

Sygn. akt: KIO/UZP 1004/08

**WYROK**  
**z dnia 6 października 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** **Luiza Łamejko**

**Członkowie:** **Izabela Kuciak**

**Emil Kuriata**

**Protokolant:** **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **RPM Spółka Akcyjna, Lubliniec, ul. Niegolewskich 7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Zawiercie, Zawiercie, ul. Leśna 2** protestu z dnia 28 sierpnia 2008 r.

przy udziale **Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec Spółka jawna, Piekary Śląskie, ul. Konarskiego 1** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego,**

**2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Zawiercie, Zawiercie, ul. Leśna 2**  
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 **RPM Spółka Akcyjna, Lubliniec, ul. Niegolewskich 7,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Zawiercie, Zawiercie, ul. Leśna 2** na rzecz **RPM Spółka Akcyjna, Lubliniec, ul. Niegolewskich 7** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu do odwołania,
- 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 **RPM Spółka Akcyjna, Lubliniec, ul. Niegolewskich 7.**

## **Uzasadnienie**

Zamawiający, tj. Gmina Zawiercie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na ochronę dzielnicy Kromolów przed powodzią – suche zbiorniki retencyjne w Zawierciu – zlewnia nr II. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 1 lipca 2008 r. za numerem 146122-2008.

W dniu 21 sierpnia 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny ofert, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Zakładu Usługowo – Instalacyjno – Budowlanego BUD-REM Tadeusz Skipirzepa. W wyniku dokonanej oceny ofert Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy RPM Spółka Akcyjna na podstawie 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) zwanej dalej ustawą Pzp wskazując na niezgodność oferty z pkt XII ust. 2 i 4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający stwierdził, że wykonawca RPM Spółka Akcyjna w złożonym kosztorysie ofertowym w poz. 65 i poz. 78 nie wycenił gruntu na nasypy – odpowiednio 386,9 m<sup>3</sup> i 654,7 m<sup>3</sup>. W pozycjach tych Wykonawca powinien był wycenić koszt uzyskania gruntu przeznaczonego do wykonania nasypów, który zgodnie ze specyfikacją, Wykonawca powinien dostarczyć ze źródeł zaakceptowanych przez Zamawiającego na podstawie przedkładanych wyników badań laboratoryjnych dostarczonego gruntu. Grunt jest materiałem budowlanym, który należało zakupić. Zamawiający wyjaśnił, że przy wycenach robót ziemnych, jeżeli występuje ujemny bilans mas ziemnych i zachodzi konieczność dostarczenia gruntu z zewnątrz, to przy transporcie należy uwzględnić koszt zakupu tego gruntu. Ponadto, Zamawiający wskazał na inne uchybienia w ofercie Wykonawcy:

- w poz. 12 kosztorysu ofertowego roboty budowlano – montażowe do wyceny przyjęto obmiar 1849 m<sup>3</sup>, a powinno być – jak w przedmiarze robót – 1849,4 m<sup>3</sup>,
- w poz. 46 kosztorysu ofertowego droga dojazdowa do wyceny przyjęto tabelę 113/01, podczas gdy powinna to być tabela jak w przedmiarze robót - 113/02, co powoduje zawyżenie wartości oferty.

Wobec powyższego, w dniu 28 sierpnia 2008 r. wykonawca RPM Spółka Akcyjna wniósł protest wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- odrzuceniu oferty RPM Spółka Akcyjna z innych niż przewidziano w ustawie Pzp przyczyn, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
- nie traktowaniu wszystkich wykonawców na równych prawach, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp,

- nie dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy Pzp oraz wyłącznie w oparciu o przepisy ustawy, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu Protestujący podniósł, że kosztorys ofertowy w pełni uwzględnia wszystkie wymagania Zamawiającego. Został on sporządzony w formie uproszczonej szczegółowej i co do zasady, nie zawiera odrębnego wyszczególnienia materiałów w poszczególnych pozycjach. Skoro ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wynikało, że grunt należy zakupić i dowieźć na miejsce realizacji robót, to oczywistym jest, zdaniem Protestującego, że w poz. 65 i 78 kosztorysu, w których uwzględniono przywóz gruntu na nasypy została uwzględniona również cena zakupu gruntu. Protestujący podkreślił, że w przedmiarze Zamawiający nie wyspecyfikował odrębnie pozycji kosztorysowej „zakup gruntu”. Protestujący dostosowując się do wymagania Zamawiającego, aby nie pominąć w kosztorysie żadnej pozycji z przedmiaru robót, jak również aby sporządzić kosztorys dokładnie w oparciu o przedmiar (pkt XII ust. 2), nie mógł wprowadzić dodatkowych pozycji dotyczących zakupu gruntu. Zobligowany był zatem, jak stwierdził w uzasadnieniu protestu, uwzględnić ten zakup w przedmiotowych pozycjach kosztorysu tym bardziej, że Zamawiający nie oczekiwał w żadnym zapisie specyfikacji odrębnego wyspecyfikowania zakupu gruntu w kosztorysie ofertowym.

