

Sygn. akt KIO/UZP 948/10

WYROK
z dnia 2 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Członkowie: Andrzej Niwicki
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Uniwersytet Wrocławski, pl. Uniwersytecki 1, 50-137 Wrocław** protestu z dnia 22 kwietnia 2010 r.

przy udziale **WARBUD S.A., Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z

kwoty wpisu uiszczzonego przez **SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SKANSKA S.A., ul. Gen. Zajęczka 9, 01-518 Warszawa.**

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

Zamawiający, tj. **Uniwersytet Wrocławski** prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego p.n. „**Budowa Kompleksu Edukacyjno-Badawczego Biotechnologii Uniwersytetu Wrocławskiego**”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 25 listopada 2009 r. pod pozycją 2009/S 227-325893.

W dniu 15 kwietnia 2010 r. (pismem z dnia 14 kwietnia 2010 r.) Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty firmy SKANSKA S.A.

W dniu 22 kwietnia 2010 r. firma Warbud S.A. wniosła protest. Protestujący wnosił o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, przeprowadzenie ponownej oceny ofert, a w jej toku - odrzucenie oferty firmy SKANSKA S.A. i dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wykonawca Warbud S.A. w pkt 1 protestu przedstawił zarzut, iż firma SKANSKA S.A. nie ujęła w sporządzonym kosztorysie ofertowym schodów zewnętrznych. Zdaniem Wykonawcy protestującego, Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 188 (pismo z dnia 10 marca 2010 r.) zamieścił wymóg dodania do przedmiaru i uwzględnienia w ofercie schodów zewnętrznych.

Kolejny zarzut, wyszczególniony w punkcie 2 protestu, dotyczył konieczności dokonania wyceny wszystkich komór fitotronowych w ofercie, co wynikało z treści specyfikacji oraz odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 20 (pismo z dnia 23 lutego 2010 r.). Zdaniem Wykonawcy Protestującego, firma SKANSKA S.A. dokonała wyceny jedynie w zakresie dwóch komór.

W punkcie 3 protestu Wykonawca Warbud S.A. podniósł, iż zgodnie z treścią odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 71 (pismo z dnia 26 lutego 2010 r.) wykonawcy zobowiązani byli do wyceny przebudowy sieci telekomunikacyjnej dla sieci Dialog i TPSA na podstawie przedmiarów załączonych przez Zamawiającego do ww. pisma. Oferta firmy SKANSKA S.A., zdaniem Protestującego, nie dokonała wyceny w zakresie przebudowy sieci telekomunikacyjnej dla sieci Dialog i TPSA, nie załączyła bowiem dodatkowego kosztorysu w tym zakresie.

Dodatkowo, w punkcie 4 Protestujący zarzucił, iż oferta firmy SKANSKA S.A. nie zawiera dokumentacji techniczno – ruchowej oferowanych dygestoriów, katalogów i szczegółowych fotografii, a to zdaniem Protestującego oznacza, że firma SKANSKA S.A. nie potwierdziła wykonania dygestoriów zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpiła, w dniu 23 kwietnia 2010 r., firma SKANSKA S.A. po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie protestu.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 05 maja 2010 r. przez jego uwzględnienie w zakresie zarzutów wskazanych w pkt. 1) i 3) protestu, uznając tym samym podniesioną przez WARBUD S.A. rozbieżność pomiędzy ofertą Odwołującego a treścią SIWZ, w pozostałej części, t.j. w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 2 Zamawiający protest oddalił.

Zamawiający przyznał, że w ofercie firmy SKANSKA S.A. brak jest pozycji kosztorysu ofertowego w zakresie przebudowy sieci telekomunikacyjnej, wobec czego oferta firmy SKANSKA S.A. nie odpowiada treści SIWZ. Obowiązek dodania do kosztorysu ofertowego ww. pozycji wynikał wprost z rozdziału V SIWZ w związku z treścią wyjaśnienia Zamawiającego nr 71 z dnia 26 lutego 2010 r., które było wiążące dla Wykonawców. Zamawiający podniósł, iż nie był uprawniony do poprawienia omyłki w tym zakresie, zgodnie z treścią art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Chcąc bowiem poprawić ofertę, musiałby dokonać faktycznie wyceny brakujących pozycji w zastępstwie Wykonawcy, co zgodnie z ustawą jest niedopuszczalne. Powyższe uwagi Zamawiający przypisał także do zarzutów w zakresie braku wyceny w ofercie firmy SKANSKA S.A. schodów zewnętrznych. W tej kwestii przywołał odpowiedź udzieloną na pytanie nr 188.

