

748100881

- ODPIS -

KANCELARIA RADCY PRAWNEGO*Marek Wróbel**ul. 1-go Maja 8E, 57-200 Zabkowice Śl.**skrytka pocztowa 49**tel. 074/810 08 80, fax 074/810 08 81**0604 428 403, NIP 687-117-81-94*

Zabkowice Śl., dnia 3 września 2012r.

**Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
Przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17 a
02-676 Warszawa****Zamawiający:** Gmina Zabkowice Śląskie z siedzibą przy ul. 1 Maja 15, 57-200 Zabkowice Śl.

nr tel. 74 816 53 17, faks 74 815 54 45

e-mail: beata.czerwinska@zabkowiceslaskie.pl**Odwołujący:** Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe BRUKBET Franciszek Twardy Sp. z o.o. z siedzibą w Zabkowicach Śl. /57-200/ ul. Daleka 7 A.
nr tel. 74 8151272, faks 74 8157330*zastąpiony przez radcę prawnego Marka Wróbla,
Kancelaria Radcy Prawnego Marek Wróbel
skr. poczt. 49, ul.1 Maja 8 E, 57-200 Zabkowice Śl.
nr tel. 74 810 08 80, faks 74 810 08 81
e-mail: wrobel.kancelaria@wp.pl*

wpis w wysokości 10.000,00 zł – dowód opłaty w załączeniu;

ODWOŁANIE**od czynności polegającej na odrzuceniu oferty w sprawie o nr ZP.271.9.2012.BC.**

Działając w imieniu Odwołującego, pełnomocnictwo w załączeniu, na podstawie art. 180 ust. 2 pkt. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), wnoszę odwołanie od czynności polegającej na odrzuceniu oferty w całości przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych o wartości poniżej 5.000.000 euro dla zamówienia pod nazwą „Rewitalizacja Parku Miejskiego im. Sybiraków w Zabkowicach Śl.” prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, ozn. sprawy: ZP.271.9.2012.BC.

W związku z odrzuceniem oferty przez Zamawiającego w wymienionym postępowaniu
Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), poprzez odrzucenie oferty Zamawiającego pomimo, że treść oferty jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

Godzina odbioru 4. Wrz. 13:35

748100881

- naruszenia art. 91 ust. 1 poprzez wybór oferty Konsorcjum ZBYLBRUK Piotr Zbyl z siedzibą w Bobolicach 29a/5 oraz ZBYLBRUK Sp. z o.o. z siedzibą w Bobolicach 33, 57-200 Zabkowice Śl. która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą;

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o:

1. nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego a w rezultacie także unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, tj. Konsorcjum ZBYLBRUK Piotr Zbyl z siedzibą w Bobolicach 29a/5 oraz ZBYLBRUK Sp. z o.o. z siedzibą w Bobolicach 33, 57-200 Zabkowice Śl.
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
3. nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe BRUKBET Franciszek Twardy Sp. z o.o. z siedzibą w Zabkowicach Śl. /57-200/ ul. Daleka 7 A.
4. zwrot kosztów postępowania odwoławczego od Zamawiającego na rzecz Odwołującego, w tym z tytułu zastępstwa prawnego w wysokości 3.600,00 zł.
5. dopuszczenie dowodu z:
 - opinii biegłego z zakresu kosztorysowania robót budowlanych na okoliczność tożsamości opisu przedmiotu w dokumentacji technicznej i specyfikacji technicznej Zamawiającego z kosztorysem ofertowym Wykonawcy oraz z SIWZ.
 - zeznań świadka Wiesława Twardego – wezwanie na adres Odwołującego - na okoliczność sposobu sporządzania kosztorysu ofertowego.

UZASADNIENIE

Zamawiający zawiadomił Odwołującego pismem z dnia 30 sierpnia 2012r., doręczonym za pomocą faksu w tym samym dniu, o odrzuceniu oferty Odwołującego złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na robotę budowlaną p.t. „Rewitalizacja Parku Miejskiego im. Sybiraków w Zabkowicach Śl.

Jako podstawę prawną odrzucenia oferty Zamawiający podał art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp.

