

Sygn. akt: KIO/UZP 729/08

WYROK
z dnia 29 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Członkowie: Izabela Kuciak

Jolanta Markowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lipca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „Śląsk” Sp. z o.o., Katowice, ul. W. Sikorskiego 41** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Jastrzębie Zdrój, Jastrzębie Zdrój, Al. Piłsudskiego 60** protestu z dnia 26 czerwca 2008 r.

przy udziale **Przedsiębiorstwa Budowlanego KOMPLEKS Krzysztof Króliczek i Wspólnicy Sp. j., Jastrzębie Zdrój, ul. Kard. St. Wyszyńskiego 18A** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie,**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „Śląsk” Sp. z o.o., Katowice, ul. W. Sikorskiego 41 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 Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „Śląsk” Sp. z o.o., Katowice, ul. W. Sikorskiego 41,**
- 2) 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 **Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „Śląsk” Sp. z o.o., Katowice, ul. W. Sikorskiego 41.**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Miasto Jastrzębie Zdrój prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na adaptację i rozbudowę budynków w Jastrzębiu Zdroju przy ul. Opolskiej 7 na placówkę opiekuńczo – wychowawczą (Część I) i ul. Opolskiej 9 na potrzeby Ośrodka Pomocy Społecznej (Część II). Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 maja 2008 r.

W dniu 20 czerwca 2008 r. (pismem z dnia 19 czerwca 2008 r.) Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert.

W ramach Części I:

Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „Śląsk” Sp. z o.o.

Wykonawca PPUH SKID Sp. z o.o. został wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej ustawą Pzp.

Oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane KOMPLEKS Krzysztof Króliczek i Wspólnicy Sp. j. została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na stwierdzone niezgodności kosztorysu ofertowego z przedmiarem robót stanowiącym załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

W ramach Części II:

Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta Przedsiębiorstwa Budowlanego KOMPLEKS Krzysztof Króliczek i Wspólnicy Sp. j.

Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „Śląsk” Sp. z o.o. uzyskało drugą, po Przedsiębiorstwa Budowlanego KOMPLEKS Krzysztof Króliczek i Wspólnicy Sp. j. liczbę punktów.

Z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucono ofertę PPUH SKID Sp. z o.o.

Na powyższą decyzję Zamawiającego podjętą w ramach Części I protest wniosło w dniu 26 czerwca 2008 r. (pismem z dnia 25 czerwca 2008 r.) Przedsiębiorstwo Budowlane KOMPLEKS Krzysztof Króliczek i Wspólnicy Sp. j. zwane w dalszej części również Protestującym zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Protestującego z przyczyn nieprzewidzianych w ustawie Pzp,

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez nietraktowanie wykonawców na równych prawach,
- art. 7 ust. 3 ustawy Pzp przez niedokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp i wyłącznie w oparciu o przepisy ustawy Pzp.

W uzasadnieniu Protestujący odniósł się do podstaw odrzucenia jego oferty przez Zamawiającego. Protestujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego, który stwierdził, że w kosztorysach Protestującego zmieniono podstawy wyceny w szeregu pozycji. Zdaniem Protestującego, różnica pomiędzy kosztorysem a przedmiarem nie stanowi o niezgodności kosztorysu z przedmiarem, lecz „wynika z różnorodności zapisów ostatniej liczby na podstawie wyceny w różnych programach komputerowych do kosztorysowania”. Poinformował, że Protestujący korzysta z programu „ZUZIA”, natomiast Zamawiający załączył do Specyfikacji kosztorysy ślepe opracowane częściowo w innym systemie kosztorysowania, który dla identycznych podstaw wyceny w systemie „ZUZIA” podaje na wydruku inne końcówki liczbowe dla tych samych opisów pozycji. Wobec powyższego, treść kosztorysu jest identyczna z treścią, która zostałaby wygenerowana przy użyciu tego samego programu do kosztorysowania, który zastosował projektant dla niektórych kosztorysów ślepych Części I. Podkreślił, że w każdej z kwestionowanych przez Zamawiającego pozycji występuje identyczny opis, jednostka obmiarowa i ilość jednostek, zatem sposób obliczenia ceny jest identyczny, jak w przypadku, gdyby zapis ostatniej liczby w oznaczeniu KNR był taki, jak zapisano w przedmiarze robót. Ostatnia liczba w oznaczeniu KNR jest nieistotna, a wynika jedynie z zastosowanego programu do kosztorysowania i niezależnie od jej brzmienia, jest tożsama w każdym przypadku. Abstrahując od powyższego, Protestujący uznał zastrzeżenia Zamawiającego do złożonych kosztorysów za nieuzasadnione i wskazał na treść pkt 13 ppkt 3 Specyfikacji, zgodnie z którym, zdaniem Protestującego, wykonawca nie musiał w ogóle podawać podstawy wyceny w postaci KNR.

