

Sygn. akt KIO/UZP 551/08

**WYROK**  
**z dnia 19 czerwca 2008 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Izabela Niedziałek</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Lubomira Matczuk - Mazuś</b> <b>Marzena Teresa Ordysińska</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Magdalena Sierakowska</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Ekokaloria Sp. z o.o. Spółka Komandytowo-Akcyjna, Kielce, ul. Hauke Bosaka 9** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Krasnymstawie, Krasnystaw, ul. M. Sobieskiego 4B** protestu z dnia 20 maja 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 unieważnia czynności Zamawiającego: unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje Zamawiającemu dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Krasnymstawie, Krasnystaw, ul. M. Sobieskiego 4B** 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 uiszczanego przez **Ekokalaria Sp. z o.o. Spółka Komandytowo-Akcyjna, Kielce, ul. Hauke Bosaka 9,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Samodzielny Publiczny Zespół Opieki Zdrowotnej w Krasnymstawie, Krasnystaw, ul. M. Sobieskiego 4B** na rzecz **Ekokalaria Sp. z o.o. Spółka Komandytowo-Akcyjna, Kielce, ul. Hauke Bosaka 9,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu postępowania odwoławczego, w tym koszty reprezentacji przez pełnomocnika,
- 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 **Ekokalaria Sp. z o.o. Spółka Komandytowo-Akcyjna, Kielce, ul. Hauke Bosaka 9..**

## Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na modernizację systemu energetycznego i termomodernizację budynków Samodzielnego Publicznego Zespołu Opieki Zdrowotnej w Krasnymstawie (numer referencyjny PN 14/2008), ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 marca 2008r. numer 1, pozycja 45185.

Zamawiający w dniu 15 kwietnia 2008r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie różnicy w obmiarze pomiędzy przedmiarem robót, a kosztorysem ofertowym, w poz. 94. W odpowiedzi, Odwołujący wyjaśnił, iż wynik w obmiarze dla pozycji 94 d.5. (zakres robót) w kosztorysie ofertowym został podany na podstawie szczegółowego zapoznania się z dokumentacją projektową oraz przedstawił szczegółowe wyliczenia wskazujące, iż łącznie powierzchnia całego dachu wynosi 737,6583 czyli 737,66 m<sup>2</sup>. Zamawiający w dniu 15 maja 2008r. odrzucił ofertę wykonawcy, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp., gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia - w kosztorysie ofertowym, w zakresie dotyczącym budynku pulmonologii – termomodernizacja w poz. 94 d 5 podano wartość 737,66 m<sup>2</sup>, niezgodną z przedmiarem robót, w którym wartość ta wynosi 737,36 m<sup>2</sup>. W związku z odrzuceniem wszystkich ofert, Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Odwołujący w dniu 20 maja 2008r. wniósł protest, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, przez nie znajdujące oparcia w przepisach ustawy, odrzucenie jego oferty, a także unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie Odwołującego, oferta uwzględnia wszystkie pozycje przedmiaru. Jedyna różnica dotyczy ilości jednej z wielu opisanych w sposób prawidłowy i zgodnie z siwz pozycji i obejmuje różnicę na plus wynoszącą 0,3 m<sup>2</sup>. Różnica ta stanowi 0,004 procenta powierzchni, wskazanej przez Zamawiającego w przedmiarze. Wpłynęła ona w efekcie na podwyższenie ceny oferty o 1,93 zł. Zamawiający, w ocenie Odwołującego, odrzucając ofertę wykonawcy nadużył prawa, w znaczeniu jakie pojęciu temu nadaje art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swojego prawa użytku, który byłby sprzeczny ze społeczno – gospodarczym przeznaczeniem lub zasadami współżycia społecznego. Oferta Odwołującego zaspakaja oczekiwania i interesy zamawiającego, a zaoferowanie więcej niż sugerował w przedmiarach zamawiający, biorąc pod uwagę zapisy siwz wymagające wnikliwego sprawdzenia przedłożonych dokumentów przez oferentów, jest bez wątpienia sprzeczne za społeczno – gospodarczym przeznaczeniem prawa, jakim jest udzielenie zamówienia.

Z przyczyn wskazanych powyżej, w ocenie Odwołującego doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.).

