

Sygn. akt KIO/UZP 216/08

WYROK
z dnia 26 marca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak
Członkowie: Dagmara Gałczewska - Romek
Magdalena Grabarczyk
Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 marca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budowlano-Instalacyjne STOK Jerzy Stocki Sp. J. , Otwock, ul. Warszawska 39** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Stołeczny Zarząd Infrastruktury, Warszawa, Al. Jerozolimskie 97** protestu z dnia 22 lutego 2008 r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie odwołującego się oraz **xxx** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża **Stołeczny Zarząd Infrastruktury, Warszawa, Al. Jerozolimskie 97**

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 **Przedsiębiorstwo Budowlano-Instalacyjne STOK Jerzy Stocki Sp. J., Otwock, ul. Warszawska 39.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7602 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset dwa złote zero groszy) przez **Stołeczny Zarząd Infrastruktury, Warszawa, Al. Jerozolimskie 97** na rzecz **Przedsiębiorstwa Budowlano-Instalacyjnego STOK Jerzy Stocki Sp. J., Otwock, ul. Warszawska 39,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz zastępstwa prawnego.
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx 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 **Przedsiębiorstwa Budowlano-Instalacyjnego STOK Jerzy Stocki Sp. J., Otwock, ul. Warszawska 39.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Stołeczny Zarząd Infrastruktury prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa kościoła garnizonowego wraz z plebanią Warszawa - Wesoła. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone dnia 8 stycznia 2008 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 5630.

Zamawiający dnia 18 lutego 2008 r. poinformował Przedsiębiorstwo Budowlano-Instalacyjne STOK Jerzy Stok sp.j. o odrzuceniu jego oferty z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) i o unieważnieniu postępowania. Przedmiotowa czynność Zamawiającego stała się podstawą do złożenia dnia 22 lutego 2008 r. protestu, w którym Protestujący zarzucił naruszenie następujących przepisów : art. 87 ust. 1 i 2, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91, art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655).

Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji o odrzuceniu oferty Protestującego wskazał na następujące niezgodności oferty z przedmiarem robót załączonym do SIWZ :

1. Branża budowlana – poz. 5, str. 258 – przyjęto obmiar 2.800 m² zamiast 28.000 m².

Protestujący wyjaśnia, że przy sporządzaniu kosztorysu przyjął tzw. krotność, która jest powszechnie stosowaną techniką kosztorysową. Poszczególne składniki tej pozycji (robocizna, piasek, woda, materiały pomocnicze) podano zgodnie z obowiązującą normą a następnie pomnożono przez 10. Nie można również mówić o niebezpieczeństwie niewłaściwego wykonania zamówienia, gdyż z treści poz. 5 jasno wynika, że Protestujący przewidział ilość materiału i robocizny zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego. Zatem oferta zawiera wymagane dane a tylko sposób ich przedstawienia odbiega od sposobu przyjętego w SIWZ, co w konsekwencji stanowi jedynie niezgodność co do formy a nie co do treści. Natomiast, jeżeli Zamawiający w toku badania i oceny ofert powziął w powyższym zakresie wątpliwości to mógł zwrócić się do Protestującego o wyjaśnienie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

2. Branża elektryczna – poz. 40, str. 325 – nieokreślenie typu lampy oświetleniowej.

Protestujący stwierdza, że Zamawiający w przedmiarze nie określił typu lampy oświetleniowej. Dnia 31 stycznia 2008 r. w odpowiedzi na pytanie, jaki typ oprawy jest przewidziany do montażu, Zamawiający poinformował, że „należy przyjąć” typ ANDROMEDA

150 W. Zamawiający jednakże nie dokonał modyfikacji SIWZ w tym zakresie, co więcej, zdaniem Protestującego nie miał takiej możliwości ze względu na treść przepisu art. 29 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, który zakazuje opisywać przedmiot zamówienia przy pomocy nazw własnych produktów. Tym samym nie można przyjąć, że wykonawcy mieli obowiązek wpisać do oferty ten konkretny typ lampy. Ponadto, należy podkreślić, że przedmiotowe wyjaśnienie do SIWZ nie może być odczytywane jako ustanowienie wymogu podania w ofercie nazwy typu lampy, gdyż Zamawiający użył zwrotu „należy przyjąć”. Zatem zwrot ten powinien być rozumiany jako precyzyjne wskazanie merytorycznych podstaw sporządzenia kosztorysu. Na marginesie Protestujący wyjaśnia, że przy sporządzaniu oferty przyjął wymagany typ lampy.

