

Sygn. akt. KIO/UZP 111/07

WYROK
z dnia 30 stycznia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Koleśnikow**

Członkowie: **Magdalena Grabarczyk**
Izabela Kuciak

Protokolant: **Natalia Mierzicka**

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie* w dniu / w dniach* 25.01.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych i Elektrycznych „Interbud” Sp. z o.o., P.P.H. WAMACO Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie, ul. **Konstruktorska 11A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Sąd Okręgowy w Lublinie z siedzibą w Lublinie, ul. Krakowskie Przedmieście 43** protestu / protestów* z dnia 11 grudnia 2007 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego xxx - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert

2. kosztami postępowania obciąża **Sąd Okręgowy w Lublinie z siedzibą w Lublinie, ul. Krakowskie Przedmieście 43**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.064 zł 0 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych i Elektrycznych „Interbud” Sp. z o.o., P.P.H. WAMACO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11A**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4.064 zł 0 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Sąd Okręgowy w Lublinie z siedzibą w Lublinie, ul. Krakowskie Przedmieście 43** na rzecz **Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych i Elektrycznych „Interbud” Sp. z o.o., P.P.H. WAMACO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11A**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania
- 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 35.936 zł 0 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych i Elektrycznych „Interbud” Sp. z o.o., P.P.H. WAMACO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11A**

Uzasadnienie

W postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę budynku Sądu Rejonowego i Prokuratury Rejonowej w Świdniku” po poinformowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawca – **Mostostal Warszawa S.A., Acciona Infraestructuras S.A., Przedsiębiorstwo Instalacji Sanitarnych i Elektrycznych „Interbud” Sp. z o.o., P.P.H. WAMACO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Konstruktorska 11A** – złożył protest w dniu 11 grudnia 2007 r.

Zamawiający podniósł zarzut, że Wykonawca nie ma interesu prawnego, gdyż odczytana przed otwarciem ofert kwota, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia wynosiła 40 820 054,27 zł, natomiast wykonawca złożył ofertę na kwotę około 10 mln wyższą (52 649 941,71 zł). Ponadto Zamawiający stwierdził, że nie uzyska większej kwoty niż 43 557 447,00 zł.

Izba nie podziela tego stanowiska, gdyż kwota, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie może mieć wpływu na interes prawny Wykonawca w złożeniu środków ochrony prawnej.

Odwołujący wniósł odwołanie na niewłaściwie dokonane czynności przez Zamawiającego. Niewłaściwie dokonane czynności polegały na:

- wyborze jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Polimex Mostostal S.A.,
- zaniechaniu odrzucenia oferty Polimex Mostostal S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,
- zaniechaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący wskazuje, że Zamawiający dokonując powyższych czynności naruszył:

- art. 7 ust. 1 i 3 Pzp – przez naruszenie zasady równości i uczciwej konkurencji – na skutek nierównego potraktowania wykonawców: tj. w sytuacji, gdy zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty Polimex Mostostal S.A., Zamawiający nie dokonał tej czynności;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez nie odrzucenie podlegającej odrzuceniu oferty Polimex Mostostal S.A.

Odwołujący wnosi o:

- uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Polimex Mostostal S.A. i dokonanie ponownej oceny ofert;
- odrzucenie oferty Polimex Mostostal S.A.;
- wybór jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Odwołującego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Najistotniejszym dla rozpatrzenia sprawy jest stwierdzenie czy Zamawiający przewidział w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i załączonym do niej wzorze umowy zastosowanie w przyszłej umowie dotyczącej zamówienia publicznego wynagrodzenia kosztorysowego (art. 629 i 630 Kc) czy – ryczałtowego (art. 632 Kc).

