

WYROK

z dnia 19 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Małgorzata Rakowska
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Benedykta Chłapa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BEN-BRUK Benedykt Chłap ul. Ceglana 10, 73-110 Stargard Szczeciński od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

Gminę Miasto Stargard Szczeciński ul. Czarnieckiego 17, 73-110 Stargard Szczeciński

protestu z dnia 19 maja 2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego się oraz XXX po stronie Zamawiającego.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Stargard Szczeciński ul. Czarnieckiego 17, 73-110 Stargard Szczeciński 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 Benedykta Chłapa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BEN-BRUK Benedykt Chłap ul. Ceglana 10, 73-110 Stargard Szczeciński,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 898 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy osiemset dziewięćdziesiąt osiem złotych zero groszy) przez Gminę Miasto Stargard Szczeciński ul. Czarnieckiego 17, 73-110 Stargard Szczeciński na rzecz Benedykta Chłapa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BEN-BRUK Benedykt Chłap ul. Ceglana 10, 73-110 Stargard Szczeciński stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu, dojazdu na rozprawę oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych,
- 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 Benedykta Chłapa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą BEN-BRUK Benedykt Chłap ul. Ceglana 10, 73-110 Stargard Szczeciński.

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego *na rozbudowę nowego cmentarza komunalnego w Stargardzie Szczecińskim (TI.II/341-11/08)*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 27 marca 2008 r. pod numerem 61318. Kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty była najniższa cena.

W wyznaczonym terminie składania ofert złożono cztery oferty, z których oferta Odwołującego była ofertą najtańszą.

Informację o odrzuceniu swojej oferty oraz wyborze oferty najkorzystniejszej Odwołujący otrzymał 15 maja 2008 r. Zgodnie z tą informacją podstawą prawną odrzucenia oferty Odwołującego był art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jako uzasadnienie swojej decyzji Zamawiający załączył do informacji opinię prawną radcy prawnego, z której wynika, iż „treść sporządzonej oferty przez firmę BEN-BRUK nie do końca odpowiada treści SIWZ” – dotyczyło to tego, iż wykonawca ten w pozycji 4. „Zestawienia elementów kosztorysowania” dot. kosztów zakupu podstawowych materiałów wpisał stawkę 0% z adnotacją „wliczone”. Jak wynika z opinii wykonawca może w zestawieniu elementów kosztorysowania podać, że nie wlicza pewnych elementów kosztotwórczych podając np. że koszty zakupu materiałów będą wynosić 0% ich wartości, to jednak wpisując w nawiasie obok 0% kosztów słowo *wliczone* przyznał, iż faktycznie wliczył te koszty w ceny zakupu materiałów ukrywając natomiast ich faktyczną wysokość. Takie podawanie elementów cenotwórczych może zniekształcać i utrudniać prawidłową kalkulację ewentualnych robót zamiennych i dodatkowych, jak również rozliczenie w przypadku ewentualnego wcześniejszego rozwiązania umowy przed wykonaniem wszystkich robót. Gdyby wykonawca podał tylko, że nie nalicza wcale kosztów zakupu do cen materiałów nie podając, iż są one wliczone w cenę materiałów, wówczas zestawienie spełniałoby w pełni wymogi specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczące zawartości wyceny ofertowej.

Na powyższe odrzucenie swojej oferty 19 maja 2008 r. Odwołujący wniósł protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący zażądał ponownego badania i oceny ofert i ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący stwierdził, iż w powyższym uzasadnieniu Zamawiający nie podał, któremu konkretnie postanowieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie odpowiada przyjęte ujęcie kosztów zakupu, a sam autor opinii stwierdza, że jego pogląd może być dyskusyjny. W załączonej do specyfikacji istotnych warunków zamówienia instrukcji sporządzenia wyceny ofertowej nie ma żadnego zapisu zabraniającego wpisania słowa „wliczone” obok wysokości stawki któregoś z narzutów, a sama treść instrukcji dopuszcza sporą dowolność przy sporządzaniu wyceny. Dlatego nie można uznać, że oferta jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Poza tym słowo „wliczone” oznacza, że koszty zakupu zostały ujęte w poz. 2. tabeli zestawienia elementów kosztorysowania dot. podstawowych materiałów, a Zamawiający bez zwrócenia się do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie miał prawa dokonać innej interpretacji.

