

Sygn. akt 1477/08

WYROK
z dnia 6 stycznia 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Barbara Bettman

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **6 stycznia 2009r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Instalacji Budowlanych UNIMAX S.A., ul. Okrzei 35, 25 – 526 Kielce** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Wałbrzychu, pl. Grunwaldzki 1, 58 – 390 Wałbrzych** protestu z dnia **03.12.2008r.**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum PRE - FABRYKAT Sp. z o.o. w Miłkowie, PUHP MAX I- STAR Konstruktor , Zakład Pracy Chronionej Tomasz Kaczmarek, ul. Brzezie Karkonoskie 2, 58-540 Karpacz** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego oraz **XXX** po stronie **XXX**

orzeka:

1 oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Instalacji Budowlanych UNIMAX S.A., ul. Okrzei 35, 25 – 526 Kielce**

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 uiszczzonego przez **Przedsiębiorstwo Instalacji Budowlanych UNIMAX S.A., ul. Okrzei 35, 25 – 526 Kielce**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **XXX zł XXX gr** (słownie **XXX** przez **XXX** na rzecz **XXX**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu **XXX**
- 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 Instalacji Budowlanych UNIMAX S.A., ul. Okrzei 35, 25 – 526 Kielce.**

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16.08.2008r. pod poz. 2008/S 158-213516 .

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego dotyczy budowy obiektu dla potrzeb Oddziału ZUS w Wałbrzychu pod numerem referencyjnym 430000/TZ/370/19/07.

Zamawiającym jest Zakład Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Wałbrzychu, 58-390 Wałbrzych, Pl. Grunwaldzki 1 zwany dalej "Zamawiającym".

W dniu 17 grudnia 2008r. odwołanie złożyło Przedsiębiorstwo Instalacji Budowlanych UNIMAX S.A. ul. Okrzei 35, 25-526 Kielce zwany dalej "Odwołującym".

Odwołanie zostało złożone od oddalenia protestu z dnia 03.12.2008r., przez Zamawiającego w dniu 10.12.2008 roku.

Odwołujący w złożonym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu:

1. Zaniechanie polegające na nie wykluczeniu z przetargu i nie odrzuceniu oferty konsorcjum wykonawców: PRE-FABRYKAT Sp. z o.o. Miłków, ul. Brzezie Karkonoskie 2, 58-540 Karpacz (Lider Konsorcjum), PUHP MAXI-STAR Konstruktor, Zakład Pracy Chronionej, Tomasz Kaczmarek, Uścikowiec 4, 64 – 600 Oborniki Śląskie (członek konsorcjum – zwany dalej “MAXISTAR”) zwanych dalej “Wykonawcą wybranym” lub “Przystępującym do postępowania odwoławczego” pomimo nie złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj. warunku określonego w Rozdziale III, poz. I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej “SIWZ” nakazującego złożenie dokumentów potwierdzających wykonanie co najmniej 1 budynku o powierzchni netto min. 3.000 m² określonego w klasach 122,123,124,126 Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB),
2. Zaniechanie, pomimo sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego, poprzez dokonanie przez Zamawiającego czynności poprawienia istotnych błędów i braków oferty Wykonawcy wybranego, jako oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych,
3. Ogłoszenie o wyniku postępowania, zawierające wybór oferty Wykonawcy wybranego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art.7, art.24 ust.2 pkt 2 i 3, art.24 ust.1 pkt 10, art.87ust.2 i art. 89 ust.1 pkt 2 i 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r.

(Dz.U. 2007r. Nr 223, poz.1655 zm.Dz.U. 2008r. Nr 171, poz.1058) zwanej dalej “ustawą”.

Odwołujący wskazał na interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ jego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji, według jedyne kryterium oceny ofert, to jest ceny.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie wyniku przetargu i wykluczenia z przetargu oraz i odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego,
2. dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, poprzez wybór jako najkorzystniejszej jego oferty.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania przedstawił następującą argumentację formalno - prawną.

