

Goleniowy, dnia 28 stycznia 2010r.

Prezes
Urzędu Zamówień Publicznych
Ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący się: Firma Handlowo – Usługowa
KARINO LESZEK KRĘGIEL
Goleniowy, ul. Wyzwolenia 33
42-445 Szczekociny

Zamawiający: Miasto Żywiec
Urząd Miejski w Żywcu
34-300 Żywiec, ul. Rynek 2

Przedmiot zamówienia: *"Dostawa oraz montaż instalacji solarnej do Pływalni Miejskiej w Żywcu w ramach zadania p.n.: "Modernizacja i rozbudowa Pływalni Miejskiej w żywcu + solary"*

Numer ogłoszenia: 416032 - 2009; **data zamieszczenia:** 03.12.2009.

Adres strony internetowej, na której udostępniono specyfikację istotnych warunków zamówienia: www.bip.zywiec.pl

Termin złożenia protestu: 22.01.2010r.

Termin rozstrzygnięcia protestu: 25.01.2010r.

ODWOŁANIE

na czynność zamawiającego w sprawie rozstrzygnięcia protestu

Podstawa prawna odwołania: Na podstawie art. 184 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) zwanej dalej ustawą, Odwołujący wnosi odwołanie od czynności Zamawiającego z dnia 25 stycznia 2010r. w sprawie odrzucenia oferty Odwołującego złożoną w postępowaniu na *"Modernizacja i rozbudowa Pływalni Miejskiej w żywcu + solary"*



Odwołujący zarzuca Zamawiającemu rażące:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego się z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ,
- 2) naruszenie zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na nierównym traktowaniu wykonawców,
- 3) naruszenie art. 40 ust 6 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez umieszczenie ogłoszenia o zamówieniu na swojej stronie internetowej w dniu 27.11.2009r. tj. wcześniej niż ogłoszenie zamieszczone w BZP, które zostało dokonane w dniu 3.12.2009r.
- 4) naruszenie art. 40 ust 6 pkt 2 ww. ustawy poprzez zamieszczenie innych informacji w ogłoszeniu na swojej stronie internetowej oraz SIWZ (termin składania ofert – 7.12.2009r. godz. 10:00) a ogłoszeniem zamieszczonym w BZP (termin składania ofert – 11.12.2009r. – godz. 10:00),
- 5) naruszenie art. 26 ust. 3 ww. ustawy poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego się do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- 6) naruszenie art. 181 ust. 4 ww. ustawy poprzez niedochowanie terminów dotyczących przyłączenia się uczestników do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, poprzez rozstrzygnięcie protestu w terminie 2 dni od jego otrzymania,
- 7) naruszenie art. 87 ww. ustawy poprzez zaniechanie czynności wezwania Odwołującego się do wyjaśnienia treści oferty,
- 8) naruszenie art. 38 ust 4 ww. ustawy poprzez dokonanie zmiany treści SIWZ w dniu 16.12.2009r., tj. już po czynności dokonania otwarcia ofert, która miała miejsce 11.12.2009r..

Wskazując powyższe Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na zmianie treści SIWZ po terminie składania ofert,
- 3) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Firmy Handlowo – Usługowej KARINO LESZEK KRĘGIEL,
- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Firmy Usługowo – Handlowej KARINO LESZEK KRĘGIEL,



- 5) orzeczenie o kosztach poprzez obciążenie Zamawiającego na rzecz odwołującego się kwota wpisu zaliczoną na poczet kosztów postępowania odwoławczego.

UZASADNIENIE:

Pismem z dnia 8 stycznia 2010r. (data doręczenia 08 stycznia 2010r. – fax.) Odwołujący został poinformowany, że jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowaniu. Następnie w toku prowadzonego postępowania protestacyjnego w dniu 25 stycznia 2010r. (data doręczenia 25 stycznia 2010r. – fax.) Odwołujący został poinformowany, że Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy składającego odwołanie z powodu tego, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w szczególności „w dziale V SIWZ, który mówi, że zastosowanie produktów równoważnych nie może spowodować zmiany obciążeń dachu. Podstawę odrzucenia stanowi fakt, iż wbrew wymogom w ofercie zastosował kolektory słoneczne NEOSOL 250 w ilości 102 sztuki o wadze 59,4 kg co powoduje zwiększenie obciążenia dachu o 778,8 kg w porównaniu z dopuszczalnym przewidzianym obciążeniem dachu zgodnie z dokumentacją techniczną” oraz że Odwołujący się nie spełnił warunków udziału w postępowaniu poprzez brak dokumentów potwierdzających dysponowaniem odpowiednim potencjałem kadrowym.

