

Sygn. akt: KIO/UZP 302/08

WYROK
z dnia 17 kwietnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Członkowie: Marek Koleśnikow
Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Natalia Mierzicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17.04.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Robót Instalacyjno-Inżynierskich Jan Trochim, ul. Przejazdowa 28, 43-100 Tychy** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Ornontowice, ul. Zwycięstwa 26a, 43-178 Ornontowice** protestu z dnia 19.03.2008 r.

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

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazać powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
- 2. Kosztami postępowania obciążyć Gminę Ornontowice, ul. Zwycięstwa 26a, 43-178 Ornontowice 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 **Zakład Robót Instalacyjno-Inżynierskich Jan Trochim, ul. Przejazdowa 28, 43-100 Tychy,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 064,00 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Ornontowice, ul. Zwycięstwa 26a, 43-178 Ornontowice** na rzecz **Zakładu Robót Instalacyjno-Inżynierskich Jan Trochim, ul. Przejazdowa 28, 43-100 Tychy** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania,
- 3) 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 **Zakładu Robót Instalacyjno-Inżynierskich Jan Trochim, ul. Przejazdowa 28, 43-100 Tychy.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Ornontowice prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie sieci wodociągowej, przyłączy do budynków jednorodzinnych wraz z instalacjami wodomierzowymi w rejonie ul. Kolejowej i Polnej w Ornontowicach oraz remontu wodociągu przesyłowego zasilającego Szyb VI. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych dnia 29 stycznia 2008 r. pod numerem 19200-2008.

Dnia 12 marca 2008 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty złożonej przez Jana Trochima Zakład Robót Instalacyjno - Inżynierskich. Czynności te stały się podstawą do złożenia dnia 19 marca 2008 r. protestu przez wyżej wymienionego Wykonawcę.

Zdaniem Protestującego, Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej ustawą Pzp :

1. art. 89 ust. 1 pkt 2, gdyż przy ocenie ofert Zamawiający nie uwzględnił pytań i odpowiedzi nr 4, zawartych w piśmie z dnia 27 lutego 2008 r. oraz dokonał przeliczenia oferty Protestującego w sposób nieuprawniony, tj. Zamawiający zrezygnował z zastosowania krotności w pozycjach, w których podał je do obliczenia ceny;

2. art. 22 ust. 1 pkt 1, gdyż zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez „BUDEXIM” Sp. z o.o. w sytuacji, gdy w KRS tego wykonawcy nie ujawniono prowadzenia działalności geodezyjnej i kartograficznej, tymczasem część zamówienia obejmuje do wykonania pomiary geodezyjne; Wykonawca ten nie wskazał ewentualnego podwykonawcy, któremu zamierza powierzyć wykonanie tych prac;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6, gdyż zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez Budownictwo Wodno – Inżynieryjne i Drogowe Sp. z o.o. mimo, że w kosztorysie ofertowym nie wskazano kolumn nakładów zgodnie z pkt IX lit. d Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) oraz przedmiarem robót, co powoduje, że wycena kosztorysowa oparta jest na kalkulacji własnej. Do obliczenia ceny nie ujęto krotności, są one jedynie fizycznie wpisane. Ponadto do kosztorysu w poz. 25” i 26” nie wprowadzono obmiaru 5;

Tożsame zarzuty dotyczą oferty złożonej przez „BUDEXIM” Sp. z o.o.

Protestujący wniósł o :

1. uznanie jego oferty „ jako spełniającej wymogi SIWZ i PZP i tym samym jako ważnej”,
2. odrzucenie oferty złożonej przez firmę Budownictwo Wodno – Inżynieryjne i Drogowe Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp,
3. wykluczenie „BUDEXIM” Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz odrzucenie jego oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp,
4. „ dodanie do uzasadnienia odrzucenia ofert NR 1, Nr 2 , Nr 4, dodatkowego uzasadnienia mówiącego o braku zastosowania krotności do przedmiarów robót”;

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpiła dnia 25 marca 2008 r. firma Budownictwo Wodno – Inżynieryjne i Drogowe Sp. z .o.o., żądając oddalenia protestu, albowiem oferta Protestującego podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ.

