

Sygn. akt: KIO/UZP 1097/08

WYROK
z dnia 23 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Małgorzata Rakowska
Stanisław Sadowy

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budowlane „SZELIGA” Sp. z o.o., ul. Sobieskiego 24, 15-014 Białystok** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komunalne Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., ul. Komisji Edukacji Narodowej 58, 15-687 Białystok** protestu z dnia 15 września 2008 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Budowlane „SZELIGA” Sp. z o.o., ul. Sobieskiego 24, 15-014 Białystok 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 wpisu uiszczzonego przez **Przedsiębiorstwo Budowlane „SZELIGA” Sp. z o.o., ul. Sobieskiego 24, 15-014 Białystok,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Budowlane „SZELIGA” Sp. z o.o., ul. Sobieskiego 24, 15-014 Białystok** na rzecz **Komunalnego Towarzystwa Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., ul. Komisji Edukacji Narodowej 58, 15-687 Białystok** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Budowlane „SZELIGA” Sp. z o.o., ul. Sobieskiego 24, 15-014 Białystok.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, przez Zamawiającego - Komunalne Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o., na „Realizację zespołu zabudowy mieszkań czynszowych Bacieczki V - 2 etap wraz z zagospodarowaniem terenu”, opublikowanym w dniu 11.07.2008r. w Biuletynie Zamówień Publicznych poz. 157756, Wykonawca - Przedsiębiorstwo Budowlane „SZELIGA” Sp. z o.o. (dalej Odwołujący), w dniu 10.09.2008r. pismem z dnia 09.09.2008r., otrzymał od Zamawiającego informację o odrzuceniu jego oferty oraz o wyborze oferty złożonej przez innego wykonawcę.

W dniu 15.09.2008r., pismem z tego samego dnia, Odwołujący złożył protest wobec odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie **art. 89 ust. 1 pkt 2) w zw. z art. 88 ust. 1 pkt 3) lit c)** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) - zwanej dalej ustawą Pzp.

Odwołujący wniósł także protest wobec wyboru oferty najkorzystniejszej, zarzucając w tym zakresie Zamawiającemu naruszenie **art. 24 ust. 2 pkt 3), art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5)** ustawy Pzp.

Zażądał:

1. unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty,

2. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. powtórzenia czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Wykazując swój interes prawny Odwołujący podał, że złożona przez niego oferta, pomimo, że jest najkorzystniejsza w tym postępowaniu, to nie została wybrana.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący wskazał, że:

1. ustawa Pzp w art. 14 ust. 1 stanowi, iż do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej, zaś ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje pojęcia „oferta”. W takiej sytuacji, zgodnie z doktryną prawa, należy stosować przepisy, które takie pojęcie definiują. Zgodnie z art. 66 § 1 k.c. oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Stwierdził, że oświadczenie woli zawarte w ofercie Odwołującego zawiera wszystkie wymagane istotne postanowienia umowy, wymagane przez Zamawiającego, w tym cenę netto i brutto za wykonanie prac będących przedmiotem zamówienia,
2. uzasadnienie faktyczne odrzucenia, tj. niezgodność obliczenia ceny oferty z przedmiarem załączonym do specyfikacji nie znajduje uzasadnienia w świetle zapisów zawartych w SIWZ. Zgodnie z pkt IV.1 SIWZ, cena oferty musi zawierać pełny zakres robót budowlanych określonych w SIWZ i zawierać wszystkie elementy niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową, wykonawczą, przedmiarami i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót,
Cena oferty w niniejszym postępowaniu jest ceną ryczałtową.

Potwierdzeniem ryczałtowego charakteru ceny w ocenie Odwołującego, jest treść § 1 ust. 5 oraz § 6 ust. 3 projektu umowy o roboty budowlane (Załącznik nr 9 do SIWZ). Odwołujący oświadczył, że jego cena ofertowa brutto zawiera wycenę pełnego zakresu przedmiotowych robót koniecznych do zrealizowania zamówienia, co potwierdził oświadczeniem zawartym w formularzu oferty.

Podkreślił, że zgodnie z art. 88 ust. 2 pkt 3) lit. a ustawy Pzp, 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.

