

Sygn. akt: KIO/UZP 616/08

WYROK
z dnia 02.07.2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Izabela Niedziałek
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 02.07.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Franciszek Gawluk „EKOMBUD” Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe, 59-101 Polkowice, Biedzychowa 6H** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Polkowice, 59-100 Polkowice, Rynek 1** protestu z dnia 05.06.2008 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego..... po stronie odwołującego się oraz - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża firmę **Franciszek Gawluk „EKOMBUD”**
Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe, 59-101 Polkowice, ul. Biedrzychowa 6H

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 2 032 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Franciszek Gawluk „EKOMBUD”**
Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe, 59-101 Polkowice, Biedrzychowa 6H

- 2) wpłaty kwoty zł gr (słownie:.....) przez na rzecz, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu

- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,

- 4) dokonać zwrotu kwoty 17968 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Franciszek Gawluk „EKOMBUD”**
Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe, 59-101 Polkowice, Biedrzychowa 6H

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

Wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę urządzeń do podczyszczania wód deszczowych i roztopowych w terenie miasta Polkowice” zarzucił Zamawiającemu naruszenie zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz przepisów art. 7 ust. 1, art. 29 ust 1 i 2, art. 87 ust. 2 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazał, że Zamawiający bezzasadnie zaniechał odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum firm, wybranej jako najkorzystniejsza. Oferta ta, w ocenie Odwołującego jest niezgodna z wymogami siwz. W ofercie pominięto opis „fl 1500 w celu wykonania komory wlotowej + pompowanie”, co uniemożliwia ustalenie, jakiej średnicy rurę wykonawca wycenił. Wskazał, że Zamawiający w siwz na str. 8 wprost zażądał,

aby „w kalkulacji ryczałtu opisy pozycji przedmiaru robót oraz numeracja j.m., ilość musi być zgodna z przedmiarami przekazanymi Wykonawcy wraz z SIWZ (celem weryfikacji zgodności oferty z opisem przedmiotu zamówienia)”. W ofercie wybranej natomiast, pominięto pełną numerację, zaniechano zastosowania pełnego opisu przedmiaru robót, a brak pełnego przytoczenia nazwy grupy robót objętych numerem 45110000-1 powoduje niemożliwość obiektywnego ustalenia, czy wycena dokonana w zakresie robót przygotowawczych obejmuje rurę o wymaganej średnicy fi 1500 mm. Wskazywana przez Zamawiającego możliwość odwołania się do katalogów KNNR 4 jest nieuzasadnione, gdyż w katalogach mowa jest o rurach /kanałach/ o innej średnicy tj. 1400 mm. Wskazana niezgodność, ma w ocenie Odwołującego charakter merytoryczny, a nie jedynie formalny i powinna skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej z SIWZ. Również w pozycji 13 kategorii gruntu oraz w odniesieniu do pozycji kosztorysowej numer 25, w ofercie pominięto określenia „głębokość” mające znaczenie merytoryczne.

Odwołujący powołał ponadto treść wyjaśnień Zamawiającego, który dnia 31 marca 2008 wprost w pkt 4 zażądał przygotowania oferty stosując numerację według przedmiaru zbiorczego, po czym zajął odmienne stanowisko, twierdząc w piśmie oddalającym protest, że nie żądał tego rodzaju numeracji i opisu.

Wskazał również, że w analogicznym postępowaniu prowadzonym przez tego samego Zamawiającego, oferta odwołującego została odrzucona wyłącznie z powodu braku zapisu „o wydłużonym kielichu”, a zatem znacznie mniejszego uchybienia, niż stwierdzone w ofercie wybranej w obecnie prowadzonym postępowaniu.

Wskazując, że złożona przez niego oferta nie została odrzucona i zawiera drugą cenę najkorzystniejszą, podtrzymał zarzuty protestu i zażądał unieważnienia czynności wyboru oferty, dokonania ponownej oceny ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, podtrzymał stanowisko zawarte w rozstrzygnięciu protestu i odnosząc się do zarzutów stwierdził, że są one nieuzasadnione. Zamawiający uznał, że wybrana oferta nie narusza postanowień siwz, a niezgodność opisu pozycji kosztorysowych nie miała charakteru merytorycznego, a jedynie formalny i nie ma podstaw do jej odrzucenia

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami stron przedstawionymi na rozprawie ustaliła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Oceniając zarzut dotyczący konieczności odrzucenia wybranej oferty, należy stwierdzić, jako niesporne w sprawie, że w postanowieniach siwz, ustalono ryczałtowe wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu.