Odwołujący już raz, w innym postępowaniu, złożył ofertę u Zamawiającego z takim samym rozpisaniem kosztów zakupu i, pomimo wynagrodzenia kosztorysowego, Zamawiający nie miał wtedy żadnych wątpliwości co do takiego zapisu.

Z przedstawionego uzasadnienia wynika też, iż Zamawiający większą wagę przywiązuje do sposobu rozliczenia ewentualnych zamówień dodatkowych niż do samego zamówienia podstawowego. Zamawiający nie podał także wg jakich notowań będą rozliczane ceny materiałów nie ujętych w ofercie.

Poza tym w ofercie złożonej przez MPGK Sp. z o.o. są większe mankamenty, a Zamawiający oferty tej nie odrzucił, co narusza art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem stanowi ewidentne nierówne traktowanie wykonawców podczas oceny ofert w zakresie prawidłowości sporządzenia wyceny ofertowej.

Jednak powyższe „wady” zarówno w ofercie Odwołującego, jak i uznanej za najkorzystniejszą nie mają znaczenia wobec tego, iż Zamawiający przyjął wynagrodzenie ryczałtowe, więc obojętne jest, w jaki sposób została dokonana wycena – co potwierdzają m.in. poglądy orzecznictwa zacytowane w proteście.

2 czerwca 2008 r. (poniedziałek) Zamawiający oddalił protest, o czym powiadomił Odwołującego tego samego dnia. W oddaleniu Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko rozszerzając argumentację w jaki sposób wycena zawarta w ofercie mogłaby negatywnie wpłynąć na rozliczanie zamówienia dodatkowego i uzupełniającego. Poza tym Zamawiający stwierdził, iż „tego rodzaju sprawy i wątpliwości” nie kwalifikują się do wyjaśnienia na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, natomiast w fakcie odrzucenia oferty Odwołującego nie dopatrywał się także naruszenia zasad uczciwej konkurencji.

Wobec oddalenia protestu 6 czerwca 2008 r. (wpływ do UZP 10 czerwca 2008 r.) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując wszystkie zarzuty, twierdzenia i żądania wskazane w proteście. Odwołujący podkreślił też w odwołaniu, iż Zamawiający zasadniczo nie zarzuca mu, że wady wycen ofertowych dotyczą sposobu skalkulowania jego aktualnie złożonej oferty, ale że mogą wpłynąć na sposób rozliczania ewentualnych przyszłych robót dodatkowych lub uzupełniających – co jest nieuzasadnione, ponieważ mogą być one udzielone tylko po negocjacjach i przy zachowaniu zasady swobody zawierania umów, której nie będą mogły krępować stawki przyjęte w niniejszym postępowaniu.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odrzuceniu podlega oferta wykonawcy, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jak wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. punktu III 3. oraz „Instrukcji sporządzania wyceny ofertowej” – załącznik nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferta winna zawierać: „Wycenę ofertową. Zestawienie elementów kosztorysowania (R, Kp, Kz, Z) zastosowane w wycenie ofertowej do robót budowlanych, zestawienia cen

podstawowych materiałów i pracy sprzętu”. Natomiast „z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia stopień uszczegółowienia wyceny ofertowej pozostaje w gestii wykonawcy. Wycenę należy sporządzić dla każdego rodzaju robót. Wycena ofertowa winna zawierać co najmniej zagregowane ceny jednostkowe zasadniczych robót będących przedmiotem zamówienia – m.in. dla umożliwienia określenia stanu zaawansowania robót przy fakturowaniu przejściowym. Dodatkowo oferta winna zawierać zestawienie elementów kosztorysowania (R, Kp, Kz, Z) zastosowane w wycenie ofertowej oraz zestawienie cen podstawowych materiałów i pracy sprzętu – dla celów kalkulacji wynagrodzenia ewentualnych robót dodatkowych lub zamówień uzupełniających. Określenie ilości poszczególnych robót leży po stronie wykonawcy. Przyjęcie w wycenach ofertowych ilości poszczególnych robót różniących się od faktycznie wykonanych na etapie realizacji zamówienia nie ma wpływu na zmianę wysokości wynagrodzenia ryczałtowego”.

