

Sygn. akt: KIO/UZP 954/08

WYROK
z dnia 22 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

**Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Izabela Kuciak**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 września 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Stanisława Olesiaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe OLMARK Stanisław Olesiak, ul. Katowice 72, 41-400 Mysłowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miasto Mysłowice, ul. Powstańców 1, 41-400 Mysłowice** protestu z dnia 22 sierpnia 2008 r.

~~przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego xxx po stronie zamawiającego~~

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Stanisława Olesiaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe OLMARK Stanisław Olesiak, ul. Katowice 72, 41-400 Mysłowice 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 **Stanisława Olesiaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe OLMARK Stanisław Olesiak, ul. Katowice 72, 41-400 Mysłowice,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 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 **Stanisława Olesiaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe OLMARK Stanisław Olesiak, ul. Katowice 72, 41-400 Mysłowice.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na budowę boiska sportowego w Mysłowicach ul. Paderewskiego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (BZP nr 1 poz. 170342 z 24.07.2008), w dniu 22 sierpnia 2008 r. został złożony protest a następnie odwołanie przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe „Olmak” Stanisław Olesiak z Mysłowic. Protest był następstwem powiadomienia w dniu 19 sierpnia 2008 r. o wynikach postępowania. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu Gminie Miasta Mysłowice naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) wskutek:

1. odrzucenia oferty Odwołującego mimo, że jest to oferta prawidłowa i najkorzystniejsza w jedynym kryterium ceny,
2. wyboru oferty Konsorcjum firm „Olimp” Sp. z o.o. i P.H.U „Kronos” Krzysztof Wojtas.

W uzasadnieniu faktycznym zarzutów protestu, Odwołujący powołał się na naruszenie swego interesu prawnego przez utratę możliwości uzyskania zamówienia. Podniósł, że

spełnił wszystkie wymagania określone w specyfikacji w odniesieniu do treści i sposobu sporządzenia kosztorysu ofertowego. Ponadto wyjaśnił, że w kwestionowanej pozycji 14 kosztorysu na część elektryczną robót, podana ilość 4 sztuk słupów oświetleniowych jest zgodna z ilością żądaną w przedmiarze, a wycena określa cenę jednostkową zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Pismem doręczonym dnia 28 sierpnia 2008 r. Zamawiający oddalił protest. Uznał zarzuty za nieuzasadnione, gdyż wymagał podania ceny uwzględniającej wszystkie elementy przedmiaru. Według zapisów przedmiaru na obiekt LKS Unia Kosztowy – boisko sportowe i oświetlenie zewnętrzne (zał. Nr 7 do SIWZ), w pozycji 14 (roboty elektryczne) należało zastosować podany tam mnożnik do nakładów rzeczowych robocizny i sprzętu. Odwołujący w swoim kosztorysie ofertowym nie zastosował mnożnika x 2,0 do nakładów rzeczowych robocizny i pracy sprzętu, wobec czego cena jednostkowa w pozycji 14 kosztorysu ofertowego jest niezgodna z przedmiarem i przez to treść oferty nie odpowiada wymaganiom SIWZ. Na powyższe rozstrzygnięcie w dniu 2 września 2008 r., z kopią przekazaną Zamawiającemu w tym samym terminie, zostało złożone odwołanie, w którym Odwołujący podtrzymał w całości zarzuty protestu wraz z wnioskami o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty,
2. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
3. nakazania ponownej oceny i wyboru oferty.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego oraz podkreślił, że cały zakres rzeczowy przedmiotu zamówienia został ujęty w wycenie, a brak uwzględnienia mnożnika R i S x 2,00 w poz. 14 w kosztorysu ofertowego nie spowodował zmiany w żądanej ilości jednostek przedmiarowych.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z dokumentacji akt sprawy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania, przedmiaru robót, kosztorysu inwestorskiego, części opisowej do projektu budowlano – wykonawczego, oferty Odwołującego. Nadto rozważyła stanowiska pełnomocników stron i Odwołującego przedstawione do protokołu rozprawy.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił co następuje.

Termin związania ofertą wynoszący 30 dni rozpoczął swój bieg z dniem składania ofert 18 sierpnia 2008 r. Oferta Odwołującego i oferta wybrana, według oświadczenia Zamawiającego, nadal pozostają zabezpieczone wadium.