Dowód: 1. zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dn. 30.08.2012r. – w aktach Zamawiającego;

748100881

Odwołujący nie zgadza się z twierdzeniem Zamawiającego i podnosi co następuje. Przede wszystkim Odwołujący wskazuje, że wbrew uzasadnieniu wyboru oferty, jedynym kryterium oceny złożonych ofert była „najniższa cena” i tylko w tym kontekście należało porównywać oferty.

Zarzucając wadliwość czynności odrzucenia oferty Odwołujący podkreśla, iż Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ) Rozdział II wskazał, iż szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia (opis) wynika z dokumentacji technicznej i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, projektów załączonych do SIWZ i szczegółowo je wymienił. Zgodnie z rozdz. XX SIWZ Wykonawca na etapie przygotowania oferty i wyceny robót stanowiących przedmiot zamówienia miał obowiązek zapoznania się z dokumentacją projektową stanowiącą opis prac, które zobowiązany będzie wykonać w ramach złożonej oferty. Wynagrodzenie natomiast miało zostać wyliczone w oparciu o kosztorysy ofertowe sporządzone metodą kalkulacji uproszczonej.

Dowód: 2. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami – w aktach Zamawiającego;

Odrzucając ofertę Odwołującego zarzucono, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ w zakresie określenia opisu przedmiotu robót w pozycji nr 111 i 130 oraz w zakresie robót dodatkowych w pozycji nr 1 i 2. Odwołujący w pozycji o numerze 111 zawartej w przedmiarze robót oraz kosztorysie ofertowym wycenił robotę, tak jak i pozostali wykonawcy biorący udział w przetargu, w oparciu o katalog KNR 5 0706-01. Zamawiający poinformował, że nie stosuje analogii do tej pozycji, czyli że żąda wskazania nakładów rzeczowych R, M, S zgodnie ze wskaźnikiem informując, iż są wystarczające. Odwołujący podkreśla, iż opis dokonany przez niego jest w treści tożsamy z zapisem Zamawiającego. Dodanie przez odwołującego słów „nad i pod kablem” jest na tyle nie znaczącą informacją, że nie powoduje żadnej zmiany w treści oferty. Jest oczywiste, że oba zapisy dotyczą takich samych czynności. W związku z powyższym nie można mówić o jakiegokolwiek różnicy w sposobie wycen a tym bardziej o zastosowaniu innych materiałów, innego sprzętu czy innego sposobu wykonania.

Ponadto należy zauważyć, iż Zamawiający dokonał pismem z dnia 10.08.2012r. poprawek omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia właśnie w poz. 111 poprzez wykreślenie „Nasypywanie warstwy piasku na dnie rowu kablowego o szerokości do 0,40 m” i wpisanie: „Nasypywanie warstwy piasku na dnie rowu kablowego po i nad kablem”, na co Odwołujący wyraził zgodę.

Dowód: 3. pismo Zamawiającego z dn. 10.08.2012r. – w aktach Zamawiającego;

Godzina odbioru 4. Wrz. 13:35

748100881

4. pismo Wykonawcy z dn. 10.08.2012r. – w aktach Zamawiającego;

Następnie należy wskazać, iż pozycja o numerze 130 zawarta w przedmiarze inwestorskim robót jest opisana w ten sposób: „Montaż i stawianie słupów oświetleniowych, stalowych o masie do 100 kg typ ST3/113/5.” Propozycja Odwołującego brzmi: „Montaż i stawianie słupów oświetleniowych, stalowych o masie do 100-300 kg typ ST3/113/5.” W wyżej wymienionej pozycji należy wycenić montaż słupów typ ST3/113/5 w oparciu o podstawę wyceny S005-1001-10/2. W katalogach nakładów rzeczowych ogólnie dostępnych nie występuje kod podany przez Zamawiającego „S005-1001-10/2, którym ten posłużył się korzystając z programu kosztorysowego „Norma PRO”. Najbliższą podstawą wyceny w tym przypadku jest KSNR 5 1001-02 odpowiadający faktycznej wadze słupów ST3/113/5 firmy ART-META. To oznacza, że dla słupów typu ST3/113/5 firmy ART-META została wpisana rzeczywista podstawa wyceny a nie w oparciu o zbiory Zamawiającego do których Wykonawcy nie mają dostępu. Nie ma więc wątpliwości, że obie strony opisują ten sam przedmiot.

