

Sygn. akt: KIO/UZP 191/09

WYROK
z dnia 5 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Andrzej Niwicki
Członkowie:	Izabela Niedziałek Marzena Teresa Ordysińska
Protokolant:	Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 marca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zenon Szyłak** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Instalacyjny Wod Kan i CO Zenon Szyłak**, ul. Sikorskiego 1, 19-300 Ełk od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Ełk**, ul. Armii Krajowej 3, 19-300 Ełk protestu z dnia 9 lutego 2009 r.

przy udziale **Konsorcjum: Spółdzielnia Budowlanych „SKOMAND” (lider Konsorcjum), Przedsiębiorstwo Instalacyjne „PRIM” S.A, Przedsiębiorstwo Przemysłowo-Usługowo-Handlowe „ZUBET” Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inwestycyjnych „BUDOKAN” Łosiewicz i wspólnicy sp. j.; z siedzibą dla lidera Konsorcjum: ul. Wojska Polskiego 71A, 19-300 Ełk** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Ełk, ul. Armii Krajowej 3, 19-300 Ełk i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Zenona Szyłaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Instalacyjny Wod Kan i CO Zenon Szyłak, ul. Sikorskiego 1, 19-300 Ełk,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Ełk, ul. Armii Krajowej 3, 19-300 Ełk** na rzecz **Zenona Szyłaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Instalacyjny Wod Kan i CO Zenon Szyłak, ul. Sikorskiego 1, 19-300 Ełk** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 5 426 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zenona Szyłaka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Instalacyjny Wod Kan i CO Zenon Szyłak, ul. Sikorskiego 1, 19-300 Ełk.**

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

Wykonawca Zenon Szyłak prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Instalacyjny Wod Kan i CO Zenon Szyłak - Odwołujący uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych pod Nr 257868-2008 z dnia 9 grudnia 2008 r., na "Wykonanie sieci wodociągowej i kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej i tłocznej na trasie Ełk - Bartosze – Mołdzie – Guzki Lepaki Małe, Lepaki Duże Bienie – Rożyński i odcinka kanalizacji sanitarnej i grawitacyjnej i tłocznej relacji Buniaki – Bartosze, gm. Ełk wraz z linią energetyczną służącą do zasilania przepompowni ścieków na trasie inwestycji" zarzucił w odwołaniu Zamawiającemu, którym jest Gmina Ełk, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, tj.

- niewłaściwie zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez uznanie jego oferty za niezgodną z SIWZ, pomimo że zawierała ona wymagane kosztorysy ofertowe zgodne z przedmiarem

robót, w których nie były ujęte (jako odrębne pozycje) prace w zakresie zasilania przepompowni P1 i P2 oraz Stacji Bazowej Monitorującej, a prace te zostały wycenione w ramach pozycji wynikających z przedmiotu zamówienia,

- nie zastosował art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w sprawie wyceny zasilania ww. przepompowni i Stacji Bazowej Monitorującej, skoro wątpliwości wynikały z niespójności pomiędzy specyfikacją techniczną a przedmiarem robót, co spowodowało w rezultacie preferowanie przez Zamawiającego oferentów, którzy złożyli kosztorys w oparciu o wskazania nie zawarte w SIWZ.
- niewłaściwie zastosował art. 91 ust 1. ustawy poprzez wybór oferty konsorcjum, którego cena była wyższa niż oferta Odwołującego.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z postanowieniami SIWZ szczegółowy zakres robót określała dokumentacja projektowa, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót oraz przedmiar robót, a oferta powinna zawierać, poza wypełnionym formularzem ofertowym, również kosztorys ofertowy przygotowany na podstawie przedmiaru robót.

Odwołujący podkreślił, że w SIWZ nie zawarto wymogów co do treści kosztorysu ofertowego wymagając jedynie, aby został on przygotowany na podstawie przedmiaru robót, a Zamawiający pozostawił woli wykonawcy, jaki typ kosztorysu należy załączyć do oferty (pyt. I odp. Nr 4).

Odwołujący złożył ofertę załączając dwa skrócone kosztorysy ofertowe, tj. kosztorys na roboty budowlane w zakresie budowy wodociągów i rurociągów do odprowadzania ścieków oraz kosztorys na roboty budowlane w zakresie budowy linii energetycznych. Poszczególne pozycje kosztorysu ofertowego odpowiadały konkretnym pozycjom przedmiaru robót.