Postępowanie Zamawiającego narusza interes prawny Odwołującego się, ponieważ w przypadku nieodrżucenia oferty Wykonawcy składającego niniejsze odwołanie, zostałaby ona uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący się w dniu 22 stycznia 2010r. wniósł protest wobec czynności podjętych przez Zamawiającego Urząd Miejski w Żywcu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego p.n. „Modernizacja i rozbudowa Pływalni Miejskiej w Żywcu + solary”. Odwołujący wskazał w nim Zamawiającemu, że oferta jest zgodna z treścią SIWZ, bowiem złożył ofertę równoważną, na poczet czego załączył stosowną opinię projektową nr 0114/2009, sporządzona przez projektanta posiadającego uprawnienia bez ograniczeń wykazującą, że przedstawiana oferta spełnia kryteria równoważności, a wszelkie uzyski energetyczne z oferowanej instalacji solarnej są wyższe od wydanych w dokumentacji. Sprawa oczywista, jest to, że składając ofertę równoważną Firma Handlowo Usługowa „KARINO”, Goleniowy ul. Wyzwolenia 33; 42 – 445 Szczekociny zakładała wykonanie dokumentacji zamienniej w tym w branży konstrukcyjnej – bowiem bez

takiego założenia nie byłoby możliwości wykonania jakiegokolwiek oferty równoważnej zawierającej inne kolektory słoneczne niż wydane w dokumentacji.

Skoro oferta jest zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz wszelkimi odpowiedziami i wyjaśnieniami udzielonymi przez Zamawiającego nie ma podstaw do jej odrzucenia.

Odnosząc się do uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołujący wyjaśnił w proteście, że skoro oferta była ważna, a posiadała braki w dokumentacji w zakresie potencjału kadrowego, która miała potwierdzać dysponowanie odpowiednio wykwalifikowanym personelem tj. brak wskazania osoby z uprawnieniami bez ograniczeń do kierowania robotami budowlanymi w zakresie konstrukcyjno – budowlanym, brak dwóch pracowników, posiadających aktualne badania wysokościowe, legitymujących się uprawnieniami grupy II do eksploatacji oraz dozoru urządzeń, instalacji i sieci zgodnie z Rozporządzeniem MGPIPS z dnia 23.04.2003r. w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania posiadania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci –, że to na Zamawiającym ciąży obowiązek wezwania Wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów zgodnie z brzmieniem art. 26 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem niezgodne z prawdą było stwierdzenie zawarte w uzasadnieniu, że Zamawiający nie ma obowiązku wzywać Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, jeżeli jego oferta i tak podlegałaby odrzuceniu, bowiem nie zachodziła taka okoliczność.

Oferta Odwołującego jest w pełni zgodna z wymaganiami SIWZ i jej treścią. W związku z tym, nie ma podstaw do zarzucania Wykonawcy braków, które można było uzupełnić i tym samym „karać go” odrzuceniem jego oferty w sytuacji gdy odpowiedzialność za taki stan rzeczy ponosi Zamawiający.

Całe postępowanie prowadzone przez Zamawiającego jest obarczone wieloma wadami i błędami, bowiem Zamawiający zamiast kierować się swoją wiedzą i doświadczeniem ulegał sugestiom i naciskom Wykonawców, których oferty nie zostały uznane za najkorzystniejsze i bierze za wiarygodne ich błędne wyliczenia. Jeżeli Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do treści złożonej oferty (których do tej pory nie miał, a które pojawiły się pod naciskiem innych wykonawców) to zgodnie z treścią art. 87 ww. ustawy winien zwrócić się do Wykonawcy o wyjaśnienie jej treści. Nie zwrócenie się o wyjaśnienie treści oferty, tylko jej odrzucenie uniemożliwiło Wykonawcy ustosunkowanie się do wątpliwości Zamawiającego.

Zamawiający dokonując z naruszeniem prawa zmiany treści SIWZ po otwarciu ofert dał Wykonawcom możliwość podważenia ważności oferty Odwołującego się – jako

niezgodnej z treścią SIWZ – mimo że jest ona z nią zgodna. Zamawiający nie miał podstawy prawnej do dokonania takiej czynności po upływie terminu składania ofert – naruszenie art. 38 ust. 4 – nie unieważnił swojej czynności i w konsekwencji skutki tego naruszenia ponosi Odwołujący.

Ponadto pragnę zwrócić uwagę że Zamawiający, w uzasadnieniu odrzucenia oferty podaje, że po ponownej analizie oferty Odwołującego - Firmy Usługowo Handlowej KARINO stwierdził, że nie spełnia ona podstawowych warunków zawartych w SIWZ. Jednakże naruszył tym przepisy ww. ustawy, bowiem ponownie dokonał czynności badania i oceny oferty, co mogło nastąpić dopiero po uwzględnieniu protestów.