Zamawiający podkreślał, że w rozdziale X specyfikacji wprowadził postanowienie, że przedmiary robót mają pełnić funkcje pomocniczą. Wynagrodzenie nie jest wynagrodzeniem kosztorysowym i jest ono bliższe wynagrodzeniu ryczałtowemu. Zamawiający przytacza wyrok ZA, sygn. akt UZP/ZO/0-290/06. W wyroku tym zamawiający przewidział ryczałtową formę wynagrodzenia. Dlatego cyt. *załączony przez Zamawiającego do SIWZ kosztorys nakładczy należy w tej sytuacji traktować jedynie jako dokument pomocniczy, mający za zadanie ułatwić wykonawcom obliczenie wynagrodzenia. W związku z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia, Zamawiający nie ma podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy z powodu występujących w kosztorysie ofertowym - wykazanych przez Odwołującego - rozbieżności w stosunku do kosztorysu nakładczego w zakresie rodzaju wycenionych materiałów i ich ilości.*

Zamawiający nie dowiódł, że zamierzał zastosować wynagrodzenie ryczałtowe, a twierdził, że wynagrodzenie nie jest wynagrodzeniem kosztorysowym i jest ono bliższe wynagrodzeniu ryczałtowemu. Jednak w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie występuje pojęcie wynagrodzenia mieszanego, a także w przepisach Kodeksu cywilnego, stosowanych w zamówieniach publicznych na podstawie art. 14 i 139 ust. 1 Pzp, są unormowane tylko dwa rodzaje sposobów wynagradzania – kosztorysowy albo ryczałtowy (art. 629-632 Kc). Zamawiający nie przedstawił także metody wynagrodzenia mieszanego w specyfikacji ani we wzorze umowy. Ponadto Zamawiający nie wykazał na czym mogłoby polegać takie wynagrodzenie „bliższe wynagrodzeniu ryczałtowemu”. Także wszystkie cechy wynagrodzenia kosztorysowego zostały określone w § 3 ust. 4 wzoru umowy stanowiącego załącznik do specyfikacji.

Również argument górnej granicy ceny umowy nie może podważać kosztorysowego charakteru zamówienia, gdyż Zamawiający musi w umowie ściśle określić cenę, a wszelkie odstępstwa od postanowień umowy będzie można stosować tylko zgodnie z art. 144 Pzp.

W związku z zastosowaniem wynagrodzenia kosztorysowego, Zamawiający nie może powoływać się na sytuację analogiczną do opisanej w ww. przytoczonym wyroku Zespołu Arbitrów.

Wreszcie należy stwierdzić, że w wynagrodzeniu kosztorysowym przedmiary stanowią podstawę do rozliczenia, co nie przeszkadza aby Zamawiający stwierdził, że pełnią one funkcję pomocniczą do sporządzenia oferty bez zdefiniowania pojęcia „funkcja pomocnicza”. Ważne jest, że Zamawiający nie wprowadził jakiegoś innego elementu, który miałby pełnić

funkcję podstawową w trakcie wynagradzania lub sporządzania oferty, skoro przedmiary miałyby pełnić tylko funkcję pomocniczą.

W przypadku szczegółowych zarzutów Odwołujący wykazał, a Zamawiający przyznał, że oferta firmy Polimex Mostostal S.A. zawierała wiele uchybień, które powinny skutkować odrzuceniem. Jednak Zamawiający stoi na stanowisku, że uchybienia te dotyczą stosunkowo małych kwot w porównaniu z ceną ofertową. Dlatego Zamawiający nie odrzucił oferty.

W Prawie zamówień publicznych nie istnieje zależność obowiązku odrzucenia oferty od wartości uchybień oferty i pomyłek rachunkowych. Dlatego Zamawiający ma obowiązek na równych zasadach traktować wszystkich wykonawców i na równych zasadach odrzucać oferty, których pomyłki czy uchybienia opiewają na bardzo małe wartości czy na większe. Jednak przed dokonaniem odrzucenia oferty Zamawiający powinien wystąpić o wyjaśnienia, zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp.

W rozpatrywanym przypadku odstępstwa od specyfikacji oferty Polimex Mostostal S.A. polegały na uchybieniach, jak niżej.

W kosztorysie „Przyłącze wodociągowe” – nie uwzględniono treści odpowiedzi z dnia 26.10.2007 r. na pytanie 3 dot. wodociągu; tym samym w ofercie Polimex Mostostal S.A. nie ujęto rozbiórki i odtworzenia 7 m² chodnika.

Zamawiający uprościł sformułowanie dot. zakresu i odpowiedział, że chodzi o wodociąg i skoro była wyłączona sieć wodociągowa, to odpowiedź musi dotyczyć tylko przyłącza i taki zakres musi być ujęty w przedmiarze. Oferta Polmexu nie zawiera tego zakresu.

