

WYROK
z dnia 4 lipca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2014 r. przez **odwołującego** – Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe "IZOLBUD" Sp. z o.o., ul. Dominikańska 9, 02-738 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego** – Miasto Stołeczne Warszawa s.f. Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Praga Północ ul. Jagiellońska 23, 03-719 Warszawa,

przy udziale **wykonawcy** – K. Z. prowadzący działalność gospodarczą p.n. JK ZAWIMEX DEVELOPMENT P.R.B K. Z., ul. Afrykańska 10/47, 03-966 Warszawa, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddała odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe "IZOLBUD" Sp. z o.o., ul. Dominikańska 9, 02-738 Warszawa i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 **zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe "IZOLBUD" Sp. z o.o., ul. Dominikańska 9, 02-738 Warszawa tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od Przedsiębiorstwo Budowlano-Handlowe "IZOLBUD" Sp. z o.o., ul. Dominikańska 9, 02-738 Warszawa kwotę 3.600 **zł** 00 **gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz Miasto Stołeczne Warszawa s.f. Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Praga Północ ul. Jagiellońska 23, 03-719 Warszawa, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. Nr 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Praga w Warszawie

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego u zamawiającego oznaczone jest pod numerem: DNZP/3411/19/14

Podstawę prawną wniesienia odwołania stanowią art. 180 i art. 182 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2013 r. nr 907, z późn. zm., dalej: „Ustawa” lub „PZP”), Czynnością zaskarżoną przez odwołującego jest odrzucenie przez zamawiającego w dniu 9 czerwca 2014 r. oferty odwołującego złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie robót remontowo budowlanych w budynku mieszkalnym przy ul. Ząbkowskiej 50 w Warszawie.

Przez czynność odrzucenia oferty zamawiający dopuścił się naruszenia następujących przepisów PZP:

1. art. 87 ust. 1 PZP poprzez jego niezastosowanie w sytuacji gdy charakter stwierdzonych przez zamawiającego nieścisłości pomiędzy treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) a treścią oferty Izolbud wskazuje jednoznacznie na to, że nieścisłości te mogły być z łatwością usunięte w trybie przewidzianym w tym przepisie;
2. art. 87 ust. 2 pkt. 3) PZP poprzez jego niezastosowanie w sytuacji gdy poprawienie przez zamawiającego omyłek stwierdzonych w treści oferty Izolbud w stosunku do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w trybie przewidzianym przez ten przepis z pewnością nie doprowadziłoby do istotnych zmian treści tej oferty;
3. art. 89 ust. 1 pkt. 2) PZP poprzez jego bezprawne zastosowanie w sytuacji, gdy treść oferty Izolbud odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), przy uwzględnieniu obowiązku pominięcia przez zamawiającego omyłek o charakterze nieistotnym.

W związku z opisanymi naruszeniami odwołujący wnosi o uwzględnienie w całości niniejszego odwołania oraz na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1) PZP wnosi nadto o nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności zamawiającego z dnia 9 czerwca 2014 r. polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu przez JK ZAWIMEX DEVELOPMENT P.R.B. K. Z. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Wykonawca JK ZAWIMEX” lub przystępujący);
- b) unieważnienie czynności zamawiającego z dnia 9 czerwca 2014 r. polegającej na odrzuceniu oferty Izolbud złożonej w postępowaniu;
- c) przywrócenie Izolbud do postępowania;
- d) dokonanie ponownej oceny ważnych ofert złożonych w postępowaniu;
- e) dokonanie wyboru oferty złożonej przez Izolbud jako najkorzystniejszej.

Odwołujący w uzasadnieniu przedstawił w szczególności następującą argumentację.

