

Sygn. akt: KIO/UZP 629/09

**POSTANOWIENIE**

**z dnia 25 maja 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Luiza Łamejko</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Emil Kuriata</b> <b>Anna Majstrowicz</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Dorota Witak</b>

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 25 maja 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **REBUD Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o., Mogilno, ul. Przemysłowa 2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Gniezno, Gniezno, ul. Lecha 6** protestu z dnia 22 kwietnia 2009 r.

przy udziale **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Kompleksowej Obsługi Budownictwa „Wegner”, Trzemeszno, ul. Dąbrowskiego 29 i Przedsiębiorstwo Budowlane Wiktor Walkowiak, Wągrowiec, ul. Wierzbowa 1** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Odrzuca odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża REBUD Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o., Mogilno, ul. Przemysłowa 2 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 **REBUD Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o., Mogilno, ul. Przemysłowa 2,**
- 2) 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 **REBUD Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o., Mogilno, ul. Przemysłowa 2.**

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

Zamawiający, tj. Miasto Gniezno prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę budynku mieszkalnego wielorodzinnego generującego mieszkania socjalne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 lutego 2009 r. pod numerem 44600-2009.

Pismem z dnia 16 kwietnia 2009 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Kompleksowej Obsługi Budownictwa WEGNER Sp. j. i Przedsiębiorstwo Budowlane Wiktor Walkowiak oraz o odrzuceniu oferty Wykonawcy REBUD Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą Pzp wskazując na błędy popełnione w następujących pozycjach złożonego kosztorysu:

- a) Roboty budowlane: poz. 82, 86, 99, 131, 200, 204, 245,
- b) Instalacje elektryczne i teletechniczne: poz. 19, 55, 71,
- c) Instalacja wodno – kanalizacyjna: poz. 9,
- d) Zagospodarowanie terenu: poz. 19, 77, 78,
- e) Przyłącze kanalizacji deszczowej: poz. 19,
- f) Oświetlenie terenu: poz. 10,
- g) Przyłącze wodno – kanalizacyjne: poz. 8, brak pozycji z przedmiaru – zasuwę żeliwne klinowe 1 kpl, poz. 14, poz. 28.

Wobec czynności badania i oceny ofert protest wniósł w dniu 23 kwietnia 2009 r. (pismem z dnia 22 kwietnia 2009 r.) Wykonawca REDBUD Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o. zwany dalej Odwołującym zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt.3 w zw. z art. 22 ust.1 pkt.2 , art. 24 ust.1 pkt. 10, art. 24 ust. 4, art. 86 ust. 3 i 4, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z odrzuceniem oferty Odwołującego oraz zaniechaniem czynności wykluczenia Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Kompleksowej Obsługi Budownictwa WEHNER Sp. j. i Przedsiębiorstwo Budowlane Wiktor Walkowiak i odrzucenia jego oferty na podstawie 89 ust. 1 pkt.2 i 5 ustawy Pzp, pomimo nie potwierdzenia przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający nie podał bezpośrednio przed terminem otwarcia ofert kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia. Zarzucił także, że przed terminem otwarcia ofert podał, że wpłynęło do niego 5 wadiumów oraz 7 ofert, z czego wynika, jak wskazał Odwołujący, że 2 oferty nie powinny być dopuszczone do udziału w postępowaniu, zgodnie z pkt. 7 ust. 7.1 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Mimo to, Zamawiający otworzył i odczytał wszystkie 7 ofert tym samym uwzględniając je w postępowaniu.

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż w trakcie odczytywania złożonych ofert Zamawiający wymienił jako piątego Wykonawcę Przedsiębiorstwo Kompleksowej Obsługi Budownictwa „Wegner” Sp.j., tymczasem w piśmie z dnia 16 kwietnia 2009 r. poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Kompleksowej Obsługi Budownictwa „Wegner” Sp.j. i Przedsiębiorstwo Budowlane Wiktor Walkowiak, co wyraźnie wskazuje, zdaniem Odwołującego, na zmianę treści oferty w trakcie postępowania. Ponadto, jak wskazał Odwołujący, w wykazie wadiumów z dnia 1 kwietnia 2009 r. godz. 10:01 figuruje wadium udzielone Przedsiębiorstwu Kompleksowej Obsługi Budownictwa „Wegner” Sp. j., z czego wprost wynika, że oferta ww. Konsorcjum nie jest zabezpieczona wadium i powinna być wykluczona zgodnie z pkt. 7 ust. 1 pkt. 2 SIWZ.

