

Sygn. akt: KIO/UZP 1174/08

WYROK
z dnia 7 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Marek Koleśnikow
Emil Kuriata

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~1~~ w dniach 7 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlane „Jack-Bud” Jacek Grabowski, ORLIKON Sp. z o.o., 60-681 Poznań, Os. B. Chrobrego paw. 110** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Powiat Żniński, 88-400 Żnin, ul. Potockiego 1** protestu ~~protestów~~ z dnia 30 września 2008 r.

przy udziale wykonawcy **Firma „KORBUD” Józef Korczak, 86-010 Koronowo, ul. Przemysłowa 9** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża **Powiat Żniński, 88-400 Żnin, ul. Potockiego 1** 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 uiszczanego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlane „Jack-Bud” Jacek Grabowski, ORLIKON Sp. z o.o., 60-681 Poznań, Os. B. Chrobrego paw. 110,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7 664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Powiat Żniński , 88-400 Żnin, ul. Potockiego 1** na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlane „Jack-Bud” Jacek Grabowski, ORLIKON Sp. z o.o., 60-681 Poznań, Os. B. Chrobrego paw. 110** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego oraz kosztów 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 **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlane „Jack-Bud” Jacek Grabowski, ORLIKON Sp. z o.o., 60-681 Poznań, Os. B. Chrobrego paw. 110.**

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

Zamawiający – Powiat Żniński prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „budowa Hali gimnastycznej przy I Liceum Ogólnokształcącym w Żninie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone dnia 18 sierpnia 2008 r., w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 191938-2008.

Dnia 30 września 2008 r. Odwołujący się wniósł protest wobec zaniechania czynności odrzucenia oferty najkorzystniejszej, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej ustawą Pzp.

Odwołujący się podnosi, że w spornej ofercie brak kosztorysu na wykonanie wentylacji mechanicznych, mimo że z Rozdziału VII, część A, pkt 2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) wynika obowiązek dołączenia do oferty „kosztorysu ofertowego opracowanego zgodnie z przedmiarem robót – wypełnionego i podpisanego przez Wykonawcę”, zaś zgodnie z postanowieniami Rozdziału XII SIWZ „podstawę do obliczenia ceny oferty stanowi przedmiar robót”, natomiast „cena zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o kosztorys ofertowy sporządzony metodą uproszczoną, na podstawie przedmiaru robót załączonego do niniejszej siwz”. W spornej ofercie znajduje się jedynie strona tytułowa przedmiotowego kosztorysu, zestawienie robocizny, materiałów, sprzętu i tabela elementów scalonych. Nie zawiera natomiast pięćdziesięciu dwóch pozycji asortymentowych, wynikających z przedmiaru robót.

Ponadto, w kosztorysie dotyczącym budowy łącznika, w poz. 25 spornej oferty, wpisano ilość 108 m², podczas gdy z przedmiaru robót wynika, że winno być 108,543 m². Zmiana taka jest niedopuszczalna w świetle postanowień Rozdziału XII SIWZ, z którego wynika, że „Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do przedmiaru robót”.

Kolejne uchybienie, na które wskazuje Odwołujący się, znajduje się w poz. 37 kosztorysu ofertowego na przyłączy ciepłownicze. Wpisano w niej jako jednostkę miary „odcinek” a ilość 1, natomiast w przedmiarze robót ilość jest taka sama, jednakże jednostką jest „100 m”. Odwołujący się zwraca uwagę, że w przedmiotowej pozycji należało obliczyć koszt uruchomienia rurociągów o długości 100 m, a biorąc pod uwagę treść spornej pozycji, nie sposób wywnioskować, jaką długość rurociągów przyjęto do wyceny.

W związku z powyższym Odwołujący się wniósł o: nieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty najkorzystniejszej i wybór oferty Odwołującego się.