Ponieważ w postępowaniu złożono ofertę nie podlegającą odrzuceniu (oferta Odwołującego), nie zachodzą podstawy do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 30 maja 2008r., oddalił protest w całości. W uzasadnieniu, w zakresie podstaw odrzucenia oferty Odwołującego się, Zamawiający wskazał na zapisy pkt XI siwz „opis sposobu obliczenia ceny”, w którym wymagał, aby cena oferty została obliczona zgodnie z zasadami określonymi w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno – użytkowym (Dz. U. Nr 130, poz. 1389), stosując metodę kalkulacji szczegółowej, przy zachowaniu następujących założeń: zakres robót, który jest podstawą do określenia ceny oferty musi być zgodny z zakresami robót określonymi w przedmiarach robót i dokumentacji projektowej. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący w swojej ofercie przedstawił inny zakres przedmiaru zamówienia niż tego wymagał Zamawiający w przedmiarze robót w pozycji 94 d 5. Błąd popełniony w kosztorysie (wynagrodzenie kosztorysowe), obligował Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy. Zamawiający podniósł, iż obliczenie powierzchni dachu budynku pulmonologii z danych dostępnych w dokumentacji projektowej jest niemożliwe, gdyż załączony do projektu technicznego rysunek nr 6 wskazuje tylko poglądowy rzut dachu i przekrój tego budynku.

W związku z powyższym, Zamawiający za bezzasadny uznał zarzut bezprawnego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Odwołujący w dniu 3 czerwca 2008r. wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, w którym podtrzymał zarzuty podniesione w proteście. Wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz nakazanie zamawiającemu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Na podstawie dokumentacji, a także stanowisk stron i dowodów przedstawionych na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ w przypadku uwzględnienia żądań i przywrócenia oferty Odwołującego, będzie on jedynym wykonawcą, który złożył ofertę nie podlegającą odrzuceniu i tym samym będzie mógł ewentualnie uzyskać zamówienie na wykonanie przedmiotowego zamówienia.

Istota rozstrzygnięcia odwołania sprowadza się do ustalenia, czy treść oferty Odwołującego – kosztorys ofertowy, jest zgodny ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Na podstawie dokumentacji postępowania ustalono, iż przedmiary robót, stanowią element szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (pkt II siwz). Zgodnie z pkt XI siwz „*opis sposobu oliczenia ceny oferty*”, „zakres robót musi być zgodny z zakresami robót określonymi w przedmiarach robót i dokumentacji projektowej, a cena musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zadania, wynikające wprost z przedmiaru robót (...)”. Jednocześnie Zamawiający zamieścił uwagę, iż skutki finansowe jakichkolwiek błędów w dokumentacji projektowej obciążają Wykonawcę zamówienia – musi on przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia.

Odwołujący w załączonym do oferty kosztorysie ofertowym dokonał zmiany wielkości obmiaru pozycji 94 d.5 w stosunku do zapisów przedmiaru robót (str. 431 oferty). Zamawiający określił wielkość obmiaru równą 737.36 m<sup>2</sup>, a Odwołujący w swoim kosztorysie wskazał obmiar 737.66 m<sup>2</sup>. Różnica w przedmiarze kwestionowanej pozycji wpłynęła na podwyższenie ceny o 1,93 zł.

Skład orzekający stwierdził, iż treść oferty Odwołującego jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a dokonana korekta obmiaru nie wpływa na niezgodność oferty z treścią specyfikacji. Na podstawie dowodu z przesłuchania świadka – autora projektu objętego przedmiotowym postępowaniem, Izba uznała, iż Odwołujący zaoferował przedmiot zamówienia zgodny z oczekiwaniami Zamawiającego. Na podstawie zeznań świadka Izba przyjęła, iż Zamawiający dokonując opisu obmiaru dla prac prowadzonych na dachu budynku pulmonologii, powinien przyjąć jednakową wielkość obmiaru powierzchni dachu. Tymczasem w pozycji 94 wpisał wielkość obmiaru mniejszą od wielkości podanych dla pozostałych prac, jakie mają być prowadzone na tym samym dachu. We wszystkich innych pozycjach (poz. 91, 92, 93, 95, 96) prac prowadzonych na całej powierzchni dachu, Zamawiający określił jednakową wielkość obmiarową równą 737.66 m<sup>2</sup>. Zarówno zeznania świadka, jak i porównanie zakresów prac wykonywanych na dachu budynku pulmonologii, potwierdzają słuszność decyzji Odwołującego o dostosowaniu obmiaru pozycji 94 do wielkości obmiarowej pozostałych prac wykonywanych na tym samym dachu budynku i jej zwiększeniu o 0.30 m<sup>2</sup>. Wskazuje na to w szczególności porównanie wielkości obmiaru podanego w pozycjach 94 i 95, które dotyczą malowania pędzlem z tą różnicą, iż mają być wykonane różnymi farbami. W ocenie Izby, Zamawiający dopuścił się rozbieżności w pozycjach obmiarowych, które nie powinny wystąpić, a Odwołujący zasadnie uznał konieczne dostosowanie jednej pozycji do wielkości wspólnej pozostałym pozycjom KNR, nie można bowiem przyjąć różnych wielkości obmiarowych dla takiej samej powierzchni dachu, czemu sam Zamawiający również nie zaprzeczył.

