

WYROK

dnia 19 czerwca 2008 roku

Krajowa Izba Odwoławcza w Warszawie, w składzie:

Przewodniczący: Ewa Marcjoniak

Członkowie: Jolanta Markowska

Stanisław Sadowy

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19.06.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Erbud S.A z siedzibą w Warszawie

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Międzynarodowy Port Lotniczy im. Jana Pawła II Kraków-Balice protestu z dnia 21.05.2008r.

przy udziale Stanisława Łukasika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo-Budowlana INTER-BUD Stanisław Łukasik, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

orzeka:

I. Oddala odwołanie;

II. Kosztami postępowania obciąża Erbud S.A z siedzibą w Warszawie i nakazuje:

1. zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.064 zł. (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote) z kwoty wpisu uiszczzonego przez Odwołującego
2. dokonać wpłaty kwoty 3.600 zł. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) przez Odwołującego na rzecz Zamawiającego, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu postępowania odwoławczego, w tym koszty zastępstwa prawnego
3. dokonać zwrotu kwoty 15.936 zł. (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Odwołującego.

Uzasadnienie

W postępowaniu na udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Międzynarodowy Port Lotniczy im. Jana Pawła II Kraków-Balice na „Budowę garażu wielopoziomowego na terenie Międzynarodowego Portu Lotniczego im. Jana Pawła II Kraków-Balice” wykonawca Erbud S.A z siedzibą w Warszawie w dniu 21.05.2008r. wniósł protest na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność odrzucenia oferty Erbud S.A. Zarzucił Zamawiającemu:

- naruszenie dyspozycji art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych i bezpodstawne odrzucenie oferty protestującego, która jest najkorzystniejsza spośród ofert złożonych w przetargu

- naruszenie dyspozycji art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 5 kc w zw. z art. 14 pzp przez naruszenie zasad współzycia społecznego oraz innych przepisów.

Wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty Erbud S.A i unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

W dniu 29.05.2008r. Zamawiający rozstrzygnął protest wykonawcy Erbud S.A przez jego oddalenie w całości. Wskazał, że podstawą odrzucenia oferty protestującego była niezgodność treści oferty z treścią rozdz. XII Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, mianowicie kosztorys ofertowy oferty protestującego zawiera błędy polegające na niezgodności ilości przedmiarowych prac z ilościami prac podanymi w przedmiarach przez Zamawiającego. Zgodnie z pkt. XII ppkt. 2 SIWZ wycena netto przedmiotu zamówienia powinna wynikać z kosztorysu ofertowego dołączonego do oferty, a kosztorys ofertowy powinien być opracowany na podstawie załączonej do Specyfikacji dokumentacji projektowej i musi zawierać, m.in.: wszystkie pozycje przedmiarów robót wraz z ilościami przedmiarowych prac, koszty wynikające z dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, nośniki cenotwórcze, itd. Stosownie do zapisu pkt. XII ppkt. 5 SIWZ wykonawcy nie są uprawnieni do samodzielnego dokonywania zmian w dokumentacji projektowej. Wobec powyższych zapisów, w ocenie Zamawiającego, protestujący miał obowiązek złożyć ofertę zgodną z przedmiarami przedstawionymi przez Zamawiającego. Zdaniem Zamawiającego bez wpływu na powyższy obowiązek pozostaje kwestia charakteru ceny oferty.

Rozstrzygnięcie protestu Zamawiający przekazał Wykonawcy – Erbud S.A w dniu 30.05.2008r.

Od rozstrzygnięcia protestu, w dniu 04.06.2008 r. Wykonawca - Erbud S.A z siedzibą w Warszawie złożył odwołanie i tego samego dnia przekazał kopię odwołania Zamawiającemu. Odwołanie zostało wniesione w terminie ustawowym z art. 184 ust. 2 pzp.

Skarżący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie dyspozycji art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp przez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych i bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że odpowiada treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia

2. naruszenie dyspozycji art. 7 ust. 1 pzp w zw. z art. 5 kc w zw. z art. 14 pzp przez naruszenie zasad współzycia społecznego.