Oferta Odwołującego z ceną 1 463 669,34 zł. jest najkorzystniejsza w jedynym kryterium ceny. Oferta wybranego Konsorcjum podaje cenę 1 508 830,35 zł., zatem interes prawny

Odwołującego w korzystaniu ze środków ochrony prawnej i domaganiu się ustalenia prawidłowości oferty jest niewątpliwy.

W zakresie zarzutów podnoszonych w proteście i podtrzymanych w odwołaniu, Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera następujące regulacje.

W rozdziale 12 stanowiącym opis sposobu obliczenia ceny.

12.1 Wykonawca określi ceny na wszystkie elementy zamówienia wymienione w przedmiarze robót, który po wypełnieniu przez wykonawcę stanowić będzie kosztorys ofertowy jako załącznik do oferty, według następujących zasad:

- wszystkie pozycje muszą zawierać cenę jednostkową,
- cena jednostkowa jest to suma kosztów bezpośredniej robocizny, materiałów i pracy sprzętu oraz kosztów pośrednich i zysku, wyliczona na jednostkę przedmiarową robót podstawowych. Cena jednostkowa z narzutami jest ceną netto.

12.2. Ceny jednostkowe robót wykonawca ma obowiązek określić według zastosowanych w przedmiarze katalogów nakładów rzeczowych, a w przypadku ich braku według kalkulacji własnej w odniesieniu do określonych jednostek przedmiarowych i zakresu robót opisanego w przedmiarze.

12.3. Wszystkie wartości określone w kosztorysie ofertowym oraz cena oferty powinny być liczone z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

12.4 Wykonawca jest zobowiązany do wypełnienia i określenia wartości we wszystkich pozycjach występujących w przedmiarze robót. Brak wypełnienia i określenia ceny jednostkowej w pozycji w kosztorysie ofertowym spowoduje odrzucenie oferty. Wstawienie w którejkolwiek pozycji kosztorysu ofertowego zera jako wartości ceny jednostkowej spowoduje odrzucenie oferty.

12.5 Wprowadzenie przez wykonawcę zmian w ilościach określonych przez Zamawiającego w poszczególnych pozycjach przedmiaru spowoduje odrzucenie oferty.

12.6 Dla potrzeb niniejszego postępowania, a w szczególności: porównania złożonych ofert, określenia wysokości zabezpieczenia, cenę ofert stanowi wartość brutto kosztorysu ofertowego, a podane ceny jednostkowe w kosztorysie ofertowym nie ulegną podwyższeniu w czasie realizacji całego przedmiotu zamówienia.

W punkcie 16.1 i 16.2 zawarta jest informacja, że istotne dla Zamawiającego postanowienia umowy zawiera projekt umowy, stanowiący załącznik nr 6 do SIWZ, a wykonawca jest zobowiązany do zawarcia umowy na warunkach określonych we wzorze umowy.

Z kolei w § 4 wzoru umowy, postanowiono ust:

1. strony ustalają, że obowiązującą formą wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy jest wynagrodzenie kosztorysowe,
2. ustalone w przetargu wynagrodzenie wykonawcy w podanej w ofercie

kwocie, stanowi podstawę rozliczeń określonych w odpowiednich zapisach umowy.

3. Ceny jednostkowe pozostają niezmiennie bez względu na ewentualną zmianę bazy cenowej (płace, podatki, ceny surowców, materiałów etc.), zmianę zakresu, czy też terminów wykonania robót oraz wszelkich innych elementów wyjściowych służących do kalkulacji cen jednostkowych.

4 Ostateczne wynagrodzenie za przedmiot umowy wynikać będzie z kosztorysu powykonawczego, sporządzonego według obmiarów rzeczywiście wykonanych robót, potwierdzonych przez Zamawiającego i cen jednostkowych w tym cen materiałów, określonych w szczegółowym kosztorysie ofertowym.