Zamawiający podkreślił także, iż dając Wykonawcom duży zakres swobody w kształtowaniu kosztorysu ofertowego, nie zwolnił jednak Wykonawców w żadnym punkcie SIWZ ani w udzielonych wyjaśnieniach z obowiązku uwzględnienia w kosztorysie ofertowym pozycji przedmiarów, które przekazał Wykonawcom.

Z rozstrzygnięciem tym, w zakresie uznania przez Zamawiającego protestu co do treści pkt 1 i 3, nie zgodziła się firma SKANSKA S.A., zwana dalej Odwołującym, która

wniosła w dniu 14 maja 2010 r. odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1-3 ustawy Pzp. Odwołujący w odwołaniu wykazywał, iż miał świadomość konieczności wykonania prac związanych z przebudową sieci telekomunikacyjnej, gdyż konieczność wykonania takich prac wynikała z treści dokumentacji projektowej. Przywoływał także treść specyfikacji, w szczególności wskazywał na rozdział V pkt 5) SIWZ stwierdzający, iż: „Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić do przedmiaru dodatkowych pozycji”, w związku z powyższym Odwołujący twierdził, iż ujął prace dotyczące przedmiaru pn. „Przebudowa sieci telekomunikacyjnej” w cenach jednostkowych innych pozycji kosztorysu. Ponadto uważał, iż w związku zapisem Informacji Zamawiającego nr 6 z dnia 1 marca 2010 r. - „Wykonawca dołącza kalkulację ryczału, która powstała w oparciu o: dokumentację projektową, w tym przedmiar (pomocniczo) dostarczony przez Zamawiającego, indywidualne ceny jednostkowe wykonawcy ...)” jest uprawniony do uznania, że biorąc pod uwagę ryczałtowy charakter wynagrodzenia umownego, nie będzie błędem, jeżeli wyceniony zakres prac pozostanie ujęty w już sporządzonym kosztorysie. Odwołujący wskazywał także na postanowienia rozdziału V pkt 6) ppkt 6.2. SIWZ stanowiące, iż: „Opisy poszczególnych pozycji przedmiaru nie mogą być traktowane jako ostatecznie definiujące wymagania dla danych robót”. Zapisy te dodatkowo utwierdziły Odwołującego w przekonaniu, że w poszczególnych pozycjach kosztorysowych i poprzez dowolne kształtowanie cen jednostkowych można ująć zakres prac, dla których brak jest przedmiaru lub też przedmiar jest błędny.

W zakresie zarzutu nie uwzględnienia schodów zewnętrznych w ofercie Odwołujący podniósł w odwołaniu, iż Zamawiający nie podał ilości, jednostki ani pozycji przedmiaru, do której należy dodać schody zewnętrzne. Trudno zatem było mówić o przekazaniu przedmiaru, a tym bardziej o obowiązku jego załączenia. W kontekście zakazania przez Zamawiającego samodzielnego wprowadzania do przedmiaru dodatkowych pozycji (rozd. V pkt 5 SIWZ) Odwołujący przyznał, iż uwzględnił koszt wykonania tych schodów w kalkulacji ryczału poprzez zwiększenie cen jednostkowych innych pozycji kosztorysowych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia rozstrzygnięcia protestu,
- b) powtórzenia przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert złożonych na realizację przedmiotowego zamówienia oraz
- c) dokonania ostatecznego wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej ze złożonych w ramach niniejszego postępowania.

Na rozprawie Odwołujący podtrzymał zarzuty podniesione w odwołaniu.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił WARBUD S.A.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, treść ofert, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w sytuacji potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Potwierdzenie okoliczności, iż Zamawiający bezzasadnie odrzucił ofertę Odwołującego, oznaczałoby dla Odwołującego uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Przedmiotem sporu w przedmiotowym postępowaniu jest kwestia zgodności oferty Odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia mimo nie załączenia przedmiaru robót w zakresie przebudowy sieci telekomunikacyjnej Izba stwierdziła, że niniejszy zarzut został potwierdzony.