Przywołał rozstrzygnięcie protestu, w którym Zamawiający, uznał zarzuty dotyczące realizacji basenu krytego w Gnieźnie, jako obiektu nie spełniającego warunku postawionego w SIWZ i stwierdził, że jest to okoliczność aktualnie bezsporna w sprawie.

Natomiast podtrzymał zarzuty, nie uwzględnione przez Zamawiającego, dotyczące nie spełniania warunku określonego w Rozdziale III, poz.1 SIWZ w zakresie budowy obiektu handlowo-usługowego o powierzchni powyżej 3.500 m² dla inwestora Konig Stahl Sp. z o.o., położonego w Poznaniu przy ul. Ostrowskiej 504 oraz oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych w kosztorysie ofertowym Wykonawcy wybranego.

Co budowy budynku to Zamawiający wymagał wykonania 1 budynku w klasach 122, 123, 124, 126 PKOB. W ocenie Odwołującego, budynek wykonany przez konsorcjanta Wykonawcy wybranego – MAXISTAR nie spełnia żadnej z tych klas. Ponieważ zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. - w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) (Dz.U. 1999r. Nr 112, poz. 1316 zm.Dz.U. 2002r. Nr 18, poz. 170) "Główne użytkowanie budynku (klasa wg PKOB) powinno być określane następująco:

1. należy określić jaki procent całkowitej powierzchni użytkowej przeznaczony jest na różne cele, zgodnie z grupowaniami klasyfikacji - na najbardziej szczegółowym poziomie,
2. następnie obiekt budowlany klasyfikowany jest zgodnie z metodą "góra-dół" (Kryterium zaklasyfikowania jest przewaga całkowitej powierzchni użytkowej): najpierw określa się sekcję -1 cyfra (budynek lub obiekt inżynierii lądowej i wodnej), następnie dział na poziomie 2 znaków (budynek mieszkalny, budynek niemieszkalny, infrastruktura transportu itp.) najbardziej znaczący w ramach sekcji, następnie grupę (3 cyfry) najważniejszą w ramach działu, klasę (4 cyfry) mającą największy udział w powierzchni użytkowej w ramach grupy."

W ocenie Odwołującego przedmiotowy budynek nie może być zaliczony do klasy 123, ponieważ w przeważającej (większej niż 50 %) części pełni funkcję obiektu magazynowego wobec czego powinien być zaliczony do klasy 125, czyli budynki przemysłowe i magazynowe, a tej klasy SIWZ w przedmiotowym postępowaniu nie przewiduje. Biuro handlowe zgodnie z załącznikiem nr 2 do protestu zajmuje niewielką część powierzchni przedmiotowego budynku.

Dodatkowo Odwołujący podniósł, że budynek realizowany był w dwóch etapach przez różnych wykonawców. W 2005 roku na zlecenie firmy Konig Stahl była prowadzona budowa przedmiotowej hali, której generalnym wykonawcą był Pekabex Bet Sp. z o. z.o. z Poznania, a podwykonawcą dostarczającym konstrukcje stalowe był konsorcjant Wykonawcy

wybranego MAXISTAR. W tym etapie wykonano halę o powierzchni 1.600 m². Jako potwierdzenie Odwołujący załączył wykaz referencji firmy MAXISTAR ogólnie dostępny na stronie www.maxistar.pl.

W latach 2007-2008 zrealizowany był kolejny etap rozbudowy istniejącej hali magazynowej i części biurowej. Hala magazynowa po tym etapie rozbudowy uzyskała łączną powierzchnię 3.500 m². Jako fakt rozbudowy obiektu magazynowego w latach 2007-2008 przez firmę MAXISTAR Odwołujący dołączył list referencyjny jednego z podwykonawców firmy Jedyńka Poznań Sp. z o.o. -uczestniczącego w tej realizacji.

W obu tych dokumentach przedmiotowy obiekt określony jest jako hala magazynowa (czyli klasa 125 PKOB), a zatem w ocenie Odwołującego nie może on być zaliczony do klasy 123 PKOB, określającej budynki handlowo-usługowe.