Kosztorys ofertowy stosownie do punktu 10.3 SIWZ miał być sporządzony metodą szczegółową, o której mowa w § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw określania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno – użytkowym (Dz. U. Nr 130, poz. 1398)

W przedmiarze LKS Unia Kosztowy – boisko sportowe; oświetlenie zewnętrzne boisk, poz. 14 KNNR 5 d.1 1001-04 podano montaż i stawianie słupów oświetleniowych (maszt) R i S x 2,0, sztuk 4.

Z kosztorysu inwestorskiego wynika, że wycena robót w przedmiotowej pozycji obejmuje:

- materiał – 4 słupy oświetleniowe (maszty wraz z oprawami) wycenione razem na 67 936 zł.

- robocizna $7.46 \times 2 = 14.92$ g/szt. Stawka roboczogodziny została wyceniona na 12,62 zł. Wartość robocizny w tej pozycji wynosi 753,16 zł.

- do montażu słupów oświetleniowych przewidziany jest sprzęt w postaci:

koparki przedsiębiornej 0,15 m³, pozycja ta została wyceniona na kwotę 43,83 zł. w ilości 0,18 m-g/szt (0,09 x 2) przy stawce 60,87 zł m-g oraz żurawia samochodowego 5-6 t, 1.62 m-g/szt stawka 66,07 zł m-g. wartość w kwocie 428,13 zł. przy tej ostatniej pozycji mnożnik 2,00 został pominięty. Kosztorys inwestorski nie jest udostępniany wykonawcom. Natomiast bez wątpliwości przedmiar w pozycji 14 omawianej wymagał zastosowania jednolicie mnożnika 2.00 do całości nakładów robocizny i sprzętu.

W wymienionej pozycji 14 kosztorysu ofertowego Odwołujący podał:

- materiał montaż i stawianie słupów oświetleniowych – maszt z oprawami 4 kpl wartość razem 68 800 zł.,

- robocizna 7.46 r-g /szt stawka $11,20$ zł r-g, nakład robocizny 29.8400 , koszt jednostkowy $83,552$ zł. razem $334,21$ zł.

- sprzęt koparka przedsiębiorna 0,15 m³, 0.09 m-g/szt przy stawce $53,27$ zł/m-g wartość 19.18 zł oraz żurawia samochodowego 1.62 m-g/szt przy stawce

59,00 zł/ m-g wartość 382,32 zł.

Skład Orzekający Izby zważył co następuje.

Okoliczność przyznaną stanowi, że Odwołujący nie zastosował podanego w przedmiarze robót mnożnika 2,00 do ilości nakładów robocizny i sprzętu, zwiększającego dwukrotnie ilość godzin robocizny i pracy sprzętu w stosunku do podanych w przywołanej w danej pozycji katalogu, norm nakładów rzeczowych, przewidzianych dla stawiania słupów oświetleniowych wraz z montażem opraw. W ocenie składu orzekającego Izby, Zamawiający był uprawniony, uwzględniając stopień trudności prac, do zwiększenia nakładów mnożnikiem 2.00, skoro pozycja KNNR 5 1001–04 odnosi się do montażu słupów oświetleniowych o wielkości do 10 m, natomiast przedmiotem montażu są maszty oświetleniowe o wysokości 15,3 m. Nie znajduje uzasadnienia stanowisko Odwołującego, że pominął wymieniony mnożnik, chcąc być bardziej konkurencyjnym w stosunku do innych złożonych ofert. W sposób niewątpliwy i zgodny ze stanowiskami stron, skład orzekający ustalił, że Zamawiający przewidział wynagrodzenie kosztorysowe w rozumieniu art. 628 i 630 K.c., ustalane w kwocie wynikowej po zakończeniu robót w oparciu o stałe kosztorysowe stawki jednostkowe i obmiar powykonawczy robót z natury. Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.) o ile przepisy prawa zamówień publicznych nie stanowią inaczej. Zgodnie z art. 66 K.c. oferta składana przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego musi uwzględniać wszystkie te postanowienia, które Zamawiający uznał za istotne w SIWZ. Do istotnych postanowień umowy o roboty budowlane art. 647 K.c. zalicza te elementy, że wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, natomiast zamawiający zobowiązuje się do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Częścią dokumentacji projektowej, jak stanowi § 4 ust. 1 pkt 1 i 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego (Dz. U. nr 202, poz. 2072) jest zarówno projekt jak i przedmiar robót. Z kolei art. 31 ust. 1 Pzp wymaga, aby dokumentacja projektowa stanowiła część specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zawierającą dokładny opis robót, stanowiących przedmiot postępowania przetargowego. Na dłużniku z mocy art. 354 K.c. ciąży zaś obowiązek wykonania zobowiązania zgodnie z jego treścią.

