

Sygn. akt: KIO/UZP 1057/08

WYROK

z dnia 16 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

**Członkowie: Grzegorz Mazurek
Anna Packo**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~1~~ w dniach 15.10.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Firma Architektoniczno-Budowlana Restauracji Zabytków ARCHITEKTON Sp. J. L. Peljan, L. Link, 67-200 Głogów, Rynek 4a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Borek Wielkopolski, 93-810 Borek Wielkopolski, Rynek 1** protestu ~~protestów~~ z dnia 11.09.2008 r.

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

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Firma Architektoniczno-Budowlana Restauracji Zabytków ARCHITEKTON Sp. J. L. Peljan, L. Link, 67-200 Głogów, Rynek 4a**

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 uiszczanego przez **Firma Architektoniczno-Budowlana Restauracji Zabytków ARCHITEKTON Sp. J. L. Peljan, L. Link, 67-200 Głogów, Rynek 4a,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 416 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące czterysta szesnaście złotych zero groszy) przez **Firma Architektoniczno-Budowlana Restauracji Zabytków ARCHITEKTON Sp. J. L. Peljan, L. Link, 67-200 Głogów, Rynek 4a** na rzecz **Gmina Borek Wielkopolski, 93-810 Borek Wielkopolski, Rynek 1** , stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 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 **Firma Architektoniczno-Budowlana Restauracji Zabytków ARCHITEKTON Sp. J. L. Peljan, L. Link, 67-200 Głogów, Rynek 4a.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Rozbudowę i remont kapitalny budynku ratusza oraz zagospodarowania rynku na plac reprezentacyjny z drobnymi obiektami małej architektury wraz z oświetleniem w Borku Wielkopolskim – etap I”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez Firmę Architektoniczno-Budowlaną Restauracji Zabytków „ARCHITEKTON” Leszek Peljan, Leszek Link sp.j. z siedzibą

w Głogowie, zwaną dalej „Odwołującym”, jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego przez Gminę Borek Wielkopolski, zwaną dalej: „Zamawiającym”.

Po otrzymaniu informacji o wynikach postępowania, Odwołujący złożył dnia 11 września 2008 roku protest, a następnie, wobec oddalenia protestu dnia 19 września 2008 r., złożył w dniu 23.09.08 r. odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W proteście i odwołaniu podniósł zarzut braku odrzucenia oferty firmy GOSBUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gostyniu zwanej dalej „Gosbud”, z powodu braku załączenia do oferty kompletu kosztorysów szczegółowych. Odwołujący wskazał, że z treści SIWZ (punkt 1 załącznika nr 3 – formularz cenowy) wynika, że każdy z oferentów był zobowiązany dołączyć do oferty szczegółowy kosztorys na poszczególne branże zgodnie z przedmiarem robót. Kosztorysy szczegółowe miały być integralną częścią składanych ofert, co wynika z pkt. 2.2 SIWZ.

Po analizie treści oferty firmy Gosbud Odwołujący wywodzi, że nie zawiera ona kosztorysów szczegółowych dotyczących wszystkich branż. Załączono bowiem kosztorys szczegółowy dotyczący wyłącznie części branż, natomiast w odniesieniu do branż instalacji wodno-kanalizacyjnych i wentylacji, sieci zewnętrznych wodno-kanalizacyjnych, instalacji elektrycznych linii kablowych oraz instalacji elektrycznych, wykonawca zastosował kosztorysy uproszczone. Odwołujący zauważył, że SIWZ nie przewiduje alternatywnego zastosowania kosztorysów uproszczonych w miejsce kosztorysu szczegółowego.

Złożenie zatem oferty z kosztorysami uproszczonymi w odniesieniu do wskazanych branż stanowi niedozwoloną modyfikację i odstępstwo od warunków przetargowych zawartych w pkt 1 załącznika nr 3 do SIWZ. Wskazując na powyższe odwołujący stwierdził, że brak szczegółowego kosztorysu ofertowego w ofercie firmy Gosbud powoduje konieczność odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako oferty o treści sprzecznej z treścią SIWZ. Wskazał przy tym orzecznictwo KIO i poglądy doktryny w przedmiotowej kwestii.