Ponadto w SIWZ i dołączonej do niej dokumentacji nie jest zaznaczone, że należy dokonywać wycen pozycji kosztorysowych w oparciu o podane kody katalogu nakładów rzeczowych lecz jedynie metodą kalkulacji uproszczonej (rozd. XX SIWZ). Podstawą kalkulacji ma być przedmiar robót, projekt budowlany, projekt wykonawczy, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót (pkt 5). W dokumentacji w/w jest podany dokładny opis słupów typu ST3/113/5 z możliwością zastosowania słupów różnych producentów spełniających wymagania opisu w dokumentacji przetargowej. Odwołujący uzyskał informację od producenta słupów typu ST3/113/5, że ich waga wynosi 116 kg, czyli waga ta zawierała się w przedziale od 100-300 kg.

Zatem podanie rzeczywistego zakresu wagi zaproponowanych słupów dopuszczonych do stosowania w robotach objętych zamówieniem nie może być podstawą do odrzucenia oferty, gdyż opis i podstawa wyceny oferty odpowiadają treści SIWZ i dotyczą tego samego przedmiotu.

Należy również zauważyć, iż w przypadku ww. pozycji Zamawiający również pismem z dnia 10.08.2012r. dokonał poprawek omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia poprzez wykreślenie „Montaż i stawianie słupów oświetleniowych o masie 100-300 kg ST3/113/5” i wpisanie „Montaż i stawianie słupów oświetleniowych o masie do 100 kg ST3/113/5”, na co Odwołujący wyraził zgodę.

748100881

- Dowód: 5. pismo Zamawiającego z dn. 10.08.2012r. – w aktach Zamawiającego;**
6. pismo Wykonawcy z dn. 10.08.2012r. – w aktach Zamawiającego;

Zatem co do poz. nr 111 i 130 nie było żadnych niezgodności, co Zamawiający potwierdził, zmieniając za zgodą Odwołującego opisy w ofercie. Zamawiający dokonując poprawki w ofercie potwierdził, że ewentualne niezgodności nie powodują istotnych zmian w treści oferty.

W odniesieniu do poz. o numerze 137 (odpowiadające numeracji 2) zawartej w ofercie **robót dodatkowych** Odwołujący, stosując metodę kalkulacji uproszczonej utworzył poz. nr 1 KNR 2-01 0212-07 oraz poz. nr 2 KNR 2-01 0214-04. Określił krotkość pozycji nr 2 KNR 2-01 0214-04 i uzyskał żadaną odległość wywozu. Kolejną czynnością, którą dokonał Wykonawca było zespolenie poz. nr 2 do poz. nr 1. Na tym etapie zespolenia Wykonawca uzyskał w jednej pozycji dwie podstawy wyceny (KNR 2-01 0212-07 + KNR 2-01 0214-04) oraz opisy zespolonych opisów (brak jest danych o faktycznych krotkościach). Kolejnym krokiem jest uzupełnienie treści o dane żadanej odległości, np. 5 km i informacja jakie krotkości zostały zastosowane, np. „na odległość do 5 km”. Treść drugiej części opisu dotyczy określenia drugiej podstawy wyceny KNR – 0214-04. Opisy są stosowane z tego względu, że mogą być łączone pozycje o dowolnych jednostkach przedmiarowych i dowolnej treści pozycji. Dzięki takiemu opisowi pozycji głównej i dołączonej można uzyskać informację jakie prace zostały dołączone bez potrzeby wyszukiwania ich według kodu. Taki sam zabieg zespalania został przeprowadzony w odniesieniu do poz. nr 136 (pozycja nr 1 w przedmiarze dodatkowym).

Zastosowany przez Odwołującego sposób wyceny robót odpowiada w pełni treści zawartej w przedmiarze robót oraz SIWZ. Zdaniem Odwołującego nie ma innej metody **zespalania pozycji** stosowanej przez osoby zajmujące się zawodowo sporządzaniem kosztorysów budowlanych a zastosowanie tej metody nie czyni jej opisu sprzecznego z SIWZ i nie powoduje istotnej zmiany treści oferty.