Odwołujący w „Zestawieniu elementów kosztorysowania” zawartym w ofercie podał wymagane koszty, przy czym w poz. 4. „Koszty zakupu od (Kz) liczone od poz. 2” podał stawkę 0% z adnotacją „wliczone”. Przy czym wątpliwości Zamawiającego nie budził fakt, iż przedstawiona stawka narzutu wyniosła 0%, lecz to, że koszty te zostały wliczone do innej pozycji (wg Zamawiającego – do poz. 2., czyli ujęte w cenach podstawowych materiałów).

Zamawiający nie wskazał postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z którym powyższy zapis w ofercie jest sprzeczny. Skład orzekający Izby również takiego postanowienia nie odnotował. Z zacytowanych powyżej postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika wprost, iż Zamawiający stopień uszczegółowienia wyceny ofertowej pozostawił w gestii wykonawcy.

Odwołujący przedstawił w swojej ofercie wymagane pozycje, w tym zestawienie elementów kosztorysowania: robociznę, koszty pośrednie, koszty zakupu i zysk zastosowane w wycenie ofertowej oraz zestawienie cen podstawowych materiałów i pracy sprzętu.

Odwołujący miał prawo nie naliczyć kosztów zakupu materiałów (tj. podać stawkę 0%). W tym przypadku wykonawca ujął ten koszt w innych pozycjach – jak zresztą stwierdził sam Zamawiający np. w kosztach pośrednich – dlatego samo wpisanie lub nie uwagi „wliczone” nie zmienia faktu, że koszty te zostały w ofercie ujęte, a wykonawca tym samym wypełnił wymóg specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Obawy Zamawiającego, iż narzut ten jest już wliczony do cen materiałów, co mu utrudni ewentualne przyszłe rozliczenia, jak również ustalenie cen w przyszłych postępowaniach, również nie stanowią o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Skład orzekający Izby podziela pogląd Odwołującego zawarty w proteście i odwołaniu dotyczący tego, iż złożona oferta nie wiąże wykonawcy w innych postępowaniach, lecz dotyczy wyłącznie przedmiotowego postępowania i tylko pod tym kątem powinna być oceniana. Tymczasem wszystkie argumenty Zamawiającego dotyczyły nie postępowania, w którym oferta została złożona, lecz przyszłych zamówień dodatkowych i uzupełniających albo ewentualnego niewykonania umowy. Natomiast w odniesieniu do rozliczania płatności częściowych należy stwierdzić, iż Zamawiający nie wymagał przedstawienia w ofercie kosztów poszczególnych etapów robót, które byłyby podstawą do wystawienia faktur częściowych, więc nie może czynić wykonawcy zarzutu, iż przedstawiona przez niego wycena takie rozliczenie może utrudniać, zwłaszcza biorąc pod uwagę fakt, iż stopień uszczegółowienia wyceny ofertowej pozostawił w gestii wykonawcy.

Zamawiający naruszył więc przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym przepis art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

Jednocześnie skład orzekający Izby uznał, iż Zamawiający nie naruszył przepisów art. 87 ust. 1, art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a, ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ nie jest zobowiązany do wyjaśniania treści oferty, jeżeli treść ta nie budzi jego wątpliwości (jest to jego prawo, a nie obowiązek),

natomiast przepis art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a dotyczy sposobu poprawienia omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny, a w przedmiotowej sprawie omyłka rachunkowa nie wystąpiła.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania uwzględniając koszty dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego na podstawie faktur złożonych do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886). Skład orzekający Izby nie uwzględnił kosztów Odwołującego z tytułu sporządzenia odwołania przez pełnomocnika Odwołującego, uznając, iż powyższe koszty mieszczą się w kosztach wynagrodzenia pełnomocnika, które jest ograniczone do kwoty 3600 zł, zgodnie z przywołanym przepisem.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....