

WYROK
z dnia 29 października 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Romana Rybaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Energetyczno-Budowlanych „BUDREM” Roman Rybak z siedzibą w miejscowości Luzino, 84-242 Luzino, ul. Krótka 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Komendę Wojewódzką Policji w Gdańsku, 80-819 Gdańsk, ul. Okopowa 15** protestu z dnia 26 sierpnia 2009 r.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Romana Rybaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Energetyczno-Budowlanych „BUDREM” Roman Rybak z siedzibą w miejscowości Luzino, 84-242 Luzino, ul. Krótka 1 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Romana Rybaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Energetyczno-Budowlanych „BUDREM” Roman Rybak z siedzibą w miejscowości Luzino, 84-242 Luzino, ul. Krótka 1,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 050 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące pięćdziesiąt złotych zero groszy) przez **Romana Rybaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Energetyczno-Budowlanych „BUDREM” Roman Rybak z siedzibą w miejscowości Luzino, 84-242 Luzino, ul. Krótka 1** na rzecz **Komendy Wojewódzkiej Policji w Gdańsku, 80-819 Gdańsk, ul. Okopowa 15** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 538 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Romana Rybaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Energetyczno-Budowlanych „BUDREM” Roman Rybak z siedzibą w miejscowości Luzino, 84-242 Luzino, ul. Krótka 1.**

U z a s a d n i e

Komenda Wojewódzka Policji w Gdańsku, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Budowę nowej siedziby komisariatu policji w Gdyni – Wzgórze Św. Maksymiliana ul. Redłowska 31”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 16 lipca 2009 r., poz. 240618.

Zamawiający w dniu 19 sierpnia 2009 r. (pismem z tej samej daty) poinformował Romana Rybaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Robót Energetyczno-Budowlanych „BUDREM” Roman Rybak z siedzibą w miejscowości Luzino, zwanego dalej „Odwołującym” o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, iż oferta Odwołującego nie spełnia wymogów SIWZ - brak kosztorysu szczegółowego w zakresie instalacji kontrolno-pomiarowej i automatyki wentylacji.

W tym samym dniu Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Waldemara Tymoszewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo Budowlany Waldemar Tymoszewski z siedzibą w miejscowości Żukczyn, zwanego dalej „Zakładem Waldemara Tymoszewskiego”.

W dniu 26 sierpnia 2009 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący wniósł protest na czynność Zamawiającego polegającą na dokonaniu wyboru oferty Zakładu Waldemara Tymoszewskiego, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 183 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu jego oferty,
2. unieważnienie czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Zakładu Waldemara Tymoszewskiego,
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
4. dokonanie powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. wyboru oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu do podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, iż jego oferta została bezpodstawnie odrzucona ze względu na brak kosztorysu szczegółowego w zakresie instalacji kontrolno - pomiarowej i automatyki wentylacji. Natomiast zgodnie z postanowieniami SIWZ załączony przez niego przedmiar, a zatem także kosztorys miał charakter wyłącznie pomocniczy przy ustalaniu wysokości wynagrodzenia, które miało charakter wyłącznie wynagrodzenia ryczałtowego. Tak więc kosztorys ma w danym postępowaniu charakter wyłącznie pomocniczy i informacyjny. Tym samym jego oferta jest kompletna i zaoferował on wykonanie pełnego zakresu zamówienia.

Jednocześnie Odwołujący podniósł, iż oferta Zakładu Waldemara Tymoszewskiego posiada szereg niezgodności kosztorysów ofertowych w stosunku do udostępnionych przez Zamawiającego przedmiarów, w tym m.in.:

- brak zestawienia sprzętu w następujących kosztorysach ofertowych: instalacje elektronicznego systemu bezpieczeństwa, instalacje elektryczne niskoprądowe, usunięcie kolizji elektroenergetycznych;
- kosztorys wentylacji – brak wyceny poz. 55-57 przedmiaru;
- kosztorys przyłączy sieci i instalacje wewnętrzne wod-kan – brak wyceny poz. 28 przedmiaru.