3. Branża sanitarna – poz. 4, str. 377 – przyjęto obmiar 38,04 m³, podczas gdy w przedmiarze jest 38,40 m³.

Zdaniem Protestującego, w tym wypadku mamy do czynienia z omyłką, która polega na zamianie miejscami dwóch cyfr po przecinku. Omyłka ta ma charakter oczywisty, choćby z uwagi na łatwość jej dostrzeżenia. W związku z powyższym Zamawiający powinien był ją poprawić w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Gdyby nawet przyjąć, że omyłka nie jest oczywista, to zaniżenie nie ma charakteru „kluczowego” w rozumieniu wyjaśnień do SIWZ z dnia 28 stycznia 2008 r., a tym samym nie mogło być podstawą do odrzucenia oferty.

4. Branża teleinformatyczna – poz. 3, str. 414 – przyjęto obmiar 3270 mb, podczas gdy w przedmiarze jest 70 mb.

Protestujący zauważa, że z tej rozbieżności nie mogą wyniknąć żadne negatywne skutki dla Zamawiającego. Protestujący przewidział użycie większej ilości przewodów niż wymagana, zatem nie ma zagrożenia, że zamówienie nie zostanie wykonane w całości. Nie ma również możliwości, aby Protestujący żądał z tego tytułu większego wynagrodzenia niż wskazane w ofercie, bowiem zgodnie z postanowieniami SIWZ (rozdział XIV) wynagrodzenie ma charakter ryczałtowo-ilościowy. Zamawiający przewidział, że „za niezmiennie przyjmuje się ceny jednostkowe ustalone w kosztorysie ofertowym. Określone w ofercie wynagrodzenie może ulec zmianie wyłącznie w wyniku przyjęcia rzeczywistych obmiarów (na podstawie książki obmiarów) i wynikających stąd różnic w stosunku do kosztorysu ofertowego”. Z tego wynika, że w przypadku określenia w kosztorysie szerszego zakresu prac, Zamawiający, w przypadku stwierdzenia podczas rozliczania inwestycji, że zużyto mniejszą ilość przewodów, będzie uprawniony do obniżenia wynagrodzenia. Ponadto Protestujący zwraca uwagę na treść rozdziału XIV SIWZ i wyjaśnienia Zamawiającego (powtórzone w treści zawiadomienia

o odrzuceniu oferty) z dnia 28 stycznia 2008 r. W SIWZ Zamawiający zawarł zapis, że „zaniżenie przedmiarów w stosunku do załączonych do SIWZ „Przedmiarów...” może skutkować odrzuceniem ofert”. W wyjaśnieniach natomiast Zamawiający określił, że „rażące zaniżenie przedmiaru w stosunku do załączonych do SIWZ „Przedmiarów...” oraz zmiana podstawy kluczowych (tzn. o wartości powyżej 20.000,00 zł) pozycji dla kosztów zamierzenia będzie skutkować odrzuceniem oferty”. W opisanym przypadku nie doszło do zaniżenia przedmiaru a do jego zawyżenia, zatem nie zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty, które określił Zamawiający.

Jak wynika z powyższego, oferta Protestującego nie podlega odrzuceniu a cena oferty nie przekracza kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. W tym stanie rzeczy nie zachodzi przesłanka unieważnienia postępowania w trybie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego, Protestujący wniósł o powtórzenie czynności badania i oceny oferty Protestującego, wybór oferty Protestującego oraz unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.