Odwołujący zarzucił również błędy w kosztorysie ofertowym konkurencyjnego Wykonawcy, który w pozycji nr 11.20 kosztorysu ofertowego (sieci zewnętrzne) przyjął ilość 37,50 m³ jako liczbę metrów sześciennych prac wykopowych wykonywanych koparką. Wskazał, że w odniesieniu do tej pozycji wykonawcy mieli obowiązek przyjąć w swoich kosztorysach ilość 35,7 m³. Powołując się na upubliczniony pogląd Jerzego Pieroga Odwołujący wskazał, że zawyżenie lub zaniżenie liczby jednostek miar nie może być kwalifikowane jako błąd w obliczeniu ceny, lecz jest to raczej niezgodność oferty z treścią SIWZ, co skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Tezę tę potwierdza również wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu (z dnia 22.11.2006 r. sygn. II Ca 997/06/ przyjmujący, że nieprawidłowo podana liczba jednostek miar w kosztorysie ofertowym nie podlega sprostowaniu jako oczywista omyłka pisarska, czy rachunkowa i nie

zachodzi w tym wypadku żadna z okoliczności przewidzianych w art. 88 pzp, która pozwalałaby na ingerencję zamawiającego w tekst oferty /.../. Odwołujący wskazał ponadto, z ostrożności procesowej, na niemożność poprawienia popełnionego przez firmę Gosbud błędu w trybie art. 88 Pzp, gdyż w niniejszym postępowaniu mamy do czynienia z ceną kosztorysową, co uniemożliwia zastosowanie podstawy prawnej wyżej powołanej. Stwierdzenie dotyczące obowiązującego rodzaju ceny Odwołujący poparł treścią pkt. 12.3 wzoru umowy. Przywołał przy tym pogląd Z. Radwańskiego i wyrok ZA z dnia 24 marca 2005 r., w którym stwierdzono, że rozumienie ceny ryczałtowej oparte jedynie na niezmienności ceny jest nieprawidłowe, gdyż przyjęcie takiego założenia powodowałoby, że niemal w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ceny oferowane przez wykonawców musiałyby być uznane za ryczałtowe. W toku rozprawy Odwołujący ponownie podtrzymał argumentację dotyczącą jednoznacznej treści załącznika nr 3 do specyfikacji, z którego treści wynika obowiązek dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego na poszczególne branże. Wymogu tego nie spełnił wykonawca firma GOSBUD. Przyjęcie faktu, że Zamawiający nie poprawił omyłki w pozycji 11.20 nie oznacza, że postąpił prawidłowo. Odwołujący wskazał również na treść art. 2.2.załącznika nr 7 do specyfikacji (szczegółowe warunki umowy).

Wskazując zarzuty Odwołujący wniósł, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, o odrzucenie oferty złożonej przez Gosbud, nakazanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, a w przypadku uznania przez Zamawiającego, że kwota którą może poznać na realizację zamówienia jest niższa niż kwota przyjęta w ofercie Odwołującego – nakazanie unieważnienia postępowania.

Zamawiający uznał zarzuty i wnioski protestu oraz odwołania za bezzasadne, w związku z czym wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający stwierdził, iż wbrew twierdzeniom strony przeciwnej, żaden z zapisów SIWZ z wyjątkiem załącznika nr 3 nie zawiera treści dotyczącej obowiązku złożenia wraz z ofertą szczegółowych kosztorysów ofertowych. Zamawiający zobowiązał wykonawców do dostarczenia wypełnionych przedmiarów robót, które musiały mieć wycenione wszystkie składniki robót.

Zamawiający wskazał, że w postępowaniu stosowano dwa kryteria oceny ofert: cena oraz okres gwarancji. Powołał pkt XII.2 specyfikacji dotyczący sposobu podania ceny ofertowej i jej liczenia. Wskazuje również na treść załącznika nr 2 i nr 4, które były przekazane wykonawcom do wypełnienia. Potwierdził, że firma GOSBUD wypełniła wymagane dokumenty, a zatem spełniła wymogi SIWZ.

Odnosząc się do drugiego zarzutu, Zamawiający stwierdził, że w kwestionowanej ofercie nie popełniono błędu w obliczaniu ceny, a powołany przez Odwołującego autor komentarza do ustawy użył w przedmiotowej kwestii słowa „raczej”. Wskazał również, że w postępowaniu,

którego dotyczył powołany przez Odwołującego wyrok Izby, Zamawiający dokonał poprawienia omyłki, natomiast w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie ingerował w treść oferty. Zamawiający stwierdził, że wskazane przez Odwołującego naruszenie postanowienia rozdziału XV pkt 4 jest niezrozumiałe, gdyż pkt 4 nie występuje w rozdziale XV specyfikacji.