Odwołujący wyjaśnił, że dokumentacja projektowa i specyfikacja techniczna przewidywała konieczność wykonania Stacji Bazowej przy przepompowni ścieków, jednak pozycja taka nie została wyszczególniona w przedmiarze robót. W związku z tym Odwołujący wartość wykonania tych prac ujął w pozycjach dotyczących „dostawy i montażu przepompowni ścieków. W podobny sposób prace elektryczne na przepompowni P1 i P2 w Buniakach, na które również nie został przedstawiony przedmiar robót, ujął w pozycji „dostawa i montaż przepompowni ścieków P1, P2” (lp. 386 d.8.)

Odwołujący przyznaje, że kosztorysy nie zawierały, jako odrębnych pozycji, prac w zakresie zasilania przepompowni P1 i P2 oraz Stacji Bazowej Monitorującej, wskazuje jednak, że prace te zostały wycenione w ramach pozycji wynikających z przedmiaru robót w ramach KNR 7-04 0109-05 (dostawa i montaż przepompowni ścieków), a zatem kosztorysy sporządzono zgodnie z przedmiarem robót.

Odwołujący wskazał, że wątpliwości w tym zakresie wynikały z niespójności pomiędzy specyfikacją techniczną, z której wynikała konieczność wykonania prac, a przedmiarem robót, który tych prac nie wyszczególniał. Podkreślił, że tylko przedmiar robót został wskazany jako jedyna podstawa sporządzenia kosztorysu. W konsekwencji Zamawiający preferował tych wykonawców, którzy złożyli kosztorys w oparciu o dodatkowe wytyczne, które nie zostały wskazane w SIWZ.

Zdaniem Odwołującego jego oferta odpowiada potrzebom Zamawiającego wyrażonym w opisie przedmiotu zamówienia i dokumentacji. Zobowiązał się do wykonania wszystkich prac określonych w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej i przedmiarze robót. Zarzut braku wyceny w odrębnych pozycjach kosztorysu prac polegających na wykonaniu zasilania przepompowni oraz stacji bazowej monitorującej uznał za nieuzasadniony, bowiem nie mógł umieścić tych pozycji w kosztorysie, bowiem nie zostały one wyodrębnione w przedmiarach robót. Prace te jednak zobowiązał się wykonać zgodnie z dokumentacją projektową i specyfikacją techniczną. Odwołujący podkreślił, że nie mógł wprowadzić w kosztorysie ofertowym dodatkowych pozycji, by nie popaść w konflikt z postanowieniami SIWZ.

Również odpowiedź Zamawiającego na pytanie z 5.01.09 r. nie przesądza o potrzebie dokonania zmian w kosztorysie ofertowym w stosunku do przedmiarów robót. Zamawiający w odpowiedzi na pyt. 18 dotyczące braku przedmiarów na Stację Bazową, stwierdził, że „do wyceny ująć stację bazową monitoringu pracy przepompowni ścieków” nie odnosząc się do przedmiaru, kosztorysu ofertowego ani samej oferty. Odpowiedź ta, w ocenie Odwołującego, oznacza tyle, że należy ująć w ogólnej wartości zamówienia, wartość prac polegających na wykonaniu Stacji Bazowej, ujmując je w pozycjach dotyczących przepompowni ścieków. Odpowiedź ta, dotycząca wyceny, nie powoduje zmiany przedmiaru robót.

Na poparcie swojej argumentacji Odwołujący powołał wyroki KIO i stwierdził, że wycena prac, których brak zarzuca Zamawiający zawarta jest w kosztorysie ofertowym w części dotyczącej wykonania przepompowni ścieków, a kosztorys ten jest zgodny z przedmiarem robót.

Odwołujący wskazał również, powołując przepisy art. 7 i 87 ust. 1 ustawy, na celowość wezwania go do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty, skoro Zamawiający nie wiedział, czy oferta ta zawiera wycenę prac polegających na wykonaniu zasilania dla przepompowni P1 i P2 i na wykonaniu Stacji Bazowej Monitoringu przepompowni. Ewentualne wyjaśnienia nie prowadziłyby do zmiany treści oferty lecz na wskazaniu sposobu obliczenia wartości prac oznaczonych KNR 7-040109-05 i nie prowadziłyby do zmiany ceny ani zakresu zaoferowanego zobowiązania. Odwołujący wskazuje, że złożył ofertę z ceną niższą od oferty konsorcjum wybranej, jako najkorzystniejsza.

