

WYROK
z dnia 26 czerwca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Małgorzata Rakowska
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Edyta Skowrońska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **„MEGA” Sp. z o.o. ul. Cicha 15, 88-100 Inowrocław** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **„Solanki” Uzdrowisko Inowrocław Sp. z o.o. ul. Solankowa 77, 88-100 Inowrocław** protestu z dnia 2 czerwca 2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz **AB Kujawy Sp. z o.o. ul. Laubitza 18, 88-100 Inowrocław** po stronie zamawiającego*.

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża „MEGA” Sp. z o.o. ul. Cicha 15, 88-100 Inowrocław 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 uiszczonego przez „MEGA” Sp. z o.o. ul. Cicha 15, 88-100 Inowrocław;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **2 700 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące siedemset złotych zero groszy) przez „MEGA” Sp. z o.o. ul. Cicha 15, 88-100 Inowrocław na rzecz „Solanki” Uzdrowisko Inowrocław Sp. z o.o. ul. Solankowa 77, 88-100 Inowrocław, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu 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 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 „MEGA” Sp. z o.o. ul. Cicha 15, 88-100 Inowrocław.

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nr sprawy ZP 2-08 „Modernizacja budynku Sanatorium „Kujawiak 1” położonego przy ul. Z. Wilkowskiego 23,88-100 Inowrocław” (zadanie nr 1 roboty ogólnobudowlane i instalacyjne), którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. tj. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 31 marca 2008 r. pod numerem 64104-2008. Zamawiający dopuszczał składanie ofert częściowych – protest i odwołanie dotyczą zadania 1.

Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez Przystępującego, Odwołujący otrzymał 27 maja 2008 r. Natomiast 26 maja 2008 r. ogłoszenie o wyniku postępowania zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych, na stronie internetowej oraz tablicy ogłoszeń Zamawiającego.

Oferta Odwołującego zajęła drugie miejsce w rankingu ofert.

2 czerwca 2008 r. Odwołujący złożył protest, w którym zarzucił Zamawiającemu wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez AB Kujawy Sp. z o.o. oraz nieodrzuconie tej oferty pomimo, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zawiera błędy i winna podlegać odrzuceniu, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Odwołującego wybrana oferta zawiera następujące niezgodności (brak wyceny w kosztorysie):

1. montażu nawiewników higrosterowanych w oknach,
2. wykonania fundamentów pod kominy,
3. rozbiórki parapetów,
4. wykonania podłóg pływających w salach gimnastycznych,
5. wyposażenia łazienek zgodnie z aranżacją,
6. baterii zlewozmywakowych,
7. montażu zaworów podpionowych,
8. zaworów termostatycznych z automatyczną funkcją dezynfekcji,
9. rur stalowych ocynkowanych dla instalacji p.poż.,
10. szafek na zawory odcinające instalacji wod-kan,
11. szafek na zawory odcinające instalacji c.o.,
12. montażu odpowiedniej ilości rozdzielnic piętrowych,
13. w poz. 8.14. kosztorysu 266 zamiast 288 obudów lampy,
14. montażu systemu oddymiania,
15. wykonania pomiarów energetycznych,
16. montażu szlabanów,
17. wykonania kompletnej instalacji przyzywowej.

Elementy te powinny być ujęte w kosztorysie ofertowym, zgodnie z wyjaśnieniami treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia udzielonymi 28 i 29 kwietnia oraz wyjaśnieniem z 8 maja 2008 r., w którym Zamawiający odpowiedział, iż „kosztorys ofertowy należy sporządzić zgodnie z przedmiarem załączonym do SIWZ uzupełnionym o odpowiedzi Zamawiającego.”

Braki te dowodzą niezgodności oferty z ustawą oraz specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

3 czerwca 2008 r. Zamawiający wezwał pozostałych wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesionego protestu. 5 czerwca 2008 r. do protestu, po stronie Zamawiającego, przyłączyła się AB Kujawiak Sp. z o.o.

10 czerwca 2008 r. Zamawiający oddalił protest stwierdzając, iż zarzuty zawarte w proteście dotyczyły uszczegółowienia przedmiaru robót, natomiast AB Kujawiak Sp. z o.o. złożyła wyjaśnienie, z którego wynika, iż uwzględniła w swojej cenie wszystkie elementy przedmiaru robót, także wynikające z pytań i odpowiedzi, za wyjątkiem tych, których nie było w przedmiarze, np. szlabanu jednoramiennego z napędem elektrycznym. Poza tym wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy.

