

Sygn. akt: KIO/UZP 142/09

**WYROK**  
**z dnia 18 lutego 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Członkowie: Sylwester Kuchnio  
Emil Kuriata**

**Protokolant: Dorota Witak**

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie\* w dniu ~~w dniach~~\* 17 lutego 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlane „Jack-Bud” Jacek Grabowski, ORLIKON Sp. z o.o., 60-681 Poznań, Os. B. Chrobrego paw. 110** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Murowana Goślina, 62-095 Murowana Goślina, ul. Poznańska 18** protestu ~~protestów~~\* z dnia 19 stycznia 2009 r.

przy udziale **Konsorcjum firm: POSBAU S.A. Budownictwo Uprzemysłowione, P.U.B. MARKHEN+ 60-171 Poznań, ul. Żmigrodzka 41/49** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlane „Jack-Bud” Jacek Grabowski, ORLIKON Sp. z o.o., 60-681 Poznań, Os. B. Chrobrego paw. 110**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlane „Jack-Bud” Jacek Grabowski, ORLIKON Sp. z o.o., 60-681 Poznań, Os. B. Chrobrego paw. 110;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx;
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlane „Jack-Bud” Jacek Grabowski, ORLIKON Sp. z o.o., 60-681 Poznań, Os. B. Chrobrego paw. 110.**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający Urząd Miasta i Gminy Murowana Goślina, ul. Poznańska 18, 62-095 Murowana Goślina wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na robotę budowlaną pn: „Budowa hali widowiskowo-sportowej w Murowanej Goślinie – etap I i II”. Ogłoszenie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z 01.09.2008 r. Nr 206312. Wartość zamówienia została oszacowana na 11 225 409,83 zł = 2 895 310,88 euro.

**06.11.2008 r.** zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej, jako odpowiedź na jedno z pytań wykonawców wykaz aktualnie obowiązujących kosztorysów.

**22.12.2008 r.** (wykonawca konsorcjum Jack-Bud otrzymał pismo 05.01.2009 r.) zamawiający wystosował do wykonawców informację o poprawie omyłek, na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505), zwanej dalej w skrócie „Pzp”.

**06.01.2009 r.** wykonawca konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowlane Jack-Bud Jacek Grafowski, Poznań i ORLIKON sp. z o.o., Poznań nie wyraził zgody na poprawienie omyłki

polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zwaną dalej specyfikacją.

**12.01.2009 r.** zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty, którą złożył wykonawca konsorcjum POSBAU S.A., Poznań i PUB MARKHEN, Tarnowo Podgórne. Jednocześnie zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty wykonawcy konsorcjum Jack-Bud, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp:

- 1) brak w pozycji nr 260 w przedmiarze elektrycznym – I etap – kabel współosiowy RG 59/U wraz z ułożeniem 2987 m; zamawiający w modyfikacji z 06.11.2008 r. dodał tę pozycję;
- 2) ponadto zamawiający poinformował, że wykonawca ten nie wyraził zgodny na poprawienie omyłki w kosztorysie ofertowym branża budowlana – etap I:
  - a) poz. 10 jest 77 703,575 kg, a powinno być 89 239,345 kg, zgodnie z modyfikacją z 05.11.2008 r.
  - b) poz. 163 jest wyposażenie boiska do siatkówki, a powinno być wyposażenie boiska do koszykówki.

Również zamawiający powiadomił, że nie wezwał wykonawcy konsorcjum Jack-Bud do uzupełnienia oferty, o dokumenty, których wykonawca ten nie załączył do oferty, gdyż mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, co jest zgodne z art. 26 ust. 3 Pzp. Dokumentami tymi były:

- 1) wykaz wykonanych robót wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że roboty te zostały wykonane należycie o powierzchni minimum 1 500 m<sup>2</sup> i wartości minimum 5 000 000 zł brutto;
- 2) polisa ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej na sumę nie mniejszą niż 1 000 000 zł;
- 3) informacja z banku o posiadaniu kwoty lub zdolności kredytowej na minimum 2 000 000 zł.

**19.01.2009 r.** wykonawca konsorcjum Jack-Bud złożył protest na czynności zamawiającego polegające na:

- 1) wyborze i nie odrzuceniu oferty wykonawcy konsorcjum POSBAU S.A.;
- 2) nie odrzuceniu oferty wykonawcy SKANSKA S.A., Warszawa;
- 3) nie odrzuceniu oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Bolesław Spochacz, Środa Wlkp.;
- 4) odrzuceniu oferty protestującego.

Przystępujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

12.01.2009 r. otrzymał od zamawiającego powiadomienie o wyborze i odrzuceniu ofert w postępowaniu na budowę hali widowiskowo-sportowej w Murowanej Gościnie – etap I i II. Za najkorzystniejszą ofertę została wybrana oferta wykonawcy konsorcjum POSBAU S.A. Ponadto zamawiający nie odrzucił oferty wykonawców: SKANSKA S.A. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Bolesław Spochacz, Środa Wlkp.

W związku z bardzo dużą liczbą modyfikacji specyfikacji, jakie Zamawiający zamieszczał na swojej stronie internetowej, przed terminem składania ofert, w dniu 04.11.2008 r. protestujący zadał zamawiającemu pytanie następującej treści: „W związku z bardzo dużą ilością zmian i modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia proszę o przedstawienie zestawienia obowiązujących kosztorysów do oferty, wraz z podaniem dat ich zamieszczenia i modyfikacji na stronie internetowej zamawiającego.”.

Reakcją zamawiającego na to zapytanie było zamieszczenie na jego stronie internetowej w dniu 06.11.2008 r. i 07.11.2008 r., w dziale MODYFIKACJA SPECYFIKACJI, pliku o nazwie PRZETARG AKTUALNE PRZEDMIARY DOKUMENTACJA. Plik ten zawiera, poza specyfikacjami technicznymi i projektem, przedmiary robót, które należało wypełnić i załączyć do oferty. Protestujący te przedmiary, które zamawiający zamieścił na stronie internetowej nazywając je aktualnymi, wypełnił i załączył do oferty.

22.12.2008 r. zamawiający wystosował pismo, informujące o poprawieniu omyłek w ofercie protestującego. Protestujący na poprawienie dwóch nieistotnych, pisarskich błędów wyraził zgodę, ponieważ faktycznie była niezgodność co do treści przedmiaru robót. Natomiast protestujący nie wyraził zgody na poprawienie trzech omyłek, ponieważ protestujący stwierdził, że takich omyłek w swojej ofercie nie miał, a kosztorys ofertowy był wypełniony zgodnie z przedmiarami robót zamieszczonymi na stronie internetowej zamawiającego w dniu 07.11.2008 r.

Dlatego oferta złożona przez protestującego jest ofertą zgodną z treścią specyfikacji. Protestujący podkreśla, że zamawiający tak zmodyfikował treść specyfikacji 07.11.2008 r., że dla ważności oferty należało zamieścić wypełnione przedmiary robót, które w tym dniu zamieścił zamawiający na stronie internetowej.

Odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp podlegają oferty wykonawców: (1) konsorcjum POSBAU S.A., (2) SKANSKA S.A. i (3) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Bolesław Spochacz, Środa Wlkp. Ponieważ treść ich ofert nie odpowiada treści specyfikacji. Wykonawcy ci zamieścili kosztorysy ofertowe niezgodne z przedmiarami przedstawionymi przez zamawiającego w dniu 07.11.2008 r.

Protestujący przedstawił niezgodności kosztorysów ofertowych w stosunku do przedmiarów robót:

1) wykonawca konsorcjum POSBAU S.A.:

a) kosztorys budowlany poz. 10: jest 89239,345 kg, winno być: 77703,575 kg,

- b) kosztorys elektryczny ETAP I: w kosztorysie jest dodatkowa pozycja: kabel współosiowy RG59/U wraz z ułożeniem, natomiast w przedmiarze robót z dnia 07.11.2008 r. nie ma takiej pozycji;
- 2) wykonawca SKANSKA S.A.:
- a) kosztorys budowlany poz. 10: jest 89239,345 kg, winno być: 77703,575 kg,
  - b) kosztorys elektryczny ETAP I: w kosztorysie jest dodatkowa pozycja: kabel współosiowy RG59/U wraz z ułożeniem, natomiast w przedmiarze robót z dnia 07.11.2008 r. nie ma takiej pozycji;
- 3) wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Bolesław Spochacz, Środa Wlkp.:
- a) kosztorys budowlany poz. 10: jest 89239,345 kg, winno być: 77703,575 kg,
  - b) kosztorys elektryczny ETAP I: w kosztorysie jest dodatkowa pozycja: kabel współosiowy RG59/U wraz z ułożeniem, natomiast w przedmiarze robót z dnia 07.11.2008 r. nie ma takiej pozycji.

Zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców: (1) konsorcjum POSBAU S.A., (2) SKANSKA S.A. i (3) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Bolesław Spochacz, oraz odrzucenie oferty protestującego uniemożliwia protestującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia i tym samym narusza interes prawny protestującego.