Protestujący wskazał ponadto, że przyjął w swoim kosztorysie w poz. 12, analogicznie jak Zamawiający w przedmiarze, ilość 1849,4 m<sup>3</sup>.

Odnosząc się do poz. 46 Protestujący przyznał, że do obliczenia ceny została przyjęta tabela 113/01 jednocześnie stwierdzając, że zmiana ta, dotycząca tego samego rodzaju robót lecz o wyższej skali trudności, nie spowodowała zawyżenia ceny oferty – oferta Protestującego zawiera cenę najniższą spośród złożonych ofert. Zauważył również, że fakt dokonanej zmiany podstawy wyceny nie stanowi sprzeczności z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia tym bardziej, że w pkt XII.2 specyfikacji Zamawiający dopuścił „zastosowanie przyjętej przez wykonawcę bazy cenowej do kosztorysowania”. Okoliczność przyjęcia do obliczenia ceny tabeli 113/01 nie oznacza też, że przy tak obliczonej cenie przedmiotu zamówienia nie da się zrealizować. Przeciwnie, Protestujący zobowiązał się zrealizować zamówienie w pełnym zakresie.

W ocenie Protestującego, Zamawiający odrzucając ofertę mimo braku ku temu żadnych podstaw naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp traktując ofertę Protestującego w sposób dyskryminujący.

Protestujący stwierdził ponadto, że błąd w kosztorysie ofertowym sprowadza się jedynie do formy zapisu, nie powodując zmian w samej wycenie, nie wpływa zatem na treść oferty, w szczególności na jej cenę. Jeżeli można mówić o niezgodności, to, zdaniem

Protestującego, jedynie w zakresie formy ofert, to jednak nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty.

Protestujący wniósł o uwzględnienie protestu, unieważnienie czynności odrzucenia oferty RPM Spółka Akcyjna oraz wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Protestującego, efektem czego powinno być, zdaniem Protestującego, dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z art. 2 pkt 5 ustawy Pzp tj. oferty RPM Spółka Akcyjna.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

W dniu 1 września 2008 r. przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec Spółka jawna.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 5 września 2008 r. przez jego uwzględnienie w zakresie poz. nr 12 kosztorysu ofertowego i oddalenie w pozostałym zakresie. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający użył argumentów przytoczonych przez Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec Spółka jawna w zgłoszeniu przystąpienia. Stwierdził, że na brak uwzględnienia gruntu na nasypy w poz. 65 i 78 kosztorysu wskazuje fakt, iż w poz. 19 kosztorysu Protestujący, mimo analogicznego jak w poz. 65 i 78 opisu w podstawach wyceny, nie bacząc na zapisy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dokonał modyfikacji podstawy wyceny tej pozycji wprowadzając w niej wycenę materiału. O nie uwzględnieniu materiału w obu spornych pozycjach świadczy również cena zaproponowana w poszczególnych pozycjach - w poz. 19 Protestujący wycenił pracę samochodów samowładowczych i koszt materiału na 30,05 zł, podczas gdy cena podana w poz. 65 i 78, obejmująca, zgodnie z oświadczeniem Protestującego, robociznę, pracę koparki, pracę spycharki gąsienicowej oraz samochodu samowładowczego wraz z materiałem wynosi 23,68 zł. Zamawiający poinformował ponadto, że z urzędu weźmie pod uwagę kolejne dwa uchybienia w ofercie Protestującego dotyczące pozycji 19 i 20 kosztorysu.

Z powyższym rozstrzygnięciem nie zgodził się wykonawca RPM Spółka Akcyjna, który wniósł w dniu 10 września 2008 r. odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie, jak w proteście, art. 2 pkt 5, art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Protestujący podtrzymał w pełni argumentację przedstawioną w proteście, a ponadto stwierdził, że porównanie poz. 19 z poz. 65 i 78 kosztorysu jest bezcelowe, nie może prowadzić do żadnych wniosków i stanowić dowodu, ponieważ w poz. 65 i 78 na podaną cenę składają się koszty zakupu gruntu, robocizny, sprzętu, zaś w poz. 19 uwzględniono cenę materiału

i pracę samochodów samowładowczych. Różnice cenowe są efektem zastosowania „przyjętej przez siebie bazy cenowej”, a ponadto innych, nieporównywalnych składników.

