnione dokumenty nadal nie wyczerpują postawionych warunków w SIWZ. Zamawiającemu chodziło o różnicę w dokumentach w wysokości 245,34 zł. oraz, że załączone dokumenty pochodzą z dwóch różnych okresów to jest 2008/2009 i 2012 i są to dwie różne roboty, które łącznie zostały wycenione na kwotę 1.449.334,94 zł. Stąd w ocenie zamawiającego nie wykonano wymaganej roboty na kwotę co najmniej 1 mln. zł. a według warunków SIWZ (Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia) minimum trzech robót polegających na układaniu kostki brukowej każda robota po 1 milion złotych.

Ponadto zamawiający powołał się na ustalenie, że wykonawca oświadczył, że przy wykonaniu robót będzie posługiwał się podwykonawcą przy ułożeniu kostki brukowej oraz przy układaniu masy asfaltowej. Natomiast w ofercie odwołujący podał, że podwykonawca będzie brał udział tylko przy ułożeniu kostki brukowej. Również odwołujący poruszył kwestię nie zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień oferty tym też zamawiający uzasadnił odrzucenie oferty odwołującego w zawiadomieniu o wyborze z dnia 05.03.2013 roku.

Odwołujący uważa, że zamawiający w rażący sposób naruszył przepisy ustawy PZP to jest w szczególności art.25 i 26 ustawy PZP. Sprowadza się to do nie wyjaśnienia powstałej różnicy 245 zł., które zadecydowały o dyskwalifikacji oferty odwołującego.

Podobnie sytuacja przedstawia się w zakresie wyjaśnienia prac dodatkowych, które przedstawił odwołujący na wykazanie posiadania doświadczenia zawodowego w zakresie układania kostki brukowej.

Reasumując odwołujący nie zgadza się z wykluczeniem z postępowania oraz odrzuceniem jego oferty. Uważa, że zamawiający miał obowiązek zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień zarówno co do rozbieżności w kwocie ok.245 zł. jak i w przedmiocie zakresu podwykonawstwa. Zamawiający nie zwracając się o udzielenie wyjaśnień naruszył przepisy ustawy PZP i dlatego odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ zamawiający miał obowiązek dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, co należy w przedmiotowym postępowaniu rozumieć najtańszej.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego

Pismem z dnia 13.03.2013r. do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca wybrany (G..... – M..... Sp. j., ul. Transportowa 3, 63-700 Krotoszyn) wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący wskazał na interes prawny w przystąpieniu do postępowania odwoławczego. W argumentacji popierającej rozstrzygnięcie zamawiającego zwrócił uwagę na okoliczność, że zadanie uzupełniające w zakresie układania kostki brukowej był zadaniem odrębnym na co wskazuje chociażby data jego realizacji to jest 2012r. przy zakończeniu podstawowego zadania w 2009r.

Zwrócił również uwagę na udostępnienie zasobów przez Drogbud Ostrów, gdzie pierwotnie w ofercie podmiot ten nie miał być podwykonawcą mimo, że udostępniał zasoby odwołującemu. Co do zasady jako podwykonawstwo przewidywano tylko układanie masy. Z uzupełnieniem oferty podmiot udostępniający miał być również podwykonawcą w zakresie robot brukowych, a to już stanowi niedozwoloną zmianę oferty odwołującego.

Odpowiedź zamawiającego

Pismem z dnia 15.03.2013r. zamawiający udzielił odpowiedzi wnosząc o oddalenie odwołania w całości, obciążenie odwołującego kosztami postępowania odwoławczego oraz zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu zamawiający przedstawiając zarzuty odwołania zaznaczył, że przewija się w nim kwestia różnicy 245zł., która w ocenie odwołującego była zasadniczą przyczyną wykluczenia z postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego.

W ocenie zamawiającego zarzuty odwołującego są niezrozumiałe i pozbawione podstaw faktycznych i prawnych.

Zamawiający nie uznał zadania dotyczącego Zakładu Poligraficznego, ponieważ są to dwa odrębne zadania, z których żadne nie spełnia wymogu wskazanego w SIWZ to jest ułożenia kostki brukowej na kwotę minimum 1 milion złotych.