Pismem z dnia 1 października 2008 r. Firma „KORBUD” Józef Korczak (dalej „KORBUD”) zgłosiła przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 7 października 2008 r. Zamawiający protest oddalił. Zamawiający stwierdza, że na podstawie części kosztorysu znajdującego się w ofercie najkorzystniejszej jednoznacznie ustalono, że spełnione są wymagania Zamawiającego dotyczące wykonania

wentylacji mechanicznej, zgodnie z przedmiarem robót. W opinii Zamawiającego, w spornej ofercie, do obliczeń ceny za budowę łącznika przyjęto ilość metrów zgodną z przedmiarem robót, tj. 108,543 m². Odnośnie kosztorysu na przyłączy ciepłownicze, Zamawiający wyjaśnia, że zgodnie z przedmiarem robót, w poz. 37 należało obliczyć koszt uruchomienia rurociągów o długości 100 m. W wyniku dokonanej analizy przedmiotowej oferty Zamawiający ustalił, że wskazana jednostka miary „odcinek”, jest równoznaczna z przyjętą jednostką w przedmiarze robót – 100 m.

Dodatkowo Zamawiający podnosi, iż „zarzuty dotyczące oferty Firmy KORBUD (...) określone w proteście nie mają wpływu na końcową wartość oferty, a zatem nie stanowią naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych”.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący się i wniósł dnia 13 października 2008 r. odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście, dodatkowo podniósł zarzut naruszenia przepisu art. 7, 183 ust. 5-6 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący się podnosi, że Zamawiający określił w SIWZ wymagania, jakie należy spełnić, stąd przy ocenie ofert nie może ich pomijać. Dodatkowo Odwołujący się wskazuje na m.in. następujące postanowienia SIWZ: „Cena oferty (cena poszczególnych pozycji) winna obejmować wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia, o których mowa w niniejszej SIWZ. Cena oferty musi wynikać z załączonego kosztorysu ofertowego, w przeciwnym razie zostanie odrzucona. Kosztorys ofertowy należy dołączyć do oferty. W kosztorysie winny być ujawnione wszystkie czynniki cenotwórcze zastosowane do sporządzenia kosztorysu ofertowego (R, S, Kp, Z)”.

Dnia 27 października 2008 r. „KORBUD” zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, z żądaniem oddalenia odwołania. Zdaniem Przystępującego, gdyby w ofercie Odwołującego się znalazły się uchybienia o podobnym charakterze i ciężarze gatunkowym i z tej przyczyny jego oferta zostałaby odrzucona, można byłoby mówić o nierównym traktowaniu wykonawców i niezachowaniu zasady uczciwej konkurencji. Przystępujący podnosi również, że Odwołujący się nie wskazał jakie czynności Zamawiającego naruszają zasadę uczciwej konkurencji.

Przystępujący stwierdza, że jego oferta „zawiera pewne drobne uchybienia, które jednak nie wypaczają jej zasadniczej treści a przede wszystkim nie stoją w sprzeczności ze SIWZ i nie uniemożliwiły Zamawiającemu dokonania oceny ofert i wyboru wykonawcy”.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty w sytuacji, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W niniejszym stanie faktycznym, Zamawiający w Rozdziale VII, część A SIWZ wyraźnie wskazał, jakie dokumenty składają się na treść oferty. Jednym ze wskazanych przez Zamawiającego elementów jest kosztorys ofertowy opracowany zgodnie z przedmiarem robót. Wynika z tego, że wykonawca zobowiązany był opracować kosztorys ofertowy na podstawie przedmiarów robót wykonanych przez Zamawiającego, a stanowiących załącznik nr 11 do SIWZ. Przedmiary zostały sporządzone odrębnie dla różnego rodzaju robót (branż), składających się na przedmiot zamówienia. Na tej podstawie odpowiednio należało przygotować kosztorysy ofertowe. Analiza oferty Przystępującego pozwala stwierdzić, że brak w niej kosztorysu dotyczącego wentylacji mechanicznej, odpowiadającego przedmiarowi robót. Zamiast powyższego, znajduje się karta tytułowa, zestawienie robocizny, zestawienie materiałów, zestawienie sprzętu oraz Tabela elementów scalonych. Jakkolwiek można się zgodzić ze stwierdzeniem, że uchybienie formie nie stanowi przesłanki do odrzucenia oferty w trybie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, to jednak w niniejszym stanie faktycznym z sytuacją taką nie mamy do czynienia. W istocie, w spornej ofercie zamiast przedmiotowego kosztorysu ofertowego, pojawiają się inne dokumenty, to w swej treści nie odpowiadają one właściwemu przedmiarowi robót. Wystarczy wskazać chociażby, że w badanej ofercie zaoferowano jedynie przewody wentylacyjne ocynkowane, podczas gdy Zamawiający wymagał również przewodów wentylacyjnych z blachy stalowej, dalej wyrzutni ściennych prostokątnych a zaproponowano jedynie wyrzutnie dachowe. Kolejna różnica dotyczy czerpni, Zamawiający wymagał dachowych, a Przystępujący wskazał jedynie ścienne. Wobec powyższego nie potwierdziło się stanowisko Zamawiającego, że Przystępujący spełnił wymagania dotyczące wykonania wentylacji mechanicznej, zgodnie z przedmiarem robót (rozstrzygnięcie protestu).