Na potwierdzenie swoich wywodów Odwołujący załączył opinię z dnia 16 grudnia 2008 roku Kancelarii Rzeczników Majątkowych Lis, Mizera i Wspólnicy sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, z której wynika, iż przedmiotowy obiekt budowlany posiada oznaczenie PKOB - 125.

W zakresie dokonanych przez Zamawiającego poprawek w ofercie tzw. oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych, Odwołujący podtrzymał zarzuty zawarte w proteście. Odwołujący przywołał szereg pism (z dnia 17.09.2008r., z dnia 19.09.2008r., z dnia 24.09.2008r., z dnia 26.09.2008r.) Zamawiającego na okoliczność, że przed złożeniem oferty Zamawiający nie dopuszczał zmian obmiarów oraz dodatkowych pozycji w kosztorysach pod rygorem odrzucenia oferty, jako niezgodnej z SIWZ.

Pomimo tych zastrzeżeń, Zamawiający pismem z dnia 04.11.2008r. skierowanym do Wykonawcy wybranego, dokonał szeregu poprawek w kosztorysie ofertowym dotyczących obmiarów oraz zmian całkowitych lub częściowych treści pozycji w kosztorysie.

W ocenie Odwołującego poprawki dokonane przez Zamawiającego naruszają przepis art. 87 ust. 2 ustawy w brzmieniu dokonanym ostatnią nowelizacją, albowiem zostały dokonane z przekroczeniem określonych w tym przepisie możliwości przewidzianych dla Zamawiającego. Nie dotyczą one bowiem oczywistych omyłek pisarskich czy rachunkowych, w przypadku natomiast tzw. innych omyłek, poprawki te powodują istotne zmiany w treści oferty.

Przykładowo w poz. 955, 964, 975, 976 kosztorysu ofertowego dopisanie słów "dostawa i montaż" poprawka ta powoduje zmianę zakresu rzeczowego robót objętych tą pozycją kosztorysu zwiększając go o wartość dostawy pompy. W konsekwencji winna również zmienić się cena za wykonanie tej pozycji, ponieważ wg pozycji KNR 7-07 0102-01 nakłady

nie zawierają wartości dostawy pomp. Jest to więc istotna zmiana oferty, ponieważ ma wpływ na cenę oferty. Powyższe uwagi odnoszą się również do poprawek dokonanych w pozycji 966, gdzie również zmiana opisu poprzez dopisanie słów "bez kosztu M" powoduje zmianę zakresu rzeczowego robót i winna skutkować zmianą ceny oraz pozycji 953, 977, w której dopisanie słów "dostawa i montaż" powoduje istotną zmianę oferty. W pozycji 1075 zmiana treści opisu robót powoduje ujemną wartość tej pozycji, co w sposób oczywisty winno zmniejszyć cenę oferty. W pozycjach oferty nr 1132 i 1133 zmiany opisu powodują zmianę zakresu rzeczowego robót i przy rzetelnej kalkulacji winny spowodować zmianę ceny.

Natomiast zmiana ceny nie może być uznana za zmianę nieistotną, gdyż to cena właśnie stanowiła główne kryterium oceny ofert. Ponadto o braku możliwości dowolnego korygowania przez komisje przetargową ofert wykonawców świadczy jednoznaczny zapis art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy, który stanowi, że ofertę zawierającą błędy w obliczeniu ceny odrzuca się. Taka korekta nie była poprawieniem omyłki, skoro wpłynęła na zmianę ceny oferenta.

W konsekwencji oferta Wykonawcy wybranego, zgodnie z treścią art. 89 ust.1 ustawy winna ulec odrzuceniu.

Zamawiający pismem z dnia 09.12.2008r. oddalił protest w całości.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego wyjaśnił między innymi, że przed złożeniem ofert, zawarte sformułowania w wyjaśnieniach udzielanych na zadane pytania wykonawców, o zakazie zmiany obmiarów oraz zakazie wprowadzania dodatkowych pozycji w kosztorysie ofertowym, wynikały z brzmienia przepisów ustawy przed wejściem w życie jej nowelizacji z dnia 04.09.2008r.

