

Sygn. akt: KIO/UZP 1336/08

WYROK
z dnia 4 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Stanisław Sadowy
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~ 2 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: „DAN POL” M.PIECHOTA spółka jawna z siedzibą w Tychach, ul. Murarska 28, 43-100 Tychy (lider konsorcjum); Marek Zapora prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PPHU „MARKAS” Marek Zapora z siedzibą w Sosnowcu, ul. Gen. Waltera Janke 28, 41-215 Sosnowiec** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Prezydenta Miasta Tychy, Al. Niepodległości 49, 43-100 Tychy** protestu ~~protestów~~ z dnia 29 października 2008 r.

przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2.kosztami postępowania obciąża **Prezydenta Miasta Tychy, Al. Niepodległości 49, 43-100 Tychy** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: „DAN POL” M.PIECHOTA spółka jawna z siedzibą w Tychach, ul. Murarska 28, 43-100 Tychy (lider konsorcjum); Marek Zapora prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PPHU „MARKAS” Marek Zapora z siedzibą w Sosnowcu, ul. Gen. Waltera Janke 28, 41-215 Sosnowiec,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Prezydenta Miasta Tychy, Al. Niepodległości 49,43-100 Tychy** na rzecz **Konsorcjum firm: „DAN POL” M.PIECHOTA spółka jawna z siedzibą w Tychach, ul. Murarska 28, 43-100 Tychy (lider konsorcjum); Marek Zapora prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PPHU „MARKAS” Marek Zapora z siedzibą w Sosnowcu, ul. Gen. Waltera Janke 28, 41-215 Sosnowiec** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu,
- 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 **5 936 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: „DAN POL” M.PIECHOTA spółka jawna z siedzibą w Tychach, ul. Murarska 28, 43-100 Tychy (lider konsorcjum); Marek Zapora prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PPHU „MARKAS” Marek Zapora z siedzibą w Sosnowcu, ul. Gen. Waltera Janke 28, 41-215 Sosnowiec**

Uzasadnienie

Prezydent Miasta Tychy, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczął w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na „Niskoenergetyczne budynki użyteczności publicznej – Modernizacja Zespołu Szkół nr 4 przy al. Bielskiej w Tychach II”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 14 sierpnia 2008 r., nr 1, poz. 189925.

Zamawiający w dniu 22 października 2008 r. (pismem z tej samej daty) poinformował Konsorcjum firm: „DAN POL” M.PIECHOTA spółka jawna z siedzibą w Tychach (lider konsorcjum); Marek Zapora prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PPHU „MARKAS” Marek Zapora z siedzibą w Sosnowcu, zwane dalej „Odwołującym” o wykluczeniu go z postępowania oraz o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak również o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu.

Pismem z dnia 29 października 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie) Odwołujący wniósł protest wobec czynności Zamawiającego, tj.:

1. bezpodstawnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
2. bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z postępowania,
3. bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego,
4. zaniechania czynności zawiadania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania,
2. unieważnienie decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego oraz odrzuceniu jego oferty,
3. ponowne badanie i ocenę ofert,
4. zawiadanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
5. ponowny wybór najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał, iż wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu nie znajduje żadnych podstaw. Nie załączenie do oferty aktualnego wypisu z ewidencji działalności gospodarczej Marka Zapory prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PPHU „MARKAS” Marek Zapora powinno skutkować wezwaniem Odwołującego do jego uzupełnienia w trybie

art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Gwarancja wadialna została złożona w formie oryginału oraz notarialnie potwierdzonej kserokopii dowodu wniesienia wadium, tym samym brak było podstaw do żądania dodatkowego, poza notarialnym, potwierdzenia dokumentu przez wykonawcę. Natomiast zakwestionowane przez Zamawiającego pozycje kosztorysu ofertowego zawierają żądane podstawy wyceny (KNR, KNNR), odpowiednio naliczone narzuty i koszty, nie zmienione ilości jednostek przedmiarowych. Brak określonych słów w opisie nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Pismem z dnia 7 listopada 2008 r. (przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego częściowe uwzględnienie w zakresie zarzutu braku poświadczenia za zgodność z oryginałem kserokopii polisy wadialnej przez notariusza. W pozostałym zakresie protest oddalił, wskazując, iż zgodnie z pkt 12.1 SIWZ wymagał, aby kosztorys ofertowy był sporządzony na podstawie i zgodnie z przedmiarem robót. Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego jest więc niezgodność obu dokumentów w tym zakresie.

Pismem z dnia 12 listopada 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w tej samej dacie, wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 17 listopada 2008 r.), podtrzymując zarzuty i wnioski podniesione w proteście, z wyjątkiem uwzględnionych przez Zamawiającego oraz dodatkowo, wnosząc o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego. Przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 12 listopada 2008 r.

