

Sygn. akt: KIO/UZP 1111/08

**WYROK**

**z dnia 27 października 2008r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Członkowie: Izabela Niedziałek**

**Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 października 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Krzysztofa Musa, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane MK-BUD Krzysztof Mus, 32-722 Królówka, Królówka 306** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, 31-586 Kraków, ul. Centralna 53 F** protestu z dnia 23 września 2008r.

przy udziale **Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Józefa Wąsowicza, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano-Drogowe WĄS-BUD Józef Wąsowicz 32-420 Gdów, Gdów 711 (lider konsorcjum) oraz WĄS-BUD Sp. z o.o., 32-420 Gdów, Gdów 711** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**

**2. kosztami postępowania obciąża Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, 31-586 Kraków, ul. Centralna 53 F**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Krzysztofa Musa, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane MK-BUD Krzysztof Mus, 32-722 Królówka, Królówka 306,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, 31-586 Kraków, ul. Centralna 53 F** na rzecz **Krzysztofa Musa, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane MK-BUD Krzysztof Mus, 32-722 Królówka, Królówka 306** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) 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 **Krzysztofa Musa, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane MK-BUD Krzysztof Mus, 32-722 Królówka, Królówka 306.**

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

W dniu 4.08.2004 r., Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu, 31-586 Kraków, ul. Centralna 53 F (zwany dalej Zamawiającym; do dnia 30.09.2008 r. Krakowski Zarząd Komunalny), ogłosił postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa ul. Winnickiej w Krakowie na odcinku od działki nr 317 obręb 3 Podgórze do mostu w/c ul. Skotnickiej” i w tym samym dniu zamieścił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.); dalej: Prawo zamówień publicznych)

Wartość zamówienia oszacowano na 12 738 469,60 zł.

W dniu 17.09.2008 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyniku postępowania – za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Józefa Wąsowicza,

prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano Drogowe WAŚ-BUD Józef Wąsowicz oraz WAŚ-BUD Sp. z o.o., 32-420 Gdów, Nr 711. Oferta złożona przez Krzysztofa Musę, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane MK-BUD Krzysztof Mus, 32-722 Królówka, Królówka 306 została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

W dniu 23.09.2008 r. Krzysztof Mus (dalej: Odwołujący) – złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 26.09.2008 r. poprzez jego oddalenie, w tym samym dniu informując o swojej decyzji Odwołującego. Odwołujący w dniu 1.10.2008 r. (data nadania listu poleconego w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

Zarówno w proteście i odwołaniu, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych i wniósł o powtórny ocenę ofert, w tym bezpodstawnie odrzuconej oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu jego oferty oparł się na błędnej przesłance faktycznej – mianowicie Zamawiający wskazał, że w kosztorysie ofertowym Odwołującego w niektórych pozycjach ilości milimetrów nie zgadzają się z ilościami podanymi w przedmiarze robót, a także w niektórych pozycjach wpisano błędną jednostkę rozliczeniową „szt” zamiast „200 m”. Odwołujący podniósł, że wskazane rozbieżności nie mogą skutkować niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ, bowiem:

- 1) brak trzeciego miejsca po przecinku w kosztorysie ofertowym branży „Kanalizacja deszczowa” w pozycjach 1, 2, 15 i 35 wielkości podanych w milimetrach wynika z pominięcia ostatniej, trzeciej cyfry przez program użyty do kosztorysowania – dane wyjściowe zostały wpisane prawidłowo (Odwołujący poparł swoje stanowisko stosownymi obliczeniami), zatem i wynik przemnożenia jest prawidłowy i obejmuje pełen zakres przedmiotu zamówienia (co do tysięcznej części milimetra),
- 2) z przywołanych w kosztorysie ofertowym podstaw normatywnych (Katalogów Nakładów Rzeczowych) dla pozycji 29, 30, 31 i 33 kosztorysu ofertowego branży „wod-gaz” wprost wynika, że normy nakładów są obliczone na jednostkę (sztukę) rurociągu wynoszącą 200 m, w rezultacie czego nie może być kwestionowane, że zapis „szt” w tychże pozycjach jest tożsamy z jednostką „200 m” wskazaną w przedmiarze. Rozbieżności te wynikają z różnych sposobów przedstawiania określonej jednostki przez różne programy do kosztorysowania.