Ponadto Zamawiający stwierdził, że Wykonawca wybrany złożył wymagane oświadczenie, w którym wykazał, że wybudowany w Poznaniu budynek handlowo -usługowy znajduje się w grupie 123 PKOB, a do Wykazu dołączono referencję potwierdzającą należyte jego wykonanie.

Co do dokonanych poprawek w kosztorysie ofertowym, to stwierdził, że nie spowodowały one istotnych zmian w ofercie oraz nie zmieniła się kolejność wykonawców w zakresie punktacji ofert. Ponadto dokonane korekty zostały zaakceptowane przez wykonawców, których oferty zostały poprawione.

Do postępowania odwoławczego przystąpił Wykonawca wybrany po stronie Zamawiającego. W przystąpieniu stwierdził, że zarzucane naruszenia nie miały miejsca.

Przystępujący oświadczył, że o spełnieniu warunków podmiotowych decyduje jego oświadczenie złożone w trybie art.22 ust.1 pkt 2 ustawy, a nie referencja o należyтым wykonaniu umowy. W jego ocenie, Odwołujący nie jest uprawniony do dokonywania

klasyfikacji statystycznych. W jego ocenie organem uprawnionym są organy nadzoru budowlanego, które prowadzą ewidencję obiektów budowlanych.

Również w jego ocenie chybyony jest zarzut skutków dokonanych poprawek w kosztorysie ofertowym, które w jego ocenie nie mają istotnego wpływu na treść oferty.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje :

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ jego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert.

Izba również stwierdziła, że odwołanie jest wniesione w granicach zarzutów zawartych w proteście.

Zamawiający potwierdził na rozprawie, że na etapie badania i oceny ofert nie uznał doświadczenia Przystępującego w zakresie budowy basenu w Gnieźnie, więc zarzut ten, w ocenie Izby, jest bezprzedmiotowy dla rozpoznania sprawy.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ żaden z zarzutów Odwołującego nie potwierdził się.

Co do zarzutu nie spełnienia warunku podmiotowego w zakresie nie wykazania co najmniej 1 budynku o wymaganej powierzchni minimum 3.000 m² według klasyfikacji PKOB w klasach : 122,123,124,126.

Zamawiający na okoliczność tak sformułowanego warunku przywołał obowiązujące Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 1999 r. - w sprawie Polskiej Klasyfikacji Obiektów Budowlanych (PKOB) (Dz.U. 1999r. Nr 112, poz. 1316 zm.Dz.U. 2002r. Nr 18, poz. 170). W myśl rozporządzenia Polska Klasyfikacja Obiektów Budowlanych ma służyć potrzebom statystyki działalności budowlanej, sporządzania sprawozdań budowlanych, spisów budowli i mieszkań , statystyki cen obiektów budowlanych oraz rachunkom narodowym. PKOB ułatwia wymianę informacji między uczestnikami procesu inwestycyjnego między różnymi poziomami inwestycyjnymi np: między inwestorem, biurem projektów, wykonawcą.

Powszechnie wiadomym jest, że odpowiedzialność za właściwe zaklasyfikowanie inwestycji budowlanej ponosi inwestor.

W przedmiotowej sprawie inwestorem i użytkownikiem spornego obiektu jest spółka Konig Stahl Sp. z o.o. Jej przedstawiciel Wiesław G. (Konig Stahl Sp. z o.o. , 61-324 Poznań, ul. Ostrowska 504), w referencji z dnia 12.08.2008 r. wystawionej na rzecz Przystępującego do postępowania odwoławczego jednoznacznie stwierdził, że w latach 2007 -2008 wykonał obiekt handlowo –usługowy o powierzchni powyżej 3.500 m². Na tej podstawie Przystępujący do postępowania odwoławczego był uprawniony do wypełnienia w Wykazie klasy 123 PKOB, bowiem zgodnie z wyżej przywołanym Rozporządzeniem Rady Ministrów, w tejże klasie mieszczą się budynki handlowo -usługowe.

