

**Sygn. akt KIO/UZP 673/09**

**WYROK**  
**z dnia 9 czerwca 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Członkowie: Ewa Jankowska**  
**Izabela Kuciak**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Grzegorza Piaseckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Produkcja i Usługi Związane z Budownictwem, ul. Spokojna 33, 05-152 Czosnów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w Dzielnicy Śródmieście m.st. Warszawy, ul. Szwoleżerów 5, 00-464 Warszawa** protestu z dnia 11 maja 2009 r.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Grzegorza Piaseckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Produkcja i Usługi Związane z Budownictwem, ul. Spokojna 33, 05-152 Czosnów** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Grzegorza Piaseckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Produkcja i Usługi Związane z Budownictwem, ul. Spokojna 33, 05-152 Czosnów,**
- 2) ~~dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez **XXX** na rzecz **XXX** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,~~
- 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 **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Grzegorza Piaseckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Produkcja i Usługi Związane z Budownictwem, ul. Spokojna 33, 05-152 Czosnów.**

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

Zamawiający – Zakład Gospodarowania Nieruchomościami w dzielnicy Śródmieście m.st. Warszawa, ul. Szwoleżerów 5; 00-464 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Remont elewacji z odwodnieniem tarasu w budynku przy ul. Gen. Andresa 1, 5 oraz remont nawierzchni, muru wraz z balustradami i elementami małej architektury przed budynkiem*”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 marca 2009 roku pod pozycją 81024.

Pismem z dnia 8 maja 2009 roku Zamawiający poinformował Odwołującego się – Grzegorza Piaseckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Produkcja i Usługi Związane z Budownictwem; 05-152 Czosnów, ul. Spokojna 33 o odrzuceniu jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Uzasadniając wskazał, że Wykonawca, zgodnie z rozdz. II pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinien dołączyć do oferty kosztorysy ofertowe opracowane wg. kalkulacji uproszczonej w oparciu o przedmiary robót. Zdaniem Zamawiającego oferta Odwołującego zawierała sporządzony kosztorys ofertowy, jednakże sporządzony niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego, gdyż Odwołujący dołączył tylko oświadczenie, co do sposobu rozliczenia narzutów kosztów robót tymczasowych i towarzyszących. Oferta Odwołującego nie zawiera ceny robót tymczasowych i towarzyszących (m.in. zajęcie pasa drogowego), które należało, zdaniem Zamawiającego doliczyć do wartości kosztorysowej jako dodatkową pozycję, a tym samym powinny być umieszczone na stronie tytułowej kosztorysu ofertowego.

Dnia 11 maja 2009 roku (pismo z dnia 8 maja 2009 roku) Odwołujący się wniósł protest, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2,
- art. 82 ust. 3,
- art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,

żądając uwzględnienia protestu oraz przeprowadzenia ponownego badania i oceny złożonych ofert oraz wyboru oferty Odwołującego się.

Uzasadniając wskazał, iż Zamawiający został wprowadzony w błąd, co do pozycji przedmiaru oraz sposobu sporządzenia kosztorysu ofertowego przez jednego z wykonawców z innego postępowania o zamówienie publiczne (OZ-024/R/09). Zdaniem Odwołującego nie można uznać odrębnych zapisów na koniec przedmiarów robót jako pozycje przedmiaru. Przedmiar robót zawiera liczbę porządkową, podstawę wyceny i/lub opis i/lub wyliczenia, jednostkę miary oraz ilość jednostek różnie prezentowanych i nazywanych w zależności od przyjętej metodologii, czy programu kosztorysowego. Z treści zapisków na końcu przedmiaru można jedynie wywnioskować, iż Zamawiający przypomina, że w cenie oferty winny znajdować się roboty pomocnicze i nie jest to jakakolwiek pozycja, albowiem Zamawiający nie przypisał tym zapiskom liczby porządkowej, nie określił jednostki miary, ani nie określił ilości tych jednostek miary, ani w przedmiarach robót, ani w STWIOR ani w dokumentacji projektowej. Zatem zapiski w/w, zdaniem Odwołującego się nie mogą w żaden sposób być traktowane jako pozycje przedmiaru robót. Nie sposób z treści s.i.w.z. wnioskować jak przyjmuje Zamawiający za innym wykonawcą, że te prace miały być wycenione na stronie tytułowej kosztorysu, bo jeśli uznać treść niniejszych zapisów za instrukcję dla wykonawców to koszty te miały zostać doliczone do wartości oferty poza narzutami. Odwołujący podnosił ponadto, iż wraz z ofertą złożył oświadczenie, że w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia i realizacji przyszłego świadczenia umownego. Dodatkowo wskazuje, iż w toku postępowania Zamawiający zwrócił się do niego o wyjaśnienie treści oferty z pytaniem, czy rzeczywiście zostały wycenione prace pomocnicze i towarzyszące, na co otrzymał potwierdzające wyjaśnienie.