W niniejszym postępowaniu, jak wynika z dokumentacji i co zostało potwierdzone przez Strony w toku rozprawy, z tytułu wykonania umowy wykonawcy przysługiwałoby wynagrodzenie ryczałtowe. Taki sposób ustalenia wynagrodzenia należnego wykonawcy wynika zarówno z treści specyfikacji, jak również z treści odpowiedzi na pytania wykonawców udzielone przez Zamawiającego.

Zamawiający jako warunek dodatkowy zapisał w specyfikacji wymóg załączenia do oferty kosztorysu ofertowego, celem przedłożenia informacji w zakresie kalkulacji, która niezbędna będzie na etapie dokonywania rozliczenia prac stanowiących przedmiot zamówienia, jak również w celu umożliwienia zamawiającemu sprawdzenia zaoferowanego wykazu zakresu prac w każdej ofercie i dokonania ich oceny oraz porównania.

Zgodnie zatem z punktem IV.1 Specyfikacji obowiązkiem Wykonawców było złożenie wypełnionego i podpisanego formularza ofertowego wraz z kosztorysem ofertowym (kalkulacją ryczałtu), sporządzonymi ściśle z postanowieniami specyfikacji. Jak wynika z punktu IV.13 specyfikacji, oferta powinna zawierać wypełniony i podpisany Formularz Ofertowy, kosztorys ofertowy, dowód wniesienia wadium. Z analizy treści specyfikacji wynika

więc, że kosztorys ofertowy stanowił istotny element oferty, a jego brak stanowiłby o niekompletności złożonej oferty.

Ponadto rozdział V pkt 4 specyfikacji zawiera zapis, że oferta powinna zawierać kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie przekazanych przez zamawiającego przedmiarów robót. Oznacza to, że kalkulacja wykonawcy – kosztorys ofertowy powinien być sporządzony zgodnie z przedmiarami robót, jakie Wykonawca otrzymał od Zamawiającego w specyfikacji, powinien zawierać te pozycje, które zostały określone w przedmiarze.

W treści specyfikacji Zamawiający zapisał, iż brak jakiejkolwiek pozycji w kosztorysie ofertowym nie będzie poprawione i skutkować będzie odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawcy zostali więc zobligowani do sporządzenia kosztorysu ofertowego w oparciu o przedmiary robót, w taki sposób, aby znalazły się w nim wszystkie pozycje z przedmiarów robót przekazanych wykonawcom przez Zamawiającego.

W treści odpowiedzi na pytanie nr 71 udzielonej w dniu 26 lutego 2010 r. Zamawiający potwierdził konieczność wykonania prac w zakresie prac przebudowy sieci telekomunikacyjnej dla sieci Dialog SA i TPSA oraz dołączył przedmiar, w którym prace te zostały wyspecyfikowane.

W świetle powyższych faktów nie można więc zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że był on uprawniony do złożenia w ofercie kosztorysu ofertowego nie zawierającego wyszczególnionych pozycji w zakresie prac przebudowy sieci telekomunikacyjnej z przedmiaru załączonego w dniu 26 lutego 2010r. Jak wynika wprost z zapisów specyfikacji, co wskazano powyżej, Wykonawca powinien sporządzić kosztorys ofertowy zgodnie z treścią przedmiarów, a brak jakiejkolwiek pozycji w kosztorysie ofertowym, sporządzonym w oparciu o te przedmiary, będzie skutkował odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Izba stoi na stanowisku, że dla Wykonawców bezwzględnie obowiązująca jest treść specyfikacji. Także jej treść decyduje, jakie dokumenty powinni Wykonawcy przedłożyć w ofercie, jak również jakie ewentualne konsekwencje groziłyby Wykonawcy, w przypadku ich nie załączenia.