Oddalając protest, Zamawiający powołał się na postanowienia części IV pkt 13 SIWZ, i stwierdził, że był zobowiązany odrzucić ofertę za niezgodność jakiegokolwiek pozycji w kosztorysie ofertowym z przedmiarem załączonym do SIWZ:

- 1) w pozycjach 1 i 15 w kosztorysie ofertowym „zgubiono” 3 miejsce po przecinku, natomiast w pozycjach 2 i 35 dokonano „niezgodnego zaokrąglenia”, co zdaniem Zamawiającego stanowi ewidentną niezgodność treści oferty z treścią SIWZ;
- 2) Zamawiający nie odniósł się do opisanych w proteście pozycji 29, 30, 31 i 33 kosztorysu ofertowego branży „wod-gaz”.

Wobec swoich ustaleń odnośnie pozycji 1, 2, 15 i 35 w kosztorysie ofertowym Odwołującego, Zamawiający uznał, że Odwołujący samodzielnie zmodyfikował przedmiar robót, zaokrąglając lub gubiąc cyfrę znajdującą się na trzecim miejscu po przecinku, w związku z czym jego oferta jest nieporównywalna z pozostałymi ofertami, zatem jej nieodrzućenie spowodowałoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

W odwołaniu Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe zarzuty wraz z argumentacją; zauważył, że Zamawiający w rozstrzygnięciu nie odniósł się do argumentów protestu, dotyczących podania złej jednostki miary w pozycjach 29, 30, 31 i 33 kosztorysu ofertowego branży „wod-gaz”.

Do postępowania toczącego się w wyniku protestu w dniu 26.09.2008 r. przyłączył się wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący), który następnie w dniu 13.10.2008 r. przystąpił do postępowania odwoławczego. Przystępujący przedstawił własne obliczenia, które w jego ocenie nie tylko wskazują na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, ale również wskazują, że Odwołujący popełnił błąd w obliczeniu ceny. Ponadto podniósł on, że określenie jednostki miary „200 m” jako „szt” nie może być uznane za tożsame, ponieważ z oferty Odwołującego nie wynika, że „szt” odnosi się do jednostki „200 m”.

Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Izba oparła swoje ustalenia w szczególności na oryginalnej ofercie Odwołującego, przedłożonej przez Zamawiającego na rozprawie (w aktach znajduje się kopia formularza ofertowego i kwestionowanego kosztorysu ofertowego). W aktach sprawy brak przedmiaru robót będącego załącznikiem do SIWZ, jednak ilości i jednostki opisane w przedmiarze nie

były przedmiotem sporu, a Strony zgodnie w dotychczasowych pismach podawały wielkości zawarte tamże - zatem Izba oparła się na informacjach w tym zakresie zawartych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu i przystąpieniu do odwołania.

Odnosząc się do zarzutów protestu i odwołania, dotyczących pozycji 1, 2, 15 i 35 kosztorysu ofertowego Odwołującego w branży „Kanalizacja deszczowa”, Izba ustaliła, iż w przedmiarze robót załączonym do SIWZ w kolumnie „ilość” podano następujące wielkości:

3967,331;

5782,869;

1049,181;

15616,985.

Natomiast w kosztorysie ofertowym Odwołującego w odpowiednich pozycjach podano następujące wielkości:

3967,33;

5782,87;

1049,18;

15616,99.

Wyliczenia w odwołaniu (str. 5 odwołania), nie zakwestionowane przez Stronę przeciwną, jednoznacznie wskazują, że dane wyjściowe do programu kosztorysowego, za pomocą którego sporządzono kosztowych ofertowy, wprowadzono zgodnie z wielkościami podanymi w przedmiarze (wartość robót w danej pozycji podzielona przez krotność daje wynik równy wielkościom podanym w przedmiarze). Zatem w ocenie Izby przedstawienie wielkości z pominięciem trzeciego miejsca po przecinku (a ściśle: w sposób zgodny z matematycznymi zasadami zaokrąglania) nie spowodował w okolicznościach niniejszej sprawy rozbieżności pomiędzy przedmiarem robót (SIWZ), a kosztorysem ofertowym (ofertą). Brak trzeciego miejsca po przecinku tym samym nie oznacza, że Odwołujący zaoferował inny zakres robót, niż oczekiwał Zamawiający, bowiem z podzielenia wartości pozycji przez krotność wynika wielkość, podana w przedmiarze – dane wyjściowe wprowadzone przy sporządzeniu kosztorysu ofertowego były tożsame z danymi w przedmiarze.