Odwołujący się w pozostałej treści uzasadnienia protestu podważał również prawidłowość ofert pozostałych wykonawców, tj. Stanisława Karwowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi dla Ludności Murarstwo z siedzibą w Warszawie oraz Spółdzielczego Zrzeszenia Prywatnych Firm BUDO-INSTAL z siedzibą w Warszawie wnosząc o ich odrzucenie jako nieodpowiadających swoją treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Dnia 12 maja 2009 roku Zamawiający wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu.

Pismem z dnia 18 maja 2009 roku Zamawiający protest oddalił.

Uzasadniając, wskazał, iż zarzucanie Zamawiającemu, że nie przypisał zapisom dotyczącym robót tymczasowych i towarzyszących liczby porządkowej oraz nie określił ilości tych jednostek miar jest bezzasadne. Zgodnie z treścią rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku w tabelach przedmiaru robót nie uwzględnia się robót tymczasowych – robót, które są wykonywane jako potrzebne do wykonania robót podstawowych. Należało jednak, do prawidłowego wykonania zamówienia, podać ich wartość. Wykonawcy samodzielnie, wg. kalkulacji własnej, na podstawie przedmiarów i dokumentacji projektowej mieli możliwość wycenić te prace. Ponadto w wycenie tych prac podpowiedzią, zdaniem Zamawiającego były pozycje wykreślone z przedmiarów (36, 107-111) oraz informacja o konieczności zajęcia pasa drogowego na czas realizacji zamówienia. Prace te pozostali wykonawcy wycenili. Zamawiający podniósł również, iż Odwołujący się część odrębnych zapisów w pozycjach przedmiarowych 16, 17 i 100 dotyczących zmiany podstawy wyceny uwzględnił. Ponadto Zamawiający wskazał, iż pozostali wykonawcy dokonali wyceny prawidłowo, a oferta Spółdzielczego Zrzeszenia Prywatnych Firm BUDO-INSTAL został odrzucona za brak wyceny pozycji przedmiarowej.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 22 maja 2009 roku (pismo z dnia 15 maja 2009 roku) wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i żądania jak w proteście.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią oferty, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.**

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż w przypadku potwierdzenia się zarzutów oferta Odwołującego się mogłaby być uznana za najkorzystniejszą ponieważ zawierała najniższą cenę, a jedynym kryterium oceny ofert była cena z rangą 100%.

Odnosząc się zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie nieodrzućenia ofert wykonawców:

1) Stanisława Karwowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi dla Ludności Murarstwo z siedzibą w Warszawie oraz

2) Spółdzielczego Zrzeszenia Prywatnych Firm BUDO-INSTAL z siedzibą w Warszawie,  
Izba pozostawiła ten zarzut bez rozpoznania z uwagi na fakt, iż zgodnie z przepisem art. 184 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych *w postępowaniach o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie od rozstrzygnięcia protestu dotyczącego:*

- 1) *wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę;*
- 2) *opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;*
- 3) *wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia;*
- 4) *odrzućenia oferty.*

Wartość przedmiotowego zamówienia, zgodnie z protokołem ZP-2 ustalona została na kwotę 1 110 359,13 zł, co stanowi równowartość 286 389,09 euro, tj. nie przekracza równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp – 5 150 000 euro.

Tym samym Odwołujący się nie posiada uprawnienia to stawiania zarzutów w odniesieniu do ofert innych wykonawców, a jedynie ma możliwość stawiania zarzutów Zamawiającemu w odniesieniu do swojej oferty – w zakresie odrzućenia oferty, bądź też wykluczenia wykonawcy – Odwołującego z postępowania.

Dlatego też Izba uznała jak wyżej.

Izba uznała za niepotwierdzone zarzuty naruszenia przepisów art. 82 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, co następuje:

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (strona 2) w rozdziale II pkt 2 wskazał, iż *Do oferty wykonawca musi dołączyć także kosztorysy ofertowe opracowane według kalkulacji uproszczonej w oparciu o przedmiary robót stanowiące załącznik nr 6 do s.i.w.z. oraz zestawienie pozostałych kosztów, wykazy materiałów, sprzętu.*

Ponadto w przedmiarach robót pod tabelami ostatniej strony Zamawiający umieścił następujące postanowienia:

- 1) *Przedmiar Nr 1 – Roboty pomocnicze wycenić poza narzutami doliczając do wartości oferty. Wraz z zajęciem pasa drogowego na czas związania wykonawcy z umową;*

- 2) *Przedmiar Nr 2 – Roboty pomocnicze wycenić poza narzutami doliczając do wartości oferty;*
- 3) *Przedmiar Nr 3 – Roboty pomocnicze wycenić poza narzutami doliczając do wartości oferty.*

Odwołujący do swojej oferty załączył dokumenty podmiotowe oraz odpowiednia ilość kosztorysów ofertowych – na każdy rodzaj inwestycji osobno, bez zestawienia pozostałych kosztów, wykazy materiałów, sprzętu - wycenionego bez narzutów.

