

Sygn. akt: KIO/UZP 295/08

WYROK
z dnia 16 kwietnia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Barbara Bettman**

Członkowie: **Dagmara Gałczewska-Romek**
 Ryszard Tetzlaff

Protokolant: **Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **RPM Spółka Akcyjna, 42-700 Lubliniec, ul. Niegolewskich 7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Ogrodzieniec, 42-440 Ogrodzieniec, Plac Wolności 25** protestu z dnia 17 marca 2008r.

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

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża RPM Spółka Akcyjna, 42-700 Lubliniec, ul. Niegolewskich 7

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **RPM Spółka Akcyjna, 42-700 Lubliniec, ul. Niegolewskich 7,**

- 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 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 35 936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **RPM Spółka Akcyjna, 42-700 Lubliniec, ul. Niegolewskich 7.**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na budowę kanalizacji sanitarnej dla miasta Ogrodzieniec, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (BZP nr 1 poz. 26344 z 7.02.2006 r.) w dniu 17 marca 2008 r. został złożony protest przez RPM Spółkę Akcyjną z Lublińca.

Protest był następstwem powiadomienia pismem z dnia 10 marca 2008 r. o wyborze oferty Konsorcjum firm HYDROMEX PLUS Zaskórcy Sp. J. z Częstochowy oraz Przedsiębiorstwa Maciej i Czesław Gramowscy ATA –TECHNIK Sp. J. z Budzynia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu Gminie Ogrodzieniec naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. 223, poz. 1655) przez zaniechanie odrzucenia oferty wybranego Konsorcjum, mimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze względu na to, że nie zawiera wyliczenia kosztów transportu nadmiaru gruntu na wysypisko na odległość 5 kilometrów.

Do postępowania wywołanego wniesieniem protestu w dniu 19 marca 2008 r. przystąpiło wybrane Konsorcjum, reprezentowane przez Lidera firmę HYDROMEX PLUS Zaskórcy Sp. J, które opowiedziało się za oddaleniem protestu.

Pismem z dnia 21 marca 2008 r. Zamawiający oddalił protest, wskazał, że cena ma charakter ryczałtowy, a kosztorysy ofertowe stanowią materiał pomocniczy.

Na przedmiotowe rozstrzygnięcie w dniu 26 marca 2008 r. zostało wniesione odwołanie, z kopią przekazaną Zamawiającemu w tym samym terminie, w którym zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskami o:

- uwzględnienie odwołania,
- nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty,
- nakazanie czynności ponownej oceny i wyboru ofert,

– zasądzenie kosztów według norm przepisanych.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego pismem z dnia 28 marca 2008 r. przystąpiło Konsorcjum reprezentowane przez Lidera HYDROMEX PLUS Zaskórcy Sp. J, które to przystąpienie zostało przez skład orzekający Izby uznane za bezskuteczne, z uwagi na fakt nieprawidłowego umocowania pełnomocnika.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z dokumentacji akt sprawy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania, przedmiarów, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz oferty Konsorcjum i Odwołującego. Nadto rozważyła stanowiska pełnomocników stron przedstawione do protokołu rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W postępowaniu złożono pięć ofert, z czego trzy zostały ostatecznie odrzucone. Odwołujący uzyskał drugą ocenę spośród ofert nie podlegających odrzuceniu, zatem zachował interes prawny dla korzystania ze środków zaskarżenia.

Termin związania ofertą wraz z zabezpieczeniem wadium, został przedłużony do dnia 24 maja 2008 r.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale I pkt 14 – opis sposobu obliczenia ceny, przewidział:

Ppkt 1. Wykonawca jest zobowiązany do podania w formularzu ofertowym łącznej ceny ryczałtowej wraz z podatkiem VAT za wykonanie robót objętych zamówieniem. Wykonawca sporządza kosztorys ofertowy w oparciu o własną, opartą na rachunku ekonomicznym kalkulację ceny. Przedmiar robót należy traktować jako element pomocniczy służący porównaniu zakresu prac z dokumentacją projektową.

Ppkt 2 Wykonawca zrealizuje roboty zgodnie z zakresem rzeczowym ujętym w dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz w SIWZ.

W podpunkcie 5 wykonawcy zostali zobowiązani do ujęcia w cenie oferty wszystkich kosztów związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia

W podpunkcie 5 lit. o rozdziału I pkt 14-go SIWZ widnieje adnotacja „nadmiar gruntu należy wywieźć na miejsce wskazane przez Gminę Ogrodzieniec, na odległość do 10 km, uwzględniając odpowiednią odległość i opłatę, lub w inne miejsce uzgodnione na piśmie z właścicielem terenu.

Zamawiający pismem z dnia 25 lutego 2008 r. na pytanie nr 2 o wysokość stosowanej opłaty wyjaśnił, że wysypisko nie będzie pobierało opłat z tytułu przyjmowania nadmiaru gruntu powstałego w wyniku realizacji projektu. Nadmiar gruntu dostarczony na wysypisko będzie

służył jego rekultywacji. Oferent winien wliczyć koszty transportu nadmiaru gruntu na wysypisko (odległość 5 kilometrów).