- Dowód: 7. przesłuchanie świadka w osobie Wiesław Twardy;**
8. opinia biegłego z zakresu kosztorysowania robót budowlanych;

Odwołujący podnosi, iż użyte przez ustawodawcę w treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pżp sformułowania „treść oferty” i „treść siwz” jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść SIWZ to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań Zamawiającego, które mają być zaspokojone

748100881

w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty natomiast to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego w SIWZ świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. **O zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie.** Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 k.c., czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. Decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi mieć uzasadnienie w merytorycznej ocenie oferty, a nie być skutkiem sformalizowanego podejścia do postanowień specyfikacji istotnych warunków. Pogląd ten jest ugruntowany w orzecznictwie Izby (wyrok KIO z dn. 8.09.2008r., sygn. akt KIO/UZP 883/08, wyrok KIO z dn. 06.03.2008r., sygn. akt KIO/UZP 151/08, wyrok KIO z dn. 30.03.2010r., sygn. akt KIO/UZP 228/10).

Merytorycznym wymogiem Zamawiającego wynikającym z SIWZ było to, aby wykonawca zobowiązał się do wykonania robót budowlanych zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, dokumentacją techniczną i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót oraz projektów załączonych do SIWZ a także na warunkach określonych we wzorze umowy. Należy podkreślić, iż Odwołujący dokonał prawidłowej wyceny przedmiotu zamówienia a dane (opisy) zawarte w ofercie spełniają wymagania Zamawiającego.

Przy czym Odwołujący nie podważa prawa zamawiającego do określenia przedmiotu zamówienia według własnych potrzeb, jednakże odrzucenie oferty powinno być poprzedzone merytoryczną oceną, której zamawiający nie dokonał. Należy również zauważyć, że zamawiający sam dokonał poprawy omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp m.in. w poz. nr 111 i 130 kosztorysu ofertowego oraz nie zwrócił się w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp do złożenia pisemnych wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie opisu parametrów zawartych w poz. nr 136 i 137 kosztorysu ofert. Wprawdzie nie miał takiego obowiązku, ale przez to pozbawił się możliwości podjęcia decyzji najbardziej racjonalnej.

Należy mieć na względzie to, że odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 może nastąpić tylko wówczas, gdy niezgodność treści oferty w SIWZ jest niewątpliwa. Inaczej mówiąc, nie można mówić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, której w rzeczywistości nie ma. Zasadą bowiem powinno być takie interpretowanie i ocenianie ofert wykonawców, aby w ramach przepisów pzp w pierwszej kolejności dążyć do ich utrzymania

Godzina odbioru 4. Wrz. 13:35

748100881

w postępowaniu, gdyż koresponduje to z naczelnym celem ustawy, jakim jest zapewnienie racjonalnego wydatkowania środków publicznych (tak komentarz do ustawy prawo zamówień publicznych LexisNexis, Wydanie 2, Warszawa 2011). Zwłaszcza, że odrzucenie oferty Odwołującego powoduje usunięcie z grona wybranych ofert najtańszych.

Reasumując Odwołujący podkreśla, iż Zamawiający w sposób nieuprawniony potraktował ofertę złożoną przez Odwołującego jako niezgodną z treścią SIWZ a tym samym doprowadził do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp i **wyboru oferty o wiele droższej.**

Dla oceny tożsamości sposobu opisu przedmiotu zamówienia w kosztorysie ofertowym sporządzonym metodą kalkulacji uproszczonej z SIWZ, Odwołujący wnosi o powołanie biegłego z zakresu kosztorysowania robót budowlanych.

W związku z powyższym Odwołujący wnosi jak w petitum pisma.

Odwołanie zostaje wniesione w dniu 4 września 2012r., czyli w terminie przewidzianym w art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 4 września 2012r. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

ZA ODWOŁUJĄCEGO



Radca Prawny
Marek Wróbel

Załączniki:

1. dowód opłaty wpisu od odwołania;
2. potwierdzenie przesłania faksem odpisu odwołania Zamawiającemu w dniu 04.09.2012r.;
3. pełnomocnictwo do reprezentowania Odwołującego wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej w wysokości 17 zł.;
4. odpis z KRS Odwołującego wskazujący osoby umocowane do reprezentowania Odwołującego.

Godzina odbioru 4. Wrz. 13:35