Nadto podniósł, iż wykonawca ten nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, gdyż nie przedłożył uprawnień budowlanych w zakresie sieci elektrycznej.

Pismem z dnia 2 września 2009 r. (wpływ do Odwołującego w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest, poprzez jego oddalenie, podnosząc iż w rozdziale IV SIWZ „Sposób obliczenia ceny oferty” zażądał załączenia do składanych ofert m.in. kosztorysu ofertowego dotyczącego robót ogólnobudowlanych. Wymagał aby kosztorys był traktowany jako szczegółowy oraz obejmował pełen zakres robót objętych projektami budowlano-wykonawczym oraz wszelkie koszty poniesione w związku z prawidłową realizacją przedmiotu umowy i czynnościami odbiorowymi.

Odwołujący w załączonym kosztorysie ofertowym nie zamieścił wyceny dotyczącej instalacji kontrolno-pomiarowej i automatyki wentylacji, a zagadnienia te stanowią znaczący element dokumentacji. W ofercie brak było także informacji o ujęciu tej pozycji w innych kosztach. Oznacza to, iż przedłożone przez Odwołującego kosztorysy nie obejmują całego zakresu robót.

Nadto dodał, iż Zakład Waldemara Tymoszewskiego wycenił wszystkie elementy ujęte w dokumentacji technicznej przekazanej przez Zamawiającego.

Odnośnie zarzutu braku uprawnień budowlanych w specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie instalacji elektrycznych powołał rozporządzenie Ministra Gospodarki Przestrzennej i Budownictwa z dnia 20 grudnia 1998 r. (Dz. U. z 1998 r., Nr 38, poz. 229 z późn. zm.), podkreślając, iż uprawnienia posiadane przez Edwarda Domańskiego - zgodnie z §13 ust. 1 pkt 4 litera d) „sieci instalacji elektrycznych” obejmują instalacje elektryczne, napowietrzne i kablowe linie energetyczne, stacje i urządzenia elektroenergetyczne.

Pismem z dnia 7 września 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Prezesa UZP w dniu 8 września 2009 r.; wpływ do Zamawiającego w dniu 7 września 2009 r.; data nadania do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 7 września 2009 r.), podtrzymując zarzuty, wnioski oraz argumenty zawarte w proteście. Odwołujący dodatkowo podniósł naruszenie art. 5 k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp w zakresie czynienia ze swojego użytku sprzecznego z zasadami współżycia społecznego, a w konsekwencji naruszenia art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 w związku z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

Nadto wniósł o zasądzenie kosztów wynagrodzenia zgodnie z fakturą, która zostanie przedłożona na rozprawie.

Odwołujący na rozprawie cofnął odwołanie w zakresie dotyczącym oferty Zakładu Waldemara Tymoszewskiego w zakresie uprawnień sieci elektrycznej.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 187 ust. 4 ustawy Pzp.

Nadto Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący, podnosząc zarzut podjęcia przez Zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp czynności, polegającej na odrzuceniu jego oferty, która była ofertą najtańszą, gdzie jednym z kryteriów oceny ofert była cena oferty o wadze 95%, w dostateczny sposób wykazał uszczerbek w swoim interesie prawnym, związany z bezprawnym pozbawieniem go przez Zamawiającego szans na uzyskanie niniejszego zamówienia. Pozytywny wynik postępowania odwoławczego oznaczałby bowiem dla Odwołującego ponowne badanie i ocenę ofert, a tym samym szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Okoliczność, iż Zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie (unieważnienie postępowania zostało zakwestionowane odrębnym protestem, którego rozstrzygnięcie na dzień rozpatrywania niniejszego odwołania nie jest ostateczne) nie oznacza, iż Odwołujący utracił interes prawny w uzyskaniu zamówienia, gdyż ma on „ten interes posiadać w chwili wnoszenia odwołania, a nie w dacie wyrokowania” (wyrok KIO z dnia 20 kwietnia 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 433/09). Okoliczności tej nie kwestionował także Zamawiający, stwierdzając iż Odwołujący zapewne posiada interes prawny w uzyskaniu zamówienia. Dlatego też Izba uznała, że Odwołujący miał interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego nie potwierdził się.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w rozdziale IV SIWZ „Sposób obliczenia ceny oferty” zamieścił postanowienie, iż wykonawca w przedstawionej ofercie powinien podać cenę ryczałtową za realizację przedmiotu zamówienia na podstawie kosztorysu ofertowego, dodając iż ceny ryczałtowe oraz składniki cenotwórcze podane przez wykonawcę w ofercie nie podlegają zmianom w umownym okresie realizacji przedmiotu zamówienia. Nadto w rozdziale V SIWZ „Wymagania Zamawiającego”, pkt 2 wskazał, iż wymaga aby każdy z wykonawców składając ofertę na przedmiot zamówienia złożył m.in. „formularz oferty (zał. nr 1) wraz ze szczegółowym kosztorysem ofertowym”, określając w rozdziale IV SIWZ „Sposób obliczenia ceny oferty” pkt 3 warunki opracowania kosztorysu ofertowego.