Z tak ustalonego stanu faktycznego, wynika jednoznacznie, iż treść oferty Odwołującego się nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tym samym stanowisko Zamawiającego dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego się na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba uznała za w pełni uzasadnione.

Skład orzekający Izby nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż zarzut Odwołującego względem Zamawiającego o nie przypisaniu zapisom dotyczącym robót tymczasowych i towarzyszących liczby porządkowej oraz nie określeniu ilości tych jednostek miar jest bezpodstawny.

Punkt 2 § 9 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 roku (Dz. U. Nr 202, poz. 2072) w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno - użytkowego stanowi, iż *W tabelach przedmiaru robót nie uwzględnia się robót tymczasowych - robót, które są projektowane i wykonywane jako potrzebne do wykonania robót podstawowych, ale nie są przekazywane zamawiającemu i są usuwane po wykonaniu robót podstawowych, z wyłączeniem przypadków, gdy istnieją uzasadnione podstawy do ich odrębnego rozliczania.* Skoro Zamawiający żądał (poprzez umieszczenia zapisów pod tabelami przedmiarów robót) wykonania dodatkowej (oddzielnej, samodzielnej) wyceny robót pomocniczych (tymczasowych i towarzyszących) poza narzutami, to zgodnie z wyżej cytowanym przepisem (... z wyłączeniem przypadków, gdy istnieją uzasadnione podstawy do ich odrębnego rozliczania) winien informację o zakresie i ilości tych robót umieścić w tabeli przedmiarów robót. Powyższe potwierdza również stanowisko Zamawiającego zaprezentowane na rozprawie, iż osobna wycena robót pomocniczych umożliwi mu ich prawidłowe rozliczanie, gdyż charakter umowy przewidywał rozliczanie z kosztorysu powykonawczego (kosztorysu zamiennego).

Jednakże Odwołujący się nie stawiając pytań do specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy też do jej załączników rozumiał ich treść w sposób umożliwiający mu

przygotowanie i złożenie oferty. Odwołującego się, na równi ze wszystkimi innymi wykonawcami, obowiązywały postanowienia, co do konieczności złożenia odrębnej wyceny robót pomocniczych – bez narzutów, której wartość miała zostać dodana do wartości oferty (zgodnie z wymaganiami Zamawiającego).

Jak słusznie zauważył na rozprawie Zamawiający, robotami pomocniczymi (tymczasowymi i towarzyszącymi) są m.in. praca rusztowań, wywóz gruzu, zajęcie chodnika oraz opłaty z tym związane kierowane do Zarządu Terenów Publicznych ZTP i Zarządu Dróg Miejskich ZDM. Tym samym Odwołujący się miał możliwość (posiadał informacje o wysokości opłat ponoszonych z tytułu m.in. zajęcia chodnika) skalkulowania kosztów za roboty pomocnicze. Ponadto w wyjaśnieniach złożonych do treści składanej oferty wskazał, iż wywozi gruz własnym transportem, co z kolei pozwalało mu na obliczenie i podanie kosztów z tym związanych, w tym kosztów transportu, koszty składowiska, itp.

Wyjaśnienia składane przez Odwołującego na rozprawie, iż wycenił on roboty pomocnicze i wartość ich dodał do ceny robót podstawowych oraz że roboty pomocnicze wycenił bez narzutów, gdyż umożliwia mu to posiadany przez niego program kosztorysowy nie zostały przez Izbę uznane za wiarygodne, tym bardziej że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na tą okoliczność. Zgodnie z przepisem art. 188 ust. 1 ustawy Pzp *Strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne* jak i przepisem art. 6 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (Dz. U. 64 Nr 16, poz. 93) *Ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* to na Odwołującym spoczywał obowiązek udowodnienia prawidłowości stawianych zarzutów.

Fakt niezastosowania się do poleceń Zamawiającego, co do treści składanej oferty, brak działania Odwołującego się na etapie od ogłoszenia o zamówieniu i otrzymaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. składania zapytań czy też środków ochrony prawnej do s.i.w.z., które umożliwiłyby dokonanie stosownych wyjaśnień i ewentualnie modyfikacji s.i.w.z. na obecnym etapie uniemożliwia stawianie zarzutów Zamawiającemu i żądanie uznania ich za słuszne.

Odwołujący się, nie stosując się do wymagań Zamawiającego sporządził i złożył ofertę, której treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czym naraził się na takie działanie Zamawiającego, które w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Izby, Zamawiający swoimi czynnościami nie uchybił również przepisowi art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych gdyż zgodnie z tym przepisem *Treść oferty musi*



*odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.* Skoro bowiem Zamawiający stwierdził niezgodność treści oferty ze s.i.w.z. to dokonał zgodnego z prawem odrzucenia takiej oferty.

Nie potwierdził się również zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż Zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W związku z powyższym, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....