Zamawiający dnia 3 marca 2008 r. protest oddalił w całości. Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem Protestującego, że w przypadku pierwszej niezgodności mamy do czynienia z błędem co do formy. W przypadku trzeciej niezgodności Protestujący niedoszacował jednej z pozycji, co przesądza, zdaniem Zamawiającego o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Zamawiający podkreśla, że cenę oferty stanowi cena kosztorysu sporządzonego według przedmiaru robót i z tego wywodzi, iż cena jest ceną kosztorysową. Ponadto podaje, że zgodnie z przyjętą linią orzecznictwa, „pominięcie, zmiana lub nie wycenienie wszystkich pozycji kosztorysowych według przedmiaru robót powoduje, iż oferta wykonawcy jest niezgodna ze specyfikacją”. Odrzucenie oferty na tej podstawie jest obowiązkiem Zamawiającego.

Z rozstrzygnięciem protestu nie zgodził się Protestujący i wniósł dnia 7 marca 2008 r. odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście.

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

W SIWZ w rozdziale XIV Zamawiający zawarł zapis, że „zmiana kolejności pozycji, podstawy wyceny i zaniżenie przedmiarów w stosunku do załączonych do SIWZ

„Przedmiarów...” może skutkować odrzuceniem oferty”. W związku z takim zapisem, jeden z wykonawców skierował do Zamawiającego zapytanie, jakie ewentualne błędy występujące w kosztorysie ofertowym będą skutkowały odrzuceniem oferty alternatywnie zaproponował zmianę tego postanowienia. Zamawiający udzielając dnia 28 stycznia 2008 r. odpowiedzi na zadane pytania nie wyraził zgody na wprowadzenie zmian w rozdziale XIV SIWZ, jednakże określił jaka okoliczność skutkować będzie odrzuceniem oferty. Przesłankę taką stanowi „rażące zaniżenie przedmiaru w stosunku do załączonych do SIWZ „Przedmiarów...” oraz zmiana podstawy kluczowych (tzn. o wartości powyżej 20 000,00 zł) pozycji dla kosztów zamierzenia.

Zdaniem składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający dokonując oceny ofert zobowiązany był stosować przedmiotowe postanowienie i tylko w przypadku stwierdzenia rażącego zaniżenia przedmiaru oraz zmiany podstawy kluczowych pozycji dla kosztów zobowiązany był ofertę odrzucić. Zamawiający bowiem przez takie postanowienie SIWZ określił okoliczność, kiedy treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Takie uprawnienie Zamawiającemu przysługuje a skoro z niego skorzystał to w całej rozciągłości musi je stosować. Tymczasem Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego się w oparciu o przesłankę z przepisu art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, pomijając przy dokonywaniu oceny ofert okoliczność wskazaną w SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela twierdzenia Zamawiającego, że w odniesieniu do poz. 5 kosztorysu ofertowego Branża budowlana (str. 258 oferty) zachodzi niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Odwołujący się w kwestionowanej pozycji podał wynikającą z KNR ilość robocizny, piasku i wody dla powierzchni 2800 m^2 i pomnożył przez 10 a następnie przez stawkę cenową. Natomiast Zamawiający w przedmiarze przyjął zapis $2800 \text{ m}^2 \times 10$. Nie ma zatem wątpliwości, że podstawę wyceny stanowiła powierzchnia $28\,000 \text{ m}^2$ a więc powierzchnia określona przez Zamawiającego. Podkreślić należy, że z przedmiaru nie wynika wprost, iż wartością którą należało przyjąć do obmiaru w kosztorysie ofertowym jest wartość $28\,000 \text{ m}^2$. Skoro więc Zamawiający posłużył się mnożnikiem, to jak najbardziej mógł zastosować taką krotkość Odwołujący się, różnica wynika jedynie z zapisu działania matematycznego. Przyjęty zapis nie może budzić wątpliwości tym bardziej, że Zamawiający w rozdziale XIV SIWZ dopuścił możliwość sporządzenia kosztorysu ofertowego w dowolnym programie komputerowym przy spełnieniu wszystkich wymogów Zamawiającego. Nie sposób nie uznać, że oczekiwania Zamawiającego zostały spełnione, jednakże gdyby nawet Zamawiający nie uczynił tej wzmianki to i tak nieuprawnione jest twierdzenie, iż przyjęty przez Odwołującego się sposób przedstawienia danych nie odpowiada treści SIWZ a stanowi jedynie niezgodność co do formy. Jeżeli jednak sposób ten budził jakiegokolwiek

wątpliwości Zamawiającego i Zamawiający nie miał pewności czy wszystkie składniki spornej pozycji dotyczą powierzchni wymaganej, to mógł skorzystać z przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, który daje możliwość wyjaśnienia treści oferty. Wobec powyższego zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych należy uznać za uzasadniony.