Zgodnie z brzmieniem art. 183 ust 4 i 5 ustawy Pzp – *rozstrzygnięcie winien Zamawiający przesłać Protestującemu i Wykonawcom, którzy brali udział w postępowaniu protestacyjnym oraz jeżeli uwzględnił protest winien powtórzyć oprotestowaną czynność lub dokonać czynności zaniechanej.* Firma KARINO dopiero w dniu 25 stycznia 2010r. otrzymała rozstrzygnięcie protestu, zatem czynność odrzucenia oferty była bezprawna.

Jednocześnie należy wskazać, że Zamawiający dokonał odrzucenia oferty FHU KARINO z naruszeniem art. 181 ust. 4 ww. ustawy który mówi, że Wykonawca może w terminie 3 dni od otrzymania wezwania - do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w skutek wniesienia protestu – przyłączyć się.

Skoro więc Zamawiający poinformował Wykonawców o wniesieniu protestu firmy SOLVER w dniu 19.01.2010r. to nie minął jeszcze okres na przyłączenie się do postępowania. Do upływu tego okresu nie wolno było Zamawiającemu rozstrzygać w zakresie złożonych protestów, a bez rozstrzygnięcia nie wolno mu było dokonywać ponownego badania ofert i dokonać odrzucenia oferty Odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe wnoszę o „unieważnienie czynności odrzucenia oferty Protestującego i ponowne dokonanie badania i oceny ofert (zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych), co skutkować winno wybraniem oferty Firmy Handlowo – Usługowej jako najkorzystniejszej.”

Zamawiający, chcąc w niewielkim stopniu naprawić swój błąd w dniu 22 stycznia 2010r. poinformował Odwołującego, że uznał jego protest za zasadny i cofa swoją decyzję w zakresie odrzucenia jego oferty.

Jednakże z treści rozstrzygnięcia protestu wynika, że Zamawiający świadomie tkwi w postępowaniu obarczonym wieloma błędami i uchybieniami proceduralnymi (m.in. zamieszczenie w dniu 27.11.2009r. ogłoszenia i SIWZ na swojej stronie internetowej

wcześniej niż na Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3.12.2009r, zamieszczenie innych terminów składania ofert w ogłoszeniu - 7.12.2009r., a ogłoszeniem na BZP - 11.12.2009r., dokonanie zmiany treści SIWZ po czynności otwarcia ofert, nie wezwanie do uzupełnienia dokumentów - na podstawie art. 26 ust. 3 ww. ustawy - i nie wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 87 ww. ustawy). Uznał protest za zasadny, jednak nie odniósł się w nim do części merytorycznej tzn. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Zupełnie pominął to zagadnienie - co zgodnie z art. 183 ust. 3 ww. ustawy - daje podstawę do wniosku, że brak rozstrzygnięcia w tym zakresie oznacza jego oddalenie. Powyższe potwierdza rozstrzygnięcie przez Zamawiającego w dniu 25 stycznia 2010r. protestów pozostałych Wykonawców, w których Zamawiający nadal podtrzymuje błędną podstawę i argumentację odrzucenia oferty Odwołującego się.

Zatem jest to wskazanie, że pomimo zapisu, iż o wyborze najkorzystniejszej oferty powiadomi Wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu osobnym pismem, to nie zostanie wybrana oferta Odwołującego się.

Takie celowe działanie Zamawiającego może doprowadzić do sytuacji, że Odwołujący nie będzie miał możliwości skorzystać ze środków ochrony prawnej (bowiem nie można oprotować 2 razy tej samej czynności) Odwołujący wnosi odwołanie mimo, iż w rozstrzygnięciu protestu widnieje zapis „uznaje protest za zasadny”

Reasumując, Zamawiający nie potraktował na równi Wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu, odrzucając ofertę najkorzystniejszą, mimo jej zgodności z SIWZ - naruszając zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 i 3 ww. ustawy. Treść oferty Odwołującego się jest zgodna z treścią SIWZ i obejmuje całość przedmiotu zamówienia. Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Firma Handlowo-Usługowa **"KARINO"**
Leszek Kregiel
Goleniów; ul. Wyzwolenia 33
42-446 Szczekociny
tel./fax (034) 3557-446; Regon 150662233
NIP 877-000-17-59

Załączniki:

- wypis z rejestru działalności gospodarczej odwołującego,
- kopia protestu,
- kopia rozstrzygnięcia protestu,
- dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wysokości 10 000 zł.
- dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu

F.H.U. **"KARINO"**

Leszek Kregiel
Właściciel