Odwołujący wniósł o: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący przyjął, że cena oferty jest ceną ryczałtową, dlatego ewentualne błędy w kosztorysie polegające na niezgodności ilości przedmiarowych prac z ilościami prac podanymi w przedmiarach przez Zamawiającego nie powinny mieć znaczenia dla oceny zgodności treści oferty z treścią Specyfikacji. W ocenie Odwołującego przy ustaleniu ceny jako ryczałtowej przedmiar robót nie jest dokumentem najważniejszym, czy istotnym, ale ma znaczenie wtórne. W przypadku rozbieżności pomiędzy przedmiarem a dokumentami w postaci projektu budowlanego i wykonawczego, decydujące znaczenie powinny mieć te ostatnie. Zdaniem Odwołującego odmienna ocena zapisów SIWZ o roli kosztorysów ofertowych przy wynagrodzeniu ryczałtowym doprowadziła do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 pzp i preferencyjnego potraktowania jednych wykonawców kosztem innych, w szczególności Odwołującego, który złożył ofertę najkorzystniejszą cenowo.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Wykonawca – Stanisław Łukasik prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo-Budowlana INTER-BUD Stanisław Łukasik, uprzednio przyłączając się do postępowania protestacyjnego. Wniósł o oddalenie odwołania. W ocenie przystępującego zapisy SIWZ nie stanowią o tym, że cena ma charakter ryczałtowy, natomiast wykonawcy nie mogli dokonywać jakichkolwiek zmian w projekcie przedmiaru robót.

Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

Zamawiający podniósł dodatkowo brak interesu prawnego po stronie Odwołującego do wniesienia odwołania w niniejszym postępowaniu z uwagi na decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania w dniu 12.06.2008r., doręczoną Wykonawcy w dniu 13.06.2008r. Ponadto podniósł, że kwestia oceny charakteru wynagrodzenia jest nieistotna, ponieważ oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp, tj. niezgodności treści oferty z treścią Specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wskazał, że wynagrodzenie za przedmiotowe zamówienia ma charakter „umowny”, nie jest wynagrodzeniem ryczałtowym, kosztorysowym ani kosztorysowo-ryczałtowym. Okoliczności stanowiące podstawę do stawiania zarzutów dotyczących charakteru wynagrodzenia oraz poszczególnych zapisów Specyfikacji uznał za spóźnione, jako takie nie podlegające rozpoznaniu w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Odwołujący oświadczył, że posiada interes prawny do wniesienia odwołania w niniejszej sprawie, ponieważ decyzja Zamawiającego w przedmiocie wykluczenia go od udziału w postępowaniu jest nieprawomocna, okazał kopię protestu wraz z dowodem nadania faksem i za pośrednictwem urzędu pocztowego na adres Zamawiającego. Odwołujący przyznał, że w jego ofercie znajdują się błędy i nieścisłości wskazane przez Zamawiającego w informacji o wyniku postępowania i odrzuceniu jego oferty oraz w rozstrzygnięciu protestu. Ponadto, podtrzymał argumentację zawartą w odwołaniu o ryczałtowym charakterze wynagrodzenia i konsekwencjach związanych z przyjęciem takiego rodzaju wynagrodzenia skutkujących potraktowaniem kosztorysu ofertowego jako dokumentu pomocniczego.

Odwołujący wniósł jak w odwołaniu, ewentualnie o unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z urzędu.

W tym stanie faktycznym Izba zważyła co następuje:

Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp do wniesienia i podtrzymywania odwołania w niniejszym postępowaniu. Decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Wykonawcy Erbud S.A od udziału w dalszym postępowaniu, na dzień wydania orzeczenia w niniejszej sprawie, jest nieprawomocna.

W świetle ustalonego stanu faktycznego i prawnego Izba uznała, że odwołanie jest niezasadne i jako takie nie podlega uwzględnieniu.

Odwołujący przyznał, iż w jego ofercie występują pominięcia i błędy polegające na niezgodności ilości przedmiarowych prac z ilościami prac podanymi w przedmiarach przez Zamawiającego, wskazane w piśmie Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Okoliczność powyższa jako przyznana przez Odwołującego nie podlegała dalszemu dowodzeniu. W tym zakresie Izba oparła się na ustaleniach poczynionych w oparciu o stanowiska stron.

Oferta Odwołującego dotknięta jest błędami skutkującymi jej odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp. Stosownie do dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp oferta podlega odrzuceniu jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający zawarł wymóg w „Opisie sposobu obliczenia ceny oferty” rdz. XII SIWZ aby wycena przedmiotu zamówienia wynikała z kosztorysu ofertowego dołączonego do oferty. Kosztorys powinien być opracowany na podstawie dokumentacji projektowej załączonej przez Zamawiającego do Specyfikacji i powinien zawierać między innymi wszystkie pozycje przedmiarów robót wraz z ilościami przedmiarowych prac.

