

Sygn. akt: KIO/UZP 363/08

**WYROK**  
**z dnia 30 kwietnia 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk**

**Członkowie: Agnieszka Trojanowska**  
**Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Edyta Skowrońska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 kwietnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe BIRKBUD Andrzej Biruk i wspólnicy S.J., ul. Św. Mikołaja 1, 15-419 Białystok** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego, **Gminę Wizna, Pl. Kpt. Raginisa 35/11, 18-430 Wizna** protestu z dnia 31 marca 2008 r.

przy udziale **Zakład Murarski Spółka Jawna Wincenty Krahel, Elżbieta Krahel-Rowińska, ul. Słoneczna 9, 16-200 Dąbrowa Białostocka** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert**

**2. kosztami postępowania obciąża Gminę Wizna, Pl. Kpt. Raginisa 35/11, 18-430 Wizna 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 **Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe**

**BIRKBUD Andrzej Biruk i wspólnicy S.J., ul. Św. Mikołaja 1, 15-419 Białystok;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **5 284 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy dwieście osiemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Wizna, Pl. Kpt. Raginisa 35/11, 18-430 Wizna** na rzecz **Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe BIRKBUD Andrzej Biruk i wspólnicy S.J., ul. Św. Mikołaja 1, 15-419 Białystok**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **XXX zł XXX gr** (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) 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 **Przedsiębiorstwa Budowlano-Uslugowego BIRKBUD Andrzej Biruk i wspólnicy S.J., ul. Św. Mikołaja 1, 15-419 Białystok**.

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę hali sportowej przy Szkole Podstawowej i Gimnazjum w Wiźnie”, którego dotyczy odwołanie, wniesione przez Przedsiębiorstwo Budowlano-Uslugowe BIRKBUD Andrzej Biruk i wspólnicy S.J., z siedzibą w Białymstoku, zwanego dalej „*Odwołującym*”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego, poprzez publikację ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12 lutego 2008 r. (poz. BZP: 29174). Postępowanie to prowadzi Gmina Wizna, zwana dalej: „*Zamawiającym*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „*ustawą*”.

Zamawiający w piśmie z dnia 27 marca 2008 r. (doręczenie Odwołującemu w dniu 31 marca 2008 r.) poinformował wykonawców o wyniku niniejszego postępowania, tj. wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zakład Murarski Spółka Jawna Wincenty Krahel, Elżbieta Krahel-Rowińska, z siedzibą w Dąbrowie Białostockiej, zwanego dalej: „*Zakład Murarski*”. W informacji tej podano również informację o odrzuceniu – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - oferty Odwołującego z powodów błędów w kosztorysie ofertowym. Zamawiający wskazał, że w kosztorysie ofertowym na roboty budowlane Odwołującego w poz. 16 nie uwzględniono zwiększenia ilości robót wynikających z odpowiedzi na zapytanie z

dnia 10 marca 2008 r. – pytanie 6. Podobna sytuacja – zdaniem Zamawiającego - miała miejsce w poz. 21 – pytanie 8, w poz. 28 – pytanie 8 i w poz. 93 – pytanie 24.

Na tę czynność Zamawiającego Odwołujący w piśmie z dnia 31 marca 2008 r., doręczonym Zamawiającemu w dniu 1 kwietnia 2008 r., złożył protest. W proteście tym, zostały podniesione zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ustawy, art. 82 ust. 3 ustawy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 91 ust. 1 ustawy. Odwołujący w swoim proteście, odnosząc się do niezgodności jego kosztorysu ofertowego wskazał, że w zakresie:

- w poz. 16 - Zamawiający faktycznie, w odpowiedzi na pytanie do SIWZ (pytanie nr 5, a nie jak podał Zamawiający pytanie nr 6), podał, że w tej pozycji należy uwzględnić zbrojenie stopy F2 prętami  $\varnothing$  12 mm, jednakże nie podał ilości robót, do czego był zobowiązany
- w poz. 21- Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 8 do SIWZ, które dotyczy nie tylko poz. 21 lecz całego działu nr 3, tj. poz. od 21 do 28 przedmiaru, dokonał zwiększenia robót, którego Odwołujący w swojej ofercie nie uwzględnił jednakże w wykazie stali profilowanej, znajdują się wymienione elementy, ale ich zmiana ilościowa powodowałaby zmianę wartości obmiaru pozycji podanych na wstępie kosztorysu ofertowego, co do których Zamawiający nie wydał dyspozycji, a ta nieścisłość nie może wpływać negatywnie na sytuację wykonawców
- w poz. 93 - Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 24 dokonał zwiększenia ilości robót, ale uczynił to nieprecyzyjnie, wskazując aby uwzględnić w wycenie 2,69 m<sup>2</sup> sufitu, ale nie sprecyzował o jaką operację arytmetyczną chodzi w w/w obmiarze , ponieważ okazało się że chodzi o dwa sufity po 2,69 m<sup>2</sup>.

Odwołujący wskazał, że poprzez te błędy Zamawiającego, popełnione w związku z odpowiedziami na pytania do SIWZ wprowadził w błąd wykonawców i dlatego też nieścisłości w kosztorysie ofertowym Odwołującego nie mogą skutkować odrzuceniem jego oferty. Jednocześnie też podniósł argument, że w niniejszym postępowaniu obowiązuje cena ryczałtowa, a więc kosztorys w tym przypadku nie ma większego znaczenia. Podniósł również, że sam Zamawiający w odpowiedzi na pytania do SIWZ w piśmie z dnia 10.03.2008 r. wskazał, że: „w przypadku, gdy wystąpią braki w przedmiarach, a projekt będzie wymagał wykonania danego elementu lub jego części, należy to uwzględnić w wycenie ofertowej”.

Podnosząc wskazane zarzuty Odwołujący w swoim proteście wniósł o unieważnienie decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego i dokonanie powtórnej oceny ofert.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, na skutek wezwania Zamawiającego, zawartego w piśmie z dnia 4 kwietnia 2008 r. (doręczenie w dniu 8 kwietnia 2008 r.), zgłosił swoje przystąpienie Zakład Murarski Spółka Jawna Wincenty Krahel, Elżbieta Krahel-Rowińska, z siedzibą w Dąbrowie Białostockiej, kwestionując podniesione przez Odwołującego zarzuty.

Odnosząc się do złożonego protestu w piśmie z dnia 11 kwietnia 2008 r. (doręczonym Odwołującemu 14 kwietnia 2008 r.) Zamawiający protest oddalił, wskazując, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu.

Odwołujący w piśmie z dnia 16 kwietnia 2008 r., (w tej samej dacie nadanie pisma w urzędzie pocztowym operatora publicznego) wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, wskazując w jego treści, iż jest to odwołanie od braku rozstrzygnięcia protestu w ustawowym terminie. Kopia odwołania w dacie 16 kwietnia 2008 r. została przekazana Zamawiającemu.