Odwołujący odniósł się również do okoliczności dotyczących poz. 19, których Zamawiający nie wskazał w informacji o wynikach oceny ofert przywołując wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 grudnia 2007 r. (sygn. akt KIO/UZP 1449/07), w którym Izba orzekła, że dokonywanie oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu jest niedopuszczalne po zakończeniu przez zamawiającego badania ofert, chyba że następuje w wyniku uwzględnienia protestu, co uprawnia do ponownego dokonania czynności w zakresie, w jakim protest został uwzględniony.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonania powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego, wynikiem czego jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta Odwołującego.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 30 września 2008 r. (wpływ do Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 2 października 2008 r.) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „EKOBUD” Ganczarski, Wianecki, Marzec Spółka jawna przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**W tym stanie faktycznym, uwzględniając oryginalną dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedłożoną przez Zamawiającego oraz oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego złożone na rozprawie, Izba ustaliła, że postępowanie należy unieważnić na podstawie art. 191 ust. 3 w zw. z art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.**

Analizując zgromadzoną w postępowaniu dokumentację Izba stwierdziła, że Zamawiający nie zawarł w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w załącznikach do niej, w tym w Przedmiarze robót na roboty drogowe wymogu zakupu gruntu na nasypy. Wymóg taki został jednoznacznie sformułowany w pkt III Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, jednak dotyczy on wyłącznie zakupu gruntu do budowy zapór. Z treści Przedmiaru robót na roboty drogowe – pkt 2 Droga A-B dojazdowa do zbiornika nr 2 i 3, poz. 7 oraz pkt 3 Droga C-D dojazdowa do zbiornika nr 2 i 3, poz. 7. „*Roboty ziemne koparkami*

*podsiębiernymi z transportem urobku sam. samowył. do 1 km, w ziemi uprzednio zmagazynowanej w hałdach, koparka 0,15 m<sup>3</sup>, grunt kategorii I-III, spycharka 55kW – przywóz gruntu na nasypy*” nie wynika taki wymóg. Brzmienie ww. pozycji Przedmiaru wskazuje jedynie na usługę przewozu gruntu. Pozycje KNNR przywołane przez Zamawiającego także obejmują jedynie koszty robocizny i koszty sprzętu. Brak w dokumentacji przetargowej jednoznacznego wymogu zakupu gruntu przez wykonawców oraz wyceny tego faktu w kosztorysie spowodował rozbieżności w ofertach wykonawców biorących udział w postępowaniu przez przyjęcie do obliczenia ceny innego zakresu składników, co z kolei prowadzi do nieporównywalności ofert. O różnym rozumieniu treści Przedmiaru robót w ww. zakresie świadczy wynik oceny ofert. Z pisma Zamawiającego z dnia 21 sierpnia 2008 r. (sygn. Zp. 341/22/wno/wykl./odrz./2008) wynika, że sześciu wykonawców nie wyodrębniło wyceny gruntu w spornych pozycjach kosztorysu. Fakt nieprecyzyjnego sformułowania Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia podniósł również Przystępujący w swoim proteście z dnia 28 sierpnia 2008 r., w którym wyjaśniał, że z powodu niejednoznacznej treści specyfikacji ujął koszty gruntu w kosztach transportu.

Z uwagi na powyższe Izba uznała, że opis przedmiotu zamówienia, wbrew dyspozycji art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, został przygotowany przez Zamawiającego w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nie uwzględnia on wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty. Tym samym Zamawiający naruszył także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem wykonawcy w różny sposób interpretowali postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (podobnie orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 23 stycznia 2008 r., sygn. akt. KIO/UZP 101/07). Wskazane powyżej uchybienie Zamawiającego miało wpływ na wynik postępowania - części ofert została skutecznie odrzucona z przyczyn będących przedmiotem niniejszego postępowania odwoławczego.

Powyższe stanowi wadę postępowania uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, będącą podstawą do unieważnienia postępowania zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, Izba nie odnosiła się w sposób merytoryczny do zarzutów podnoszonych przez Odwołującego się.

Mając na uwadze, że zachodzą podstawy do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie art. 191 ust. 3 ustawy Pzp orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach 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 **Częstochowie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....