W ofercie Odwołującego w sporządzonym kosztorysie ofertowym nie zostały wyszczególnione pozycje zawierające prace w zakresie przebudowy sieci telekomunikacyjnej zgodne z przedmiarem przekazanym przez Zamawiającego w dniu 26 lutego 2010 r. Odwołujący w trakcie rozprawy twierdził, że pozycje z tego przedmiaru zostały przez niego ujęte w innych pozycjach kosztorysu ofertowego. Jednak Odwołujący nie wykazał w jakich konkretnie pozycjach kosztorysu ofertowego ujął prace w zakresie przebudowy sieci telekomunikacyjnej. W żaden sposób nie zostało udowodnione ani w treści odwołania ani też w toku rozprawy, że sporządzony przez niego kosztorys ofertowy zawiera prace w zakresie przebudowy sieci telekomunikacyjnej. Co więcej, jak zostało podniesione w

toku rozprawy przez Przystępującego, w treści kosztorysu ofertowego załączonego do oferty przez Odwołującego, Odwołujący w nagłówkach części kosztorysów (na stronie 23 i 28) zamieścił adnotacje. Adnotacja wyjaśniała jaki zakres prac ujętych w danej części kosztorysu objęty jest wyceną (w danej części kosztorysu) oraz zawierała numer „informacji dla Wykonawców” i datę sporządzenia tej informacji, a także wskazanie na odpowiedź zamawiającego i numer pytania. Adnotacja ta wskazuje, iż dana część kosztorysu ofertowego zawiera wyszczególniony zakres prac wprowadzonych przez Zamawiającego poprzez modyfikację specyfikacji. W żadnej części kosztorysu ofertowego w ofercie Odwołującego nie znalazła się adnotacja wskazująca na informację z dnia 26 lutego 2010 r., zawierającą treść odpowiedzi na pytanie nr 71 i załączony do niej przedmiar prac w zakresie przebudowy sieci telekomunikacyjnej. Powyżej opisane okoliczności w ocenie Izby wskazują, że Odwołujący nie wycenił w swojej ofercie zakresu prac, co do których przekazano przedmiar wykonawcom w dn. 26 lutego 2010 r., a Odwołujący nie wykazał, że prace te zostały przez niego wycenione i ujęte w cenie ofertowej. Odwołujący ma rację, wskazując, że przy cenie ryczałtowej – co do zasady – nie ma znaczenia sposób obliczenia ceny, a ewentualne braki w wycenie stanowią ryzyko wykonawcy, jednak w niniejszym postępowaniu odwoławczym zdaniem składu orzekającego, Zamawiający tę zasadę zmodyfikował, przez przytoczone wyżej postanowienia SIWZ – wynikało z niej w sposób niebudzący wątpliwości, że przedmiary załączone do SIWZ, mimo że niedoskonałe, zawierają pewne minimum prac do wyceny – wykonawca powinien uwzględnić, że z dokumentacji projektowej mogą wynikać jeszcze inne czynności do wykonania, i uwzględnić to ryzyko w cenie ofertowej, jednak jako bezwzględny minimalny warunek należało wycenić prace opisane w przedmiarach. Gdyby nie było żadnych wątpliwości, że Odwołujący wycenił w cenie ofertowej brakujące pozycje, to jego oferta nie podlegałaby odrzuceniu. Jednak skoro Odwołujący tego nie wykazał, decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, jako niezgodnej z SIWZ, była słuszna.

W ocenie Izby nie został potwierdzony zarzut w zakresie nieujęcia w pozycjach kosztorysu ofertowego cen schodów zewnętrznych.

Wykonawcy zwrócili Zamawiającemu uwagę na brak przedmiaru robót, w którym wyspecyfikowane byłyby schody zewnętrzne. Na fakt ten wskazuje treść pytania od Wykonawców nr 188. Zamawiający, udzielając odpowiedzi na pytanie stwierdził, że schody zewnętrzne należy dodać do przedmiaru i uwzględnić w ofercie. Zamawiający nie sporządził i nie przekazał Wykonawcom przedmiaru w tym zakresie. Zamawiający nie podał ilości, jednostki ani pozycji przedmiaru, do której należy dodać schody zewnętrzne. Trudno zatem w ogóle mówić o przekazaniu przedmiaru, jak również o obowiązku jego załączenia.

Tym samym Wykonawcom w tym zakresie została pozostawiona swoboda w zakresie sposobu uwzględnienia tych prac w kosztorysie i w ocenie Izby ich wycena nie musiała być wyodrębniona w osobnej pozycji (pozycjach) przedmiaru. Zatem brak wyodrębnienia wyceny schodów zewnętrznych w kosztorysie ofertowym nie może powodować odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. i na podstawie § 4 ust. 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 z późn. zm.).

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 - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....