W R. XIV siwz podkreślono, że Wykonawca zgodnie z formularzem ofertowym określa ryczałtową cenę brutto Cb, którą należy policzyć metodą kalkulacji ryczałtu przy zachowaniu określonych założeń.

Również treść § 8.1 projektu umowy stanowiącego załącznik do siwz, wynagrodzenie wykonawcy określono jako ryczałtowe. Potwierdza się równocześnie, że Zamawiający wymagał przy sporządzaniu kalkulacji ryczałtu, aby opisy pozycji przedmiaru robót oraz numeracja, jednostki miary i ilość były zgodne z przedmiarami przekazanymi wykonawcy „celem weryfikacji zgodności oferty z opisem przedmiotu zamówienia.” Analiza treści kosztorysu załączonego do wybranej oferty potwierdza również, iż w złożonej kalkulacji ryczałtu wybrany wykonawca istotnie nie dokonał w kilku pozycjach tożsamego opisu elementów robót pomijając średnicę kolektora, którego przedłużenie jest częścią przedmiotu zamówienia oraz wyraz „głębokość”.

Izba zważyła, co następuje.

Wskazane wyżej ustalenie o ryczałtowym charakterze wynagrodzenia ma w niniejszej sprawie doniosłe znaczenie. Jak wynika bowiem z treści art. 632 kodeksu cywilnego wynagrodzenie ryczałtowe jest wielkością niezmienną nawet przy zmianie rozmiaru lub kosztów prac, której nie można było przewidzieć przy zawarciu umowy. Oznacza to, że co do zasady kosztorys ofertowy ma przy cenie ryczałtowej znaczenie pomocnicze, a nieistotne rozbieżności między jego treścią, a treścią otrzymanych przedmiarów nie oznaczają niezgodności treści oferty z treścią siwz skutkującej odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie, niewątpliwie różnice w opisach były na tyle nieistotne, że nie budziły wątpliwości, jakich treści kosztorysu dotyczą i nie uniemożliwiały Zamawiającemu dokonania poprawnej weryfikacji zgodności oferty z opisem przedmiotu zamówienia tj. zrealizowania celu, dla którego w ogóle wymagano złożenia kosztorysu. Izba zaznacza, że niezależnie od charakteru wynagrodzenia, treść oferty nie może być sprzeczna z treścią specyfikacji. Jednakże, mimo wskazanych przez Odwołującego rozbieżności treści opisu niektórych składników kalkulacyjnych w stosunku do treści przedmiarów, nie stwierdzono pominięcia w ofercie jakiegokolwiek pozycji przedmiaru. Wobec dokonanego ustalenia, że oferta uwzględnia wszystkie wymienione przedmiary roboty, należy uznać, że brak jest podstaw do twierdzenia o niezgodności jej treści z treścią siwz. (por. wyrok SO w W-wie z

13.03.2006 r. Sygn. akt V Ca 2469/05). Wykazane przez Odwołującego różnice formalne nie stanowią zatem dowodu niezgodności treści oferty z treścią siwz.

Skład orzekający Izby podziela tym samym pogląd, wg którego za ustalenie ilości robót oraz za sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji wynagrodzenia ryczałtowego odpowiada wyłącznie wykonawca, a jeżeli w takim wypadku, zamawiający wymaga opracowania przez wykonawcę kosztorysu ofertowego, „winien traktować przekazany w ramach SIWZ przedmiar robót, jako dokument informacyjny...” (por. „Zamówienia na roboty budowlane. Poradnik”, Halina Strzelczyk Beata Chojecka, str. 119-120, wyd. UZP, W-wa 2004, a także wyrok Zespołu Arbitrów z 5 czerwca 2006 r. sygn. akt UZP/ZO/O-1585/06).

W takim stanie rzeczy stwierdzając, że treść wybranej oferty nie jest sprzeczna z treścią siwz, brak jest podstaw do uznania, iż zaistniały przesłanki odrzucenia wybranej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, 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 **Legnicy**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*