Dnia 27 marca 2008 r. Zamawiający protest oddalił. Zdaniem Zamawiającego odpowiedzi na pytania nr 3 i 4 zawarte w piśmie z dnia 27 lutego 2008 r. były jak najbardziej aktualne i zgodnie z powyższym należało przyjąć obmiar 4,8 oraz odpowiednią tabelę. Natomiast, co do sposobu obliczenia ceny oferty, podany był w pkt IX SIWZ, łącznie ze wzorem uproszczonego kosztorysu, z którego wynikało, iż w kolumnie 6 należy podać iloczyn kolumny 4 i 5 i zgodnie z powyższym, z uwzględnieniem przepisu art. 88 ust.1 pkt. 1 ustawy Pzp została sprawdzona oferta Protestującego.

W przedmiocie wykluczenia „BUDEXIM” Sp. z o.o. Zamawiający wyjaśnia, że zgodnie z opinią UZP zamawiający nie może żądać od wykonawcy, aby posiadał uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli obowiązek posiadania takich uprawnień nie wynika z przepisów prawa. To Zamawiający określa w SIWZ, jakimi uprawnieniami wykonawca powinien dysponować, a wykazania uprawnień do prac geodezyjnych Zamawiający nie wymagał.

Zamawiający nie podzielił stanowiska Protestującego, że w ofercie Budownictwa Wodno – Inżynieryjnego i Drogowego Sp. z o.o., w kosztorysie ofertowym, nie wykazano kolumn nakładów zgodnie z SIWZ. Kosztorys został sporządzony dokładnie według wzoru podanego w pkt IX lit. d SIWZ. Zamawiający nie wymagał wskazania kolumn nakładów, wykonawca mógł zastosować inny wzór kosztorysu ofertowego, pod warunkiem, że zawierał on wszystkie niezbędne informacje, co potwierdza również odpowiedź na pytanie nr 1 z dnia 26 lutego 2008 r. Niezasadny jest również zarzut zastosowania kalkulacji własnych w pozycjach kosztorysowych, pomimo podania kolumn nakładów. Zamawiający przekazał wraz z dokumentacją projektową przedmiary wykonane w sposób zwyczajowo przyjęty, z podaniem kolumn nakładów w celu ułatwienia wykonawcom wyceny prac będących przedmiotem zamówienia, jednak nie wymagał wykazania (stąd brak we wzorze kosztorysu ofertowego kolumny nakładów) na jakiej podstawie wykonawca wycenia dane pozycje kosztorysowe.

W ocenie Zamawiającego oferty „BUDEXIM” Sp. z o.o. oraz Budownictwo Wodno – Inżynieryjne i Drogowe Sp. z o.o. zostały sporządzone zgodnie z SIWZ, tj. nie ujęto krotności oraz podano właściwy obmiar 4,8 w pozycjach 25” i 26”.

Protestujący nie podzielił argumentacji Zamawiającego i dnia 31 marca 2008 r. wniósł odwołanie. Podtrzymał zarzuty i żądania zgłoszone w proteście, ponadto wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert.

Na podstawie zgromadzonych dokumentów w aktach sprawy, dokumentacji postępowania oraz po wysłuchaniu stron na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W przedmiarze robót dotyczącym zarówno przebudowy sieci wodociągowej, jak i remontu sieci wodociągowej przesyłowej Zamawiający zastosował krotności dla różnego rodzaju robót. Jednocześnie w pkt IX lit. a SIWZ Zamawiający określił, że „zakres robót, który jest podstawą do określenia tej ceny musi być zgodny z zakresami robót określonymi w przedmiarach wyszczególnionych w załączniku do specyfikacji, nie dopuszcza się usuwania pozycji jak i dodawania nowych pozycji przedmiarowych, kalkulacji własnych” a ponadto w