Jeśli idzie o zarzut dotyczący poz. 37 kosztorysu ofertowego na przyłącze ciepłownicze, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że w żaden sposób nie można domniemywać, iż wskazana przez Przystępującego jednostka miary „odcinek” odpowiada 100 m, a wniosek taki można wyprowadzić z wskazanej w przedmiotowej pozycji normy KNR. Zauważyć bowiem należy, że sam Zamawiający takiego rozwiązania nie zastosował w odpowiednim przedmiarze robót, oprócz normy KNR wyraźnie wskazał na jednostkę miary - 100 m.

W kwestii spornej poz. 25 kosztorysu ofertowego, dotyczącego budowy łącznika, określono ilość na poziomie 108 m², podczas gdy z przedmiaru robót wynika, iż wymaganą ilością jest 108,543 m². Twierdzenia Zamawiającego, że różnica ta wynika z faktu dokonania analizy własnej przeprowadzonej w oparciu o projekt budowlany, nie znajdują uzasadnienia. Zamawiający bowiem już w przedmiarze robót, w spornej pozycji, jako podstawę wyceny wskazał na analizę indywidualną.

Wskazane różnice w sposób jednoznaczny potwierdzają, że treść oferty Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ. Okoliczność powyższą potwierdza również fakt, że Zamawiający zastrzegł, iż wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do przedmiaru robót. Stwierdzenie zaś, że merytoryczna zawartość oferty różni się od dokumentów składających się na treść SIWZ i wymaganych w ofercie, stanowi przesłankę do jej odrzucenia na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Faktu tego nie zmienia okoliczność, że wynagrodzenie przewidziane za realizację przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy, jak i to, że wykonawca zobowiązany jest zrealizować przedmiot zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, określonymi w szczególności w projektach budowlanych, wykonawczych, specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót. Należy bowiem zauważyć, że kosztorys ofertowy nie ma wpływu jedynie na cenę, w sytuacji, kiedy ustalono wynagrodzenie ryczałtowe. Zaś zobowiązanie wykonawcy, że zrealizuje przedmiot zamówienia w sposób określony w SIWZ, nie ma znaczenia dla oceny niniejszego stanu faktycznego. Ustawodawca bowiem nakłada na Zamawiającego obowiązek badania treści oferty pod kątem zgodności z SIWZ i jakiegokolwiek uchybienia w tym zakresie nakazuje kwalifikować jako przesłankę do odrzucenia oferty.

Zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1, 183 ust. 5-6, art. 191 ust. 1 ustawy Pzp pozostawiono bez rozpoznania, bowiem zgodnie z dyspozycją art. 191 ust. 3 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 oraz 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 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), uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego się w kwocie 3 600,00 zł.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Bydgoszcy.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*