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

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego oraz odrzucenia jego oferty potwierdził się.

Zamawiający – zgodnie z postanowieniami SIWZ (rozdział 12) - wymagał od wykonawców przedłożenia wraz z ofertą wypełnionego kosztorysu ofertowego, sporządzonego w formie uproszczonej na podstawie i zgodnie z wskazanymi załącznikami (przedmiarem robót z podstawami wyceny, specyfikacją warunków technicznych wykonania i odbioru robót, projektem budowlano-wykonawczym), jednocześnie podkreślając, iż

„wykonawca w kosztorysach ofertowych nie może ominąć jakiejkolwiek pozycji przedmiaru oraz winien wycenić zgodnie z opisem pozycji (bez wprowadzania pozycji dodatkowych) (...) zgodnie z podanymi podstawami wyceny, uwzględniając nakłady w wielkościach przewidzianych w katalogach norm”. Powyższe – w ocenie składu orzekającego Izby – wskazuje, że wykonawcy przygotowując swoje kosztorysy ofertowe przy dokonywanej wycenie mają obowiązek oprzeć się zarówno na opisach pozycji, jak i podstawach wyceny.

Odwołujący w kosztorysach ofertowych odpowiednio wskazał:

1. Etap I – „Remont, przebudowa Budynku Głównego oraz Łączników Ł-1, Ł-2” – Część: Architektoniczno-konstrukcyjna”:
 - w poz. 74 zgodnie z przedmiarem powinno być „Kratki wentylacyjne do przewodów stalowych i aluminiowych o obwodach do 800 mm, fi 150 mm”, natomiast w kosztorysie Odwołujący wskazał „Kratki wentylacyjne do przewodów stalowych i aluminiowych o obwodzie do 800 mm”;
2. Etap I – „Remont i przebudowa Budynku Głównego oraz Łączników Ł-1, Ł-2” – Część: Instalacje elektryczne i odgromowa:
 - w poz. 9.1. zgodnie z przedmiarem powinno być „Wykucie bruzd dla przewodów wtynkowych ręcznie, podłoże: cegła”, natomiast w kosztorysie Odwołujący wskazał „Wykucie bruzd dla przewodów wtynkowych w podłożu ceglanym”;
3. Etap II – „Ocieplenie Auli, Budynku Wielofunkcyjnego i Sali Gimnastycznej wraz z wymianą stolarki okiennej i drzwiowej”:
 - w poz. 77 zgodnie z przedmiarem powinno być „Wykucie z muru, ościeżnic drzwiowych stalowych, powierzchnia ponad 2 m²”, natomiast w kosztorysie Odwołujący wskazał „Wykucie z muru ościeżnic drewnianych drzwiowych o powierzchni ponad 2 m²”.

W zakresie zarzutu dotyczącego zapisów z poz. 74 kosztorysu, tj. braku w opisie przedmiotowej pozycji zwrotu „fi 150 mm” – zdaniem Odwołującego – powyższe nie powinno skutkować odrzuceniem jego oferty. Izba w tym zakresie podzieliła stanowisko Odwołującego.

Odwołujący prawidłowo określił – w sposób zgodny z przedmiarem robót - podstawę wyceny (KNR) według katalogu KNR 2-17 0138/01, tabelę (0138) oraz kolumnę (01). Natomiast dokonał zmiany opisu pozycji, poprzez pominięcie zwrotu „fi 150 mm”.

Izba ustaliła, na podstawie przedłożonego przez Odwołującego, wyciągu z katalogu nakładów rzeczowych nr 2-17, iż w przedmiotowym katalogu, rozdział 01 „Kratki wentylacyjne typ A lub N – do przewodów stalowych i aluminiowych”, tablica 0138 znajduje się kolumna „Kratki o obwodach w mm, do”, która dzieli się na 5 kolumn, zawierających

odpowiednio cyfry: „800”, „1200”, „1400”, „2000” i „2400”, które odnoszą się do kratki wentylacyjnych o obwodach odpowiednio do 800 mm, 1200 mm itd.

Jak wyjaśnił Odwołujący na rozprawie obwód 800 mm to średnica fi 254,8 mm. Powyższe więc oznacza, iż skoro w kolumnie „01” zawarte są kratki wentylacyjne o średnicy do fi 254,8 mm, to i zawarte w niej są kratki o średnicy fi 150 mm. Tak więc Odwołujący zaoferował w przedmiotowej pozycji kratkę o średnicy wymaganej przez Zamawiającego, prawidłowo wskazując podstawę wyceny i prawidłowo kalkulując cenę, tym samym brak jest podstaw do uznania, iż pominięcie zwrotu „fi 150” powoduje niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, w tym treścią przedmiaru, pominięcie tego opisu zastąpione jest bowiem przywołaniem właściwej podstawy wyceny (KNR), wskazującej na kratki o średnicy fi 150 mm.