Przystępując powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, w tym poprzez wybranie oferty Odwołującego.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania uznając zarzuty protestu i odwołania za nieuzasadnione.

Potwierdził, że prace polegające na wybudowaniu przepompowni P1 i P2 oraz Stacji Bazowej Monitorującej nie były ujęte w przedmiarze robót, jednak konieczność ich wykonania wynikała z dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej. Wątpliwości te zostały rozstrzygnięte w odpowiedzi na pytanie z dnia 5.01.09 r., gdzie jednoznacznie określono konieczność ujęcia tych robót w ofercie. Tym samym oferenci zostali zobowiązani ująć je w ofercie, a Odwołujący tego nie uczynił.

Wyjaśnił, że dokonał wyceny wewnętrznej linii zasilającej i Stacji Bazowej Monitorującej w kosztorysie inwestorskim pod poz. 386 - dostawa i montaż przepompowni ścieków P1 i P2. Stwierdził, że na stronach 39-41 Specyfikacji Technicznej znajduje się opis poz. 386.

Odnosząc się do zarzutu nie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w trybie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 2 ustawy, w przedmiocie wyceny przepompowni P1 i P2 oraz Stacji Bazowej Monitorującej, Zamawiający stwierdził, że procedura wyjaśniania treści oferty nie może skutkować wprowadzeniem jakichkolwiek zmian w treści oferty, z wyjątkiem poprawiania omyłek pisarskich i rachunkowych, a wyjaśnienia mogą ograniczać się jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, natomiast nie mogą jej rozszerzać ani ograniczać. Zamawiający nie miał trudności w rozumieniu treści oferty, nie musiał zatem wzywać wykonawcy do składania jakichkolwiek wyjaśnień, a wezwanie takie mogłoby prowadzić do zmian w treści oferty, co jest niedopuszczalne. Jednocześnie zarzut niezachowania uczciwej konkurencji jest niezrozumiały. Po odrzuceniu oferty Odwołującego wybór oferty konsorcjum był zatem prawidłowy i zgodny z art. 91 ust. 1 Pzp. Zamawiający wskazał, że w kosztorysie ofertowym Odwołującego widnieje rok 2008, co może budzić wątpliwość w zakresie uwzględnienia odpowiedzi z roku 2009.

W ocenie Zamawiającego właściwie zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie uchybiając zapisom art. 87 ust. 1 Pzp i nie naruszając art. 7 oraz 91 ust. 1 Pzp.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego – konsorcjum, którego liderem jest Spółdzielnia Budowlanych „SKOMAND” w Ełku wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący wskazał, że w ofercie Odwołującego nie wyceniono jako odrębnej pozycji prac w zakresie zasilania przepompowni P1 i P2 oraz stacji monitoringu, mimo że taki wymóg wynikał z odpowiedzi Zamawiającego z dnia 5.01.09 r., w której określono konieczność ujęcia tych robót w ofercie. Konsorcjum podkreśla, że wg art. 3 pkt 3.3 wzoru umowy „rozliczenie robót będzie odbywało się na podstawie kosztorysów powykonawczych przygotowanych przez wykonawcę a zatwierdzonych przez inspektora

nadzoru/przedstawiciela Zamawiającego. Ceny jednostkowe robót będą przyjmowane z kosztorysu ofertowego, a liczba wykonanych w tym okresie robót – z książki obmiaru prowadzonej przez wykonawcę robót.”

Jak stwierdza Przystępujący, taki sposób rozliczenia robót wymaga, by każdy rodzaj robót wyceniony był w oddzielnej pozycji kosztorysowej. Stacja bazowa monitoringu pracy przepompowni jest oddzielnym elementem robót (nie jest składnikiem wyposażenia przepompowni, zatem dodawanie ceny stacji bazowej monitoringu do innych pozycji kosztorysowych jest pozbawione podstaw i nie zasługuje na wiarygodność. Zdaniem Przystępującego zasilanie energetyczne przepompowni P1 i P2 należało wycenić zgodnie ze schematem przyjętym w przedmiarze robót dla pozostałych przepompowni ścieków występujących w zadaniu, a nie jak to uczynił Odwołujący, dodając je do innych pozycji kosztorysowych. Przystępujący stwierdził, że nie można uznać, iż treść oferty jest zgodna z SIWZ tylko na podstawie oświadczenia wykonawcy zawartego w formularzu oferty, bowiem oświadczenie takie ma charakter ogólny i jest uszczegóławiane dalszymi zapisami oferty. W razie sprzeczności pomiędzy ogólnym zobowiązaniem, a szczegółowymi zapisami oferty, istotniejsze znaczenie będzie miał zapis szczegółowy.