pkt b dodał, że „cena ta musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zadania wynikające wprost z przedmiaru robót (...)”. Zatem za prawidłowe należy uznać działanie Odwołującego się, który dla obliczenia ceny zastosował wskazane przez Zamawiającego krotności. Krotności bowiem mają zasadnicze znaczenie, jeśli idzie o prawidłowe skalkulowanie ilości robót poszczególnego rodzaju a więc nieuwzględnienie ich lub też ich niewłaściwe zastosowanie powoduje, że ilość kosztorysowanych robót będzie niedoszacowana lub przeszacowana, co ma istotny wpływ na cenę. Argumentacja Zamawiającego, iż zgodnie z § 5 ust. 3 lit. a wzoru umowy, wartość wykonanych robót będzie obliczana w ten sposób, że ceny jednostkowe robót będą przyjmowane z kosztorysów ofertowych, zaś ilość wykonanych robót z książki obmiaru, nie ma istotnego znaczenia, gdyż jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej jest cena. Ponadto, sam Zamawiający na rozprawie przyznał, że zgodnie ze wzorem kosztorysu ofertowego przedstawionym w pkt IX lit. d SIWZ w kolumnie „ilość” należało wskazać ilości z przedmiaru robót. W tym stanie faktycznym, zdaniem Izby, obowiązek zastosowania krotności w kosztorysie ofertowym nie budzi wątpliwości.

Faktem jest, że analizując kosztorys ofertowy Odwołującego się, należy stwierdzić, że wykonując działanie mnożenia kolumny 4 i 5 dla poszczególnych rodzajów robót, zgodnie ze wzorem kosztorysu uproszczonego zamieszczonym w SIWZ (pkt IX lit. d), w kolumnie 6 nie otrzymujemy wartości będącej wynikiem wskazanego działania. Jednakże zastosowanie przez Zamawiającego przepisu art. 88 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w celu poprawienia omyłek rachunkowych należy uznać za niewłaściwe. Zamawiający nie wziął bowiem pod uwagę, że Odwołujący się posłużył się konstrukcją zapisu w kosztorysach ofertowych, taką, jakiej użył Zamawiający w przedmiarze robót, tj. podał ilość i krotność. W efekcie w kosztorysach ofertowych Odwołującego się, wartość stanowi iloczyn ceny i ilości wynikającej z zastosowania krotności. Nie wynika to, co prawda, wprost z kolumny „ilość”, gdzie podano cyfry bez zastosowania krotności, jednakże wynik działania matematycznego powyższe uwzględniał. W tej sytuacji poprawienie przez Zamawiającego omyłek rachunkowych było bezprzedmiotowe, tym bardziej, że w odpowiedzi na pytanie nr 1 zawarte w piśmie z dnia 26 lutego 2008 r. Zamawiający wyjaśnił, że „przedstawił wzór kosztorysu uproszczonego, zgodnie z którym oferenci powinni przygotować kosztorysy ofertowe, tzn. kosztorysy powinny zawierać wszystkie wymagane elementy, natomiast forma kosztorysu jest dowolna i zastosowanie innej formy nie stanowi niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji”. Zatem oceniając prawidłowość kosztorysów ofertowych, Zamawiający powinien brać pod uwagę całokształt okoliczności mających wpływ na ich sporządzenie, w szczególności wymagania Zamawiającego, stanowiące elementy konieczne przedmiotowych kosztorysów. Natomiast jakiegokolwiek wątpliwości Zamawiającego w tym względzie, powinny być ewentualnie wyjaśnione w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem składu orzekającego Krajowej Izby Odwoławczej, biorąc pod uwagę całokształt korespondencji pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcami, w szczególności treść wyjaśnień z dnia 27 lutego 2008 r., należy stwierdzić, że dla pozycji 25" i 26" wykonawca powinien przyjąć obmiar 4,8. Należy bowiem zwrócić uwagę, że obmiar 5 wskazał w pytaniu nr 4 z powołanej daty jeden z wykonawców, sugerując, że jest on prawidłowy. Zamawiający jednak nie podzielił tego stanowiska i wskazał, że należy uwzględnić właściwą podstawę wyceny, „tzn. tak jak w pytaniu powyżej”. Z tego wynika, że Zamawiający udzielając tej odpowiedzi nie zmodyfikował odpowiedzi, której udzielił na pytanie nr 3. Zachodzi zatem rozbieżność między przedmiarem robót a obmiarem zawartym w poz. 25" i 26". Jednakże, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stoi na stanowisku, że oferta Odwołującego się uwzględnia wszystkie pozycje przedmiaru, zaś niezgodność dotyczy ilości jedynie dwóch, z wielu opisanych w sposób prawidłowy i zgodnie z SIWZ pozycji i obejmuje różnicę wynoszącą 0,4 odcinka (odcinek = 10 m), co w efekcie wpłynęło na podwyższenie ceny zaoferowanej przez Odwołującego się o około 0,60 zł, przy oferowanej cenie 848.747,00 zł. Zatem niezgodność ilości z przedmiarem robót, zarówno z uwagi na oferowaną cenę kwestionowanej oferty, jak i różnice cen proponowanych przez pozostałych wykonawców (961.457,19 zł, 1.282.906,77 zł), nie miała żadnego wpływu na ocenę ofert.

Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zawarcie ważnej umowy w wyniku wyboru oferty najkorzystniejszej, zaś jego prowadzenie musi zapewnić zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. W tym miejscu należy powołać się na wyrok z dnia 23 lutego 2007 r. Sądu Okręgowego w Gliwicach, który stwierdził, że „formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację tych zasad. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę, cel ustawy wyznaczony między innymi treścią (...) przepisu” art. 7 ust. 1. Z mocy przepisu art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. nr 16, poz. 93 z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Dla oceny postępowania zamawiającego i wykonawców znajduje zastosowanie także norma art. 5 k.c.(...) Odrzucenie oferty jedynie z tej przyczyny, że jeden z elementów dokumentu złożonej, poza tym zgodnie z treścią SIWZ oferty, który na dodatek nie wpływa na możliwość rzetelnej oceny ofert, przy uwzględnieniu wszystkich podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowiłoby w istocie nadużycie prawa i naruszenie zasad współzycia społecznego, co w świetle art. 5 k.c. jest niedopuszczalne. Przy ocenie czy wykonywanie prawa nie narusza zasad współzycia społecznego należy bowiem brać pod uwagę całokształt okoliczności konkretnego przypadku, a nie tylko jedną z nich, choćby jej znaczenie było doniosłe” (sygn. akt X Ga 23/07/za).

Zarzut naruszenia przepisu art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie był rozpatrywany, wobec cofnięcia go na rozprawie.

Potwierdził się zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający zaniechał odrzucenia ofert złożonych przez: Budownictwo Wodno – Inżynieryjne i Drogowe Sp. z o.o. oraz „BUDEXIM” Sp. z o.o. Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, o czym była mowa powyżej, Wykonawcy zobowiązani byli do zastosowania krotności przy obliczaniu poszczególnych rodzajów robót. Krotność zaś jest jednym z determinantów ceny. Argumentacja związana z naruszeniem wskazanego przepisu znalazła swoje odzwierciedlenie w omówieniu zarzutu nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego się. Natomiast przyjęcie obmiaru 4,8 w pozycjach 25” i 26” było prawidłowe, co zostało stwierdzone we wcześniejszych wywodach. Brak podania kolumn nakładów w ofercie Budownictwo Wodno – Inżynieryjne i Drogowe Sp. z o.o. nie może dyskwalifikować przedmiotowej oferty wyłącznie z tej przyczyny. Należy podkreślić, że stosowanie katalogów norm nie jest obowiązkowe i jako takie nie powinno determinować cen jednostkowych. Sam Zamawiający, w rozstrzygnięciu protestu, jak i na rozprawie, podkreślił, że „nie wymagał wykazania na jakiej podstawie wykonawca wycenia dane pozycje kosztorysowe” i z takim stanowiskiem należy się zgodzić.

Jednocześnie na marginesie należy dodać, że w piśmie z dnia 27 lutego 2008 r. Zamawiający poinformował o rozstrzygnięciu protestów i o przyłączeniu się firmy Budownictwo Wodno – Inżynieryjne i Drogowe Sp. z o.o. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu. Przyłączenie to jednak było nieskuteczne, gdyż nastąpiło z przekroczeniem terminu, o którym mowa w przepisie art. 181 ust. 4 pkt 1 ustawy Pzp. Wykonawca ten otrzymał wezwanie dnia 20 marca 2008 r., natomiast przystąpienie miało miejsce dnia 25 marca 2008 r.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy 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 - 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*