Odwołujący składając ofertę w zakresie układania kostki brukowej wskazał na zadanie dotyczące budowy Zakładu Poligraficznego w Krotoszynie przy ul. Zamkowy Folwark 34 gdzie inwestycja obejmowała budowę budynku zakładu poligraficznego, pomieszczenia magazynowego oraz socjalnego i zagospodarowanie terenu. Przy czym zagospodarowanie terenu opiewało na kwotę 824.572,00zł. a budowa zakładu na kwotę 2.183.611,72zł. Zagospodarowanie terenu obejmowało ułożenie kostki brukowej, budowę kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej, odwodnienie, oświetlenie, zasadzenie krzewów i.t.d.

Natomiast zamawiający zwrócił się do odwołującego o wskazanie jaką wartość posiadały prace ułożenia kostki brukowej w całości prac nazwanych zagospodarowaniem terenu.

Zamawiający wyjaśnia, że tylko na marginesie sprawy wskazał, że wykonawca złożył dwa różne oświadczenia a co nie wpłynęło na decyzję zamawiającego o wykluczeniu odwołującego z postępowania. Wartość 245,34zł. nie ma żadnego znaczenia przy uwzględnieniu zadania.

Sporne zadanie nie spełnia wymogu postawionego przez zamawiającego, bowiem wykonawca przedłożył dokumenty potwierdzające wykonanie dwóch zadań, a mianowicie: w toku 2008/2009 zadania polegającego na ułożeniu kostki brukowej o wartości 824.326,66 zł. oraz zadania wykazanego w 2012r. polegającego na ułożeniu kostki o wartości 625.008,28zł. Zamawiający nie wyraża zgody na potraktowanie obydwu zadań jako jednego zadania, ponieważ ze stanu faktycznego sprawy wynika, że zadanie podstawowe zostało zakończone w 2009r., a roboty dodatkowe w 2012r. Stan faktyczny i prawny wskazuje jednoznacznie na to, że są to dwa odrębne zadania.

Jednocześnie zamawiający uznał, że korzystając z zasobów podmiotu trzeciego jakim jest DROGBUD –OSTRÓW będzie korzystał z podwykonawstwa w zakresie układania kostki brukowej i masy bitumicznej. Jest to sprzeczność z treścią oferty, ponieważ w formularzu ofertowym wypełniono w zakresie podwykonawstwa układanie masy, a wobec uzupełnienia doświadczenia i oświadczenia podmiotu trzeciego rozszerzenie podwykonawstwa następuje na ułożenie kostki bitumicznej.

W związku z tym zamawiający mógłby wezwać wykonawcę do wyjaśnień ale wobec spełnienia przesłanek do odrzucenia oferty jest to bezprzedmiotowe.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Interes do wniesienia odwołania

Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy PZP, ponieważ złożył najkorzystniejszą cenowo ofertę, przy obowiązującym jedynym kryterium oceny ofert to jest kryterium cena.

Izba ustaliła

Zamawiający pismem z dnia 5 marca 2013 r. zawiadomił odwołującego o wykonawcy wybranym to jest przystępującym do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Wybrano ofertę za cenę 1.517.896,12 zł. Wykonawca ten spełnia wszystkie warunki. Oferta zawiera najniższą cenę spośród ofert ważnych, a jedynym kryterium wyboru oferty jest cena.

Oferta odwołującego została skalkulowana na kwotę: 1.484.382,06 zł.

Wartość zamówienia zamawiający ustalił na kwotę 3.472.476,23zł. w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających na kwotę 1.157.492,08zł.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w wysokości 1.390.000,00zł. brutto.

Z zawiadomienia wynika, że w postępowaniu złożono cztery oferty, w tym dwie oferty nie były sklasyfikowane między innymi oferta odwołującego.

W uzasadnieniu co do odwołującego zamawiający podał co następuje.

Odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu i w związku z tym został wykluczony z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt 4 ustawy PZP.

Zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art.26 ust.3 i 4 ustawy PZP do złożenia dokumentów lub wyjaśnień. W piśmie tym między innymi zamawiający poinformował odwołującego, że w zakresie kostki brukowej nie posiada doświadczenia co potwierdza Wykaz robót. W pozycji 2 i 3 Wykazu roboty na kostkę brukową nie odpowiadają wartości oczekiwanej zgodnie z wymogami SIWZ. Natomiast w poz. 1 znajduje się pozycja zagospodarowanie terenu. Pojęcie szersze niż ułożenie kostki brukowej. Natomiast według zalecenia we wzorze Wykazu robót w takich sytuacjach należy podać to jest wyodrębnić pozycję o szczegółowej nazwie układanie kostki brukowej z podaniem jej wartości.