Zamawiający potwierdził również, że niewątpliwie w kosztorysie ofertowym firmy GOSBUD sp. z o.o. z siedzibą w Gostyniu w pozycji 11.20 kosztorysu dotyczącego sieci zewnętrznych zasypianie wykopu spycharką 75 KM z zagęszczeniem ubijakami warstwami grubości 35 cm piaskiem (wymiana gruntu) w ilości 37,50 m³ jest wyższa niż ilość 35,70 m³ wykazana w przedmiarze robót. Różnica wynosi 1,80 m³. To zawyżenie ilości, zdaniem Zamawiającego, nie stanowi jednak o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, która to niezgodność skutkować by miała odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ i treść oferty Odwołującego oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej wyznaczony zarządzeniem Prezesa Izby do rozpatrzenia sprawy ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający ustalił, że Odwołujący wnosząc odwołanie od rozstrzygnięcia protestu przez Zamawiającego posiada interes prawny - materialnoprawną przesłankę do rozpatrzenia odwołania, wynikającą z treści art. 179 ust. 1 ustawy, gdyż w razie uwzględnienia zarzutów jego oferta byłaby uznana za najkorzystniejszą niezależnie od wysokości zaoferowanej ceny i możliwości finansowych Zamawiającego.

Skład orzekający Izby uznał, że zarzut podnoszony w odwołaniu dotyczący unieważnienia postępowania został podniesiony po upływie ustawowego terminu i nie był poprzedzony protestem, a w konsekwencji podlega odrzuceniu bez merytorycznego rozpatrzenia, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 i 4 ustawy Pzp (stosowane odpowiednio), nie wywołując skutków prawnych.

Oceniając zarzuty odwołania, które zostały prawidłowo poprzedzone protestem, skład orzekający Izby stwierdza, co następuje.

Niesporne jest ustalenie w niniejszej sprawie, że wykonawca GOSBUD sp. z o.o. z siedzibą w Gostyniu załączył do oferty wypełniony, jako wymagany, przedmiar robót.

Niesporna między stronami jest również okoliczność, że w prowadzonym postępowaniu przyjęto rodzaj ceny, ustawowo, według nomenklatury ustawy Pzp i kodeksu cywilnego określany jako cena kosztorysowa (por. art. 629 – 632 kc).

Dokonując powyższych ustaleń skład orzekający Izby oparł się na uznaniu za dowiedzione, w świetle postanowień SIWZ, w tym jej załączników łącznie z wzorem umowy stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ (Szczegółowe warunki umowy), że wykonawcy składający oferty w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mieli obowiązek, zgodnie z postanowieniami rozdziału XII.2 SIWZ złożyć wypełniony Przedmiar Robót z obowiązkiem wyceny wszystkich składników przedmiaru. W punkcie tym zawarta została również klauzula, iż w razie nie ujęcia jakiejś pozycji i braku ceny, pozycje takie będą uznane za włączone do innych pozycji wypełnionego Przedmiaru Robót.

Skład orzekający Izby odnosząc się do zarzutów niezgodności załączonej do oferty wyceny, a tym samym niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, do których załącznikami był przedmiar robót uznał, że nie można mówić o wzajemnej sprzeczności treści tych dokumentów. Krajowa Izba Odwoławcza w składzie orzekającym uznaje ponadto, że żądanie przez Zamawiającego wypełnienia przez oferentów przedmiarów robót jest wskazaniem, że Zamawiający oczekuje złożenia kosztorysów uproszczonych, jakkolwiek przyznać należy rację Odwołującemu, że w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ zawarta została klauzula o treści: „ Do niniejszej oferty dołączamy Kosztorys szczegółowy na poszczególne branże zgodnie z przedmiarem robót.” (podkreślenie składu orzekającego).

W kwestii tej okoliczności, która stała się podstawą argumentacji odwołania, skład orzekający Izby przychylił się do twierdzeń Zamawiającego, iż w tym zakresie nie zawarł On w SIWZ dodatkowych szczególnych wymogów.