Z powyższych zapisów Specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że kosztorys ofertowy wypełniony na podstawie przedmiarów robót stanowi integralną część oferty i dotyczy w sposób bezpośredni ceny oferty. Niezasadna jest zatem supozycja Odwołującego jakoby przywołane dokumenty miały wyłącznie charakter pomocniczy, wtórny. Przeciwnie, dokumenty te mają znaczenie zasadnicze dla obliczenia ceny oferty i takie znaczenie w sposób bezsporny przypisał im Zamawiający postanawiając dodatkowo, że wszelkie poprawki i uzupełnienia dokumentacji przetargowej, w tym rozbieżności pomiędzy przedmiarami robót a dokumentacją projektową, mogą być nanoszone wyłącznie przez Zamawiającego (pkt. XII ppkt. 5 SIWZ). Zamawiający przewidział w tym celu tryb notyfikacji przez wykonawców stwierdzonych rozbieżności (pkt. XII ppkt. 4 SIWZ).

W świetle powyższego nie ma zasadniczego znaczenia dla rozpoznania w niniejszej sprawie kwestia charakteru wynagrodzenia przewidzianego w umowie przez Zamawiającego, wobec tak jednoznacznych wymagań Specyfikacji zawartych w rozdziale XII. Jednakże w istocie stwierdzić należy, że Zamawiający nie był w stanie określić rodzaju wynagrodzenia umownego przewidzianego we wzorze umowy za wykonanie przedmiotu zamówienia, jakim są roboty budowlane, w szczególności czy ma ono charakter ryczałtowy, kosztorysowy czy ryczałtowo-kosztorysowy. Powyższe natomiast implikuje sposób rozliczenia końcowego z wykonawcą.

Niemniej skład orzekający Izby reprezentuje pogląd, że nawet na wypadek uznania wynagrodzenia umownego jako zawierającego elementy rozliczenia ryczałtowego z wykonawcą, oferta powinna uwzględniać wszystkie wymienione w przedmiarze robót pozycje, jeżeli wymaga tego zamawiający (vide: wyr. SO w Warszawie z dnia 13.03.2006r. sygn.akt V Ca 2469/05, wyr. KIO z dnia 29.04.2008r. sygn.akt KIO/UZP 353/08). W sprawie będącej przedmiotem niniejszego rozpoznania dla oceny sposobu obliczenia ceny oferty

zasadnicze znaczenie przypisać należy prawidłowemu, zgodnemu ze Specyfikacją wypełnieniu kosztorysu ofertowego opracowanemu wg. obmiarów i ilości prac zawartych w przedmiarach robót. Taki był bowiem wymóg Zamawiającego zawarty w treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, której treść nie została oprotestowana w tym zakresie. Wymóg złożenia do oferty prawidłowo wypełnionego kosztorysu i w oparciu o opracowany przedmiar robót, potwierdził dodatkowo Zamawiający w odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców z dnia 25.02.2008r., w treści której jednoznacznie stwierdził, że „w przypadku zmian wprowadzonych do przedmiarów we własnym zakresie przez wykonawcę, oferta wykonawcy opracowana na podstawie zmienionych w ten sposób przedmiarów będzie odrzucona (...)” (odpowiedź na pytanie nr 7).

Zamawiający zasadnie zatem odrzucił ofertę Wykonawcy – Erbud S.A w oparciu o dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp.

Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów prawa skutkujących unieważnieniem postępowania o udzielenia zamówienia publicznego. W szczególności, Izba nie stwierdziła takich uchybień po stronie Zamawiającego w toku prowadzenia postępowania, które uniemożliwiłyby zawarcie ważnej umowy, czy też dokonania takich naruszeń ustawy – Prawo zamówień publicznych, które miałyby wpływ na wynik postępowania i wybór oferty z rażącym naruszeniem ustawy.

Wobec powyższej poczynionych ustaleń faktycznych i prawnych Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu i na podstawie art. 191 ust. 1 pzp orzeczono jak w pkt. I wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 pzp i § 4 ust. 1 pkt. 2 b) rozp. Prezesa Rady Ministrów z dnia 09.07.2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów i kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

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 Krakowie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....