Zamawiający czynność wykluczenia odwołującego skwitował w ten sposób, że pomimo uzupełnienia dokumentów w terminie nadal odwołujący nie spełnia wymogów SIWZ w zakresie doświadczenia. Zamawiający opisał szczegółowo wartości robót podane w Wykazie i referencjach a odnoszące się do zakładu poligraficznego. W 2008/2009 wykonano robót na kwotę około 824 tys. zł. przy zagospodarowaniu terenu w tym ułożenie kostki brukowej. Natomiast odwołujący uzupełniając materiały na wezwanie zamawiającego zmienił Wykaz o roboty na kwotę około 625 tys. złotych jako roboty dodatkowe. Odwołujący uważa, że roboty z 2008/2009 należy połączyć z robotami z 2012r. co daje kwotę około 1.449 tys. złotych a to spełnia wymóg ułożenia kostki brukowej na każde zamówienie co najmniej na kwotę 1 milion złotych. Z takim rozumieniem nie zgadza się zamawiający, który uważa, że roboty dodatkowe należy wykonać przez terminem zakończenia zadania głównego aby mogły być zsumowane z tym zamówieniem. Reasumując zamawiający w zawiadomieniu z dnia 05.03.2013r. o rozstrzygnięciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stwierdza, że te dwa zadania należy uważać za odrębne i nie można ich wartości zsumować.

Kwitując swoje czynności zamawiający stwierdza, że z uwagi na powyższe na podstawie art.24 ust.4 ustawy PZP ofertę wykonawcy odwołującego należy uznać za odrzuconą.

Ponadto odwołujący uzupełniając dokumenty powołując się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie doświadczenia co do układania kostki brukowej oświadcza, że będzie w tym zakresie pełnił funkcje podwykonawcy. W tym miejscu zamawiający stwierdza, że w pkt 6 oferty odwołujący wypełnił, że w zakresie podwykonawstwa będzie korzystał tylko w zakresie układania masy. Wobec złożenia oświadczenia przez podmiot trzeci o podwykonawstwie w zakresie kostki brukowej powstaje co najmniej wątpliwość, którą należałoby wyjaśnić w trybie art.26 ust.4 ustawy PZP. Niemniej z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu oferta podlega odrzuceniu i stosowanie wyjaśnień zamawiający uważa za bezprzedmiotowe. W taki sposób zamawiający uzasadnił swoją decyzję wykluczenia odwołującego z postępowania jako nie spełniającego warunki udziału w postępowaniu.

Co do doświadczenia zawodowego zamawiający ostatecznie wymagał wykazaniem się: minimum 3 zadania dotyczące robót drogowych w zakresie nawierzchni z masy asfaltowej o wartości nie mniejszej niż 700.000,00 zł każde zadanie oraz minimum 3 zadania dotyczące robót drogowych w zakresie nawierzchni z kostki betonowej o wartości nie mniejszej niż 1.000.000,00zł. każde zadanie.

Warunki te ostatecznie zostały ustalone po wystąpieniach do zamawiającego w trybie art.38 ust.1 i 4 w związku z art. 7 ust.1 ustawy PZP w których podniesiono między innymi „(...) W związku z faktem, że przedmiotem niniejszego postępowania przetargowego są roboty

budowlane w przeważającej części polegające na ułożeniu kostki brukowej na powierzchni ok.4000m² - ŻĄDANIE TRZECH ROBÓT O WARTOŚCI NIE MNIEJSZEJ NIŻ 1 400 000,00 PLN jest nie adekwatne do przedmiotu zamówienia.(...)”Stąd też wnioskujemy o zmianę SIWZ na: min.2 zadania dotyczące robót drogowych w zakresie nawierzchni z kostki betonowej o wartości nie mniejszej niż 600.000,00PLN (brutto) każde zadanie. **Odpowiedź :** Zamawiający informuje, że w pkt IX A SIWZ Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków dokonuje zmiany warunku wiedzy i doświadczenia na następujący(...).Zamawiający dokonał zmiany z 1.400.000,00zł na 1.000.000,00 zł. każde z nadal wymaganych minimum trzech zadań jak i dotychczas ułożenia nawierzchni asfaltowej 700.000,00zł. każde przy minimum trzech zadaniach.

Oferta odwołującego

Z punktu 6 formularza ofertowego wynika, że roboty objęte przetargiem zamierzamy wykonać sami za wyjątkiem niżej opisanych prac: „ułożenie masy”.