Tym samym trudno z tego tytułu wywodzić zarzut, że wykonawca, który przyjął mniejszy stopień szczegółowości w złożonych kosztorysach w przygotowanej wycenie, popełnił niezgodność oferty z SIWZ, skoro sam Zamawiający nie przykładał do tej kwestii istotnej wagi na etapie formułowania SIWZ.

Co do tej wskazanej przez Odwołującego przesłanki skutkującej – w jego ocenie – odrzuceniem oferty konkurującego z Odwołującym wykonawcy, Izba uznaje zarzut braku kosztorysów szczegółowych w branżach wymienionych w proteście i odwołaniu, za nieuzasadniony.

Odnosząc się do drugiego zarzutu, Izba stwierdza, że w kwestionowanej ofercie wykonawcy GOSBUD sp. z o.o. nie popełniono błędu w obliczaniu ceny, a powołany przez Odwołującego autor komentarza do ustawy (Jerzy Pieróg) użył w przedmiotowej kwestii słowa „raczej”. Izba potwierdza również, że w postępowaniu, którego dotyczył powołany przez Odwołującego wyrok Izby, Zamawiający dokonał poprawienia omyłki, natomiast w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie ingerował w treść oferty. Należy przy tym zauważyć, że orzeczenie Sądu Okręgowego we Wrocławiu rozpatrującego skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, medialnie najbardziej dotychczas nagłośniony w historii KIO, nie

było orzeczeniem rozstrzygającym merytorycznie, lecz stanowiło o odrzuceniu skargi na wyrok Izby ze względów wyłącznie formalnych.

Rozpatrując ten zarzut odwołania Izba stwierdza, że niewątpliwie w kosztorysie ofertowym firmy GOSBUD sp. z o.o. z siedzibą w Gostyniu w pozycji 11.20 kosztorysu dotyczącego sieci zewnętrznych pn. zasypanie wykopu spycharką 75 KM z zagęszczeniem ubijakami warstwami grubości 35 cm piaskiem (wymiana gruntu) w ilości 37,50 m³ jest wyższa niż ilość 35,70 m³ wykazana w przedmiarze robót stanowiącym treść SIWZ. Różnica wynosi 1,80 m³. Abstrahując rozważania, czy okoliczność ta może być rozważana w kategoriach oczywistej omyłki pisarskiej znanej powszechnie jako „czeski błąd” polegający na przestawieniu dwóch znaków pisarskich; w tym wypadku cyfr „5” i „7”, skład orzekający podziela pogląd utrwalony już w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, że zaoferowanie większego niż wymagał tego Zamawiający zakresu przedmiotu zamówienia nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. (tak w wyroku KIO z dnia 14 marca 2008 r. sygn. akt. KIO/UZP 181/08 pod pozycją 103 w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych „Zamówienia publiczne w orzecznictwie, Zeszyty orzecznicze. Wybrane orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, zeszyt Nr 1, pod redakcją Małgorzaty Stręciwilk, Warszawa, sierpień 2008). Podobnie w wyroku z dnia 18 marca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 151/08 Izba stwierdziła, że de lege lata o niezgodności ofert z treścią SIWZ można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia realizacji go w całości. /.../ „Fakt, że wykonawca w danym postępowaniu zaproponował więcej niż wymagał Zamawiający nie wpływa na poprawę jego pozycji w ramach oceny dokonywanej wyłącznie w oparciu o kryterium ceny. (ibidem „Zeszyty orzecznicze” pod red. M. Stręciwilk, poz. 101).

Biorąc powyższe pod uwagę Izba w składzie orzekającym uznaje, że zawyżenie ilości jednostek miar w kosztorysach ofertowych, niezależnie od stopnia ich szczegółowości, skutkujące przy tym, ze względu na zasady kalkulacji, podwyższeniem ceny ofertowej, nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, która to niezgodność powodować by miała odrzucenie oferty, nie narusza przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a przy tym nie uchybia podstawowym zasadom udzielania zamówień publicznych unormowanym w art. 7 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

W okolicznościach rozpatrywanej sprawy nie ma zatem podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, a konsekwencji uznania zarzutów i wniosków odwołania za uzasadnione, co miałyby spowodować odrzucenie kwestionowanej oferty, tym samym Izba dokonała rozstrzygnięcia, jak w sentencji niniejszego wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania.

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/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*