W takim przypadku nie mają znaczenia podnoszone argumenty przez Odwołującego co do stosunku powierzchni biurowej do pozostałej powierzchni w tym magazynowej. Cytowane przez Odwołującego fragmenty Objasnień wstępnych pkt 5 pod nazwą Wskazówki dotyczące klasyfikowania obiektów budowlanych Rozporządzenia mają zastosowanie w sytuacjach gdy obiekt budowlany użytkowany lub przeznaczony jest do wielu celów (np: budynek mieszkalny będący jednocześnie hotelem i biurem) wówczas klasyfikuje się je w jednej pozycji, zgodnie z ich głównym użytkowaniem.

Jako przykład w Rozporządzeniu podano budynek, w którym się mieszczą: 3 mieszkania (klasa 1122 budynki o trzech i więcej mieszkaniach – grupa 112 budynki o dwóch mieszkaniach i wielomieszkaniowe), biuro instytucji kredytowej (klasa 1220 budynki biurowe – grupa 122 budynki biurowe), sklepy i apteka (klasa 1230 budynki handlowo - usługowe – grupa 123 budynki handlowo -usługowe), biblioteka (klasa 1262 budynki muzeów i bibliotek -grupa 126 ogólnodostępne obiekty kulturalne, budynki o charakterze edukacyjnym, budynki szpitali i zakładów opieki medycznej oraz budynki kultury fizycznej), gabinet lekarski (klasa 1264 budynki szpitali i zakładów opieki medycznej – grupa 126 ogólnodostępne obiekty kulturalne, budynki o charakterze edukacyjnym, budynki szpitali i zakładów opieki medycznej oraz budynki kultury fizycznej).

Z powyżej wziętego przykładu z Rozporządzenia Rady Ministrów wynika, że większościowy udział w powierzchni do zaklasyfikowania ma zastosowanie gdy w jednym budynku realizuje się wiele niespójnych ze sobą celów to jest mieszkania, biuro kredytowe, sklep i apteka, biblioteka, gabinet lekarski.

Natomiast w spornym przykładzie chodzi o wyjaśnienie, czy w obiekcie przy ul.Ostrowskiej 504 mieści się magazyn, czy mieści się obiekt handlowo -usługowy. Bez znaczenia w tym wypadku ma proporcja powierzchni biurowej do pozostałej, ponieważ zarówno w budynkach handlowo -usługowych (123) , jak i w budynkach przemysłowych i magazynowych (125) znajdują się powierzchnie biurowe.

Dla rozstrzygnięcia spornej kwestii ma znaczenie czy obiekt przy ul. Ostrowskiej 504 w Poznaniu przeznaczony jest na magazyny, czy przeznaczony jest na handel i usługi.

W przedmiotowym zakresie zgromadzono następujące dowody:

1. wykaz do oferty Przystępującego, który podaje symbol PKOB 123 czyli budynek handlowo - usługowy,
2. referencja z 12.08.2008r. dla Przystępującego wystawiona przez właściciela obiektu, który podaje, że jest to budynek handlowo -usługowy o pow. powyżej 3.500m² wybudowany w latach 2007 - 2008.
3. referencja z 22.07.2008r.dla wykonawcy robót drogowych Jedynka Poznań wystawiona przez właściciela obiektu, który wskazuje na rozbudowę istniejącej hali magazynowej o kolejną nawę, bez wskazania daty realizacji inwestycji,
4. wydruk z internetu, bez daty, mówiący o tym, że Oddział Zachód Konig Stahl (Poznań) powstał w czerwcu 1997r., a zadaniem biura handlowego i magazynu zajmujących 3.353 m² jest obsługa klientów z województwa wielkopolskiego, zachodniopomorskiego,, lubuskiego i dolnośląskiego,
5. wydruk ze strony internetowej konsorcjanta Przystępującego (MAXISTAR) z referencjami, z której wynika, że w marcu 2005r. “ wykonanie, dostawa, montaż konstrukcji stalowej – rozbudowa magazynu -”Konig Stahl” Poznań,
6. opinia z dnia16.12.2008r. Kancelaria Lis,Mizera i Wspólnicy sp. z o.o. w Poznaniu opracowana przez mgr inż. Macieja Mizerę gdzie stwierdza się “Powyższy budynek według nas posiada oznaczenie w klasyfikacji PKOB – 125 (budynki przemysłowe i magazynowe) oraz stwierdza się “. Nieruchomości te są zabudowane – według kartoteki budynków- obiektem murowanym, o powierzchni zabudowy 6.971 m² i przemysłowym charakterze. Budynek wybudowany został w 1999r.i składa się z dwóch kondygnacji , jednej nadziemnej i jednej podziemnej” Dalej w opinii stwierdza się “Na podstawie wizji lokalnej można stwierdzić, iż budynek ten stanowi halę (produkcyjną lub magazynową)”
7. Oświadczenie na rozprawie Józefa W. Dyrektora MAXISTAR (konsorcjanta) Przystępującego, że budynek, który firma wykonywała ma charakter hurtowni stali, gdzie również dokonuje się usług w zakresie konfekcjonowania stali. Zaprzeczył, iż jest to obiekt o charakterze magazynowym, bowiem dokonuje się tam sprzedaży stali, ale oczywiście nie dla klienta detalicznego, tylko klienta hurtowego. Niemniej wystawia się tam faktury czyli ma charakter to sklepu. Nadmienił również, że jest długoletnim współpracownikiem Konig Stahl Sp. z o. o., również firma zakupuje stal do prowadzonych budów, dla robót wykonywanych na rzecz fabryki urządzeń górnictwa odkrywkowego, którą zakupuje MAXISTAR jako właściciel fabryki urządzeń górnictwa odkrywkowego.
8. Pełnomocnik Przystępującego radca prawny oświadczył, że obiekt ten ma charakter handlowo – usługowy i jako taki jest reklamowany w Internecie, Panorامية firm, w informacji przydrożnej, w gazetach.

9. Na zadane pytanie Dyrektorowi Józefowi W. czy podtrzymuje daty wykonania inwestycji podanej w ofercie, oświadczył, że inwestycja była faktycznie realizowana w latach 2007 i 2008, a poprzednio wykonywano konstrukcje stalowe dla Konig Stahl.

Skład orzekający Izby dokonując oceny zgromadzonego materiału w sprawie uznał, że Odwołujący nie przedstawił dowodów na poparcie stawianego zarzutu, że w obiekcie przy ul. Ostrowskiej 504 w Poznaniu nie jest prowadzona działalność handlowo-usługowa, a tym samym, że Wykaz w pozycji nr 2 Przystępującego i referencja wystawiona w dniu 12.08.2008r. nie są wiarygodne.

Bowiem z doświadczenia życiowego wynika, że prowadząc działalność handlowo - usługową można posiadać w jej kompleksie również magazyny zwłaszcza gdy prowadzi się handel hurtowy. Natomiast z dowodu przedstawionego, przez samego Odwołującego (wydruk ze strony internetowej KonigStahl) wynika, że zadaniem biura handlowego i magazynu Oddziału Zachód Konig Stahl (Poznań) jest obsługa klientów, czyli sprzedaż (handel), a nie magazynowanie. Z kolei dalsze dowody przedstawione przez Odwołującego, które mają świadczyć o tym, że przy ul.Ostrowskiej 504 są tylko magazyny dotyczą roku 2005 (wydruk strony internetowej MAXISTAR), albo nie wskazują daty realizacji inwestycji (referencja z dnia 22.07.2008r.).

Natomiast opinia przedstawiona przez Odwołującego jest niejednoznaczna, a wręcz zawiera sprzeczne ustalenia, ponieważ powołując się na dokonanie wizji lokalnej nie ustala, czy prowadzona jest działalność produkcyjna ,czy jest to magazyn, zawiera stwierdzenie – hala produkcyjna lub magazynowa. Tym bardziej niejednoznaczny brzmi wniosek końcowy opinii “według nas PKOB - 125” co wskazuje na brak obiektywnego, jednoznacznego - stwierdzenia co do rodzaju obiektu.