Wykaz robót budowlanych załącznik nr 3 strona 6 oferty gdzie zaprezentowano roboty w zakresie kostki brukowej:

Z Wykazu robót budowlanych Zał. nr 3 Tabela wynika (poz.1), że wykonano zagospodarowanie terenu na kwotę 824 572,00zł.(kostka) przy budowie Zakładu Poligraficznego (o wartości 2.183. 611,72 zł.) wraz z zagospodarowaniem terenu wokół zakładu o łącznej wartości 3.008.183,72zł. wykonano na m-c IV 2009r. oraz załączono referencję.

Uwzględniając powyżej opisaną pozycję oraz pozycje nr 2 i 3 Tabeli żadna z trzech wymienionych robót nie spełnia wymogu SIWZ w zakresie wartości robót wymaganych to jest co najmniej na kwotę 1 milion złotych każda. Wszystkie wymienione roboty są poniżej 1 miliona złotych.

Do oferty załączone jest „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia” to jest oświadczenie podmiotu trzeciego DROGBUD OSTRÓW Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim, w którym udostępniają osobę w zakresie kierowania robotami drogowymi i oświadczają, że nie uczestniczą w wykonaniu zamówienia.

Do oferty załączone jest drugie zobowiązanie „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia” w zakresie oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów to jest wiedzy i doświadczenia w

wykonywaniu nawierzchni z masy asfaltowej i kostki betonowej gdzie DROGBUD OSTRÓW Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie Wielkopolskim oświadcza, że nie uczestniczy w wykonaniu zamówienia. Również skreślono zobowiązanie o treści "Oświadczamy, że nie uczestniczymy w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca, doradca czy inna forma".

Izba na rozprawie przeprowadziła również dowód z pisma zamawiającego z dnia 14.02.2013r. skierowanego do odwołującego w trybie art.26 ust.3 i4 ustawy PZP z wezwaniem do złożenia dokumentów lub wyjaśnień.

W punkcie 1 tego pisma zamawiający stwierdza, że z Wykazu robót asfaltowych i dołączonych referencji wynika, że żadna z robót nie spełnia wymogu SIWZ co do kwoty wymaganej minimum 700. tys. złotych. Ponadto co do wymogu ułożenia kostki brukowej w poz. 2 i 3 wykazane roboty nie spełniają wymaganej kwoty minimum 1 miliona złotych. Ponadto w poz. 1 mieści się robota pod nazwą zagospodarowanie terenu. Natomiast z treści referencji wynika, że zagospodarowanie terenu jest pojęciem szerszym niż układanie tylko kostki brukowej, ponieważ do zagospodarowania terenu wchodzi takie prace jak (ułożenie kostki brukowej, odwodnienie, budowa kanalizacji sanitarnej ciśnieniowej, oświetlenie, zasadzenie krzewów i.t.p.) Dlatego też zamawiający wzywa odwołującego w tym piśmie do podania wartości prac tylko i wyłącznie na ułożenie kostki brukowej.

W odpowiedzi z dnia 19.02.2013r. na wezwanie zamawiającego z dnia 14.02.2013r. odwołujący załączył nowe wykazy oraz zobowiązania w tym:

1. Nowy Wykaz robót budowlanych Zał. nr 3 odnoszący się do ułożenia kostki brukowej w którym roboty wykonywał DROGBUD Ostrów Sp. z o.o. z siedzibą w Ostrowie Wlkp. Obydwie przedstawione roboty w zakresie układania kostki brukowej przekroczyły wartościowo wymaganą kwotę to jest 1 milion złotych każda z robót. Załączone zostały również referencje do zamieszczonych w Wykazie robót. Załączono również „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia” w zakresie oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów to jest osoby zdolne do wykonania zamówienia w zakresie kierownika robót budowlanych branża drogowa z oświadczeniem, że uczestniczymy w wykonaniu zamówienia z decyzją o stwierdzeniu przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych z dnia 30 grudnia 1992r. oraz zaświadczeniem Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa o przynależności do Izby Inżynierów z dnia 2012.11.16.Załączono również „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia” z którego wynika że DROGBUD-OSTRÓW Sp .z o.o. z siedzibą w

Ostrowie Wielkopolskim zobowiązuje się do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów to jest wiedzy i doświadczenia oraz użyczenia referencji w zakresie wykonania prac drogowych związanych z ułożeniem masy asfaltowej i kostki. W zobowiązaniu tym spółka DROGBUD OSTRÓW oświadcza, że będzie uczestniczyć w wykonaniu zamówienia oraz, że będzie uczestniczyła w wykonaniu zamówienia jako podwykonawca.