Odrzucenie oferty Odwołującego było wynikiem dokonanej przez Zamawiającego oceny ofert. Spełnienie którejkolwiek z przesłanek skutkujących odrzuceniem oferty, określonych enumeratywnie w art. 89 ust. 1, rodzi po stronie Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty. Zaniechanie wypełnienia tego obowiązku prowadzi do naruszenia podstawowych zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy i prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Powołana przez Zamawiającego podstawa prawna odrzucenia oferty wykonawcy z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, dotyczy sytuacji, w których treść oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niezbędne jest zatem wyznaczenie zakresu stosowania powołanego przepisu dla ustalenia prawidłowości jego zastosowania w przedmiotowej sprawie. Wielokrotnie, zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie, podkreślano, iż uchybienia formalne nie stanowią przyczyny odrzucenia oferty. Dopiero wystąpienie niezgodności z merytorycznymi wymaganiami Zamawiającego odnoszącymi się do przedmiotu zamówienia, skutkować będą zastosowaniem się do dyspozycji wspomnianego przepisu ustawy.

W ocenie składu orzekającego, nie można mówić o niezgodności treści oferty Odwołującego, skoro sam Zamawiający wymagał uwzględnienia wszelkich okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia. Tym samym, Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, z tego tytułu, iż określił on w kosztorysie ofertowym rzeczywistą wielkość powierzchni dachu, jednakową we wszystkich pozycjach dotyczących prac na całej jego powierzchni.

Na tej podstawie Izba uznała, iż Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), odrzucając ofertę Odwołującego, która winna podlegać ocenie. Tym samym odpada podstawa prawna unieważnienia postępowania dokonanego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Jednocześnie Izba wskazuje, iż w związku ze skutecznym odrzuceniem pozostałych ofert w postępowaniu, Zamawiający zobowiązany jest poddać ponownemu badaniu i ocenie ofertę Odwołującego. Ponieważ pozostałe oferty, w tym w szczególności oferta PPUH RAPID Sp. z o.o., zostały odrzucone jeszcze z innych powodów, niż niezgodność obmiaru pozycji kosztorysowych i nie zostały czynności te skutecznie oprotestowane przez dotychczasowych uczestników postępowania, wykonawcy ci stracili możliwość dalszego ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Nie można zatem przyznać słuszności twierdzeniu Zamawiającego, jakoby dalsze prowadzenie postępowania i udzielenie zamówienia Odwołującemu naruszało zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Izba nie badała prawidłowości decyzji Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia pozostałych ofert, jedynie stwierdza, iż podstawy

prawne i faktyczne odrzucenia pozostałych ofert były różne lub szersze od przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego.

W zakresie zarzutu naruszenia prawa podmiotowego przez Zamawiającego, skład orzekający stwierdził, iż art. 5 k.c. ustala obiektywne przesłanki naruszenia prawa podmiotowego. Jak podkreślił SN w wyroku z 24.4.1997 r. II CKN 118/97, nadużycie prawa podmiotowego, to zachowanie rażące, nieakceptowane z aksjologicznego, ewentualnie teleologicznego punktu widzenia.

Istnieje zasada, że domniemywa się korzystania z prawa w sposób zgodny z zasadami współżycia społecznego i jego społeczno-gospodarczym przeznaczeniem, co potwierdzone zostało przez SN w tezie wyroku z 22.11.2000 r. „Działanie zgodne z prawem korzysta z domniemania zgodności z zasadami współżycia społecznego, chyba że wykazane zostaną konkretne okoliczności obalające to domniemanie”. Tym samym ciężar udowodnienia okoliczności uzasadniających tezę o nadużyciu spoczywa na stronie, która domaga się zastosowania art. 5 k.c. Jednocześnie w doktrynie formułowany jest postulat powściągliwego stosowania art. 5 k.c. Całkowicie wyjątkowy charakter art. 5 k.c., który przełamuje zasadę, że wszystkie prawa podmiotowe korzystają z ochrony prawnej, podkreślił SN w wyroku z 24.4.1997r. II CKN 118/97.

Na tej podstawie Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał wystąpienia okoliczności, które potwierdzały by nadużycie prawa przez Zamawiającego. Nie można w sposób automatyczny stawiać zarzutu nadużycia prawa podmiotowego w sytuacji, gdy Zamawiający dokonuje czynności do których jest obowiązany na mocy przepisów Prawa zamówień publicznych, nawet jeżeli czynności Zamawiającego zostaną unieważnione, na skutek błędnego zastosowania przepisu ustawy.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 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), kosztami Odwołującego się stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (zgodnie z przedłożonym rachunkiem ograniczając wysokość wynagrodzenia do kwoty 3600 zł), Izba obciążyła Zamawiającego.

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 **Zamościu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

\_\_\_\_\_

\* *niepotrzebne skreślić*