Podniósł także, że w wybranej ofercie, w wykazie osób odpowiedzialnych za kierowanie realizacją zamówienia, nie wykazano osoby dysponującej uprawnieniami budowlanymi obejmujących pełen zakres branżowy tj. nie wykazano osoby oraz nie dołączono uprawnień budowlanych uprawniających do kierowania robotami w zakresie instalacji gazowych, co powinno skutkować wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zaniechanie wykonania tej czynności narusza art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 23.09.2008r., doręczonym Odwołującemu w tym samym dniu, Zamawiający protest rozstrzygnął poprzez jego oddalenie.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający stwierdził, że Odwołujący bezzasadnie wywodzi, że cena zawarta w umowie będzie ceną ryczałtową. Wskazał, że w § 4 umowy jest mowa o wynagrodzeniu netto oraz brutto oraz o zasadach zmian tej ceny, przewidując jedynie możliwość jej zmniejszenia w przypadku zmniejszenia zakresu robót. Już ten zapis, w ocenie Zamawiającego, wskazuje, że cena nie jest ceną ryczałtową, skoro może ulec zmianie - jak w inny sposób, niż w oparciu o kosztorys, można ustalić wysokość wynagrodzenia w przypadku zmniejszenia zakresu robót.

Roboty nieuwzględnione w przedmiarach będą rozliczane kosztorysem powykonawczym - Zamawiający nie wykluczył przeprowadzenia tego rodzaju rozliczeń. Integralną częścią umowy jest przy tym kosztorys ofertowy.

Podniósł, że pojęcie ceny ryczałtowej, o jakiej mowa w art. 632 k.c., z uwagi na dyspozycję art. 656 k.c., nie odnosi się do umowy o roboty budowlane.

Wskazał, że zapis § 6 ust. 3 projektu umowy odnosi się tylko i wyłącznie do wypłat wynagrodzenia fakturami przejściowymi i nie dotyczy całości wynagrodzenia, ani rodzaju tego wynagrodzenia, którego ostateczna wielkość będzie wynikała z faktury końcowej po komisyjnym odbiorze robót, potwierdzającym faktycznie wykonane roboty (§ 5 i 6 wzoru umowy). Zapis ten dotyczy sposobu wyliczenia łącznej wysokości wynagrodzenia objętego fakturami częściowymi, które nie może przekroczyć określonego limitu ceny brutto.

Zamawiający wskazał także na treść § 5 ust.1 i 2 projektu umowy , w którym w zakresie dotyczącym robót dodatkowych i zamiennych wskazano, że wartość robót dodatkowych liczona będzie na podstawie wskaźników określonych w wykazie stawek i narzutów zastosowanych do wyceny oferty, zgodnie z załącznikiem Nr 5, zaś wartość robót zamiennych liczona będzie na podstawie kosztorysu zamiennego, sporządzonego zgodnie z załącznikiem Nr 5. Podkreślił „że ceny materiałów przyjętych do kosztorysowania przy tych robotach „nie mogą być wyższe niż ceny wynikające z kosztorysu ofertowego (§ 5 ust.3)”

Sporządzenie dokumentacji projektowej wykonawczej, obejmowało również sporządzenie kosztorysów ofertowych szczegółowych wraz z formularzem cenowym wg załącznika Nr 7 do SIWZ. Wykaz stawek i narzutów zastosowanych do wyceny oferty określał załącznik Nr 4 do SIWZ. W pkt. V ppkt.2 SIWZ określono przy tym, że cena oferty musi być zgodna z kosztorysem ofertowym.

Odnosnie żądania wykluczenia Wykonawcy, którego ofertę wybrano, Zamawiający podał, że Wykonawca ten, na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie posiadanych uprawnień, przedłożył uprawnienia o nr BŁ/3/82 z dnia 25.02.1982r. dla Anatola P. Z dokumentu tego wynika, że Anatol P. posiada przygotowanie zawodowe do pełnienia samodzielnych funkcji kierownika budowy i robót w specjalności inst.-inż. w zakresie sieci i instalacji sanitarnych, zawarta jest też informacja o zakresie posiadanych uprawnień, w tym dotyczących instalacji sanitarnych gazowych.

W dniu 29.09.2008r. pismem z dnia 26.09.2008r., Odwołujący wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, poprzez jego nadanie w placówce pocztowej operatora publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3, 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący ponowił argumentację zawartą uprzednio w proteście.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, oferty Odwołującego, treści protestu, rozstrzygnięcia protestu i odwołania oraz stanowiska Zamawiającego, złożonego w toku rozprawy

I. skład orzekający Izby ustalił, co następuje:

Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ w przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z pkt. 13 SIWZ, jednym kryterium oceny ofert była cena, a Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną.