Sam Zamawiający przyznał, że gdyby przyjąć, że oferta Polimex Mostostal S.A. nie ujęła rozbiórki i odtworzenia 7 m² chodnika to spowodowałoby to zaniżenie oferty o 203 złote. Zostało to uznane za ewentualne drobne uchybienie.

W kosztorysach „Sieć kanalizacji sanitarnej”, „Przyłącze kanalizacji sanitarnej”, „Sieć kanalizacji deszczowej”, „Przyłącze kanalizacji deszczowej” – nie uwzględniono odpowiedzi z dnia 12.11.2007 r. na pytanie 3.1 dot. ilości piasku do zasypania wykopów. Tym samym, w ofercie Polimex Mostostal S.A. nie ujęto zasypania wykopów w ilości odpowiednio: sieć sanitarna – 250 m³ przyłącze kanalizacji sanitarnej 30 m³, sieć kanalizacji deszczowej – 410 m³, przyłącza kanalizacji deszczowej – 60 m³. Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w oddaleniu protestu wskazał, że oferta Polimex Mostostal S.A. zawiera pozycję dowóz piasku do zasypania. Przedmiar podstawowy nie dot. kwestii poruszanych w tirecie 3 protestu. Sam dowóz piasku nie spełnia wymagań Zamawiającego, gdyż należało uwzględnić dowóz piasku wraz z zasypaniem. W ofercie Polimex Mostostal S.A. nie ma zasypania (np. w pyt. nr 4 pkt

3, wyjaśnienia z dnia 8 listopada 2007 r.). Ponadto należy odtworzyć nawierzchnię, zatem sam dowóz piasku nie jest pozycją wystarczającą.

W kosztorysie ofertowym Polimex Mostostal S.A. została ujęta pozycja do zasypywania piasku, a przedmiar podstawowy, określał zasypywanie wykopów gruntem. Może być zastosowany do zasypywania także piasek. Skoro i dowóz i zasypywanie są ujęte w przedmiarze, to oferta jest zgodna ze specyfikacją.

W kosztorysie „Instalacja wewnętrzna wod.-kan. wraz z siecią hydrantową wewnętrzną” nie uwzględniono odpowiedzi z dnia 26.10.2007 r. na pytanie IV.2 w zakresie gaśnic wchodzących w skład szafek hydrantowych; tym samym w ofercie Polimex Mostostal S.A. nie uwzględniono dostawy wymaganych przez Zamawiającego gaśnic; Odwołujący wskazuje, że w pozycji instalacje wewnętrzne wykonawcy mieli wpisać zarówno szafki jak i wyposażenie, natomiast Zamawiający w odpowiedzi z 16 października 2007 r. na pytanie niedwuznacznie wynika, że wykonawca musiał podać w kosztorysie ofertowym gaśnice, co nie wynika z oferty Polimex Mostostal S.A. Postępowanie jest sformalizowane i Zamawiający nie może domyślać się, co zawiera dana pozycja kosztorysu ofertowego, każdy wykonawca ma obowiązek jednoznacznego stwierdzenia co oferuje.

Zamawiający przyznaje, że zgodnie z postanowieniami umowy Zamawiający domagał się dostarczenia i zamieszczenia gaśnic w szafkach.

W kosztorysie „Instalacja wewnętrzna wod.-kan. wraz z siecią hydrantową wewnętrzną” nie uwzględniono odpowiedzi z dnia 26.10.2007 r. na pytanie 4.1 w zakresie zabezpieczenia przed suchobiegiem; z oferty Polimex Mostostal S.A. nie wynika, iż firma ta zaproponowała zestaw hydroforowy wraz z przedmiotowym zabezpieczeniem. W związku z tym, iż w skład proponowanego przez Polimex Mostostal S.A. zestawu opcjonalnie wchodzi zabezpieczenie przed suchobiegiem, a Polimex Mostostal S.A. w kosztorysie ofertowym nie wskazał iż oferuje ten zestaw wraz z zabezpieczeniem, stwierdzić należy, iż jego oferta nie obejmuje zabezpieczenia przed suchobiegiem. Odwołujący wniósł kopię oferty sprzedaży dystrybutora hydroforów (ten sam dystrybutor w przypadku obu oferowanych hydroforów) potwierdzającą, że zestawu hydroforowego nie obejmuje zabezpieczenia przed suchobiegiem. Jeżeli takie zabezpieczenie występuje, powinno być jednoznacznie wskazane w kosztorysie. Zamawiający sam stwierdza, że zabezpieczenie przed suchobiegiem nie zostało wyraźnie uwzględnione w ofercie Polimex Mostostal S.A., jednak Zamawiający stwierdza, że zabezpieczenie to nie było konieczne bez dowiedzenia tego, a z wyjaśnień z 26 października na pyt. 4.1 wynika, że zabezpieczenie było niezbędne.