Protestujący wniósł:

- 1) o unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na:
  - a) wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy konsorcjum POSBAU S.A.,
  - b) odrzuceniu oferty wykonawcy konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowlane JACK-BUD
- 2) o ponowne dokonanie czynności zamawiającego polegającej na:
  - a) sprawdzeniu ofert złożonych przez wykonawców: (1) konsorcjum POSBAU S.A., (2) SKANSKA S.A. i (3) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Bolesław Spochacz i odrzuceniu tych ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż treść tych ofert nie odpowiada treści specyfikacji,
  - b) wybraniu oferty protestującego, jako oferty najkorzystniejszej.

**20.01.2009 r.** zamawiający powiadomił o wniesieniu protestu.

**23.01.2009 r.** wykonawca POSBAU S.A. przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu z dnia 19.01.2009 r.

Przystępujący stwierdził, że zamawiający po dacie, 04.11.2008 r. dokonał jeszcze trzech modyfikacji specyfikacji w dniu 5 – jednej i w dniu 6 listopada – dwóch. Modyfikacje te należało uwzględnić w ofercie.

**27.01.2009 r.** zamawiający oddalił protest stwierdzając że 06.11.208 r. zamawiający, w odpowiedzi na pytanie protestującego z 05.11.2008 r., zamieścił na swojej stronie internetowej zestawienie obowiązujących przedmiarów robót wraz z datami ich zamieszczenia i modyfikacji na stronie.

W tym samym piśmie w odpowiedzi na pytanie nr 6 Zamawiający dodał pozycję nr 260 do przedmiaru elektrycznego etap I o nazwie: Kabel wraz z ułożeniem; przedmiar 2987 mb, informując wykonawców zainteresowanych wzięciem udziału w postępowaniu aby informacje zawarte ww. piśmie uwzględnili przy tworzeniu oferty przetargowej traktując je jako ważne i wiążące.

W ramach modyfikacji z 05.11.2008 r. zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 1 z 04.11.2008 r. zwiększył liczbę prętów zawartą w uzupełnionym zestawieniu stali z 77 703,575 kg na 89 239,345 kg.

Zamawiający w ramach modyfikacji treści specyfikacji zamieszczał pisma z odpowiedziami na pytania a także przedmiary robót, projekt techniczny podkreślając za każdym razem, że informacje zawarte w przytoczonych załącznikach należy uwzględnić przy sporządzaniu oferty.

Zgodnie z pkt 16.5 i 16.6 specyfikacji wykonawca za zgodą zamawiającego mógł dokonać zmian w przekazanym przedmiarze robót (np. dopisywania pozycji, zmiany ilości robót, zmiany opisów itp.), Jeżeli w wyniku dokonanej przez siebie analizy i obliczenia ilości robót uznał je za niewłaściwe, to zmiany ilości robót wykonawca mógł dochodzić w ramach procedury pytań, zgodnie z art. 38 ust. 1 Pzp. Zasady wyjaśnienia treści specyfikacji zostały określone w pkt 18 specyfikacji.

W przypadku stwierdzenia braku danych w dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, wykonawca powinien zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie.

Oferty złożone przez wykonawców: (1) konsorcjum POSBAU S.A., (2) Skanska S.A. i (3) Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Bolesław Spochacz zawierały wymagane przez zamawiającego modyfikacje.

**03.02.2009 r.** wykonawca konsorcjum Jack-Bud wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu.

Odwołujący pismem z dnia 19 stycznia 2009 r. złożył protest na nieprawie czynności Zamawiającego dokonane w wyżej wymienionym postępowaniu. Protest dotyczył naruszenia przez Zamawiającego zasad udzielania zamówień publicznych – zasady trybu podstawowego i zasady uczciwej konkurencji przez wykonanie wadliwych czynności skutkujących odrzuceniem oferty odwołującego i wadliwym wynikiem postępowania oraz uniemożliwieniem odwołującemu pozyskania zamówienia publicznego.

Pismem z 27.01.2009 r. otrzymanym przez odwołującego 29.01.2009 r. zamawiający przekazał rozstrzygnięcie protestu, oddalając go w całości.

Wobec takiej sytuacji odwołujący podtrzymuje wskazany zarzut na czynności zamawiającego podjęte w toku postępowania przetargowego zawarte w proteście, a mianowicie:

- 1) odrzuceniu oferty odwołującego co skutkowało dalszymi wadliwymi czynnościami;
- 2) wyborze i nie odrzuceniu oferty wykonawcy POSBAU S.A.;
- 3) nie odrzuceniu oferty wykonawcy SKANSKA S.A.;
- 4) nie dorzuceniu oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Bolesław Spochacz.