2. Do uzupełnionych dokumentów odwołujący załączył również Wykaz robót budowlanych zał. nr 3 gdzie w poz. 1 wpisano budowa zakładu poligraficznego z zagospodarowaniem terenu wokół zakład o kubaturze 9.400m³, kostka 1.449.334,94zł. łącznie 3.633.192 zł. termin zakończenia m-c X 2012r. budynek m-c IV 2009 zleceniodawca D&JP..... Zakład Poligraficzny Zamkowy Folwark 34. Do Wykazu załączono dotychczasową referencję za rok 2008/2009 oraz nową referencję z dnia 12.12.2012r. obejmująca roboty budowlane za rok 2008/2009 i za 2012r. gdzie zleceniodawca potwierdza wykonanie dodatkowych robót polegających na ułożeniu kostki brukowej na wartość 625.008,28zł. Z referencji wynika, że kostki brukowej ułożono za kwotę 1.449.334,94 zł.

Na rozprawie pełnomocnik odwołującego złożył oświadczenie z 11 marca 2013 r. Zakładu Poligraficznego s.c. D&J z którego wynika, iż wszystkie roboty polegające na ułożeniu kostki brukowej wykonane były na podstawie jednej umowy o nr 1/04/2008 z 28 kwietnia 2008 r. na kwotę 1.449. 334,94 zł brutto. Przedłożył również umowę nr 1/04/2008 pomiędzy Zakład Poligraficzny s.c. D..... P....., A..... P....., J..... P....., a J..... K..... prowadzący firmę MAL-POL na okoliczność zakresu prac określonych w par. 1 oraz par. 8, który wskazuje na możliwość wykonania robót dodatkowych oraz wnosi o przeprowadzenie dowodu z protokołu odbioru robót 22 kwietnia 2009 r., z którego wynika fakt wykonania robót oraz z dziennika budowy o powierzeniu funkcji na budowach, stwierdzeniu zdatności obiektu do użytkowania, wpisy dotyczące realizacji robót budowlanych i ich przebiegu (7 strona) i zwraca uwagę na 31 marca 2009 r., który świadczy o wykonaniu utwardzania terenu – jest to potwierdzenie, iż wykonano na tej budowie ułożenie kostki brukowej.

Co do różnicy kwoty w wysokości 245,34zł to w referencji z dnia 12 grudnia 2012 r podano ułożenie kostki brukowej na kwotę 824 326,66 zł a w wykazie robót załączonym do oferty podano wartość zagospodarowania terenu na kwotę 824 572,00 zł. Stąd wynika podnoszona przez zamawiającego niezgodność i wątpliwości co kwoty w wysokości 245,34 zł.

Zamawiający przedłożył zapytanie i odpowiedź z dnia 20.03.2013 i 25.03.2013r z Starostwa Powiatowego w Krotoszynie, z której wynika, że inwestor D&J Zakład Poligraficzny ul. Zamkowy Folwark 34 w Krotoszynie nie zgłaszał robót dodatkowych w zakresie układania kostki brukowej na tej posesji w 2012r.

Zamawiający przedłożył również wypis z rejestru gruntów dla posesji Zamkowy Folwark 34, z którego wynika, że działka ma powierzchnię 0.5028 ha. Z tego zamawiający wnioskuje, że wskazane m² ułożonej kostki brukowej są niewiarygodne. Na powyższą okoliczność okazuje również mapę geodezyjną satelitarną, która pokazuje działkę i usytuowane na niej obiekty. Przedkłada również kopię mapy ewidencyjnej, Starostwo Powiatowe w Krotoszynie. Mapa sporządzona dnia 20 marca 2013 r., gdzie oznaczono działkę o nr 4563 wraz z naniesionym budynkiem oraz wydruk z księgi wieczystej o nr KZ1R/00033323/4, z której wynika, że nieruchomości jest oznaczona numerem działki 4563 stanowiąca własność WBK Finanse i Leasing wraz z wskazaniem jako lesingobiorców z wpisaniem współników spółki cywilnej.

Przystępujący oświadczenie prezesa zarządu „RD” Sp. z o.o. P. R..... C....., który oświadczył, że od 23 marca 2011 r. jest użytkownikiem przedmiotowej działki i w 2012 r. wskazana spółka cywilna nie wykonywała na tej działce robót. Z powyższego wywodzi, że spółka cywilna D&J nie mogła udzielić referencji w 2012r. Na powyższe załącza wypis z KRS stan na 25 marca 2013 r. z którego wynika, iż spółka RD adres ma na Zamkowy folwark 34.

