

**Sygn. akt KIO/UZP 664 /09**

**WYROK**  
**z dnia 8 czerwca 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Członkowie: Luiza Łamejko**

**Jolanta Markowska**

**Protokolant: Wioletta Paczkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **5 czerwca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Tomasza Czerwińskiego** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **P.P.H.U. TOMBUD Tomasz Czerwiński, 78-600 Wałcz, ul. Bydgoska 79** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Piła, 64-920 Piła, Plac Staszica 10** protestu z dnia **30 kwietnia 2009 r.**

przy udziale **Przedsiębiorstwa Usługowo - Handlowego "PERPIL"; Czajcze 11, 89-320 Wysoka** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Tomasza Czerwińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. TOMBUD Tomasz Czerwiński, 78-600 Wałcz, ul. Bydgoska 79** 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 **Tomasza Czerwińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. TOMBUD Tomasz Czerwiński, 78-600 Wałcz, ul. Bydgoska 79;**
- 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 (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 **Tomasza Czerwińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. TOMBUD Tomasz Czerwiński, 78-600 Wałcz, ul. Bydgoska 79.**

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Piła prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Remont i modernizację pomieszczeń w zakresie robót ogólnobudowlanych w budynku Żłobka nr 5 w Pile*”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 marca 2009 roku pod pozycją 54507.

Dnia 24 kwietnia 2009 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku przeprowadzonego postępowania, informując jednocześnie o odrzuceniu oferty złożonej przez Tomasza Czerwińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „TOM BUD” (Odwołującego) na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dnia 30 kwietnia 2009 roku Odwołujący wniósł protest, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1,
- art. 29 ust. 3,
- art. 87 ust. 1,
- art. 87 ust. 2 pkt 3,
- art. 89 ust. 1 pkt 2,
- art. 89 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Uzasadniając wskazał, iż Zamawiający w części III specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał od oferentów dostarczenia kosztorysu ofertowego sporządzonego na podstawie załączonego przedmiaru robót. Zdaniem Odwołującego przedmiar nie uszczegóławia zawartości pozycji, a jeżeli Zamawiający oczekiwał tego, powinien przedłożyć oferentom kosztorys ślepy. Dział 6 przedmiaru dotyczy stolarki drzwiowej, gdzie podstawą wyceny jest kalkulacja własna. Dawało to wykonawcom możliwość dowolnej interpretacji nakładów r-g, zastosowanie podanego materiału lub równoważnego o podobnych parametrach oraz sprzętu przy kalkulowaniu ilości narzuconych. Zamawiający jednoznacznie określając produkt do kalkulacji naruszył, zdaniem Odwołującego ustawę Prawo Zamówień

Publicznych. Odwołujący wycenił stolarkę przy zastosowaniu katalogów norm rzeczowych nie zmieniając ilości skrzydeł drzwiowych, zmieniając jedynie jednostkę miary. Odwołujący zaoferował 7 kompletów skrzydeł drzwiowych o wym. 0,7 x 2,0m i 5 kompletów skrzydeł drzwiowych o wym. 0,8 x 2,0m o łącznej powierzchni 17,8 m<sup>2</sup> i analogicznie obliczył metry bieżące ościeżnic i ilość okuć.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający mając wątpliwości, co do treści złożonej oferty powinien skorzystać z możliwości żądania od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Nie dokonując takiej czynności, w odczuciu Odwołującego został on skrzywdzony poprzez naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania. Ponadto Odwołujący wskazał, iż Zamawiający zobligowany był odrzucając ofertę Odwołującego do podania uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Odwołujący żądał unieważnienia decyzji odrzucenia jego oferty i wybrania oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy.

Dnia 30 kwietnia 2009 roku Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Dnia 4 maja 2009 roku do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpił Wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „PERPIL”

Pismem z dnia 6 maja 2009 roku (przekazanym w dniu 12 maja 2009 r.) Zamawiający protest oddalił.

Uzasadniając, wskazał, iż zarzuty oraz żądania Protestującego są bezzasadne. Zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równo potraktował wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne. Zamawiający z uwagi, iż część stolarki drzwiowej została już wymieniona określił typ drzwi, aby zachować ich jednorodność. Fakt, iż przedmiar robót nie wyszczególnia zawartości pozycji, nie zmienia to faktu, że rozbite pozycje w kosztorysie ofertowym należało scalić i podać zgodnie z zapisem w przedmiarze robót jako kpl., a nie w m<sup>2</sup> skrzydeł drzwiowych i osobno mb ościeżnicy. Zestawienie robocizny, materiałów i sprzętu po to zostały dołączone do przedmiaru, ażeby wykonawca miał rozeznanie w sprawach wątpliwych. Wykonawca zgodnie z art. 38 ustawy Pzp mógł zwrócić się o wyjaśnienie zapisów s.i.w.z., czego nie uczynił, nie złożył również protestu do postanowień

s.i.w.z. Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko dotyczące wyboru najkorzystniejszej oferty.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 18 maja 2009 roku (pismo z dnia 15 maja 2009 roku) wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i żądania jak w proteście.

Dnia 19 maja 2009 roku do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego - przystąpił wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „PERPIL”.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią oferty, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.**

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się zarzutu naruszenia przepisu art. 29 ust. 3 ustawy Pzp Izba pozostawiła ten zarzut bez rozpoznania z uwagi na fakt, iż dotyczy on naruszenia przepisu, który odnosi się do opisu przedmiotu zamówienia. Zarzut postawiony przez Odwołującego się zdaniem Izby jest zarzutem spóźnionym, możliwym do postawienia na etapie ogłoszenia o zamówieniu bądź też po otrzymaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dlatego też Izba uznała jak wyżej.

Skład orzekający Izby pozostawił również bez rozpoznania zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 89 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż przepis taki nie znajduje się w ustawie Pzp.

Izba uznała za niepotwierdzone zarzuty naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, co następuje:

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w części III wskazał, iż Wykonawca zobowiązany jest złożyć w terminie wskazanym w Części VIII pkt 1 i formie określonej w Części VI S.I.W.Z. pkt 12 kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie załączonego przedmiaru robót, załączając do niego zestawienie robocizny, materiałów i sprzętu.

W książce przedmiarów, na stronie 3 w poz. 6 – Stolarka Zamawiający zamieścił następujące postanowienia:

- 1) Lp. 32 d.6 – kalkulacja własna – montaż drzwi drewnianych łazienkowych wraz z ościeżnicą regulowaną, jednoskrzydłowe typu PORTA kompletne (okucia, zamek itp.) rozmiar 760 x 200 cm – 7 kpl.,
- 2) Lp. 33 d.6 – kalkulacja własna – montaż drzwi drewnianych pełnych przeszklonych wraz z ościeżnicą regulowaną, jednoskrzydłowe typu PORTA kompletne (okucia, zamek itp.) rozmiar 760 x 200 cm – 5 kpl.

Odwołujący się w kosztorysie ofertowym podał następujące dane

Poz. 6. 1.:

„Ościeżnice drewniane, dwukrotnie malowane i szklone na budowie, zewnętrzne zwykłe, grunt ftalowy + farba -ościeżnica regulowana z opaskami - razem 56,9 m<sup>2</sup>

poz. 32 70 x 200 x 2 -7 kpl = 32,9 mb

poz 33 80 x 200 x 2 -5 kpl = 24,0 mb

Razem 56,90 mb

Poz. 6.2.:

„Skrzydła drzwiowe płytowe, wewnętrzne, fabrycznie wykończone pełne, jednoskrzydłowe - razem 17,8 m<sup>2</sup> wynika to z przedmiaru robót: skrzydła drzwiowe: 70 x 200 7 kpl = 9,8 m<sup>2</sup> skrzydła drzwiowe 80 x 200 5 kpl = 8,0 m<sup>2</sup> Razem 17,8 m<sup>2</sup>

Poz. 6.3.:

„Założenie na nowym miejscu okuć drzwiowych (klamki z szyldami) - 7kpl + 5 kpl = 12 kpl

Poz. 6.4.:

„Założenie na nowym miejscu okuć drzwiowych (zamki wpuszczane wielo - zastawkowe) – 7 kpl + 5 kpl =12 kpl

Z tak ustalonego stanu faktycznego, wynika jednoznacznie, iż treść oferty Odwołującego się nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tym samym stanowisko

Zamawiającego dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego się Izba uznała za w pełni uzasadnione.

Powyższe twierdzenie potwierdzają zapisy kosztorysu ofertowego, który swoją treścią stoi w sprzeczności z wymaganiami Zamawiającego, dotyczącymi przedmiotu zamówienia, zwłaszcza w zakresie skrzydeł drzwiowych.

Wymogiem Zamawiającego było dostarczenie skrzydeł drzwiowych drewnianych typu PORTA, tymczasem Odwołujący zaoferował skrzydła drzwiowe „płytowe”, które nie są równoważne skrzydłom drzwiowym „drewnianym”. Odwołujący na rozprawie wskazywał, że skrzydła drzwiowe płytowe, które zaoferował są takie same jak skrzydła drzwiowe drewniane, o czym świadczyć miałyby cena tych drzwi, skalkulowana na poziomie ok. 450 zł za sztukę. Ponadto Odwołujący podnosił, iż program komputerowy służący mu do sporządzania kosztorysów nie pozwala na wprowadzenie samodzielnych poprawek, co uniemożliwiało mu wprowadzenie nazwy „skrzydła drzwiowe drewniane”.

Izba nie dała wiary wyjaśnieniom składanym przez Odwołującego.

Stojąc na takim stanowisku Izba kierowała się przede wszystkim brakiem dowodów, które obowiązywałyby zgłaszać Odwołujący się, gdyż to on ma obowiązek przeprowadzenia dowodów, które umożliwią stwierdzenie faktów, z których wywodzi skutki prawne. Twierdzenia Odwołującego o braku możliwości poprawienia zadanych w programie komputerowym reguł (w gotowym programie faktycznie nie można nic zmienić i jest to regułą, mógł jedynie dokonać odręcznych poprawek), czy też wskazywanie na cenę za jedną sztukę skrzydeł drzwiowych nie mogło i nie stanowiło wystarczających argumentów dla uznania zarzutów za zasadne. Odwołujący się twierdził ponadto, że zaoferował (w zakresie stolarki drzwiowej) rozwiązanie równoważne. Jednakże na rozprawie nie potrafił wskazać, jakie jest to rozwiązanie ani w którym miejscu oferty (kosztorysu ofertowego) znajduje się potwierdzenia takiego rozwiązania. Odnosząc się do ceny skrzydła drzwiowego Odwołujący się również nie potrafił skonkretyzować, jakiego rodzaju, czy też producenta skrzydła drzwiowe zaoferował, pozwalające mu na skalkulowanie ceny na ok. 450 zł za sztukę. Cena powyższa również zdaniem Izby wskazuje na niezgodność treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, gdyż wartość, jaką przyjął Zamawiający szacując zamówienie (w zakresie skrzydeł drzwiowych drewnianych) oscylowała na poziomie ok. 950 zł, czyli ponad dwukrotnie wyższej niż cena, jaką zaproponował Odwołujący się. Skoro więc Odwołujący wskazywał na równoważność przedmiotu oferty z opisem dokonany przez Zamawiającego to równoważność taką winien wykazać, czego potwierdzeniem w konsekwencji mogłaby być również cena.

Odwołujący się na rozprawie również nie potrafił wyjaśnić dlaczego własnoręcznie, poprzez odręczny dopisek, czy też skreślenie (dopuszczone przez Zamawiającego postanowieniami s.i.w.z.) nie poprawił błędu programu kosztorysującego, co zdaniem Izby potwierdza, iż Odwołujący zaoferował przedmiot zamówienia niezgodny z oczekiwaniami Zamawiającego.

W zakresie naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp Izba stwierdziła, iż Zamawiający nie miał możliwości skorzystania z dyspozycji w/w przepisu, gdyż jego zastosowanie w konsekwencji prowadziłyby do prowadzenia negocjacji z Odwołującym się, która w konsekwencji prowadziłyby do zmiany treści oferty w sposób istotny – zmiana przedmiotu oferty, co z kolei doprowadziłyby do naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj, zasady zachowania uczciwej konkurencji. Powyższe uzasadnia również bezzasadność zarzutu naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, który pozwala na jego zastosowanie, gdy poprawki dokonane przez Zamawiającego wprowadzają nieistotne zmiany do treści oferty. W przedmiotowym postępowaniu zmiany takie byłyby bardzo istotne, gdyż zmieniałyby przedmiot pierwotnej oferty, co w świetle obowiązujących przepisów jest niedopuszczalne.

Omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać Zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Zamawiający nie posiadał wszystkich niezbędnych danych do dokonania poprawy kosztorysu, w związku z czym musiałby w sposób istotny ingerować w treść oferty, co stanowi, że powyższe uchybienie stanowi omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, której poprawy nie można dokonać na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....