W § 6 ust. 1 projektu umowy Zamawiający wskazał, iż ustala wynagrodzenie ryczałtowe, w ust. 2 i 4 dodając, iż „wynagrodzenie ostateczne zostanie pomniejszone o wartość elementów niewykonanych niezależnie od przyczyn powstania różnic”, a „wynagrodzenie za roboty dodatkowe i zamiennie ustalone zostanie w oparciu o składniki cenotwórcze określone na podstawie kosztorysu ofertowego i wprowadzone stosownym

aneksem do umowy”, natomiast kosztorys ofertowy stanowić będzie załącznik do wskazanej umowy.

Odwołujący w załączonym kosztorysie ofertowym nie zamieścił kosztorysu szczegółowego w zakresie instalacji kontrolno-pomiarowej i automatyki wentylacji, mimo to – jak podniósł w proteście - zobowiązał się do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z projektem i SIWZ, podkreślając iż skalkulowana cena w sposób oczywisty obejmuje wykonanie wszelkich robót w ilości i w sposób żądany przez Zamawiającego.

Bezspornym jest, iż Zamawiający określił wynagrodzenie wykonawcy w postaci wynagrodzenia ryczałtowego co oznacza, iż wykonawca zamówienia nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie trwania umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac, a ryzyko straty ponosi przyjmujący zamówienie. Jednocześnie należy stwierdzić, iż Zamawiający nie może nigdy żądać obniżenia umówionego ryczałtu. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający wskazał, iż „wynagrodzenie ostateczne zostanie pomniejszone o wartość elementów niewykonanych niezależnie od przyczyn powstania różnic”. Okoliczność ta wskazuje na to, iż mimo że Zamawiający deklarował w SIWZ cenę ryczałtową to jednak wysokość wynagrodzenia należnego wykonawcy odniósł do wartości prac niewykonanych, a więc wartości ustalanych wyłącznie na podstawie kosztorysu ofertowego, którego przedłożenia bezwzględnie wymagał, i powyższe powoduje iż cena umowna ma charakter mieszany, gdyż w ograniczonym zakresie, jest ustalana (pomniejszana) o wartość elementu niewykonanego przez wykonawcę. Tym samym Zamawiający nadając żądanemu kosztorysowi szczególny charakter poza terminem „wynagrodzenie ryczałtowe” wprowadził do projektu umowy termin „wynagrodzenie ostateczne”, dla ustalenia którego będzie on stanowił podstawę rozliczeń między stronami. Zamawiający wprowadził bowiem zestawienie wycenionych ale niewykonanych prac, a o których to wartość zostanie pomniejszone wynagrodzenie ryczałtowe, o ile określone elementy nie zostaną wykonane. Dlatego też bezwzględnie żądał w rozdziale V SIWZ „Wymagania zamawiającego” pkt 2, litera A) złożenia formularza oferty, który - jak słusznie wskazał Odwołujący - zawiera deklarację wykonania przedmiotu zamówienia za wskazaną cenę ryczałtową, wraz ze szczegółowym kosztorysem ofertowym. Postanowienia tego żaden z wykonawców nie oprotestował. Zasadnym jest więc żądanie, aby oferta uwzględniała wszystkie wymienione i wymagane przez Zamawiającego w SIWZ dokumenty, w tym kosztorys ofertowy, zawierający ceny jednostkowe za wszystkie roboty. Określenie wynagrodzenia jako wynagrodzenia ryczałtowego nie może bowiem konwalidować braków w ofercie złożonej przez Odwołującego w zakresie jej zgodności z postanowieniami SIWZ.