Na powyższe oddalenie protestu Odwołujący 16 czerwca 2008 r. (poniedziałek) wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ do UZP 17 czerwca 2008 r.). W odwołaniu Odwołujący powtórzył zarzuty podniesione w proteście żądając: uwzględnienia odwołania, nakazania Zamawiającemu powtórzenia oceny oferty złożonej przez AB Kujawy Sp. z o.o. i odrzucenie oferty lub ewentualnie unieważnienia postępowania.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego przedstawionym w rozstrzygnięciu protestu, zwłaszcza, zdaniem Odwołującego, cena oferty nie ma charakteru ryczałtowego (nie wskazują na to żadne postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia), lecz kosztorysowy, o czym świadczą postanowienia działu X, XII specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz § 6 i 7 projektu umowy, gdzie Zamawiający posługuje się pojęciem kosztorysu ofertowego, tj. „zadania nr 1 i 4 powinny w załączeniu posiadać kosztorys ofertowy wraz z innymi wymaganymi SIWZ dokumentami”, „Cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia Zadanie nr 1 i 4 należy przedstawić w „Formularzu ofertowym” stanowiącym załącznik do SIWZ wraz z kosztorysem ofertowym”, „Za wykonanie przedmiotu umowy strony ustalają wynagrodzenie zgodne z kosztorysem ofertowym w wys. zł.”. Poza tym w odpowiedzi z 28 kwietnia 2008 r. Zamawiający wskazał, iż zakres przedmiotu umowy będzie uzgadniany w ramach nadzoru

autorskiego, co nie może dotyczyć, w ocenie Odwołującego, robót, za które należy się wynagrodzenie ryczałtowe. Tak samo niezmienności wynagrodzenia wynikającego z ryczałtu przeczy treść § 6 ust. 4 projektu umowy, zgodnie z którym „Zamawiający zastrzega sobie możliwość dokonania zmian w zakresie rzeczowym i finansowym przedmiotu umowy.” Jednak niezależnie od charakteru ceny oferta niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia musi zostać odrzucona, co potwierdzają orzeczenia zespołu arbitrów oraz sądów, np. Sądu Okręgowego w Poznaniu z 14 października 2005 r. sygn. akt II Ca 1355/05.

25 czerwca 2008 r. do odwołania przystąpiła, po stronie Zamawiającego, AB Kujawiak Sp. z o.o. stwierdzając, iż:

1. montaż nawiewników higrosterowanych w oknach – Zamawiający w odpowiedzi określił tylko rodzaj nawiewników, a cena w ofercie je obejmuje,
2. wykonanie fundamentów pod kominy – odpowiedź zamawiającego nie stanowi osobnej pozycji podlegającej kalkulacji, jest tylko informacją o sposobie wykonania prac i została ujęta w ofercie,
3. rozbiórka parapetów – ujęta w pozycji dotyczącej demontażu stolarki okiennej,
4. wykonanie podłóg pływających w salach gimnastycznych – wycena w ofercie jest właściwa,
5. wyposażenie łazienek zgodnie z aranżacją – ujęte zgodnie z dokumentacją instalacji technicznej wod-kan, gdzie wskazany jest producent Koło lub równoważny,
6. baterie zlewozmywakowe – nie ma to znaczenia dla ogólnej kwoty przedmiaru, a poza tym było dopuszczalne zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego,
7. i 8. montaż zaworów podpionowych i zaworów termostatycznych z automatyczną funkcją dezynfekcji – wycena zgodna z informacją Zamawiającego „zawory podpionowe należy przyjąć zgodnie z częścią graficzną rozwinięcia instalacji c.o.” oraz „do wyceny należy przyjąć ilości zgodne z dokumentacją projektową”,

9. rury stalowe ocynkowane dla instalacji p.poż. – Przystępujący uważa, iż Odwołujący nie ma podstaw, by uznać, że to on obliczył właściwą ilość rur, natomiast zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego przedmiary należało skorygować na podstawie rysunków i opisów technicznych,
10. i 11. szafki na zawory odcinające instalacji wod-kan oraz szafki na zawory odcinające instalacji c.o. – cena jest ujęta w ofercie, ponieważ przy tego rodzaju robotach niemożliwe jest pozostawienie zaworów na zewnątrz,
12. montaż odpowiedniej ilości rozdzielnic piętrowych – wycena jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz wyjaśnieniami,
13. w poz. 8.14. kosztorysu 266 zamiast 288 oprav oświetleniowych – zarzut jest bezpodstawny, ponieważ w ofercie jest ujętych 286 oprav,
14. montaż systemu oddymiania – wyceniono w kosztorysie wentylacji,
15. wykonanie pomiarów energetycznych – cena obejmuje wykonanie wszystkich niezbędnych pomiarów, ponieważ nie można bez nich oddać obiektu do użytku,
16. montaż szlabanów – Zamawiający udzielił informacji „szlaban jednoramienny z napędem elektrycznym”, a z analizy dokumentacji wynika, że nie ma go w przedmiarze robot i należy go traktować jako roboty dodatkowe,
17. wykonanie kompletnej instalacji przyzywowej – wyceniona w kosztorysie instalacji teletechnicznej.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje. Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy stwierdzić, że Odwołujący wykazał swój interes prawny w składaniu środków ochrony prawnej, o którym to interesie stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu poszczególnych zarzutów stwierdzić należy co następuje.

Częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia była zarówno dokumentacja projektowa, jak i przedmiary.

W wyjaśnieniach treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 8 maja 2008 r. znalazły się następujące pytania i odpowiedzi:

1. Pytanie wykonawcy: „W SIWZ Zamawiający nie określa formy wynagrodzenia a wzór umowy przewiduje wynagrodzenie kosztorysowe z ewentualnym zleceniem robót dodatkowych i jednocześnie ze zleceniem robot uzupełniających prosimy o uściślenie odpowiedzi o jaki przedmiar należy sporządzić kosztorys ofertowy, o ten załączony do SIWZ? Czy w oparciu o odpowiedzi Zamawiającego odsyłających do projektu budowlanego czy też do projektu wewnątrz oferta ma być przygotowana na podstawie przedmiaru sporządzonego przez oferenta”

Odpowiedź Zamawiającego: „Kosztorys ofertowy należy sporządzić zgodnie z przedmiarem załączonym do SIWZ uzupełnionym o odpowiedzi Zamawiającego”

2. Pytanie wykonawcy: „Czy w odpowiedziach Zamawiającego gdzie odsyła do projektu budowlanego oferent może sam zmienić przedmiar robót?”

Odpowiedź Zamawiającego: „Zgodnie z przedmiarem robót. W przypadku robót nieprzewidzianych na etapie wykonawstwa zostaną one ujęte jako roboty dodatkowe.”

Żaden z wykonawców nie oprotestował takiego rozwiązania przyjętego przez Zamawiającego.

W związku z powyższymi wyjaśnieniami treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia udzielonymi przez Zamawiającego, dotyczącymi sposobu sporządzenia kosztorysu ofertowego, a którego treść, zgodnie z przyjętą procedurą, staje się de facto częścią treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie można uznać, iż wykonawca, który, zgodnie z wymaganiem Zamawiającego, nie ujął w kosztorysie ofertowym pozycji nie zawartych w przedmiarze, a wynikających z dokumentacji projektowej, złożył ofertę niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z treści wyżej cytowanych wyjaśnień wynika wprost, iż kosztorys taki jest zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego. W związku z powyższym skład

orzekający Izby uznał, iż zarzuty dotyczące pozycji 6. i 16. odwołania tj. baterii zlewozmywakowych oraz montażu szlabanu są bezpodstawne.

W stosunku do zarzutu dotyczącego pozycji 13. odwołania tj. ilości wycenionych opraw oświetleniowych skład orzekający Izby, po porównaniu treści poz. 8.14. przedmiaru i kosztorysu ofertowego AB Kujawiak Sp. z o.o., stwierdził, iż w obu tych dokumentach znajduje się ta sama ilość, tj. 286, w związku z tym zarzut dotyczący tej pozycji jest bezpodstawny.

W odniesieniu do pozostałych pozycji odwołania skład orzekający Izby stwierdził, iż również nie znajduje podstaw do uwzględnienia odwołania.

Zgodnie z oświadczeniem Odwołującego złożonym na rozprawie podstawę osądu Odwołującego, iż AB Kujawiak Sp. z o.o. nie dokonał wyceny w sposób opisany w swoich wyjaśnieniach zawartych w przystąpieniu (tj. nie ujął ich w innych pozycjach kosztorysu) jest fakt, iż przy metodzie kalkulacji szczegółowej podane zakresy prac powinny być ujęte w osobnych pozycjach i posiadają osobne KNR.

Zdaniem Zamawiającego KNRy nie są wiążące, a zatem nie można ich powoływać jako podstawy do zarzutu. Natomiast Przystępujący stwierdził, iż wyceny dokonał kosztorysant dzieląc i opisując pozycje według swojego uznania, a tam, gdzie dany zakres wycenił w ramach całego kompletu nie uszczegółowił poszczególnych pozycji, jednak cały zakres prac został wyceniony.

Ponieważ Zamawiający nie zawarł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagań dotyczących sposobu sporządzenia kosztorysu, nie wymagał też sporządzenia kosztorysu szczegółowego i konkretnego podziału na pozycje, zdaniem składu orzekającego Izby nie można czynić wykonawcy zarzutu z tego, iż niektóre pozycje opisał bardziej szczegółowo, a inne mniej i nie użył konkretnych norm KNR, ponieważ, aby stwierdzić niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia trzeba wskazać konkretne postanowienie tej specyfikacji.

Poza tym skład orzekający Izby nie ma podstaw, by uznać oświadczenie Przystępującego o kompletnej wycenie za nieprawdziwe lub

nieprawdopodobne. Odwołujący również nie przedstawił na powyższą okoliczność żadnego dowodu ani argumentów, które normy KNR powinny być zastosowane i których pominięcie powoduje ową niekompletność wyceny zawartą w kosztorysie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania i zgodnie 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886) uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości wynikającej z przedstawionej faktury,.

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 w Bydgoszczy.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....