W treści odwołania Odwołujący podtrzymał tak zarzuty podniesione w proteście, całą argumentację w tym zakresie oraz wnioski. Do postępowania odwoławczego w dniu 21 kwietnia 2008 r. swoje zgłoszenie po stronie Zamawiającego złożył Zakład Murarski.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, wyjaśnienia do SIWZ z dnia 10 marca 2008 r., treść ofert złożonych w postępowaniu, w tym w szczególności oferty Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy uprawniający go do złożenia protestu i odwołania. Wykonawca ten jako wykonawca składający ofertę w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którą Zamawiający odrzucił, przyjmując, iż zarzuty podniesione przez niego są zasadne, miałyby szansę na uzyskanie tego konkretnego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście i odwołaniu zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w SIWZ (Przedmiar robót) określił w sposób szczegółowy przedmiot zamówienia. Zgodnie z pkt 6.10 SIWZ do oferty należało dołączyć kosztorys ofertowy sporządzony poprzez wypełnienie załączonego do SIWZ (załącznik nr 7) kosztorysu. Jednocześnie też w pkt 13 SIWZ Zamawiający określił sposób obliczenia ceny ofertowej, wskazując, że cena ta jest ceną ryczałtową (pkt 13.3 SIWZ). Wynagrodzenie ofertowe, jako ryczałtowe określał również wzór umowy, stanowiący załącznik nr 9 do SIWZ (§ 7 wzoru umowy). We wzorze umowy wskazano również, że rozliczenie za wykonane roboty będzie odbywać się fakturami częściowymi za zakończone, zamknięte etapy robót, określone w harmonogramie rzeczowo – finansowym (§ 7 ust. 5 projektu umowy). Etapy wykonania robót zostały natomiast określone w § 4 ust. 1 umowy (I etap - z zastrzeżeniem o zafakturowaniu w roku 2008 kwoty 700 tys. zł i II etap). § 5 ust. 1 umowy wskazuje, że odbiory częściowe następować będą po zakończeniu każdego etapu robót wynikających z harmonogramu rzeczowo – finansowego, dokonaniu wpisu w dzienniku budowy przez kierownika budowy i potwierdzeniu gotowości do odbioru częściowego przez inspektora nadzoru oraz po zawiadomieniu Zamawiającego o gotowości do odbioru częściowego.

Zamawiający poprzez udzielenie odpowiedzi na pytania do SIWZ w piśmie z dnia 10 marca 2008 r. dokonał modyfikacji SIWZ w zakresie czterech pozycji z przedmiaru, które są podstawą kwestionowania ważności oferty Odwołującego, pod kątem niezgodności w kosztorysie ofertowym w poz. 16, 21, 28, 93.

I tak:

- 1) w odpowiedzi na pytanie nr 5 w brzmieniu: „Poz. 16 – pominięto zbrojenie stóp F2 prętami żebr. Fi 12 mm. Prosimy o podanie prawidłowej ilości robót” Zamawiający odpowiedział: „należy ująć zbrojenie stopy F2 prętami #12 mm”;
- 2) w odpowiedzi na pytanie nr 8 w brzmieniu: „Poz. 21 słupy stalowe – czy powyższy obmiar jest prawidłowy i czy podany wykaz stali profilowanej jest prawidłowy. Powyższe nie jest zgodne z rys. ściany ryglowej (od strony zaplecza). Prosimy o podanie właściwej ilości robót i korektę w projekcie konstruk.”, Zamawiający odpowiedział: „poz. 21 pomniejszyć przedmiar o Rygiel C120 L-19000 mm szt. 1, a zwiększyć o Rygiel C120 L-30200 mm szt. 2 oraz IPE 200 L-1,62 m szt. 2 i IPE270 L-1,00 m szt. 2”;
- 3) w odpowiedzi na pytanie nr 24 w brzmieniu: „Poz. 93 – zły obmiar pominięto sufit 2,69 m2. Prosimy o korektę przedmiaru” Zamawiający odpowiedział: „uwzględnić przy wycenie 2,69 m2 sufitu”.

Oceniając wyjaśnienia do SIWZ dokonane przez Zamawiającego, na które powołuje się Zamawiający przy odrzuceniu oferty Odwołującego, skład orzekający uznał, że były one tak nieprecyzyjne i niejasne, że powyższe nie może stać się przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ. W zakresie bowiem niezgodności oferty Odwołującego w poz. 16 kosztorysu wskazać należy, że Zamawiający modyfikując tam opis wymaganych robót nie określił ilości tych prac, zatem trudno Odwołującemu postawić w takim przypadku zarzut o nieuwzględnieniu zwiększenia ilości robót. Podobnie w pozostałych pozycjach: w poz. 21 dokonano zmiany co do rodzajów materiałów wykorzystywanych przy robotach, a nie faktycznie w zakresie zwiększenia ilości robót, poz. 28 – tak naprawdę wprost nie została zmieniona przez Zamawiającego, a w zakresie poz. 93 odpowiedź Zamawiającego na pytanie do SIWZ można odczytać, w ten sposób, że pozostawia do wyceny jedynie jeden sufit 2,69 m<sup>2</sup>, a nie dwa sufity.