Potwierdzenie się zarzutu o bezzasadności odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego, umożliwiłoby Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

W pkt. IV SIWZ Zamawiający zobowiązał wykonawców do złożenia kosztorysu ofertowego szczegółowego wraz z formularzem cenowym (wg Załącznika nr 7 do SIWZ), sporządzonego zgodnie z dokumentacją projektową, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót oraz przedmiarem robót, stanowiącymi załączniki do SIWZ. Wskazał także, że kolejność pozycji kosztorysowych powinna być zgodna z ich chronologiczną numeracją, zapisaną w przedmiarach, a każda pozycja winna być zakończona ceną jednostkową wraz z przyjętymi do kalkulacji narzutami. Pozycje kosztorysowe, dla których brak jest przedmiarów powinny się znaleźć na końcu odpowiedniego elementu kosztorysu ofertowego. Wykaz stawek i narzutów miał być opracowany wg formularza, stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ.

W pkt. XIV ppkt 6 SIWZ Zamawiający podał, że wykonawca, który przedstawi najkorzystniejszą ofertę, będzie zobowiązany między innymi do sporządzenia i dołączenia szczegółowego Harmonogramu rzeczowo – finansowego robót, zgodnie z załączonym do SIWZ wzorem (Załącznik nr 8 do SIWZ) oraz formularzem cenowym. We wzorze tym przewidziano konieczność wypełnienia między innymi kolumny 3, tj. „pozycje kosztorysu”

W projekcie umowy (Załącznik nr 9 do SIWZ) Zamawiający zawarł między innymi następujące postanowienia:

§ 5 ust. 2

„Jeśli w trakcie realizacji za zgodą Zamawiającego zostaną zastosowane materiały i rozwiązania zamiennie o porównywalnej jakości, ale o niższej cenie od wyszczególnionych w dokumentacji projektowej, zostanie dokonana korekta zmniejszająca wartość inwestycji na podstawie kosztorysu zamiennego sporządzonego na podstawie wskaźników w wykazie stawek i narzutów zastosowanych do wyceny oferty, zgodnie z zał. Nr 5. Po akceptacji kosztorysów zamiennych przez obie strony Wykonawca może przystąpić do wykonywania robót zamiennych.”

Załącznik nr 5 to, zgodnie z § 14 projektu umowy, Projekt Karty Gwarancyjnej.

§ 5 ust. 3

„Ceny materiałów przyjętych do kosztorysowania przy robotach dodatkowych i zamiennych będą każdorazowo uzgadniane z Zamawiającym i nie mogą być wyższe niż ujęte w kosztorysie ofertowym oraz średnie dla województwa podlaskiego

z poprzedniego kwartału zawarte w biuletynie cenowym Sekocenbud wydawnictwa Promocja”.

§ 6 ust. 1

„Strony postanawiają, że rozliczenie będzie się odbywało na podstawie faktur miesięcznych przejściowych wystawionych na koniec miesiąca w oparciu o protokół wykonanych zgodnie z harmonogramem elementów robót, potwierdzonych przez inspektorów nadzoru (...).

§ 6 ust. 3

„Wynagrodzenie Wykonawcy rozliczone łącznie fakturami przejściowymi nie może przekroczyć 97% wynagrodzenia ryczałtowego (ceny brutto)”

§ 14

„Wykaz załączników do Umowy:

1. Dokumentacja projektowa wykonawcza,
2. Harmonogram rzeczowo – finansowy robót,
3. Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót,
4. Wykaz stawek i narzutów zastosowanych do wyceny oferty,
5. Projekt Karty Gwarancyjnej,
6. Plan bezpieczeństwa i ochrony zdrowia,
7. Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia.”

Wśród załączników do umowy, wskazanych w § 14 projektu umowy, nie wskazano kosztorysu ofertowego.

II. Skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Bez wątplenia elementem oferty, jaki wykonawcy winni złożyć w przedmiotowym postępowaniu, był kosztorys ofertowy szczegółowy. Obowiązek taki wynika wprost z pkt. IV ppkt. 1.1. SIWZ.