W zakresie braku obmiarów i wycen blatów na szafkach stojących okapu w kosztorysie na wyposażenie meblowe Protestujący wywiódł, iż zawarł w kosztorysie wszelkie wymagania wynikające z odpowiedzi na pytania wykonawców udzielonych przez Zamawiającego, w tym w odpowiedzi na pytanie nr 3 z dnia 14 maja 2008 r. Protestujący stwierdził, iż postawiony przez Zamawiającego zarzut jest dodatkowym wymaganiem sprecyzowanym po otwarciu ofert, nie może ono zatem stanowić podstawy do odrzucenia oferty.

W ocenie Protestującego, złożona przez niego oferta jest w pełni zgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a ewentualne uchybienia stanowią niezgodność w zakresie formy oferty, co nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty.

Bezpodstawne, zdaniem Protestującego, odrzucenie jego oferty stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tym bardziej, iż złożona przez niego oferta jest ofertą najtańszą.

Protestujący wniósł o:

- uwzględnienie protestu,
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Protestującego,
- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Protestującego, a w efekcie wybór jako najkorzystniejszej oferty Protestującego.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu w dniu 30 czerwca 2008 r. przystąpienie zgłosiło Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „Śląsk” Sp. z o.o.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 7 lipca 2008 r. (pismem z dnia 4 lipca 2008 r.) przez jego uwzględnienie. Zamawiający zgodził się z twierdzeniem Protestującego, że różnica pomiędzy kosztorysem a przedmiarem „wynika z różnorodności zapisów ostatniej liczby na podstawie wyceny w różnych programach komputerowych do kosztorysowania” tym bardziej, że jak zauważył, w każdej z zakwestionowanych pozycji występuje identyczny jej opis, jednostka obmiarowa i ilość jednostek. Zamawiający uznał zatem, że sposób obliczenia ceny jest prawidłowy, gdyż ostatnia liczba w oznaczeniu KNR jest nieistotna, a wynika jedynie z zastosowanego programu do kosztorysowania. Przyznał, że kwestionowanie prawidłowości sporządzenia kosztorysu jest nieuprawnione w świetle pkt 13 ppkt 3 Specyfikacji.

Odnosząc się do argumentacji Protestującego dotyczącej kosztorysu na wyposażenie meblowe Zamawiający zauważył, iż w pozycjach od 1 do 5 mamy do czynienia z ceną za cały komplet tj. z ceną ryczałtową, więc brak wyceny niektórych elementów, przyjęcie niewłaściwej ilości robót, bądź brak wskazania konkretnych ilości nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty. Zdaniem Zamawiającego, zastosowanie ma w tym przypadku art. 88 ust. 1 pkt 3 lit a ustawy Pzp.

Jednocześnie Zamawiający zobowiązał się do dokonania powtórnej oceny ofert.

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodziło się Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Usług Technicznych „Śląsk” Sp. z o.o. zwane w dalszej części Odwołującym wnosząc w dniu 11 lipca 2008 r. odwołanie i zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez przyjęcie, że oferta Przedsiębiorstwa Budowlanego KOMPLEKS Krzysztof Króliczek i Wspólnicy Sp. j. spełnia wymagania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- art. 38 ust. 1 i 4 ustawy Pzp przez bezzasadne przyjęcie, że udzielenie wyjaśnień nie stanowiło modyfikacji treści Specyfikacji i tym samym nie było wiążące dla wykonawców,
- art. 7 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego, nawet gdyby uznać argumenty przedstawione przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu dotyczące podstaw wyceny części pozycji kosztorysów na odwodnienie parkingu, roboty budowlane, wodno – kanalizacyjne, c.o. i instalację gazu, to nie do przyjęcia pozostaje stanowisko Zamawiającego, że w pozycjach od 1 do 5 kosztorysu na wyposażenie meblowe zastosowano wynagrodzenie ryczałtowe, co, w ocenie Zamawiającego, uzasadnia brak wyceny niektórych elementów, przyjęcie niewłaściwych ilości robót i brak wskazania konkretnych ilości. Odwołujący zwrócił uwagę, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie wskazano, że cena podana w ofercie będzie ceną ryczałtową. Przeciwnie, z treści punktów 13 ppkt 1 i 13 ppkt 3 Specyfikacji jednoznacznie wynika, że obowiązującą formą wynagrodzenia będzie wynagrodzenie kosztorysowe.