Zarzut dotyczący zapisów z poz. 9.1 kosztorysu, tj. zmiany brzmienia opisu przedmiotowej pozycji, zdaniem Izby, nie powinien skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego. Odwołujący, dokonując opisu przedmiotowej pozycji pominął bowiem słowo „ręcznie”. Jak ustalono, na podstawie sporządzonego przez Zamawiającego przedmiaru robót oraz kosztorysu ofertowego, złożonego przez Odwołującego, podstawa wyceny, tj. KNR 4-03 1001/05 została określona prawidłowo. Prawidłowo wskazano także tablicę (1001) „Wykucie bruzd dla przewodów wtynkowych i rur o średnicy do 47 mm” oraz numer kolumny (05). Kolumna „05” określa rodzaj podłoża, dla którego wymagane jest – zgodnie z katalogiem nakładów rzeczowych nr 4-03 – wykuwanie ręczne. Tak więc podana przez Odwołującego podstawa wyceny w sposób jednoznaczny wskazuje, iż żądane roboty będą wykonywane ręcznie. Ewentualne obawy Zamawiającego, iż przedmiotowe roboty mogą być wykonywane mechanicznie nie znajdują uzasadnienia, gdyż wykuwanie mechaniczne w podłożu ceglanym katalog zawiera, w innej kolumnie, kolumnie „01”.

Tak więc i w powyższym przypadku Zamawiający błędnie uczynił, uznając, iż kwestionowany zapis ofertowy jest niezgodny z treścią SIWZ.

Zarzut dotyczący zapisów z poz. 77 kosztorysu, tj. zmiany brzmienia opisu i tej pozycji, zdaniem Izby, również nie powinien skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego.

Odwołujący zamiast zawartych w przedmiarze robót słów: „ościeżnic drzwiowych stalowych” w złożonym kosztorysie podał „ościeżnic drewnianych drzwiowych”. Podstawę wyceny określił w sposób zgodny z przedmiarem robót i podstawa ta jest niewątpliwie prawidłowa. Dedykowana jest ona wyłącznie wykuciu ościeżnic stalowych, na co wskazuje kolumna „10” tablicy 0354 oraz fakt, iż obejmuje ona jedynie robociznę (wykucie istniejących już w budynkach ościeżnic, a nie ich dostawę), która jest w wysokości identycznej, jak wykucie ościeżnic stalowych w pozycji 79 kosztorysu. Izba podzieliła stanowisko

Odwołującego, iż gdyby faktycznie szacował koszt wykucia z muru ościeżnic drewnianych koniecznym byłoby wskazanie kolumny „05” i wówczas koszt robocizny byłby inny i wynosiłby 05,2 roboczogodziny na m². Natomiast w przypadku ościeżnic stalowych koszt roboczogodziny wynosi 0,63 i w takiej wysokości został on skalkulowany przez Odwołującego w kwestionowanej pozycji 77 kosztorysu ofertowego.

Tak więc zmiana opisu, poprzez zamianę jednego słowa, w sytuacji, gdy prawidłowo podano podstawę wyceny i w oparciu o tę wycenę prawidłowo wyceniono wskazaną pozycję, nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Wskazane przez Zamawiającego różnice pomiędzy przedmiarem robót załączonym do SIWZ, a kosztorysem ofertowym złożonym wraz z ofertą, we wskazanym wyżej pozycjach faktycznie nie istnieją. W kwestionowanych pozycjach prawidłowo określono KNR-y, tabele i kolumny, jak również prawidłowo skalkulowano ceny. Ze wskazanych podstaw jednoznacznie wynika, iż przedmiot zamówienia zostanie wykonany zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Drobne różnice w opisie nie powodują niezgodności opisu ze wskazaną podstawą, jak również nie powodują zmiany sposobu wykonania zamówienia, co wprost wynika z zastosowanych podstaw wyceny. Tym samym brak jest podstaw do stwierdzenia, iż w pozycjach 74, 9.1 oraz 77 występuje niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, w tym przede wszystkim z treścią przedmiarów.

Zamawiający, mając wątpliwości co treści poszczególnych pozycji mógł co najwyżej skorzystać z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i zażądać wyjaśnień co do treści określonych pozycji, czego – jak oświadczył na rozprawie - nie uczynił; w ocenie Izby nie miał zaś prawa odrzucać oferty Odwołującego.

W związku z tym, że postawy do odrzucenia oferty Odwołującego wskazane przez Zamawiającego nie znajdują potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym, Zamawiający, powtarzając czynności oceny i badania ofert zobowiązany jest wystąpić do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z żądaniem uzupełnienia oferty poprzez przedłożenie aktualnego wypisu z ewidencji działalności gospodarczej Marka Zapory, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PPHU „MARKAS” Marek Zapora.

Uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację faktyczną i prawną, Izba uznała, iż doszło do naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

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

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 ~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*