W dniu 9 czerwca 2014 r. odwołujący otrzymał od zamawiającego za pośrednictwem poczty e-mail zawiadomienie z dnia 9 czerwca 2014 r. o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

W związku z tym, że wartość przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem jest niższa od kwot wskazanych w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2013 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, to zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt. 2) PZP odwołanie od czynności zamawiającego wniesiono w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Niniejsze odwołanie zostało wniesione z zachowaniem terminu wskazanego w ustawie.

Zgodnie z wymogiem określonym w art. 187 PZP odwołujący wniósł wpis od odwołania w wysokości 10.000 PLN według postanowienia zawartego w § 1 ust. 2 pkt. 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania.

Wraz z wniesieniem niniejszego odwołania Izolbud przekazał jego kopię zamawiającemu zgodnie z art. 180 ust. 5 PZP

Uwzględniając powyższe fakty oraz to, iż niniejsze odwołanie złożone zostało Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych na piśmie w dniu 13 czerwca 2014 r., należy stwierdzić, że zostały spełnione wszystkie wymagania formalne jego wniesienia.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania, ponieważ jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, poprzez sprzeczne z przepisami PZP odrzucenie oferty odwołującego. Gdyby zatem zamawiający nie odrzucił oferty Izolbud, oferta ta z pewnością uznana by została przez zamawiającego za najkorzystniejszą (w postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert jest cena), a zamówienie publiczne objęte postępowaniem udzielone by zostało odwołującemu.

Zamawiający i przystępujący przedstawili stanowiska w sprawie składając pisma datowane na dzień 3 lipca 2014. Wnieśli o oddalenie odwołania w całości.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Izba ustaliła jak poniżej

Odwołanie wniesiono w związku z odrzuceniem oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy pzp. Zamawiający stwierdził błędy w kosztorysie ofertowym. Wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy.

Zamawiający w Rozdziale XII SIWZ zawarł następujące postanowienia do „opisu sposobu obliczenia ceny”:

Wykonawca deklaruje w ofercie łączną cenę brutto za realizację całości przedmiotu zamówienia - wyliczona w kosztorysach ofertowych stanowiących załączniki nr 7 i nr 8 do oferty (Roz. XII pkt. 1 SIWZ);

Kosztorysy ofertowe należy sporządzić na podstawie i zgodnie z przedmiarem robót - remont budynku - załącznik nr 7 do SIWZ oraz przedmiarem robót - montaż wodomierzy - załącznik nr 8 do SIWZ, uwzględniając wszystkie roboty tymczasowe i towarzyszące wykonania robót wg pozycji podstawowej z wyszczególnieniem w każdej pozycji nakładów materiałowych, pracy sprzętu i roboczogodziny według wskazanej w SIWZ tabeli w oparciu o projekt budowlano-wykończeniowy stanowiący załącznik nr 10 do SIWZ i specyfikację techniczną z załącznika nr 11 do SIWZ (Roz. XII pkt. 2 SIWZ);

Zamawiający zastrzegł, że wymaga sporządzenia kosztorysów ofertowych szczegółowych w wyżej wymienionej formie (tzn. według elementów wskazanej tabeli) z uwagi na sposób rozliczenia wykonanych robót kosztorysem wykonanym metodą szczegółową na podstawie cen z kosztorysu ofertowego. Ponadto wykonanie kosztorysu bez zastosowania wyżej wymienionych elementów spowoduje niemożność prawidłowego rozliczenia robót zgodnie z umową w sprawie udzielania zamówienia

Ponadto Zamawiający zastrzegł, że w przypadku pominięcia w kosztorysach ofertowych pozycji z przedmiaru robót oraz w przypadku dopisania pozycji innych niż w przedmiarach oferta zostanie odrzucona (Roz. XII pkt. 3 SIWZ).