Odwołujący dalej podniósł, iż wadium nie zostało zdeponowane przed upływem terminu składania ofert w pokoju nr 3 Urzędu Miasta Gniezno. Oryginał gwarancji ubezpieczeniowej nr GWo/629/09-081 został dołączony do oferty, a jako Wykonawcę wskazano w niej Przedsiębiorstwo Kompleksowej Obsługi Budownictwa „Wegner” Sp. j.

Odnosząc się do zarzutu nie spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Przedsiębiorstwo Kompleksowej Obsługi Budownictwa „Wegner” Sp.j. Odwołujący stwierdził, iż z jego ustaleń wynika, że:

1. żadna z piętnastu wykazanych przez ww. Wykonawcę robót nie spełnia wymogów Specyfikacji i nie odpowiada rodzajowi oraz wartości przedmiotu zamówienia. Referencja nr

7 dotycząca „Budynku mieszkalnego wielorodzinnego socjalnego z 36 mieszkaniami” podpisana przez Prezesa Zarządu Trzemeszeńskiej Spółdzielni Mieszkaniowej oraz Zastępcę Burmistrza Miasta i Gminy Trzemeszno nie odpowiada rzeczywistości, gdyż faktycznie realizowane były dwa budynki 12 i 24 rodzinne. Odwołujący rozważał, iż jeżeli przyjąć za prawdziwą wartość robót podaną w referencji tj. kwotę 1 310 094,00 zł. brutto, to kwota ta w żaden sposób nie odnosi się do przedmiotu zamówienia i nie jest porównywalna z przedmiotem zamówienia. Z powyższego wynika, zdaniem Odwołującego, że budynek 12 rodzinny był realizowany dla Spółdzielni Mieszkaniowej Trzemeszno jako oddzielne zadanie, a jego wartość nie przekroczyła kwoty 450 000,00 zł. brutto (w przetargu tym uczestniczył Odwołujący). Z kolei budynek 24 rodzinny był budowany kilka miesięcy później dla Urzędu Miasta i Gminy Trzemeszno i jego wartość nie przekroczyła kwoty 950 000,00 zł. brutto (w tym postępowaniu Odwołujący nie uczestniczył). Odwołujący zarzucił Przedsiębiorstwu Kompleksowej Obsługi Budownictwa „Wegner” Sp. j. manipulację faktami i poświadczenie nieprawdy.

2. żadna z czterech dołączonych do oferty Przedsiębiorstwa Budowlanego Wiktor Walkowiak referencji nie odpowiada treści Specyfikacji, gdyż załączona referencja nr 2 pochodzi od Wspólnoty Mieszkaniowej Nieruchomości „Wróblewskiego 1” Zarządcy Nieruchomości, podczas gdy Inwestorem i Wykonawcą przedmiotowego budynku było Przedsiębiorstwo Budowlane Wiktor Walkowiak. Z powyższego wynika, zdaniem Odwołującego, że Wspólnota Mieszkaniowa nie była uczestnikiem procesu inwestycyjnego i nie jest w stanie ocenić jego przebiegu, postępu prac, współpracy z Inwestorem, co w głównej mierze mają potwierdzić załączone referencje. Wartość zrealizowanego przez Przedsiębiorstwo Budowlane Wiktor Walkowiak obiektu w kwocie 2 800 000,00 zł. jest o prawie 50% niższa od wartości przedmiotu zamówienia, co trudno uznać za porównywalne.

Odwołujący podniósł także, że oferta Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Kompleksowej Obsługi Budownictwa „Wegner” Sp.j. i Przedsiębiorstwo Budowlane Wiktor Walkowiak została podpisana przez trzy różne osoby, co stanowi naruszenie pkt.5.3 Specyfikacji.