Reasumując Odwołujący nie przedstawił dowodów wskazujących na poparcie swoich twierdzeń.

Nie dopuszczenie dowodu z ewidencji nadzoru budowlanego podyktowane było również brakiem wykazania przeszkód przez Odwołującego w uzyskaniu informacji z nadzoru budowlanego, skoro Odwołujący posługiwał się profesjonalną Kancelarią z terenu Poznania, a przeszkody w uzyskaniu danych w jakikolwiek sposób nie uprawdopodobnił Odwołujący oraz nie wykazał podstawy prawnej dysponowania danymi PKOB przez nadzór budowlany dla przedmiotowego obiektu.

Odmowa przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego sądowego z zakresu budownictwa lądowego podyktowana była, stwierdzeniem przez Izbę, iż do określenia klasyfikacji obiektu nie są wymagane wiadomości specjalne.

Co do zarzutu nie odrzucenia oferty z powodu sprzeczności jej treści z treścią SIWZ oraz zawartymi błędami w obliczeniu ceny.

Zamawiający pismem z dnia 04.11.2008r. zawiadomił Przystępującego do postępowania odwoławczego (Wykonawcę wybranego) o dokonaniu poprawek w kosztorysie ofertowym na podstawie art.87 ust.2 pkt 3 ustawy.

W wyniku dokonanych poprawek cena oferty uległa zmianie w stosunku do ceny zawartej w ofercie w następujący sposób:

1. cena ofertowa wynosiła 28.684.090,13zł
2. po korekcie Zamawiającego cena wyniosła 28.682.690,71 zł.

Tak więc cena uległa obniżeniu o niespełna 1.400zł.

Na dokonane korekty w kosztorysie ofertowym, Przystępujący wyraził zgodę.

W ocenie Odwołującego dokonane korekty są niedopuszczalne w świetle znowelizowanej w tym zakresie ustawy, ponieważ powodują istotne zmiany w ofercie Przystępującego.

W szczególności Odwołujący podniósł, że dokonane poprawki dotyczą zmiany zakresu rzeczowego robót np. poprzez dopisanie w poszczególnych pozycjach kosztorysu w ich opisie słów "dostawa i montaż", a co dotyczyło dostawy pompy obiegowej gorącej wody.

Zamawiający, na rozprawie nie zgodził się z taką interpretacją, ponieważ w jego ocenie, przedmiar robót był jednym z elementów, który powinien być uwzględniony przy opisie przedmiotu zamówienia, bowiem opis przedmiotu zamówienia również jest zawarty w dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Zamawiający dokonując poprawek w opisie poszczególnych pozycji, doprowadził do zgodności kosztorysu z przedmiarem robót. Dla przykładu, iż ceny podane w poszczególnych pozycjach, mimo dokonanych poprawek obejmowały dostawę, Zamawiający przywołał pozycję 964 kosztorysu, dotyczącą pomp obiegowych wody gorącej, gdzie u innych wykonawców ceny były następujące : u Odwołującego 19. 064 zł., u innych wykonawców już od 8. 763 zł., a u Przystępującego 15. 884 zł., co w ocenie Zamawiającego mogło wskazywać na to, iż pozycja ta obejmowała również dostawę.

W pozostałym zakresie, dokonanych zmian w pozycjach opisowych kosztorysu, również Zamawiający uważa, że doprowadził tylko do zgodności oferty z SIWZ, a nie miało to istotnego wpływu na treść oferty.

Natomiast Odwołujący na rozprawie podtrzymał w tym zakresie swoje stanowisko, dodając, że będzie miało to znaczenie w rozliczeniach, z uwzględnieniem okoliczności iż wynagrodzenie jest kosztorysowe.