W § 2 pkt 2 wzoru umowy Zamawiający postanowił „wynagrodzenie określone w ust. 1 odpowiadające zakresowi robót przedstawionemu w przedmiarach, jest wynagrodzeniem ryczałtowym w rozumieniu przepisów zawartych w art. 629-631 K.c. zawiera także następujące koszty: podatek VAT, koszt wykonania zabezpieczeń, wykonania wszelkich robót przygotowawczych i porządkowych, wszystkie koszty utrzymania zaplecza budowy i doprowadzenia terenu do stanu pierwotnego oraz koszty innych podobnych czynności niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia”.

W piśmie z dnia 25 lutego 2008 r. w odpowiedzi na pytanie nr 4 Zamawiający dopuścił wstawienie do kosztorysu dodatkowych pozycji zawierających koszty ujęte w rozdziale I. pkt 14 ppkt 5 SIWZ, wskazując przy tym, że oferent winien wycenić pełny zakres prac. W odpowiedzi na pytanie nr 6 Zamawiający wyjaśnił, że kalkulację ceny ryczałtowej należy sporządzić w oparciu o własną ekonomiczną kalkulację ceny. Oferent sporządzając wycenę nie może zmienić wymaganych parametrów wykonania prac określonych projektem i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót. Wycenie podlega pełny zakres prac objętych postępowaniem przetargowym, a Zamawiający nie wymaga szczegółowej zgodności z przedmiarami robót i nie zamierza dokonywać szczegółowej oceny kosztorysów ofertowych.

Z dokumentacji oferty Konsorcjum - załączonego kosztorysu wynika, że w pozycjach nr 278, 353, 784, 871, 958, 1057,1135, 1181, 1302, 1399,1519, 1588,1613,1710, 1798 zostały wyliczone koszty transportu nadmiaru gruntu na odległość do jednego kilometra.

W punkcie 2.1 specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót postanowiono, że humus i nadkład czasowo zdjęte z terenu wykopów i miejsc pozyskani piasku i żwiru będą formowane w hałdy i wykorzystane przy zasypce i rekultywacji terenu po ukończeniu robót. Wszystkie odpowiednie materiały pozyskane z wykopów na terenie budowy lub z innych miejsc wskazanych w umowie będą wykorzystane do robót lub odwiezione na odkład odpowiednio do wymagań umowy lub wskazań inspektora.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej oceniając powyżej opisany materiał dowodowy zważył, co następuje.

Stosownie do art. 31 ust. 1 Pzp Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót.

W skład dokumentacji technicznej, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno – użytkowego (Dz. U. nr 202, poz. 2072) wchodzi przedmiar robót, ale szczegółowy kosztorys ofertowy jest obowiązujący gdy Zamawiający przewidział wynagrodzenie kosztorysowe, jako wspólną podstawę do obliczenia ceny oferty. Wówczas to dla zapewnienia porównywalności ofert złożone kosztorysy ofertowe muszą zawierać wszystkie pozycje w wielkościach ściśle odpowiadających przedmiarowi.

W niniejszej sprawie, w sposób nie budzący żadnych wątpliwości wynagrodzenie zostało określone jako ryczałtowe w rozumieniu art. 632 § 1 K.c. i art. 88 ust. 1 pkt 3a Pzp, zatem uznaje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia. Przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac, co potwierdza orzecznictwo, m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 6.03.2001 sygn. akt I ACa 1147/2000.

W przypadku ryczałtowej formy wynagrodzenia Zamawiający może zrezygnować z identyfikacji źródeł kosztów składających się na realizację poszczególnych robót budowlanych i ograniczyć się do żądania od wykonawcy przedstawienia w formularzu oferty łącznej ceny za wykonanie wszystkich robót określonych dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót oraz postanowieniami projektu umowy.

W takim znaczeniu wykonawca będzie zobowiązany wykonać całość prac za stałą cenę, podaną w ofercie.

Należy podnieść, że koszty zidentyfikowane w rozdziale I pkt 14 SIWZ odnoszą się do czynności pomocniczych i innych niezbędnych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, sprecyzowania obowiązków wykonawcy i rozgraniczenia od obowiązków Zamawiającego jako inwestora.

W zakresie nadmiaru gruntu, Zamawiający dopuścił oprócz miejskiego wysypiska również wywiezienie ziemi „w inne miejsce uzgodnione na piśmie z właścicielem terenu”, przy czym dokument taki był wymagany na etapie realizacji umowy. W ocenie składu orzekającego Izby odpowiedź na pytanie 2 nie wyeliminowała możliwości wywiezienia nadmiaru gruntu na inne miejsce niż wskazane przez Gminę.

Przeprowadzone postępowanie dowodowe nie potwierdziło trafności zarzutu Odwołującego, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Brak było uzasadnionych podstaw do odrzucenia oferty Konsorcjum jako nie odpowiadającej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ze względu na podniesiony zarzut wyliczenia ceny wywozu nadmiaru ziemi z przyjęciem odległości 1 km zamiast podanej odległości 5 km w kosztorysie mającym charakter pomocniczy i przy ryczałtowym określeniu ceny.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust 1 Pzp. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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 **Częstochowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*