Powyższe stanowisko potwierdzają również wyliczenia Przystępującego, zawarte w przystąpieniu do odwołania: Przystępujący z kolei pomnożył wielkości podane przez Odwołującego (czyli bez trzeciego miejsca po przecinku) przez krotność – otrzymany iloczyn nie odpowiada wartości pozycji podanej w ostatniej kolumnie w ofercie Odwołującego. Zdaniem Przystępującego świadczy to o błędzie w obliczeniu ceny; jednak takie stanowisko nie może być zaakceptowane wobec okoliczności, że jak wcześniej wykazano, dane wyjściowe wprowadzono w kosztorysie ofertowym Odwołującego zgodnie z danymi opisanymi w przedmiarze; konsekwencją czego wyliczenia Przystępującego nie odpowiadają

wyliczeniom Odwołującego. Izba uznała, że za podstawę wyliczeń dla ustalenia treści oferty należało przyjąć ostateczną wartość podaną w poszczególnych pozycjach, dlatego uznała wyliczenia Odwołującego za miarodajne i stwierdziła, że nie zaistniał w jego ofercie błąd w obliczeniu ceny.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że treść oferty Odwołującego odpowiada w pełni treści SIWZ w zakresie pozycji 1, 2, 15 i 35 kosztorysu ofertowego Odwołującego w branży „Kanalizacja deszczowa”.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących pozycji 29, 30, 31 i 33 kosztorysu ofertowego branży „wod-gaz” Izba ustaliła, że w kwestionowanych pozycjach w przedmiarze robót w kolumnie „jednostka” podano określenie „200 m”, natomiast w kosztorysie ofertowym Odwołującego w odpowiednich pozycjach podano określenie „szt”. Odwołujący argumentował, że różne programy kosztorysowe używają różnych nazw (sztuka, odcinek, 200 m), istotna jest przywołana podstawa normatywna, wynikająca z katalogu Kosztorysowych Norm Nakładów Rzeczowych: w każdej z pozycji kosztorysowych podano nr KNNR, zgodny z przedmiarem, odnoszący się do jednostki 200 m. Odwołujący do odwołania dołączył wyciąg z odpowiedniego KNNR-u, z którego wynika, że zakres przyjęty standardowo do wyceny to 200 m rurociągu – „w nakładach przyjęto długości próbowanych odcinków: rurociągi wodociągowe o średnicy nominalnej (...) – 200 m”; wyciąg ten nie został zakwestionowany przez Zamawiającego ani Przystępującego. Wobec powyższego Izba uznała za wiarygodne stanowisko Odwołującego, że podane przez niego jednostki „szt” są tożsame z jednostkami podanymi w przedmiarze co do zakresu prac do wykonania. Zatem brak w opisie pozycji w kosztorysie ofertowym Odwołującego wyraźnego wskazania ilości „200 m”, ze względu na przywołanie podstawy wynikającej z KNNR-u, odnoszącej się do właśnie tej ilości (200 m) nie może mieć znaczenia. Ponadto należy zwrócić uwagę na fakt, że w kosztorysie ofertowym Przystępującego w analogicznych pozycjach opis poszczególnych pozycji jest szerszy – tj. zawiera ilość „200 m”, jednak również podano wielkości (odpowiednio dla każdej z omawianych pozycji: 14; 1; 1; 14; kopia strony 141 oferty Przystępującego w aktach sprawy) identyczne, jak w omawianych pozycjach w kosztorysie ofertowym Odwołującego (14; 1; 1; 14). Niezależnie od powyższego, sam Przystępujący na rozprawie oświadczył, że „być może dla fachowców czytających kosztorys ofertowy takie sformułowania będą jednoznaczne” – Izba stwierdza, że zgodność kosztorysów ofertowych z przedmiarami robót musi być oceniana przez profesjonalistów; zatem w zupełności należy uznać za wystarczające, jeżeli użyte w kosztorysie ofertowym Odwołującego określenia są zgodne z przedmiarem robót w ocenie profesjonalisty. W konsekwencji Izba uznała, że oferta Odwołującego jest zgodna z przedmiarem robót w zakresie pozycji 29, 30, 31 i 33 kosztorysu ofertowego branży „wod-gaz”.

Reasumując, Izba stwierdziła, że treść oferty Odwołującego (kosztorys ofertowy) jest zgodna z treścią SIWZ (przedmiaru robót), w związku z czym Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, w konsekwencji orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza nie uwzględniła kosztów zastępstwa Odwołującego z uwagi na fakt, iż nie przedłożył on do akt sprawy stosownych rachunków wymaganych zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007r., Nr 128, poz. 886).

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 **Krakowie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....