Uwzględniając te okoliczności trudno czynić Odwołującemu zarzut z powodu braku wyceny w kosztorysie ofertowym jakiś robót skoro nie było to wprost wyartykułowane w samym przedmiarze robót, jak i w zmianach do SWIZ.

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że skład orzekający wydając przedmiotowe orzeczenie oparł się w szczególności na zapisach SWIZ dotyczących ceny ryczałtowej.

Analiza treści SIWZ, w tym w szczególności zapisów wzoru umowy wskazuje na to, że Zamawiający dokona rozliczenia przedmiotowej inwestycji na podstawie zaoferowanej ceny za wykonanie całości prac objętych przedmiotem zamówienia (cena ryczałtowa), w oparciu o ustalony harmonogram rzeczowo-finansowy. W żadnym z postanowień SIWZ, w tym wzorze umowy, nie mówi się o tym, że przyjęcie robót budowlanych i ich rozliczenie (zapłata wynagrodzenia) będzie następować w oparciu o kosztorys ofertowy. Nie jest to więc nawet pośrednie – niejednokrotnie wybierane przez zamawiających realizujących inwestycje budowlane – wynagrodzenie kosztorysowo – ryczałtowe. Zamawiający we wzorze umowy wprost wskazał, że rozliczenie inwestycji będzie następowało na podstawie wykonania poszczególnych etapów robót określonych w harmonogramie rzeczowo-finansowym, a więc na podstawie wynagrodzenia określonego w ofercie, z tym zastrzeżeniem, że za pierwszy etap Zamawiający wypłaci wykonawcy wynagrodzenie o wartości 700 tys. zł, natomiast za drugi etap wynagrodzenie w praktyce będzie stanowiło różnicę pomiędzy ceną ofertową, a wpłaconym wynagrodzeniem za pierwszy etap.

Określając w ten sposób zasady ustalania i wypłacania wynagrodzenia za realizację przedmiotu zamówienia Zamawiający faktycznie ciężar odpowiedzialności za prawidłowe wykonanie inwestycji, tj. zgodnie z dokumentacją projektową, przełożył na wykonawców. Dał

on temu wyraz we wskazywanych odpowiedziach na pytania do SIWZ z dnia 10 marca 2008 r., gdzie wskazał, iż jeśli wystąpią braki w samych przedmiarach, a projekt będzie wymagał wykonania jakiegoś elementu lub jego części to ów element należy wziąć pod uwagę przy wycenie ceny ofertowej i za wykonanie tych dodatkowych elementów wykonawca będzie odpowiedzialny w granicach wynagrodzenia ofertowego i nie będzie mu przysługiwało z tego tytułu dodatkowe wynagrodzenie.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby uznał, że Zamawiający przy cenie ofertowej ustalonej w postępowaniu jako cena ryczałtowa oraz przy braku zapisów SIWZ o dokonywaniu rozliczeń wykonanych robót przy uwzględnieniu kosztorysu ofertowego, a także zważywszy na niejasne i nieprecyzyjne wyjaśnienia treści SIWZ w zakresie zapisów dotyczących poszczególnych pozycji obmiaru, uznał, że brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego. Tym samym Zamawiający dopuścił się naruszenia w postępowaniu przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 7 ustawy, art. 82 ust. 3 ustawy i art. 91 ust. 1 ustawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886).

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 Łomży.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*