Zamawiający w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty poinformował, że w kosztorysie ofertowym dot. remontu budynków „zmienił opisy przedmiaru robót” w pozycjach 90, 167, 170 i 193 „na opisy niezgodne z przedmiarem robót”. Zamawiający podniósł, że przez to jednoznacznie pominięto w kosztorysie ofertowym pierwotne pozycje z przedmiaru co uniemożliwia rozliczenie wykonania robót gdyż wykonawca nie uwzględnił wytycznych zamawiającego zawartych w dokumentacji technicznej, w szczególności złożony kosztorys ofertowy nie

odzwierciedla pozycji przedmiaru robót co jest tożsame z oświadczeniem o zamiarze niewykonania pewnych prac i zastosowania wymaganych materiałów"

Odwołujący składając odwołanie zarzucił zamawiającemu w szczególności.

Odwołujący przygotował kosztorys ofertowy, zgodnie z przedmiarami robót stanowiącymi załącznik do SIWZ, tzn. w szczególności sporządził kosztorys ofertowy w tabeli według założeń zamawiającego, ujął w tym kosztorysie wszystkie pozycje robót opisane w przedmiarach i nie dopisał żadnej nowej pozycji, która by nie była ujęta w przedmiarach. W tym sensie odwołujący wypełnił całkowicie postanowienia SIWZ zawarte w rozdziale XII.

Według odwołującego całkowicie nieuprawniona jest interpretacja zamawiającego, iż zmiany w opisach 4 pozycji kosztorysu ofertowego w stosunku do przedmiarów załączonych świadczą o złożeniu przez Izolbud „oświadczenia o zamiarze niewykonania pewnych prac i zastosowania wymaganych materiałów”. To stwierdzenie jest nie tylko niezgodne z treścią oferty, ale i ze zdrowym rozsądkiem i doświadczeniem życiowym.

Izba zważyła jak poniżej

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Strony nie kwestionują okoliczności istnienia błędów czy pomyłek w kosztorysie ofertowym występujących w czterech pozycjach kosztorysu ofertowego. Omyłki te czy błędy prowadzą do zaoferowania innych niż wynikających z przedmiarów robót i dokumentacji budowlano-wykonawczej materiałów to jest rodzaju farby do elewacji budynku. W dokumentacji zamawiającego przewiduje się farbę silikonową (poz.193) z podaniem przykładowej jej nazwy a odwołujący oferuje farbę akrylową. Z wyjaśnień i dowodów przedłożonych na rozprawie przez zamawiającego wynika, że przedmiot remontu to jest kamienica na ul. Ząbkowskiej Praga Północ objęta jest ochroną zabytków i w związku z tym pieczę nad nią ma konserwator zabytków. Wszelkie remonty to jest sposób ich przeprowadzenia, zastosowane technologie czyli także dokumentacja techniczna remontu uzgadniana i zatwierdzana jest przez konserwatora zabytków i nie może podlegać żadnym odstępstwom w czasie remontu. Bezspornym w sprawie jest, że dokumentacja techniczna przewiduje farbę silikonową jako nie przyjmującą wilgoci. Z dokumentacji technicznej wynika, że w trakcie remontu istotny jego element będą miały prace zwalczające istniejącą w budynku wilgoć i zagrzybienie. Również do elementu skutecznego nie dopuszczenia wilgoci do budynku ma farba jaką zostanie pokryta elewacja kamienicy. Nikt z obecnych na rozprawie to jest ani zamawiający ani w szczególności odwołujący nie kwestionowali rodzaju

farby zastosowanej w kosztorysie. W kosztorysie odwołującego zastosowano farbę akrylową, która nie ma cech zabezpieczania przed dostępem wilgoci do ścian. Faktu tego obecny na rozprawie Prezes Spółki i jednocześnie inżynier posiadający uprawnienia budowlane nie kwestionował. Niemniej w jego ocenie ma obowiązek zastosować się przy wykonywaniu robót do dokumentacji technicznej i ma w związku z tym zastosować wymaganą farbę silikonową, a zmiana kosztorysu w stosunku do przedmiaru robót nie ma istotnego znaczenia w sprawie. Poza tym twierdził, że farbę silikonową może kupić za cenę wstawioną do pozycji kosztorysowej przewidującej farbę akrylową.