W kosztorysie ofertowym, złożonym przez Odwołującego, wiele pozycji odbiega od pozycji wskazanych w przedmiarze robót. Niezgodności te polegają w szczególności na nie uwzględnieniu krotności, podaniu ceny jednostkowej zamiast kalkulacji szczegółowej, nie uwzględnieniu zmian wprowadzonych przez Zamawiającego odrębnymi pismami w toku postępowania, innym opisie robót, zmianie jednostki obmiaru, wycenie innych materiałów niż żądane (np. wycena pustaków ceramicznych spalinowych zamiast pustaków wap-piaskowych, wycena cegły budowlanej pełnej zamiast cegły dziurawki, wycena sznura

konopnego smołowego zamiast styropianu gr. 2 cm) nie uwzględnieniu wskazanych współczynników, wskazaniu innej podstawy KNNR, zmianie ilości obmiaru). Faktu, że niezgodności te występują Odwołujący nie kwestionował.

W ocenie składu orzekającego Izby, postanowienia SIWZ, a w szczególności projektu umowy, wskazują, że kosztorys ofertowy w przedmiotowym postępowaniu nie ma wyłącznie charakteru pomocniczego, czy też informacyjnego. O istotnym znaczeniu kosztorysu ofertowego świadczą postanowienia § 5 ust. 3 projektu umowy. Zgodnie z nimi ceny materiałów, w przypadku robót zamiennych, muszą być odniesione do cen ujętych w kosztorysie ofertowym (nie mogą być wyższe). Dlatego też brak w kosztorysie Odwołującego wyceny np. pustaków wap-piaskowych oznacza, że w przypadku robót zamiennych nie byłoby możliwe rozliczenie umowy w sposób przewidziany przez Zamawiającego.

Zamawiający, porównując treść oferty Odwołującego z treścią SIWZ, zasadnie zatem stwierdził, że nie jest ona zgodna. O niezgodności tej przesądza fakt, że treść oferty Odwołującego nie pozwala na rozliczenie umowy w sposób przewidziany w SIWZ.

Pomimo, że Zamawiający nie wskazał w § 14 projektu umowy, iż jednym z jej załączników jest kosztorys ofertowy, to nie następuje trudności zidentyfikowanie, o jakim kosztorysie ofertowym mowa w § 5 ust. 3 projektu umowy. Oczywistym jest, że jest to kosztorys ofertowy wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą w postępowaniu, poprzedzającym zawarcie umowy na realizację zespołu zabudowy mieszkań czynszowych Bacieczki V - 2 etap wraz z zagospodarowaniem terenu.

Treść oferty Odwołującego nie pozwalałaby nadto na sporządzenie Harmonogramu rzeczowo – finansowego, o którym mowa w pkt. XIV ppkt 6 SIWZ, ponieważ w harmonogramie przewidziano obowiązek ujęcia pozycji wskazanych uprzednio w kosztorysie. Brak zatem w kosztorysie pozycji odpowiadającej pozycji przedmiaru robót uniemożliwia tym samym wypełnienie harmonogramu, zgodnie z żądaniem SIWZ. Harmonogram, podobnie jak kosztorys ofertowy, stanowi podstawę rozliczeń między stronami umowy, o czym przesądza treść § 6 ust. 1 projektu umowy.

Reasumując, w świetle postanowień projektu umowy w przedmiotowym postępowaniu, należy przyjąć, że kosztorys ofertowy będzie dokumentem służącym do dokonywania rozliczeń między stronami i z tego powodu jego prawidłowe, tj. zgodne z przedmiarem robót, sporządzenie, jest niezbędne.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 3) oraz art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez wybór oferty złożonej przez konsorcjum PBU Birkbud Andrzej Biruk i wspólnicy s.j., PPU Mark-Bud Sp. z o.o. oraz Bud-Compex ST Tararuj s.j., skład orzekający Izby pozostawił bez rozpoznania ze względu na brak interesu prawnego po stronie Odwołującego, aby domagać się wyeliminowania tego konsorcjum z udziału w postępowaniu. Biorąc pod uwagę fakt, że jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu jest cena (pkt. XI ppkt 1 SIWZ), zaś ofertę z najniższą ceną w tym postępowaniu złożył Odwołujący, to stwierdzić należy, że oferta tego konsorcjum w żaden sposób nie może zagrażać interesowi Odwołującego, polegającemu na uzyskaniu przedmiotowego zamówienia.

Innymi słowy, uwzględnienie przez skład orzekający Izby zarzutu podniesionego wobec wskazanego konsorcjum, nie doprowadziłoby do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

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 Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Białymstoku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*