Nie wolno po upływie terminu składania ofert modyfikować specyfikacji. W rozpatrywanej sprawie Zamawiający na etapie oceny ofert inaczej interpretuje ustanowione wcześniej przez siebie wymagania, co jest niezgodne z art. 38 ust. 4 Pzp.

Polimex Mostostal S.A. w swojej ofercie uwzględnił cały zestaw. Wycena zestawu hydroforowego została uznana przez Zamawiającego jako obejmująca zabezpieczenie przed suchobiegiem. W złożonym przez Odwołującego piśmie jest stwierdzone, że istnieje możliwość zakupu zestawu również z suchobiegiem. Pismo to nie stanowi dowodu, że zaoferowany przez Polimex Mostostal S.A. zestaw był bez zabezpieczenia., a jedynie podstawę do domniemania, A Zamawiający mając taki sygnał (pochodzący z protestu) powinien starać się wyjaśnić problem przed rozstrzygnięciem protestu.

Kosztorys dotyczący Robót drogowych w dziale 4 krawężniki i obrzeża, poz. 21 d.4 sporządzony przez Polimex Mostostal S.A. zawiera niezgodną z wymaganiami Zamawiającego ilość oferowanych robót tj. 1,216 m³ zamiast 1,26 m³. Odwołujący wskazuje, że Polimex Mostostal S.A. wykazał mniejszą ilość robót niż były wymagane przez Zamawiającego. Tę okoliczność potwierdził tak Polimex Mostostal S.A. jak i Zamawiający. Zamawiający twierdzi, że jest to nieistotne uchybienie nie mające wpływu na niezgodność treści oferty ze specyfikacją. Odwołujący stwierdza, że następuje tu niezgodność treści oferty ze specyfikacją, występuje tu zmiana ilości jednostkowych. Zmiana ta i wszystkie inne odstępstwa mają wpływ na rozmiar świadczenia wykonawcy i treść oferty wykonawcy. Zamawiający nie może twierdzić, że zaniżenie ilości jednostek jest nieistotnym uchybieniem, gdyż ocena ta jest subiektywna i prowadzi do zadania pytania – kto może stwierdzić jaki błąd jest istotny, a jaki nieistotny. Specyfikacja jest ustalona po to by jednakowo traktować i oceniać wszystkich wykonawców. Zamawiający nie może dzielić postanowień specyfikacji na istotne i nieistotne. Byłoby to relatywizowanie sytuacji wykonawców i naruszenie zasady równego traktowania Wykonawców, określonej w art. 7 ust. 1 Pzp oraz nie może dokonywać zmian w specyfikacji po upływie terminu składania ofert.

Zamawiający uznał, że jest to drobne uchybienie, które spowodowało zaniżenie oferty o 20 zł, jednak przepisy Prawa zamówień publicznych nie są relatywne w stosunku do wartości uchybień i nie pozwalają Zamawiającemu na relatywizowanie swoich ocen ze względu na wartość zamówienia czy znalezionych odstępstw ofert od specyfikacji (przedmiarów robót).

Biorąc pod uwagę całokształt ustalonego stanu faktycznego i prawnego rozpatrywanego postępowania oraz potwierdzenie się zarzutów odwołania, należy unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty.

Wobec tego Zamawiający powinien dokonać ponownie czynności badania a następnie oceny ofert i wybrać ofertę najkorzystniejszą.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 i 2 Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*