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Słowo "aktualne" stanowi o ostatnim kształcie przedmiarów robót i jego taka interpretacja nie może budzić żadnych wątpliwości prawnych. Zamawiający, jeżeli rozumie to słowo inaczej, to na etapie przed złożeniem ofert, to celowo wprowadził w błąd odwołującego i uniemożliwił złożenie poprawnej oferty.

Wskazane wyżej czynności zamawiającego naruszyły interes odwołującego.

Zamawiający w toku postępowania tego zamówienia publicznego zaniechaniem i swoimi wadliwymi czynnościami, naruszył przepisy ustawy, co narusza zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania stron postępowania. Powyższe uniemożliwia tym samym odwołującemu pozyskanie tego zamówienia publicznego.

**13.02.2009 r.** zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie.

**16.02.2009 r.** wykonawca konsorcjum POSBAU S.A. złożył przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody z oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i przystępującego.**

W wyniku przeprowadzonego postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Skład orzekający Izby uznał, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i oddala je w całości.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia ofert wykonawcy konsorcjum (1) POSBAU S.A., (2) wykonawcy SKANSKA S.A. i (3) wykonawcy PW Bolesław Spochacz oraz odrzucenia oferty odwołującego z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, skład orzekający Izby stwierdził, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i w związku z tym odwołanie w tym zakresie podlega oddaleniu.

Odwołujący stwierdził, że oferty ww. wykonawców podlegają odrzuceniu, ponieważ ich treść nie odpowiada treści specyfikacji. Zdaniem odwołującego w swoich ofertach ww. wykonawcy zamieścili kosztorysy ofertowe niezgodne z przedmiarami przedstawionymi przez zamawiającego w dniu 07.11.2008 r.

Zamawiający w wyjaśnieniach na pytanie zadane 4 listopada 2008 r., w dniach 6 i 7 listopada 2008 r. poinformował o aktualnych modyfikacjach specyfikacji. Jednak kosztorysy nie mogą odbiegać od opisu przedmiotu i były zmieniane w trakcie modyfikacji przedmiotu zamówienia, aby te dokumenty współgrały ze sobą. Ponadto wykonawcy muszą brać pod uwagę wszystkie pisma, które zostały wystosowane przez zamawiającego. Należy podkreślić, że zamawiający nie odwoływał żadnego dokumentu podczas dokonywania modyfikacji specyfikacji. Jednocześnie w zestawieniu modyfikacji, stanowiącym odpowiedź na pytanie z 4 listopada 2008 r. znalazła się informacja o modyfikacji treści z 5 listopada 2008 r. „Zestawienia zbrojenia słupów”. Informacja ta również znalazła się na stronie internetowej zamawiającego. Natomiast w piśmie z 5 listopada 2008 r. znalazły się informacje o kablu współosiowym, gdyż było to pismo przygotowane na bieżąco, na późniejsze pytanie.

Dlatego każdy z wykonawców składających oferty powinien wziąć pod uwagę całą treść wszystkich pism zamawiającego, zwłaszcza aby nie było rozbieżności między opisem przedmiotu zamówienia i kosztorysami ślepych czy przedmiarami, a w konsekwencji aby treść oferty w pełni odpowiadała treści specyfikacji.

Takiego końcowego zestawienia pism zamawiającego nie dokonał tylko odwołujący i ponadto – mimo właściwego zawiadomienia wystosowanego przez zamawiającego – nie wyraził zgody na poprawienie omyłki w swojej ofercie, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W związku z tym zamawiający był obowiązany zastosować się do dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i odrzucić ofertę odwołującego.

Zamawiający nie mógł zgodnie z prawem zastosować art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i w związku z powyższym nie odrzucał 3 kwestionowanych ofert pozostałych 3 wykonawców i właściwie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty spośród tych 3 nieodrzuconych ofert.

Skład orzekający Izby nie stwierdził naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i dlatego odwołanie podlega oddaleniu.



W zakresie zarzutu dokonania wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy konsorcjum POSBAU S.A., skład orzekający Izby stwierdził, że zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych i w związku z tym odwołanie w tym zakresie podlega oddaleniu.

Zamawiający nie miał prawa, jak wspomniano wyżej, odrzucić 3 kwestionowanych ofert, gdyż spełniały one wymagania postawione w specyfikacji przez zamawiającego. W związku, z tym zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp, zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji. Ofertą tą była oferta wykonawcy konsorcjum POSBAU S.A. W związku z tym, że zamawiający nie naruszył przepisów art. 91 ust. 1 Pzp skład orzekający Izby stwierdza, że odwołanie podlega w tym zakresie oddaleniu.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający nie naruszył żadnych przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych w granicach kwestionowanych przez odwołującego i wobec tego odwołanie podlega oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505) na niniejszy wyrok ~~postanowienie~~\* – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*