W ocenie Izby bez względu na zamiar odwołującego, dla oceny ważności jego oferty decyduje złożony kosztorys i jego zgodność z przedmiarem robót i dokumentacją. Odwołujący składając ofertę złożył określonej treści oświadczenie woli, które jego wiąże. Zasadą w tym postępowaniu był kosztorys ofertowy i rozliczanie robót według kosztorysu. Niedopuszczalne są zmiany w tym zakresie po złożeniu oferty. To oferent miał podać jakie zastosuje farby podając ich cenę i nazwę. Izba zaistniałą sytuację zalicza do błędu a nie omyłki. Bowiern zamawiana rodzajów farb z silikonowej na akrylową ma istotne znaczenie dla przeprowadzanego remontu. Dlatego też Izba nie widzi podstaw do zakwalifikowania tej różnicy ani do trybu wyjaśnień ani do trybu poprawiania oferty.

Podobny skutek ma błąd w ofercie w zakresie rodzaju materiału wypełniającego otwory (poz.90), w których mają być zamocowane pręty żelbetowe. Z przedmiaru robót wynika, że zamawiający przewidział wypełnienie żywiczne. Natomiast odwołujący w kosztorysie przewidział wypełnienie materiałem CERESIT. Bezspornym jest, że wypełnienie zaproponowane przez odwołującego nie spełni oczekiwanej funkcji. Odwołujący nie zaprzeczył argumentacji pełnomocnika przystępującego inżyniera posiadającego uprawnienia budowlane, który stwierdził, że mocowanie prętów żelbetowych w masie wypełniającej z użyciem CERESIT-u mija się z celem i wymagany jest materiał żywiczny. Argumentacja odwołującego, że w dokumentacji są błędy, ponieważ powinna być ustalona nośność dla zamocowania tych prętów nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutu niewłaściwego materiału. Bowiern w tym wypadku jak powyżej również odwołujący zastosował niewłaściwy materiał w stosunku do przedmiaru robót. W ocenie Izby dla wykonania mocowania prętów ma ważne znaczenie rodzaj wypełnienia i nie można to zaliczyć do nieistotnych omyłek. Poza tym zamawiający nie ma wiedzy jak poprawić ofertę, jaki materiał w to miejsce wstawić.

Kolejne nieścisłości w kosztorysie to poz.167 należało wykonać poduszki dla oparcia belek stalowych. Odwołujący takiej czynności nie wycenił. W tym miejscu zaproponował zabetonowanie otworów.

W poz. 170 należało wycenić montaż prętów gwintowanych. Odwołujący wycenił tę pozycję na przykręcanie drobnych elementów do gotowego podłoża. Zamawiający nie ma podstaw przeliczenia tej pozycji, do której obowiązuje kalkulacji własna.

W tym stanie rzeczy Izba nie znajduje podstaw do wezwania zamawiającego do dokonania zmian w kosztorysie ofertowym.

W SIWZ istniało skutecznie prawne pouczenie, że w przypadku pominięcia pozycji oferta będzie podlegała odrzuceniu. Błędne pozycje należy traktować jako pominięte wobec braku możliwości ich poprawienia. Cena ma charakter kosztorysowy bez względu na określenie wysokości maksymalnego wynagrodzenia, ponieważ rozliczenie następować ma na podstawie kosztorysu ofertowego.

W sytuacji braku możliwości poprawienia oferty kosztorysowej rozliczenie za wykonane prace jest niemożliwe. Błędy w wyliczeniu wynagrodzenia stanowią o braku istotnego elementu oferty.

Czynności zamawiającego w toku badania, oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty należy uznać za prawidłowe.

W tym stanie rzeczy odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 10.000,00zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądając na rzecz pełnomocnika zamawiającego kwotę 3600zł.

Przewodniczący:

.