Istotnie, jak zgodnie podnosiły Strony, przedmiary stanowią element pomocniczy do określenia przedmiotu zamówienia (rozdział II SIWZ) i niewątpliwie taki charakter stanowiły w

niniejszym postępowaniu. Niemniej jednak wykonawcy, w oparciu o przedłożone przedmiary, zobowiązani byli sporządzić i przedłożyć wraz z ofertą kosztorys ofertowy, który miał następnie stanowić załącznik do umowy o przedmiotowe zamówienie. Tymczasem z kosztorysu ofertowego przedłożonego przez Odwołującego nie wynika, iż wykona on cały przedmiot zamówienia. Bezsprzeczne jest bowiem brak kosztorysu szczegółowego w zakresie instalacji kontrolno-pomiarowej i automatyki wentylacji, czemu Odwołujący nie przeczył podkreślając, iż koszt tych instalacji i automatyki wentylacji został uwzględniony w kosztorysie wentylacji, w którym zawarł także koszty robót niezbędnych, jak również podkreślając iż kosztorys ofertowy miał jedynie charakter pomocniczy i jego brak nie może skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego.

Skoro więc przedłożone przez Odwołującego kosztorysy ofertowe nie obejmują wskazanego zakresu robót - tym samym zachodzi sprzeczność treści oferty złożonej przez Odwołującego z treścią SIWZ. Mimo, iż Zamawiający wynagrodzenie za wykonanie zamówienia określił jako wynagrodzenie ryczałtowe, to jednak w postanowieniach SIWZ, w tym projekcie umowy wskazał na „wynagrodzenie ostateczne”, które będzie ustalane także w oparciu o dane pochodzące z kosztorysu ofertowego. Tym samym stwierdzić należy, iż w złożonym przez Odwołującego kosztorysie ofertowym, brak jest niektórych kosztorysów wskazanych przez Zamawiającego w przedmiarze robót powyższe stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Tym samym zarzut nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego nie potwierdził się.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 5 k.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp nie może zostać przez Izbę rozpatrzony, gdyż – zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Pzp – Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

Zarzut dotyczący wyboru oferty Zakładu Waldemara Tymoszewskiego jako najkorzystniejszej z naruszeniem wskazanych przepisów ustawy Pzp nie może zostać przez Izbę rozpatrzony, gdyż – zgodnie z art. 184 ust. 1a ustawy Pzp – w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, odwołanie przysługuje wyłącznie od wskazanych enumeratywnie w tym przepisie czynności, a więc nie dotyczy zarzutów dotyczących wyboru oferty najkorzystniejszej. Powyższego zarzutu, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie można potraktować wyłącznie jako naruszenia art. 7 ustawy Pzp, gdyż w istocie sprowadzałoby się do merytorycznej oceny oferty Zakładu Waldemara Tymoszewskiego, a to na gruncie postępowań podprogowych jest niedopuszczalne.

Uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację faktyczną i prawną, Izba nie dopatrzyła się naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego materiałów przedłożonych przez Odwołującego w postaci opinii dotyczącej prawidłowości przeprowadzenia przetargu nieograniczonego na budowę nowej siedziby Komisariatu Policji w Gdyni oraz stanowiska Prezesa UZP, uznając je za niemające znaczenie dla rozstrzygnięcia

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

Izba nie dopatrzyła się naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 050,00 zł, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....