W ocenie Izby nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, ponieważ doprowadzenie do zgodności kosztorysu ofertowego z przedmiarem robót, właśnie zabezpieczy Zamawiającego przed jakimikolwiek dodatkowymi kosztami przy rozliczeniu, co mogło by wystąpić gdyby kosztorysu nie uzupełniono o brakujące zapisy o dostawie urządzeń.

Co do zmian dokonanych w zakresie ilościowym to jest w obmiarze robót, to zmiany dotyczyły dwóch pozycji kosztorysowych, w wyniku których wynagrodzenie uległo obniżeniu o kwotę ok.1400zł przy cenie ofertowej 28.684.090,13zł., co jest w ocenie Izby nieistotną zmianą treści oferty.

Izba oceniając dokonane poprawki w kosztorysie ofertowym, nie stwierdziła ich istotnego wpływu na treść oferty, w szczególności biorąc pod uwagę, że w formularzu ofertowym przystępujący oświadczył, że oferuje wykonanie zamówienia zgodnie z SIWZ. Z kolei zgodnie z SIWZ załączniki w postaci projektu wykonawczego, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (STWiOR) stanowią jej integralną część. W formularzu ofertowym zawarty jest zapis, że Przystępujący akceptuje postanowienia SIWZ w tym – wzór umowy, a w przypadku wyboru jego oferty, zobowiązuje się do zawarcia umowy na wyżej wymienionych warunkach. Wzór umowy w § 1 przewiduje, że szczegóły dotyczące przedmiotu umowy określają : dokumentacja projektowa, STWiOR , kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie przedmiaru robót, stanowiące integralną część umowy.

W tym stanie rzeczy, w ocenie Izby, Zamawiający był zobowiązany w myśl art.87 ust.2 pkt 3 ustawy, do poprawienia w ofercie niezgodności kosztorysu z przedmiarem robót. Natomiast zgoda Przystępującego na dokonane poprawki w kosztorysie ofertowym świadczy o wiarygodności jego oświadczenia w formularzu ofertowym, że zamierza wykonać zamówienie zgodnie z SIWZ. W przypadku odmowy, Zamawiający byłby zobowiązany odrzucić ofertę zgodnie z art.89 ust.1 pkt 7 ustawy. Tak więc nowelizacja ustawy nakłada na Zamawiającego w każdym przypadku stwierdzenia omyłki w ofercie obowiązek poprawienia omyłek, po rozważeniu czy te poprawki nie spowodują istotnych zmian w treści oferty.

Z uwagi na to, że bezspornym w sprawie jest, co strony również potwierdziły na rozprawie, że wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy, a rozliczenie będzie następowało na podstawie kosztorysów powykonawczych z uwzględnieniem ilości wykonanych robót oraz cen jednostkowych (wzór umowy), przy czym ceny jednostkowe wskutek dokonanych poprawek w poszczególnych pozycjach w kosztorysie, nie uległy zmianom, a usunięcie pomyłek w opisie pozycji kosztorysowych było niezbędne celem doprowadzenia do zgodności kosztorysu z przedmiarem, celem możliwości realizacji umowy zgodnie z SIWZ, do czego zobowiązał się Przystępujący w złożonym formularzu ofertowym .

Tym samym również w kontekście przyszłych rozliczeń dokonane zmiany można uznać za nie powodujące istotnych zmian w treści oferty.

Reasumując dokonane zmiany doprowadziły do zgodności treści oferty z treścią SIWZ nie powodując istotnych zmian w treści oferty.

Izba również nie uznała zarzutu Odwołującego, że stwierdzone omyłki w kosztorysie są błędami w obliczeniu ceny, bowiem zakwalifikowała je do innych omyłek nie powodujących istotnych zmian w treści oferty.

Podsumowując Izba oddaliła odwołanie nie stwierdzając naruszenia przez Zamawiającego art.7, art.24 ust.2 pkt 2 i 3, art.24 ust.1 pkt 10, art.87ust.2 i art. 89 ust.1 pkt 2 i 6 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono zgodnie z wynikiem sprawy, na podstawie art.191 ust. 6 i 7 ustawy.

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 **Świdnicy**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*