Ponadto Przystępujący uznał za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy wskazując, że zastosowanie go w niniejszej sprawie zmierzałoby do niedopuszczalnych negocjacji lub zmiany treści złożonej oferty. Przystępujący stwierdził, że na te same roboty Zamawiający prowadził postępowanie w 2008 r. Jego zdaniem kosztorys Odwołującego był sporządzony na potrzeby tamtego przetargu. Wskazał na zasadność decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Jak wynika z treści SIWZ pkt 10 - Opis sposobu przygotowania oferty, oferta, w zakresie mającym znaczenie dla rozpatrywanej sprawy powinna zawierać wypełniony i podpisany formularz ofertowy zawierający m. in. deklarację, że w cenę zadania wliczono wszystkie niezbędne koszty związane z realizacją zamówienia oraz kosztorysy ofertowe przygotowane na podstawie przedmiaru robót.

Ponadto, stosownie do pkt 12 SIWZ - Opis sposobu obliczania ceny: „Przekazany przez Zamawiającego przedmiar robót zawarty w załączniku do SIWZ stanowi opis do wyceny i podstawę kalkulacji ceny ofertowej, służy do rozliczeń pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym. Rozliczenie robót dokonane zostanie protokołem powykonawczym (...)”.

Izba ustaliła ponadto, że Zamawiający dopuszczał złożenie kosztorysów w formie uproszczonej; wynika to z treści odpowiedzi na pytania wykonawców udzielonej dnia 5

stycznia 2009 r., gdzie na pytanie 4 „jaki typ kosztorysu ma być załączony do oferty w wersji szczegółowej czy uproszczonej”, wyjaśniono „Wg uznania wykonawcy”.

Natomiast w odpowiedzi z tej samej daty na pytanie 18 o treści: „W przedmiarach robót brak wyceny Stacji Bazowej” Zamawiający odpowiedział: „Do wyceny ująć stację bazową monitoringu pracy przepompowni ścieków.” W odpowiedzi tej nie wskazano jednak miejsca ujęcia wyceny pominiętego w przedmiarze elementu.

Jest niesporne między stronami, że podstawą do dokonania wyceny robót, zgodnie z SIWZ, był przedmiar robót, a jak przyznał Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, prace polegające na wykonaniu zasilania przepompowni P1 i P2 oraz Stacji Bazowej Monitorującej nie były ujęte w przedmiarze robót, co wskazuje na rozbieżność w tym zakresie między przedmiarem a dokumentacją projektową i specyfikacją techniczną.

W toku rozprawy, na podstawie okazanych przez Zamawiającego dokumentów ustalono, że pozycje, których brak Zamawiający zarzuca Odwołującemu, nie zostały wyodrębnione również i przez Zamawiającego i zostały wycenione w kosztorysie inwestorskim w poz. 386 d.8 jako „Dostawa i montaż przepompowni ścieków P1, P2 na kwotę 62.451,99 zł. Natomiast w kosztorysie ofertowym w analogicznej poz. 386 d. 8 Odwołujący wskazał wartość dostawy i montażu przepompowni ścieków P1 i P2 na kwotę 71262,98 zł, co czyni wskazane kwoty porównywalnymi. Tym samym uzasadnione jest stanowisko, że Odwołujący w złożonej ofercie uwzględnił wszystkie wymagane specyfikacją prace nie ingerując jednocześnie w treść przedmiarów robót opracowanych przez Zamawiającego. Izba uznała za wiarygodne wyjaśnienia Odwołującego w tym zakresie.

Powyżej opisane ustalenia prowadzą do wniosku, że Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, gdyż treść tej oferty nie jest sprzeczna z treścią SIWZ.

Wnioski te są dodatkowo uprawdopodobnione faktem, że na 13 złożonych w postępowaniu ofert, 11 z nich, w tym oferta Odwołującego zostało sporządzonych z kosztorysami opracowanymi zgodnie z przedmiarem robót stanowiącym podstawę kalkulacji ceny ofertowej, a z powodu nie uwzględnienia odrębnie w kosztorysach dwóch dodatkowych pozycji tzn.1) zasilanie przepompowni P1 i P2 oraz 2) Monitorująca Stacja Bazowa oferty te zostały odrzucone.

W świetle powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy.

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 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 **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*