Odwołujący wskazał ponadto na pogląd utrwalony w orzecznictwie, zgodnie z którym wyjaśnienia udzielane przez Zamawiającego wykonawcom mogą zarazem stanowić modyfikację Specyfikacji.

Odwołujący wskazał także, że wybiórcze stawianie wymagań wobec wykonawców stanowi nierówne ich traktowanie.

Powyższe stwierdzenia Odwołujący poparł szeregiem wyroków Zespołów Arbitrów i Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zwrócił także uwagę na dokonanie przez Zamawiającego przedwczesnej czynności - Zamawiający w dniu 10 lipca 2008 r. (pismem z dnia 8 lipca 2008 r.) poinformował wykonawców o dokonaniu powtórnej oceny ofert, w wyniku której jako najkorzystniejszą wybrał ofertę Przedsiębiorstwa Budowlanego KOMPLEKS Krzysztof Króliczek i Wspólnicy Sp. j.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na uwzględnieniu protestu Przedsiębiorstwa Budowlanego KOMPLEKS Krzysztof Króliczek i Wspólnicy Sp. j.,
- nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Budowlanego KOMPLEKS Krzysztof Króliczek i Wspólnicy Sp. j. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,

- nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało złożone zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 15 lipca 2008 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosiło Przedsiębiorstwa Budowlanego KOMPLEKS Krzysztof Króliczek i Wspólnicy Sp. j.

W tym stanie faktycznym, uwzględniając oryginalną dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedłożoną przez Zamawiającego oraz oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego złożone na rozprawie, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest niezasadne i jako takie nie podlega uwzględnieniu.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania jako podmiot, którego interes prawny może doznać uszczerbku. Odwołujący jest jednym z wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne, a jego oferta została wybrana przez Zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza. Jednocześnie, po przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu poprzedzającego odwołanie będące przedmiotem postępowania odwoławczego, w sposób prawidłowy skorzystał ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie,

Kwestią sporną w niniejszym postępowaniu odwoławczym jest „ujęcie” w kosztorysie ofertowym elementów wyposażenia wprowadzonych przez Zamawiającego odpowiedzią na pytanie nr 3 z dnia 14 maja 2008 r. W odpowiedzi tej Zamawiający wskazał, że „w wycenie dotyczącej wyposażenia meblowego należy ująć brakujące elementy przedstawione na załączonych do SIWZ schematach rysunkowych”. Zgodnie z definicją słowa „ująć” sformułowaną w Słowniku Języka Polskiego (Wydawnictwo Naukowe PWN S.A.) oznacza ono „sformułować, przedstawić coś w pewien sposób”. Należy zwrócić uwagę na fakt, iż Zamawiający nie doprecyzował w swej odpowiedzi w jaki sposób wykonawcy powinni dokonać ww. ujęcia. Ponadto, w załączonym do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dokumencie „Zestawienie mebli – Placówka wychowawczo opiekuńcza ul. Opolska Jastrzębie Zdrój” Zamawiający w identyczny, jak w ofercie Przystępującego sposób, zawarł poszczególne pozycje zestawienia w komplety. Mając na uwadze powyższe, nie sposób postawić Przystępującemu zarzutu, że przygotował ofertę niezgodnie z

wytocznymi Zamawiającego. Fakt, iż w wycenie Aneksu kuchennego nr 2 nie wymieniono blatu roboczego nie może dowodzić, iż blatu tego nie ujęto w wycenie. Na powyższe wskazuje fakt, iż elementy będące przedmiotem odpowiedzi z dnia 14 maja 2008 r. były umieszczone na rysunkach stanowiących część dokumentacji przetargowej, Zamawiający nie przygotował odpowiednio zmodyfikowanego zestawienia mebli, a jednocześnie wymagał wyceny poszczególnych elementów w kompletach. Z treści ww. Zestawienia mebli wynika ponadto, że mimo kosztorysowego charakteru wynagrodzenia (okoliczność przyznana przez strony), jednostką stanowiącą podstawę rozliczenia części wyposażenia meblowego stanowił dla Zamawiającego komplet. W związku z powyższym, zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Izba nie uwzględniła także zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 38 ust. 1 i 4 ustawy Pzp przez przyjęcie, że udzielenie wyjaśnień nie stanowiło modyfikacji treści Specyfikacji i nie było wiążące dla wykonawców z uwagi na fakt, iż zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący zastosowali się do wprowadzonych przez Zamawiającego pismem z dnia 14 maja 2008 r. zmian.

Biorąc pod uwagę powyższe, nie znalazł również potwierdzenia zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ustawy Pzp.

Mając na uwadze, że nie potwierdziły się zarzuty postawione przez Odwołującego, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 a i 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....