W takim też znaczeniu ocenie podlega oferta wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Złożenie oferty nie odpowiadającej treści SIWZ obligowało Zamawiającego do jej odrzucenia. Zamawiający w przywołanych wyżej postanowieniach rozdziału 12.5 SIWZ

uprzedził, że jakiegokolwiek odstępstwo od podania wielkości nakładów i zmiana nakładów spowoduje odrzucenie oferty. Odwołujący nie zastosował wymaganego mnożnika do nakładów robocizny i pracy sprzętu. Tym samym kalkulacja stawki jednostkowej w tej pozycji kosztorysu ofertowego jest wadliwa, bo nie stanowi prawidłowo ustalonej sumy robocizny, materiałów i pracy sprzętu wraz z pochodnymi narzutami. Stawki jednostkowe wynagrodzenia stanowią istotny element przyszłej umowy pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym, ze względu na ich niezmienny charakter przez cały okres trwania umowy oraz dokonywanie rozliczeń kosztorysem powykonawczym przy użyciu kosztorysowych stawek jednostkowych. Zachowanie normatywnych nakładów rzeczowych robocizny i sprzętu co do zasady gwarantuje właściwe wykonanie robót, standardów jakościowych, przestrzeganie technologii prowadzenia prac, określonych w dokumentacji czy specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Odwołujący powołał się na okoliczność, iż zastosuje technologię inną niż przewidziana w przedmiarze, to jest montaż masztów w gotowym fundamencie prefabrykowanym, osadzonym w wykopie wierconym przystosowanym sprzętem, zamiast w wykopie wykonanym koparką z wylewanym na budowie fundamentem. Taka technologia stosowania fundamentów prefabrykowanych, została przewidziana w części elektrycznej opisu do projektu technicznego (zał nr 7 do SIWZ) pkt 1.5.4, gdzie pod statyczne maszty oświetleniowe – LSG 15,3 m, zostały zaprojektowane fundamenty prefabrykowane, dostosowane do tego typu masztów. Zdaniem Izby mimo że Odwołującemu jest dostępna mniej pracochłonna technologia wykonania robót, nie stanowi to usprawiedliwienia dla odstępstwa od sposobu wyliczenia ceny jednostkowej według wskazówek zawartych w przedmiarze. Niewątpliwie ilość materiałów masztów i opraw jest zgodna, jednakże na wysokość stawki jednostkowej wpływ miał odmienny sposób liczenia wielkości nakładów robocizny i sprzętu i zaniżenie ich wielkości w stosunku do przedmiaru. Zastrzeżenia Odwołującego do wysokości wymienionego mnożnika, nieprzewidzianej tabelą w części ogólnej KNNR 5, czy też niedopuszczenie w tej pozycji kalkulacji indywidualnej, mogły być skutecznie podnoszone na postanowienia SIWZ, przed terminem składania ofert. Dla porównywalności ofert, kosztorysy ofertowe, w przypadku formy wynagrodzenia kosztorysowego winny być sporządzone w sposób ujednoliczony, tak jak wymagał Zamawiający. Nie pozbawiało to Odwołującego możliwości wykonania zamówienia w sposób bardziej oszczędny, skoro technologia jakiej zamierzał użyć została dopuszczona dokumentacją.

W oparciu o powyższe ustalenia, skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska Odwołującego i nie uznał za zasadne zarzutów czynionych Zamawiającemu o naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż postępowanie dowodowe potwierdziło podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego.

Z przedstawionych względów również wybór oferty Konsorcjum firm „Olimp” Sp. z o.o. i P.H.U „Kronos” Krzysztof Wojtas jako najkorzystniejszej i nie podlegającej odrzuceniu, był zgodny z zasadami równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy odwołanie podlegało oddaleniu na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy w oparciu o art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*