Wobec powyższego Odwołujący przyjął, iż Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Kompleksowej Obsługi Budownictwa „Wegner” Sp.j. i Przedsiębiorstwo Budowlane Wiktor Walkowiak nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt. 10 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest wykluczyć tego Wykonawcę z postępowania.

W zakresie złożonej przez siebie oferty Odwołujący wywiódł, iż spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta nie podlega odrzuceniu. Odwołujący wskazał

na treść pkt 9.4.2. Specyfikacji, zgodnie z którym „zastosowane w przedmiarze podstawy katalogowe KNR są odwzorowaniem zakresu prac a normy nakładów w nich zawarte nie są obligatoryjne do dokonania wyceny”, co zdaniem Odwołującego prowadzi do wniosku, iż Zamawiający nie był uprawniony do porównywania załączonych do oferty kosztorysów. Zwrócił uwagę, że Zamawiający oczekiwał podania ceny ryczałtowej, uwzględniającej wszystkie czynniki cenotwórcze, w tym podatki, stosowne opłaty, narzuty oraz koszty związane z dostawą wody i energii elektrycznej. Jako podstawę skalkulowania ceny Zamawiający wskazał, poza przedmiarem robót (który stanowi element pomocniczy każdej dokumentacji), przede wszystkim dokumentację projektową oraz Specyfikacją Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych. Jak stwierdził Odwołujący, Zamawiający nie przedstawił oświadczenia o zgodności przedmiaru robót z dokumentacją projektową cedując tym samym odpowiedzialność i ryzyko za wybór podstawy wyceny i dokumentów do jej opracowania na Wykonawcę. Zamawiający nie podał również, jak podniósł Odwołujący, iż w przypadku rozbieżności pomiędzy przedmiarem a dokumentacją projektową uwzględni roszczenie Wykonawcy o zwiększenie wynagrodzenia.

Odwołujący oświadczył, iż zaoferował cały zakres robót, który został poprawnie wyceniony.

Odwołujący wniósł o:

- uznanie oferty Odwołującego za ważną i przywrócenie jej do postępowania,
- powtórzenie czynności oceny ofert i w jej wyniku odrzucenie oferty Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Kompleksowej Obsługi Budownictwa „Wegner” Sp.j. i Przedsiębiorstwo Budowlane Wiktor Walkowiak,
- wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 4 maja 2009 r. (pismem z dnia 30 kwietnia 2009 r.) przez jego oddalenie.

W uzasadnieniu Zamawiający stwierdził, iż:

1. podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na realizację zadania w roku 2009, która ma pokrycie w budżecie Miasta Gniezna, pozostała kwota na 2010 rok będzie wynikała z ceny oferty, która zostanie wybrana przez Zamawiającego, o czym zostali poinformowani Wykonawcy obecni na otwarciu ofert. Zamawiający wyjaśnił, iż przedmiotowe zamówienie przewidziane jest do realizacji w cyklu dwuletnim. Wskazał, iż na podstawie art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. e ustawy z dnia 8 marca 1990r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz.U. z 2001 r. Nr 142 poz. 1591 ze późn. zm.), do wyłącznej właściwości Rady Gminy należy podejmowanie uchwał w sprawach Gminy przekraczających zakres zwykłego zarządu, dotyczących zobowiązań w zakresie podejmowania inwestycji i remontów o wartości przekraczającej granicę ustaloną

corocznie przez Radę Gminy. Zgodnie z ww. artykułem, po dokonaniu wyboru Wykonawcy, Zamawiający przedstawia uchwałę w sprawie wyrażenia zgody na zaciągnięcie przez Prezydenta Miasta Gniezna zobowiązania finansowego, wykraczającego poza obowiązujący budżet. Powyższe stanowisko wynika z zaleceń pokontrolnych Regionalnej Izby Obrachunkowej.

2. na podstawie informacji uzyskanych od pracownika Wydziału Finansowego Urzędu, jak również dokumentów załączonych do poszczególnych ofert Zamawiający powziął wiadomość, że wszystkie oferty zostały zabezpieczone wadium w sposób poprawny. Ponadto oświadczył, iż na każdym dokumencie zdeponowanym u Zamawiającego widnieje podpis oraz parafka osoby przyjmującej. W jego ocenie, merytorycznie niepoprawnym jest identyfikowanie godziny wykonania wydruku z godziną wpływu dokumentu wadialnego. Wskazał, iż w dokumentacji przetargowej udostępnionej Odwołującemu znajdowały się dwa wydruki, których godzina sporządzenia wynika ze sposobu przekazywania informacji przez Bank Ochrony Środowiska S.A. Oddział Gniezno, obsługujący Zamawiającego. Odnosząc się do zarzutu otwarcia ofert, co do których może zaistnieć prawdopodobieństwo nie wniesienia wadium, Zamawiający przyjął domniemanie zawarcia ww. dokumentu w ofercie, co w sposób wystarczający stanowi jej zabezpieczenie, bowiem świadczy o wniesieniu wadium do upływu terminu składania ofert.

3. podczas otwarcia ofert podane zostały wystarczające informacje do zidentyfikowania Wykonawcy składającego ofertę tj. poinformowano o fakcie złożenia oferty przez Konsorcjum reprezentowane przez Lidera - Przedsiębiorstwo Kompleksowej Obsługi Budownictwa „Wegner” Sp.j. Fakt istnienia drugiej firmy jest przy stwierdzeniu złożenia oferty przez Konsorcjum oczywisty i w żaden sposób nie wpływa na treść oferty. Stwierdził, iż nie określił w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia szczególnych zasad wnoszenia wadium w postaci gwarancji. Nie wymagał również, aby wykonawcy składający wspólną ofertę wnosili wspólnie wadium. Zamawiający zwrócił również uwagę na treść art. 23 ust. 1-3 ustawy Pzp, powołując się także na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 marca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 223/08; KIO/UZP 231/08). Dodał, iż zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, wykonawcę wyklucza się z postępowania, jeżeli nie wniesie wadium. W omawianym przypadku, jak stwierdził Zamawiający, sytuacja taka nie miała miejsca - gwarancja ubezpieczeniowa Konsorcjum została dołączona do oferty, którą złożono w siedzibie Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert. Wadium było więc w posiadaniu Zamawiającego przed określonym w Specyfikacji terminem, nie można zatem mówić, że wadium nie było wniesione. Z faktu, że było ono złożone w inny sposób niż opisany w Specyfikacji nie można, zdaniem Zamawiającego, wyprowadzić tezy o braku wniesienia wadium, co potwierdza wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 20 czerwca 2007 r. (sygn. akt UZP/ZO/0-690/07).

4. zgodnie z art. 23 ust. 3 ustawy Pzp, każdy z członków konsorcjum jest traktowany jak wykonawca, z tą różnicą, że członkowie konsorcjum składają wspólną ofertę, a obowiązek spełniania warunków udziału odnosi się do konsorcjum jako całości, a nie do poszczególnych członków konsorcjum. Taka regulacja, zdaniem Zamawiającego, uwzględnia istotę konsorcjum, które jest zawierany przez przedsiębiorców *ad hoc* porozumieniem celowym. Zamawiający przywołał w tym miejscu wyrok KIO z dnia 31 marca 2008 r. (sygn. akt: KIO/UZP 223/08, KIO/UZP 231/08) oraz wyrok z dnia 18 stycznia 2008 r. (sygn. KIO/UZP 86/08). Zamawiający oświadczył, iż jego intencją było umożliwienie sumowania potencjału wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W ocenie Zamawiającego, Przedsiębiorstwo Budowlane Wiktor Walkowiak wykazało się wymaganym doświadczeniem - budowa budynku mieszkalnego wielorodzinnego w Wągrowcu. Jako dokumenty potwierdzające należyte wykonanie tych prac Konsorcjum załączyło Zaświadczenie Starostwa Powiatowego - Wydziału Architektury i Budownictwa w Wągrowcu oraz Decyzję Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego. Z dokumentów tych wynika, zdaniem Zamawiającego, że Przedsiębiorstwo Budowlane Wiktor Walkowiak, będąc inwestorem, otrzymało pozwolenie na budowę oraz w oparciu o sporządzoną dokumentację wykonało budynek wielorodzinny z 24 mieszkaniami, a także uzyskało pozytywną opinię Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego w Wągrowcu. Jednocześnie fakt prawidłowego zachowania się obiektu podczas eksploatacji potwierdził użytkownik obiektu -Wspólnota Mieszkaniowa. Zamawiający oświadczył, iż dokonał oceny doświadczenia zawodowego zgodnie z §1 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2007 r. Nr 187, poz. 1327 z późn. zm.). W opinii Zamawiającego, wystarczającym dla celu wyłonienia Wykonawcy posiadającego doświadczenie wymagane w Specyfikacji jest wykazanie się przez Wykonawcę realizacją budynku z min. 20 mieszkaniami. Do tak zdefiniowanego zakresu zamówienia należało odnieść wartość wykonanych zadań. Zakres ten gwarantuje doświadczenie w wykonawstwie tego typu konstrukcji budowlanych oraz nie ogranicza rynku Wykonawców, zabezpieczając jednocześnie w sposób dostateczny interes Zamawiającego.

5. Zamawiający wskazał na pkt 9.1. Specyfikacji jednocześnie wywodząc, iż oferta podpisana została w opinii Zamawiającego w sposób prawnie zobowiązujący Wykonawcę. Każdy z dokumentów został podpisany przez osobę właściwą do złożenia danego oświadczenia lub dokumentu. Oferta złożona przez Konsorcjum zawiązane przez Przedsiębiorstwo Kompleksowej Obsługi Budownictwa „Wegner” Sp.j. i Przedsiębiorstwo Budowlane Wiktor Walkowiak zawierała pełnomocnictwo dla pana Pawła Wegnera. Ponadto Zamawiający w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę do uzupełnienia

pełnomocnictwa dla Pana Bartosza Moskala, którego podpisy widnieją na dokumentach załączonych do oferty. Dla ważności złożonego dokumentu wystarczającym jest złożenie czytelnego podpisu, bądź też opatrzenie go pieczętą imienną i podpisem. Wobec powyższego formularz ofertowy, stanowiący Załącznik nr 1 do Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zawierający zobowiązanie Konsorcjum dotyczące oferowanej ceny, terminu realizacji, warunków płatności, okresu rękojmi, został podpisany przez obydwu członków Konsorcjum.

6. Zgodnie z pkt 9.4.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia do oferty należało dołączyć kosztorys ofertowy sporządzony na własny koszt w oparciu o przekazane przez Zamawiającego przedmiary robót, dokumentację projektową i specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych oraz postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednocześnie w Specyfikacji wskazano, że wszelkie nazwy własne podane zostały przykładowo w celu wskazania minimalnych wymagań technicznych i użytkowych oraz że podane podstawy katalogowe w przedmiarach poszczególnych branż nie są wiążące dla dokonania wyceny, stanowiąc jedynie o rodzaju robót. Dokumenty wskazane poza przedmiarem stanowią, na mocy rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno - użytkowego, na podstawie art. 31 ustawy Pzp, opis przedmiotu zamówienia i jego uszczegółowienie. Podstawy katalogowe nakładów rzeczowych mogą stanowić ułatwienie przy sporządzaniu oferty. Z uwagi jednak na to, że wskazane w nich nakłady rzeczowe materiałów, robocizny i sprzętu opracowywane są dla jednostki o średnim poziomie zorganizowania produkcji budowlanej, firmy posiadają własne bazy normatywne, pozwalające na trafniejsze oszacowanie ceny ofertowej. Sporządzając wycenę kosztorysową przeprowadza się sumowanie nakładów materiałowych (wliczając koszty zakupu), sprzętu, robocizny przy uwzględnieniu kosztów pośrednich, zysku oraz odpowiedniej stawki podatku od towarów i usług VAT. Zdaniem Zamawiającego, na podstawie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w powyższych elementach składających się na całkowitą wartość zamówienia, powinny znaleźć się wszystkie czynniki cenotwórcze. Porównywalność złożonych ofert jest zagwarantowana przez porównanie merytorycznej zawartości pozycji przedmiaru oraz złożonego w ofercie kosztorysu ofertowego. Zamawiający zwraca uwagę na fakt, że błędów popełnione przez Odwołującego nie można uznać za oczywistą omyłkę, która na mocy art. 87 ust. 2 ustawy Pzp może zostać poprawiona przez Zamawiającego. Nie stanowi ona bowiem oczywistej omyłki pisarskiej, rachunkowej bądź też innej polegającej na niezgodności oferty ze Specyfikacją, nie powodującej istotnej zmiany w treści oferty.

Zamawiający dodał, iż o charakterze ceny nie stanowi fakt jej podania, lecz sposób jej skalkulowania. Stwierdził, iż w przedmiotowym postępowaniu wyceny należało dokonać w oparciu o przedmiary, co nie zostało wyraźnie zaakcentowane w Specyfikacji.

Wobec takiego rozstrzygnięcia Odwołujący wniósł w dniu 7 maja 2009 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2, art. 24 ust. 1 pkt. 10, art. 24 ust. 4, art. 86 ust. 3 i 4, art. 91 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt. 3, art. 89 ust. 1 pkt. 2, art. 91 ustawy Pzp.

Odwołujący podtrzymał zarzuty i argumentację przedstawioną w proteście.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- dokonania powtórnego badania ofert, a w jej wyniku przywrócenie Odwołującego do postępowania,
- dokonania oceny ofert w stosunku do oferty złożonej przez Odwołującego.

**Krajowa Izba Odwoławcza na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, w związku ze złożonym przez Zamawiającego wnioskiem o odrzucenie odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp, dokonała następujących ustaleń i zważyła co następuje.**

Zamawiający na posiedzeniu oświadczył, iż w związku z wniesionym protestem wezwał pismem z dnia 24 kwietnia 2009 r. Wykonawców biorących udział w postępowaniu do przedłużenia ważności wadium lub wniesienia nowego wadium na okres niezbędny do zabezpieczenia postępowania do zawarcia umowy po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu. Jak oświadczył Zamawiający, czemu nie zaprzeczył też Odwołujący, w dniu 5 maja 2009 r. Odwołujący dostarczył Zamawiającemu oryginał Aneksu nr 1 do Gwarancji nr 150200/51/006/092/2009 wystawionego w dniu 4 maja 2009 r. Zgodnie z jego treścią:

„zmienia się okres gwarancji

z: od 01 kwietnia 2009 r. do 01 maja 2009 r.

na: od 01 kwietnia 2009 r. do 31 maja 2009 r.”

W ocenie Izby, przedłużonego wadium nie można uznać za skuteczne z uwagi na fakt, iż w dniach od 1 maja do 5 maja 2009 r. Zamawiający nie był w posiadaniu dokumentu wadium, co więcej wystawione ono zostało wstecz, co świadczy o tym, iż w dniach od 2 – 3 maja 2009 r. oferta nie była zabezpieczona wadium. Zamawiającemu nie wolno domniemywać faktów, które są korzystne dla wykonawców, zatem do obowiązków Odwołującego należało przedłużenie ważności wadium przez złożenie dokumentu gwarancji.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego istotne jest bowiem nie samo ustanowienie, ale zgodnie z art. 45 ustawy Pzp, jego wniesienie. Wadium zabezpiecza ofertę, a o wadze jego prawidłowego wniesienia świadczy fakt, iż nie wniesienie wadium, w tym również na przedłużony okres związania ofertą stanowi przesłankę do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp). Posiadanie przez Zamawiającego dokumentu wadium jest istotne również z uwagi na uprawnienie Zamawiającego do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, iż Odwołujący utracił status wykonawcy, nie przysługuje mu zatem prawo do wnoszenia środków ochrony prawnej zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 3 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 postanowienia.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy 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 z późn. zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....