Odwołujący P. J..... K..... oświadcza, że na obiekcie wykonał roboty za 1 449 000,00 zł. i podtrzymuje swoje oświadczenia i złożone dokumenty co do wykonywania robót w okresie 2009 i 2012 r.

Izba nie uwzględniła wniosków dowodowych zgłoszonych przez pełnomocnika przystępującego złożonych przy piśmie procesowym z 13 marca 2013 r. uznając je za zbędne do rozstrzygnięcia odwołania i zmierzające do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania odwoławczego w związku z koniecznością, w przypadku ich uwzględnienia, odroczenia terminu rozprawy.

Izba zważyła

Na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący po złożeniu oferty dokonał zmiany jej treści, a co stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 1 ustawy PZP w związku z art. 84 ust.1 ustawy PZP.

Zgodnie z przywołanymi przepisami, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą. Niezgodność oferty z ustawą wynika z faktu jej zmiany po terminie składania ofert.

Odwołujący będąc wezwany przez zamawiającego do uzupełnienia lub wyjaśnienia w trybie art.26 ust.3 lub 4 ustawy PZP oferty dokonał jej zmiany poprzez złożenie zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, który oświadczył, że będzie uczestniczył w wykonaniu zamówienia w formie podwykonawstwa zarówno w układaniu kostki brukowej jak i masy bitumicznej.

Złożone oświadczenie przez podmiot trzeci pozostaje w sprzeczności z treścią oferty odwołującego, które w pkt 6 formularza ofertowego oświadczył, że podwykonawstwo będzie występowało tylko w ułożeniu masy bitumicznej, a nie masy bitumicznej i kostki brukowej.

Taka zmiana oferty po jej złożeniu jest niedopuszczalna i obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty.

W tym stanie rzeczy Izba utrzymała w mocy czynności zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty i wykluczenia odwołującego z postępowania, a w konsekwencji odrzucenia oferty odwołującego.

Niemniej uzasadnienie czynności zamawiającego jest obarczone błędem, ale skutek prawny odrzucenia oferty odwołującego jest prawidłowy. Zamawiający w uzasadnieniu podstawy prawnej podał art. 24 ust.2 pkt 4 i ust.4 ustawy PZP. Takie uzasadnienie prawne zamawiającego jest nieprawidłowe, ponieważ jak sam zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego z postępowania przyznał, że odstąpił od wyjaśnień dotyczących niespójności kwotowych pomiędzy zagospodarowaniem terenu a ułożeniem kostki brukowej oraz wykonaniem robót dodatkowych w 2012r., ponieważ oferta podlega odrzuceniu. I w tym miejscu prawidłowo zamawiający wskazał na zmianę oferty w kontekście podwykonawstwa. Mimo to podał zamiast podstawy prawnej wskazującej na odrzucenie oferty, podstawę prawną dotyczącą wykluczenia z postępowania.

Reasumując zamawiający na dzień czynności wykluczenia odwołującego z postępowania nie dokonał wyjaśnień czy to na podstawie art. 26 ust.4 ustawy PZP, czy to na podstawie art.87

ust.1 ustawy PZP, a mimo to uznał, że istnieją podstawy do wykluczenia odwołującego z postępowania.

Tak więc argumentacja odwołującego o nie przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego jest zasadna. Niemniej nie zmienia to stanu faktycznego i prawnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ na dzień wykluczenia odwołującego z postępowania wystąpiły przesłanki do odrzucenia jego oferty, ponieważ zmienił jej istotne elementy po terminie składania ofert.

Należy w tym miejscu przywołać art. 36 ust.4 ustawy PZP zgodnie z którym zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom.

Tak więc pomimo braku uzasadnienia do czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, prawidłowy jest skutek czynności zamawiającego w postaci odrzucenia oferty odwołującego, który zmienił ofertę po terminie składania ofert.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji wyroku, ponieważ mimo stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego w związku z art. 92 ust.1 pkt 2 ustawy PZP nie ma to wpływu na wynik postępowania, co powoduje w myśl art.192 ust.2 ustawy PZP nie uwzględnienie odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1) i pkt 2) oraz § 1 ust.2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. 2010r. Nr 41, poz. 238) zaliczając w koszty postępowania odwoławczego wpis w kwocie 10.000,00 złotych i zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3.927 zł 82 gr tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego i kosztów dojazdu na rozprawę.

Nie uwzględniono wniosku kosztowego pełnomocnika przystępującego z uwagi nie wystąpienie okoliczności przewidzianych w §5 ust.3 pkt 2 powyżej wymienionego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: