

Sygn. akt: KIO/UZP 1215/08

KIO/UZP 1272/08

KIO/UZP 1284/08

WYROK
z dnia 18 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Stanisław Sadowy
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 listopada 2008 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **7 listopada 2008 r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska „INŚ-EKON” S.A., ul. Pocijewe 3, 62-500 Konin,

B. Konsorcjum firm: ATA-TECHNIK Budzyń – HYDROMEX PLUS Częstochowa, Osiedle Cechowe 31, 64-840 Budzyń,

C. Mieczysława Szczechowiaka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Inżynieryjnych PUH Mieczysław Szczechowiak, ul. Konińska 28, 62-045 Pniewy,

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Suchy Las, ul. Szkolna 13, 62-002 Suchy Las** protestów:

A. Mieczysława Szczechowiaka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Inżynieryjnych PUH Mieczysław Szczechowiak, ul. Konińska 28, 62-045 Pniewy z dnia 6 października 2008 r.

B. Konsorcjum firm: ATA-TECHNIK Budzyń – HYDROMEX PLUS Częstochowa, Osiedle Cechowe 31, 64-840 Budzyń z dnia 21 października 2008 r.

C. Mieczysława Szczechowiaka, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Inżynieryjnych PUH Mieczysław Szczechowiak, ul. Konińska 28, 62-045 Pniewy z dnia 20 października 2008 r.

orzeka:

1. Uwzględnić wszystkie odwołania i unieważnia czynność zamawiającego, polegającą na unieważnieniu postępowania i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Suchy Las, ul. Szkolna 13, 62-002 Suchy Las 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 wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

A koszty w wysokości **1 354 zł 66 gr** (słownie: tysiąc trzysta pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt sześć groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska „INŚ-EKON” S.A., ul. Pocijewe 3, 62-500 Konin,**

B koszty w wysokości **1 354 zł 67 gr** (słownie: tysiąc trzysta pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: ATA-TECHNIK Budzyń – HYDROMEX PLUS Częstochowa, Osiedle Cechowe 31, 64-840 Budzyń,**

C koszty w wysokości **1 354 zł 67 gr** (słownie: tysiąc trzysta pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Mieczysława Szczechowiaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Inżynierskich PUH Mieczysław Szczechowiak, ul. Konińska 28, 62-045 Pniewy,**

2

2) dokonać wpłaty kwoty **10 714 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy siedemset czternaście złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:

A kwoty **4 954 zł 66 gr** (słownie: cztery tysiące dziewięćset pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt sześć groszy) przez **Gminę Suchy Las, ul. Szkolna 13, 62-002 Suchy Las** na rzecz **Przedsiębiorstwa Inżynierii Środowiska „INŚ-EKON” S.A, ul. Pocijowo 3, 62-500 Konin** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

B kwoty **4 404 zł 67 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) przez **Gminę Suchy Las, ul. Szkolna 13, 62-002 Suchy Las** na rzecz **Konsorcjum firm: ATA-TECHNIK Budzyń – HYDROMEX PLUS Częstochowa, Osiedle Cechowe 31, 64-840 Budzyń** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,

C kwoty **1 354 zł 67 gr** (słownie: tysiąc trzysta pięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt siedem groszy) przez **Gminę Suchy Las, ul. Szkolna 13, 62-002 Suchy Las** na rzecz **Mieczysława Szczechowiaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Inżynierskich PUH Mieczysław Szczechowiak, ul. Konińska 28, 62-045 Pniewy** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania,

3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 0 gr** (słownie: xxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP, w tym

A kwoty **0 zł 0 gr** (słownie: xxx) przez **xxx**

B kwoty **0 zł 0 gr** (słownie: xxx) przez **xxx**

4) dokonać zwrotu kwoty **55 936 zł 00 gr** (słownie: pięćdziesiąt pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:

A kwoty **18 645 zł 34 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset czterdzieści pięć złotych trzydzieści cztery grosze) na rzecz **Przedsiębiorstwa Inżynierii Środowiska „INŚ-EKON” S.A, ul. Pocijowo 3, 62-500 Konin,**

B kwoty **18 645 zł 33 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset czterdzieści pięć złotych trzydzieści trzy grosze) na rzecz **Konsorcjum firm: ATA-TECHNIK Budzyń – HYDROMEX PLUS Częstochowa, Osiedle Cechowe 31, 64-840 Budzyń,**

3

C kwoty **18 645 zł 33 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset czterdzieści pięć złotych trzydzieści trzy grosze) na rzecz **Mieczysława Szczechowiaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Robót Inżynierskich PUH Mieczysław Szczechowiak, ul. Konińska 28, 62-045 Pniewy.**

Uzasadnienie

Zakład Robót Inżynierskich Produkcyjno - Usługowo - Handlowy Mieczysław Szczechowiak - zwany dalej ZRIPUH Mieczysław Szczechowiak złożył protest wobec:

1. czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu jego oferty,
2. zaniechania przez zamawiającego czynności polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska INŚ - EKON S.A. - zwane dalej P.I.Ś. INŚ-EKON S.A.,

3. czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, mimo iż przedmiotowa oferta winna być odrzucona na podstawie art.89 ust. 1 pkt.2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) - zwanej dalej ustawą.

ZRIPUH Mieczysław Szczechowiak zarzucił zamawiającemu naruszenie art.24 ust.2 pkt 4 ustawy oraz art. 7 ust.3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz wniósł o:

1. unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu oferty ZRIPUH Mieczysław Szczechowiak,
2. odrzucenie oferty P.I.Ś. INŚ-EKON S.A.

W uzasadnieniu wskazał, że wykluczenie jego oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z faktem, iż wadium zostało wpłacone w kasie banku było niezasadne. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2008 r.(KIO/UZP 663/08). Podał, że wadium było na rachunku bankowym zamawiającego przed terminem składania ofert, dlatego też wykluczenie ZRIPUH Mieczysław Szczechowiak jest bezpodstawne.

Podniósł, że oferta złożona przez P.I.Ś. INŚ-EKON S.A. winna być odrzucona, ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ (art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy).

Wskazał, że zgodnie z pismem zamawiającego z dnia 29.08.2008 r. pkt 7: "W kosztorysach ofertowych (np. „Budowa zbiornika wód deszczowych i kanalizacji dla miejscowości Jelonek i Złotniki" poz. Nr 79) przewidziane jest dwukrotne malowanie barierek

4

ochronnych, natomiast w opisie technicznym do części konstrukcyjnej poz.3 (komora wlotowa), poz. 4 (komora wylotowa), poz. 5 (komora regulacji odpływu), poz.6 (włączenie rowu do zbiornika) przewidziane jest wykonanie 3 warstw (podkład antykorozyjny i 2 x powłoka malarska). Prosimy o jednoznaczne określenie ilości powłok oraz o ewentualne skorygowanie kosztorysów ofertowych lub usunięcie pozycji dotyczących zabezpieczenia antykorozyjnego w przypadku zastosowania stali nierdzewnej. Odpowiedź: Barierki należy malować zgodnie z opisem technicznym do części konstrukcyjnej, tj. 3 krotnie " P.I.Ś. INŚ-EKON S.A. nie przyjął trzykrotnego malowania barierek w częściach dotyczących m.in. komory wlotowej, komory regulacji odpływu oraz włączenia rowu zbiornika - przyjęto dwukrotne malowanie barierek (pozycje 58, 101, 134). Kosztorys przedłożony przez P.I.Ś. INŚ-EKON S.A. nie spełnia wymogu SIWZ ("Zamawiający nakazuje przedstawienie "kosztorysu zgodnego z załączonym kosztorysem (...) Uwaga!!! Zamawiający zakazuje dokonywania zmian w załączonym kosztorysie przez Wykonawcę ..."

W kosztorysie w poz. 6 tj. Nawierzchnie betonowe - warstwa dolna o grubości: 12 cm (kosztorys dotyczący budowy zbiornika wód deszczowych i kanalizacji dla miejscowości Jelonek i Złotniki) w nakładach RMS w pozycji „Papy asfaltowe na tekturze, izolacyjne" przyjęto zły nakład - 0,12180 m², powinno być 0,01400 m².

W piśmie zamawiającego z dnia 20.08.2008 r. pkt 4, oraz dnia 29.08.2008 r. pkt 7,8,9 zamawiający poinformował, iż m.in. koszt separatora, płyt fundamentowych, rurociągu betonowego - należy skalkulować na zasadzie pisemnego oświadczenia załączonego do oferty.

Zgodnie z pkt. VIII A. 15 SIWZ zamawiający nakazuje przedstawienia „kosztorysu zgodnego z załączonym kosztorysem (...) Uwaga!!! Zamawiający zakazuje dokonywania zmian w załączonym kosztorysie przez Wykonawcę, chyba, że będą one wynikiem modyfikacji treści SIWZ" Zamawiający w w/w pismach nie zmodyfikował treści kosztorysu, a nawet wprost nakazał, aby przedmiotowe elementy skalkulować na zasadzie pisemnego oświadczenia.

Wykonawca P.I.Ś. INŚ-EKON S.A. sam dokonał zmian w przedmiarze robót będącym załącznikiem do SIWZ, tj. w kosztorysie dotyczącym „Budowy zbiornika wód deszczowych..." zawarł dodatkowe pozycje tj. Stan 6, Stan 7, poz. 137,138,139,140.

ZRIPUH Mieczysław Szczechowiak wskazał także, że zgodnie z pkt. VIII G SIWZ, zamawiający nakazał, aby strony oferty były ponumerowane i podpisane przez osobę upoważnioną do reprezentowania wykonawcy. Tymczasem oferta P.I.Ś. INŚ-EKON S.A. nie zawiera podpisów na większości stron.

Powołał się na orzeczenie Sadu Najwyższego, zgodnie z którym podpis na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli to jest taki podpis, z którego wynika nie tylko brzmienie nazwiska, ale także i charakter pisma, który ułatwia orientację w rozpoznaniu osoby składającej podpis. W powszechnym rozumieniu podpis oznacza zaś "nazwisko (...) napisane zwykle własnoręcznie", zaś zwrot "podpisać się" to m.in. tyle, co „nadać ważność jakiemuś dokumentowi przez napisanie na nim swojego nazwiska” (wyrok SN z dnia 8 maja 1997 r. II CKN 153/97)

Oferta złożona przez P.I.Ś. INŚ-EKON S.A. zawiera na każdej stronie znaki graficzne, z których nie wynika brzmienie nazwiska.

Wykonawca - konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Maciej i Wiesław Gramowscy ATA - TECHNIK s.j. oraz Przedsiębiorstwo "HYDROMEX PLUS" ZASKÓRSCY s.j. , zwany dalej konsorcjum, złożył protest na wybór oferty złożonej przez P.I.Ś. INŚ-EKON S.A., zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, poprzez nie odrzucenie oferty wskazanego wykonawcy, której treść jest sprzeczna z treścią SIWZ.

Wniósł o:

1. uwzględnienie protestu,
2. powtórzenie czynności wyboru oferty z uwzględnieniem konieczności odrzucenia oferty P.I.Ś. INŚ-EKON S.A.

W uzasadnieniu stwierdził, że oferta wybranego wykonawcy zawiera braki i ewidentne nieprawidłowości polegające na sprzeczności z zapisami SIWZ, opracowanymi przez zamawiającego i nie spełnia wymagań wynikających z SIWZ oraz wyjaśnień i modyfikacji SIWZ, opublikowanych na stronie internetowej zamawiającego.

Podał, że zamawiający w pkt. VIII.A)15) str. 6 SIWZ żądał przedstawienia w ofercie kosztorysu pełnego, zgodnego z załączonym do SIWZ. Natomiast u wybranego oferenta w kosztorysie ofertowym pn.: " Budowa zbiornika wód deszczowych i kanalizacji dla miejscowości Jelonek i Złotniki" na stronie 62 oferty w 1.3 ELEMENT, pozycja 6 (KNR 231-0308-01-00 IGM Warszawa - Nawierzchnie betonowe - warstwa dolna o grubości: 12 cm i ilości jednostek 51,100 m²), oferent przyjął nieprawidłową wartość jednostkową nakładów dla materiału – „Papy asfaltowe na tekturze, izolacyjne", jest 0,12180 m² , a zgodnie z przedmiarem zamawiającego załączonym do SIWZ winno być 0,01400 m² , tj. około 8,7 razy mniej.

Wybrany oferent wprowadził do kosztorysu zmiany nie żądane przez zamawiającego, co jest niedopuszczalne w świetle stawianych w pkt. VIII.A)15) str. 6 SIWZ wymogów: "Zamawiający zakazuje dokonywania zmian w załączonym kosztorysie przez Wykonawców, chyba że będą one wynikiem modyfikacji treści SIWZ". Zwrócił uwagę, że zamawiający

w swoich wyjaśnieniach, udzielając odpowiedzi podkreślał prawidłowość zastosowania właściwych nakładów RMS, np. pytanie nr 6 z dnia 20.08.2008r. i dnia 29.08.2008r.

Zamawiający uwzględnił protest konsorcjum w całości oraz protest ZRIPUH Mieczysław Szczechowiak w części dotyczącej błędów w pozycji 101 i 134 oferty najkorzystniejszej oraz w części dotyczącej wykluczenia wykonawcy ZRIPUH Mieczysław Szczechowiak.

Nadto podał, że dokonał ponownego badania i oceny ofert i odrzucił wszystkie złożone w postępowaniu oferty, w konsekwencji, działając na mocy art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy unieważnił postępowanie.

Wskazał, że działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy odrzucił ofertę złożoną przez P.I.Ś. INŚ-EKON S.A., w uzasadnieniu podając, że stwierdził nieprawidłowości w pozycji 101 KNR 2-02-1512/01 - błąd skalkulowanej ilości malowania (str. 89 oferty) oraz w pozycji 134 KNR 2-02-1512/01 - błąd skalkulowanej ilości malowania (str. 98 oferty).

Wskazał, że błędów tych nie można poprawić z mocy art. 87 ust. 2 ustawy.

Odrzucił także ofertę złożoną przez konsorcjum na podstawie art. 89 ust. 1 pkt.2 ustawy, ponieważ wykonawca błędnie dokonał kalkulacji pozycji kosztorysowej (pozycja 79, 101 oraz 134). Ofertę złożoną przez ZRIPUH Mieczysław Szczechowiak odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt.2 ustawy, ponieważ wykonawca nie skalkulował części pozycji kosztorysowej

(pozycja 7).

Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska INŚ - EKON S.A. wniosło odwołanie od decyzji zamawiającego z dnia 13.10.2008r. odnośnie uwzględnienia w całości protestu ZRIPUH Mieczysław Szczechowiak, wcześniej przystępując po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przez tego wykonawcę.

P.I.Ś. INŚ-EKON S.A. wskazał, że ma interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż decyzja zamawiającego pozbawiła go możliwości uzyskania zamówienia publicznego w tym postępowaniu.

Wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. unieważnienie decyzji zamawiającego w zakresie odrzucenia jego oferty i unieważnienia postępowania,
3. nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnej czynności oceny ofert ważnie złożonych w postępowaniu,
4. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania w całości.

7

W uzasadnieniu odwołania wykonawca P.I.Ś. INŚ-EKON S.A. podał, że zamawiający przyjął, iż w jego ofercie znajdują się następujące nieprawidłowości:

1. pozycja 101 KNR 2-02-1512/01 - błąd skalkulowanej ilości malowania (str. 89 oferty),
 2. pozycja 134 KNR 2-02-1512/01 - błąd skalkulowanej ilości malowania (str. 98 oferty),
- których , zdaniem zamawiającego nie można poprawić z mocy art. 87 ust. 2 ustawy.

Stwierdził, że wbrew zdaniu zamawiającego, w jego ofercie nie ma nieprawidłowości. Wskazał, że zamawiający w pkt. VIII.15) SIWZ zawarł zakaz dokonywania zmian w załączonym kosztorysie przez wykonawcę, chyba że będą one wynikiem modyfikacji treści SIWZ.

Wskazał nadto, że sam zamawiający, odpowiadając na pytanie nr 13 wyjaśnił, że "barierki należy malować zgodnie z opisem technicznym do części konstrukcyjnej tj. 3 krotnie", nie wskazał jednak, że w tym zakresie należy skorygować kosztorys ofertowy.

Podkreślił, że w tym pytaniu wyraźnie zwrócono się do zamawiającego nie tylko o odpowiedź, ile razy należy nakładać powłokę malarską, lecz także zawarto wniosek o skorygowanie (dopuszczalność korekty) kosztorysu. Zamawiający, udzielając odpowiedzi, świadomie określił ilość powłok malarskich, lecz nie dopuścił do korekt kosztorysu. W każdym innym przypadku zamawiający, odpowiadając na pytania, zamieszczał stwierdzenie, że w tym zakresie należy skorygować kosztorys. Fakt, że przy pytaniu 13 zamawiający nie dopuścił możliwości korekt kosztorysu oznacza, że wykonawcy nie byli uprawnieni do samodzielnego dokonywania korekt kosztorysu poprzez wprowadzenie dodatkowego malowania barierki - gdyby wykonawca wprowadził samowolną zmianę w kosztorysie, to jego oferta byłaby odrzucona jako niezgodna z SIWZ. P.I.Ś. INŚ-EKON S.A. postąpiło zatem zgodnie z wymogami SIWZ, tj. w kosztorysie umieściło pozycje zgodną z pierwotnym kosztorysem, mając świadomość, że dokumentacja techniczna przewiduje trzy powłoki malarskie, stąd wiadomym było, że należy przewidzieć w cenie, iż przedmiotem odbioru będzie sprawdzenie, czy barierki zostały pomalowane trzy razy.

Podniósł także, że zamawiający zarówno w SIWZ jak i w załączniku nr 3 (projekt umowy) nie określił ceny jako ceny kosztorysowej. W takim przypadku należy przyjąć, że cena ofertowa jest tzw. ceną ryczałtową, czyli wynagrodzeniem za całość prac objętych umową niezależnie od nakładów, jakie wykonawca musi ponieść, by osiągnąć rezultat, czyli wykonać dzieło.

ZRIPUH Mieczysław Szczechowiak wniósł protest na czynność odrzucenia jego oferty przez zamawiającego i unieważnienia postępowania.

Zarzucał zamawiającemu naruszenie art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy, wnosząc o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty,
2. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania ,

8

3. dokonanie ponownego badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu wskazał, że zamawiający stwierdził nieprawidłowości w jego ofercie - pozycja 7 KNNR 004-1411-02-00 - wykonawca nie skalkulował części pozycji.

Wyjaśnił, że zgodnie z przedmiarem, załączonym do SIWZ, pozycja 7 tj. Podłoża z materiałów sytych pod kanały i obiekty - grubość podłoża 15 cm, zawierała następujące czynniki RMS: - robocizna 1,93 r-g

- materiały pomocnicze -2,5%

- zagęszczarka spalinowa wibracyjna - 0,71000m-g.

Wskazał, że pismem z dnia 19.08.2008 r. Zamawiający poinformował, iż "Tablica KNNR 004 1411 02 przewiduje nakład materiału piasku do zapraw i wypraw z nakładem wynoszącym 1,22 m³. Należy uzupełnić pozycję 7"

Przyjął zatem w w/w pozycji ilość 124,22 m³ oraz następujące nakłady RMS :

- robocizna -1,93 r-g

- piaski do nawierzchni drogowych -1,22 m³

- materiały pomocnicze -2,5 %

-zagęszczarka spalinowa wibracyjna 0,71000 m-g.

W ocenie ZRIPUH Mieczysław Szczechowiak kalkulacja pozycji 7 wydaje się być w pełni prawidłowa.

W odwołaniu ZRIPUH Mieczysław Szczechowiak podtrzymał argumentację i zarzuty zawarte uprzednio w proteście. Wniósł dodatkowo o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

Także konsorcjum wniosło protest na czynność odrzucenia jego oferty przez zamawiającego i unieważnienie postępowania, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt.2 ustawy oraz wnosząc o:

1. uwzględnienie w całości protestu,

2. dokonanie ponownie czynności wyboru ofert z uwzględnieniem poprawności jego oferty.

W uzasadnieniu konsorcjum wskazało, że jako przyczynę odrzucenia oferty zamawiający przyjął niezgodność oferty z SIWZ, polegającą na błędnie skalkulowanej ilości malowania w pozycjach przedmiaru robót nr 79, 101 i 134 KNR 2-02-1512/01.

Podniósł, że z rozstrzygnięcia protestu nie wynika w sposób precyzyjny, na czym polegał błąd oferenta.

Podniósł także, że zamawiający dokonał nieprawidłowo rozstrzygnięcia, co do odrzucenia oferty i unieważnienia postępowania, ponieważ uczynił to w rozstrzygnięciu protestu złożonego wcześniej, zamiast dokonać rozstrzygnięcia w odrębnej czynności, co oznacza, że zamawiający np. nie wykonał obowiązku poinformowania go o przysługujących mu środkach ochrony prawnej od czynności zamawiającego.

Wskazał, że zamawiający w Specyfikacji Technicznej określił, z jakiego materiału należy wykonać konstrukcje stalowe, między innymi na: str. 7 poz. 3.3.2 ST, str. 8 poz. 4.3.2 ST, str. 10 poz. 5.3.2 ST oraz str. 11 poz. 6.3 ST.

Z zapisów tych wynika, że pomosty należy wykonać z kształtowników ze stali (St3SX), barierki z profili rurowych zabezpieczonych antykorozyjnie systemem z powłoki malarskiej - 3 warstwy (podkład antykorozyjny oraz 2 warstwy powłoki malarskiej) .

W Specyfikacji Technicznej nie określono natomiast sposobu wykonania tych elementów konstrukcyjnych. Technologię wykonania tych robót odczytuje się w kosztorysie (przedmiarze robót), który zgodnie z zasadami jego sporządzania powinien odzwierciedlać kolejność czynności realizowanych w procesie budowy.

Z przedmiaru robót jednoznacznie odczytuje się następującą kolejność wykonywanych czynności:

1. Poz. 78 kosztorysu ofertowego "Montaż konstrukcji stalowej podparć, zawieszzeń i osłon o masie elementu ponad 10 do 20 kg - analogia montaż barierki", która oznacza zmontowanie uprzednio sprefabrykowanych warsztatowo elementów (patrz opis do tabeli KNR 205-0208-03-00), stąd w nakładach materiałowych przewidziano wyroby warsztatowe, które zgodnie z zasadami wiedzy technicznej, sztuki budowlanej oraz normami Polskiego Komitetu Normalizacyjnego: Polska Norma PN-EN ISO

12944 części od 1 do części 8, pod wspólnym tytułem Farby i lakiery. Ochrona przed korozją konstrukcji stalowych za pomocą ochronnych systemów malarskich - muszą być zabezpieczone antykorozyjnie przed montażem na budowie. Zastosowana tabela KNR, oprócz przytoczonych wyrobów warsztatowych, przewiduje na 1t (1000 kg) wyrobu 0.19l (dm³) farby antykorozyjnej, przeznaczonej na pomalowanie spoin oraz ubytków w powłokach malarskich antykorozyjnych wynikłych z montażu.

2. W pozycji kosztorysu ofertowego pod nr 79 sporządzający przedmiar robót przewidział dwukrotne malowanie konstrukcji stalowych, już po ich montażu na budowie, stąd też skalkulowane przez konsorcjum ilości powłok malarskich wynoszą 3, co jest zgodne z wymogami Specyfikacji Technicznej zawartymi w SIWZ.

10

Wskazał, że analogicznie należy rozumieć poz. 100, 101 oraz poz. 133 i 134 kosztorysu ofertowego.

W odwołaniu konsorcjum podtrzymało argumentację i zarzuty zawarte uprzednio w proteście, wnosząc dodatkowo o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego.

Wskazał, że decyzja zamawiającego o unieważnieniu postępowania była przedwczesna, powołując się jednocześnie na Wyrok Zespołu Arbitrów UZP/ZO/0-522/06 z 27.02.2006r.

Dodało, że zamawiający poprawnie przewidział w specyfikacji technicznej i przedmiarze robót ilości i technologii wykonawstwa, a jedynie niepoprawnie ocenił treść i znaczenie stworzonej przez siebie dokumentacji technicznej i przedmiaru - skalkulowane ilości powłok malarskich na trzy - jedna przed montażem jako składnik konstrukcji metalowych podlegających montażowi na terenie budowy i dwie warstwy farby, nakładane już po dokonaniu montażu konstrukcji, jest właściwe.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofert odwołujących się wykonawców oraz stanowisk i oświadczeń stron, złożonych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił, co następuje:

Pismem z dnia 13.10.2008r., doręczonym odwołującym się w dniu 14.10.2008r., zamawiający odrzucił ich oferty, wskazując opisane powyżej błędy w sporządzonych przez nich kosztorysach ofertowych jako podstawę swojej decyzji.

Ofertę złożoną przez P.I.Ś. INŚ-EKON S.A. zamawiający odrzucił, uwzględniając protesty pozostałych dwóch odwołujących. Ofertę złożoną przez ZRIPUH Mieczysław Szczechowiak oraz złożoną przez konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Maciej i Wiesław Gramowscy ATA - TECHNIK s.j. oraz Przedsiębiorstwo "HYDROMEX PLUS" ZASKÓRSCY s.j. zamawiający odrzucił w wyniku dokonania ponownej oceny badania i oceny ofert przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestów wniesionych przez tych wykonawców, a dotyczących zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez P.I.Ś. INŚ-EKON S.A.

Pismem z dnia 21.08.2008r. zamawiający zmodyfikował treść SIWZ, poprzez zastąpienie w całości treści załącznika nr 3 do SIWZ (projekt umowy) na nowy.

11

Zmodyfikowany projekt umowy przewidywał w szczególności następujące postanowienia:

§ 2 ust. 2

„Zamawiający zobowiązuje się, że za wykonaną pracę zapłaci Wykonawcy ustalone wynagrodzenie i przed rozpoczęciem prac przekaze mu dokumentację techniczną”

§ 5 ust. 1

„Wynagrodzenie za wykonanie robót wymienionych w § 1 niniejszej umowy, zgodnie z ofertą Wykonawcy wynosi: Kwota Brutto - zł, (słownie:.....00/100) Kwota Netto

..... zł, (słownie:.....00/100). Wynagrodzenie zawiera wszelkie opłaty i podatki z tym związane w tym podatek VAT"

§ 5 ust. 4

„Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności wobec Wykonawcy za jakiegokolwiek warunki, przeszkody czy okoliczności, które mogą mieć wpływ na wykonanie przedmiotu Umowy i uważa się, że Wykonawca upewnił się, że Wartość Umowy jest prawidłowa i wystarczająca na pokrycie wszystkich spraw oraz rzeczy koniecznych do wykonania jego obowiązków wynikających z Umowy”

§ 10 ust. 1

Strony ustalają, że podstawą do przeprowadzenia ewentualnych prac dodatkowych, o których Wykonawca w momencie zawierania umowy nie wiedział i nie mógł ich przewidzieć, będzie umowa o roboty dodatkowe z Wykonawcą, wraz z protokołem konieczności i kosztorysem prac dodatkowych zweryfikowanym przez inspektora nadzoru i zaakceptowanym przez strony niniejszej umowy. Rozliczenie za powyższe prace zostanie ustalone w rozliczeniu końcowym, przy uwzględnieniu faktycznych ilości zużytego materiału, ostatecznych pomiarów z uwzględnieniem cen Wykonawcy dla tego typu robót według stawek uwzględnionych w ofercie”

Skład orzekający Izby ustalił, że wszyscy trzej odwołujący posiadają interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, ponieważ potwierdzenie się zasadności odrzucenia oferty dwóch odwołujących, oznaczałoby dla trzeciego odwołującego możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

W ocenie składu orzekającego Izby wszystkie trzy odwołania zasługują na uwzględnienie. Podstawą takiego rozstrzygnięcia Izby jest fakt, że w przedmiotowym postępowaniu przewidziano, wbrew twierdzeniom zamawiającego, wynagrodzenie ryczałtowe, wobec czego to, czy oferty odwołujących zawierają, czy też nie, błędy

12

w kosztorysach ofertowych, pozostaje bez wpływu na ocenę tych ofert. Wynika to wprost z art. 88 ust. 1 pkt 3) lit. a) ustawy, zgodnie z którym: „w przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia albo jego część (cena ryczałtowa) przyjmuje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia”.

Odnosząc się do charakteru ceny ofertowej w przedmiotowym postępowaniu, skład orzekający Izby stwierdza, że wprowadzie wśród definicji legalnych, zawartych w art. 2 ustawy, brak jest definicji „ceny ryczałtowej” („wynagrodzenia ryczałtowego”), którym to pojęciem ustawodawca posługuje się w art. 88 ustawy, jednak przyjmuje się, że istotą tego rodzaju wynagrodzenia jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Wynagrodzenie to jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztu prac. Zgodnie z Wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20.11.1998r. II CRN 913/97, ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego.

Rozliczenia stron w przypadku zastosowania ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w żaden sposób nie opierają się na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach.

W rozpoznawanej przez skład orzekający Izby sprawie zamawiający, w treści SIWZ (w tym w zmodyfikowanym przez siebie projekcie umowy) nie nazwał żądanej ceny ofertowej (wynagrodzenia) ceną ryczałtową (wynagrodzeniem ryczałtowym). Jednak fakt ten, sam w sobie, nie przesądza o charakterze ceny w tym postępowaniu. W ocenie składu orzekającego Izby, cena, jaka została zastosowana w przedmiotowym postępowaniu, jest ceną ryczałtową, ponieważ świadczą o tym przywołane powyżej postanowienia projektu umowy wprost określające, że zamawiający zapłaci wykonawcy ustalone wynagrodzenie (§ 2 ust. 2 projektu umowy) oraz określające, że to wykonawca, nie zaś zamawiający ponosi ryzyko, co do poprawności kalkulacji ceny adekwatnej do rozmiaru przedmiotu zamówienia (§ 5 ust. 4 projektu umowy).

Zamawiający nie zawarł jednocześnie w SIWZ żadnych postanowień, które wskazywałyby, że cena ofertowa zapewniająca wykonanie przedmiotu umowy może ulec

zmianie i regulowały sposób dokonywania ewentualnych zmian. Na rozprawie zamawiający powoływał się na postanowienia § 10 projektu umowy, które w jego ocenie przesądzają o kosztorysowym charakterze ceny w tym postępowaniu.

Skład orzekający Izby stwierdza jednak, że przywołany paragraf w ogóle nie dotyczy sposobu rozliczenia robót będących przedmiotem niniejszego postępowania, ale odnosi się wyłącznie do sposobu rozliczenia robót dodatkowych, a zatem robót, które ewentualnie

13

zostaną wykonane przez wykonawcę przedmiotowego zamówienia po przeprowadzeniu nowego postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 pkt 5) ustawy), w wyniku którego strony uzgodnią cenę - wynagrodzenie i sposób jego rozliczenia dla zamówienia dodatkowego.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że brak było podstaw do odrzucenia ofert odwołujących się wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy, a w konsekwencji brak było podstaw unieważnienia postępowania na „Budowę kanalizacji deszczowej oraz zbiornika wód deszczowych w Złotnikach, gmina Suchy Las - Etap 1” na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy.

Dodatkowo skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający winien dokonać ponownego badania i oceny ofert po ostatecznym rozstrzygnięciu protestów, wniesionych w dniu 07.10.2008r., zgodnie z art. 183 ust. 5 pkt 2) ustawy, ponieważ żądanie zgłoszone przez P.I.Ś. INŚ-EKON S.A. w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego nie zostało przez zamawiającego uwzględnione, a zatem nie wszystkie żądania zamawiający uwzględnił.

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

Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), uznał za uzasadnione koszty odwołujących się wykonawców, tj. Przedsiębiorstwo Inżynierii Środowiska INŚ. - EKON S.A. oraz konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Maciej i Wiesław Gramowscy ATA - TECHNIK s.j. oraz Przedsiębiorstwo "HYDROMEX PLUS" ZASKÓRSCY s.j., poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocników.

14

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych 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:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*

15