Nieokreślenie przez Odwołującego się w poz. 40 kosztorysu ofertowego Branża elektryczna (str. 325 oferty) typu lampy oświetleniowej w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie było przez Zamawiającego wymagane. Zamawiający w piśmie do wykonawców z dnia 31 stycznia 2008 r. wskazał, że w poz. 40 należy przyjąć typ ANDROMEDA 150 W. Oznacza to więc, że dla wyceny tej pozycji należy uwzględnić ten typ oprawy. Nieuprawnione byłoby twierdzenie, że na tej podstawie wykonawcy powinni zmodyfikować kosztorys ofertowy. Tym bardziej, że we wcześniejszych wyjaśnieniach (z dnia 28 stycznia 2008 r.) Zamawiający powołując się na przepis art. 38 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraźnie wskazywał na modyfikację SIWZ i określał jej zakres.

W pozycji 4 kosztorysu ofertowego Branża sanitarna (str. 377 oferty) w istocie mamy do czynienia z zaniżeniem przedmiaru w stosunku do załączonych do SIWZ. Nie sposób przyznać rację Odwołującemu się, że w tym wypadku mamy do czynienia z oczywistą omyłką pisarską, zatem zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych należy uznać za chybiony. Zaniżenie pozycji przedmiaru o 0,36 m³ nie stanowi jednak rażącego zaniżenia a zatem w świetle zapisów SIWZ nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty.

Natomiast zawyżenie przedmiaru w poz. 3 kosztorysu ofertowego Branża teleinformatyczna (str. 414 oferty) nie może skutkować odrzuceniem oferty, gdyż Zamawiający nie przewidział takiej okoliczności w SIWZ, co więcej Odwołujący się dostarczy i ułoży przewody w ilości, którą wymaga Zamawiający. Zatem wykonanie przedmiotu zamówienia w tym zakresie nie jest zagrożone i w konsekwencji nie może stanowić o niezgodności z treścią SIWZ. Należy również podkreślić, że Zamawiający nie będzie narażony na poniesienie wyższych kosztów wobec zaoferowania realizacji przedmiotu zamówienia w szerszym zakresie. Wynagrodzenie ma bowiem charakter kosztorysowy, co przyznał również Zamawiający na rozprawie, a zrealizowane roboty będą rozliczane na podstawie kosztorysu powykonawczego, uwzględniającego rzeczywiste wykonanie prac.

Wobec powyższego skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej uznał, że zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych potwierdził się. Zamawiający w kontekście przywołanego przepisu określił okoliczności, które decydować

będą, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ i w świetle tak sformułowanego postanowienia zobowiązany był oceniać oferty.

Skład orzekający Izby wskazuje, że skoro nie ma podstaw do odrzucenia oferty Zamawiający zobowiązany był dokonać jej wyboru na podstawie kryteriów oceny ofert. Jedynym kryterium była cena i oferta Odwołującego się przedstawia najniższą cenę, zatem nie dokonując wyboru tej oferty Zamawiający naruszył przepis art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych. Na marginesie należy wskazać, że zawyżenie czy też zniżenie przedmiaru w kosztorysie ofertowym przekłada się na cenę oferty, jednakże nie ma wpływu na wybór oferty najkorzystniejszej, bowiem nawet przy uwzględnieniu tych okoliczności, oferta Odwołującego się pozostaje ofertą najkorzystniejszą.

W ocenie składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej potwierdził się również zarzut naruszenia przepisu art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Skoro oferta Odwołującego się nie podlega odrzuceniu i jest najkorzystniejsza a jednocześnie nie przewyższa kwoty, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie ma podstawy do unieważnienia postępowania. Cena oferty najkorzystniejszej wynosi 4.648.773,13 zł, natomiast kwota jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, jak wynika z protokołu postępowania (druk ZP-2), wynosi 4.950.000,00 zł.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych 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).

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 **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*