

Sygn. akt: KIO/UZP 139/10

WYROK
z dnia 16 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Izabela Niedziałek Bujak

Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **UNIBEP S.A., MAKBUD oddział UNIBEP S.A. w Łomży, 17-100 Bielsk Podlaski, ul. 3 Maja 19** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Ostrołęka, 07-400 Ostrołęka, Plac Gen. J. Bema 1** protestu z dnia 5 stycznia 2010 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Miasto Ostrołęka, 07-400 Ostrołęka, Plac Gen. J. Bema 1

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **UNIBEP S.A., MAKBUD oddział UNIBEP S.A. w Łomży, 17-100 Bielsk Podlaski, ul. 3 Maja 19,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 4444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Miasto Ostrołęka, 07-400 Ostrołęka, Plac Gen. J. Bema 1** na rzecz **UNIBEP S.A., MAKBUD oddział UNIBEP S.A. w Łomży, 17-100 Bielsk Podlaski, ul. 3 Maja 19** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 5556 zł 00 gr. (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **UNIBEP S.A., MAKBUD oddział UNIBEP S.A. w Łomży, 17-100 Bielsk Podlaski, ul. 3 Maja 19**

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

I. Miasto Ostrołęka (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „*Remont ulicy Stefana Jaracza i ulicy łączącej ul. Stefana Jaracza z ul. Korczaka w Ostrołęce*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 23.11.2009 r., poz. 402004 i Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 31 grudnia 2009 r. Zamawiający zawiadomił uczestników postępowania o wyniku postępowania – za ofertę najkorzystniejsza została uznana oferta złożona przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych „OSTRADA” Sp. z o.o. Oferta złożona przez UNIBEP S.A. - MAKBUD Oddział UNIBEP S.A. w Łomży (z najniższą ceną), została odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, w związku z niezłączeniem do oferty kosztorysu ofertowego dotyczącego ogrodzenia Domu Dziecka.

W dniu 5 stycznia 2010 r. UNIBEP S.A. - MAKBUD Oddział UNIBEP S.A. w Łomży (dalej: Odwołujący) – złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 15 stycznia 2010 r. poprzez jego oddalenie. Odwołujący w dniu 19 stycznia 2010 r. (data nadania odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów (co następnie podtrzymał w odwołaniu): art. 7 ust. 1 i 3, 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Odwołujący wskazywał, że cena oferty została określona w SIWZ jako cena ryczałtowa, a więc sposób jej obliczenia nie powinien mieć dla Zamawiającego znaczenia, w konsekwencji brak w ofercie jednego z kosztorysów nie powinien skutkować odrzuceniem oferty. Ponadto podniósł, że z pkt 24.8 SIWZ wynika wyraźnie, iż pozycje, dla których nie zostaną ujęte przez wykonawcę ceny jednostkowe uważane będą, że zostały ujęte w innych cenach pozycji wymienionych w przedmiarze robót. W tym kontekście zdaniem Odwołującego brak jednego z kosztorysów jest brakiem co do formy, nie co do treści oferty, a więc jego oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Zamawiający oddalając protest, nie zgodził się z argumentacją przedstawioną w proteście i stwierdził, że oferta Odwołującego została odrzucona z przedmiotowego postępowania, ze względu na jej niezgodność z SIWZ. Zamawiający w ustępie 14.3. pkt 1 lit. k SIWZ żądał załączenia do oferty kosztorysu ofertowego sporządzonego na podstawie przedmiarów robót, projektów wykonawczych oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Jednakże skoro w ofercie Odwołującego brakuje całego kosztorysu, trudno przyjąć Zamawiającemu, iż ma do czynienia z nieistotnymi brakami cen jednostkowych czy pozycji. W sytuacji, kiedy w ogóle do oferty nie załączono jednego z wymaganych kosztorysów, nie można mówić o nieistotnych różnicach między kosztorysem i przedmiarem. Dlatego też, w opinii Zamawiającego, oferta Odwołującego jest sprzeczna z SIWZ, ponieważ nie uwzględnia w całości dokumentu wymaganego w SIWZ jakim jest kosztorys ofertowy dot. ogrodzenia Domu Dziecka w Ostrołęce.

Odwołujący w odwołaniu wnosił o:

1. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego.
2. Unieważnienie czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej wskazanej przez Zamawiającego.
3. Dokonanie czynności powtórnego badania i oceny ofert.
4. Dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty - złożonej przez Odwołującego - na zasadach określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz Prawie zamówień publicznych.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania, i powtórnej oceny ofert, jego oferta miałaby szansę zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Bezsporne było, że wynagrodzenie za przedmiot umowy ma charakter ryczałtowy.
2. Wykonawcy, zgodnie z ust. 14.3. pkt 1 lit. k SIWZ mieli do oferty załączyć kosztorysy sporządzone wg przedmiarów, m.in. kosztorys ogrodzenia, którego Odwołujący do oferty nie załączył.
3. Zamawiający zawarł w SIWZ postanowienie, iż pozycje, dla których nie zostaną ujęte przez wykonawcę ceny jednostkowe uważane będą, że zostały ujęte w innych cenach pozycji wymienionych w przedmiarze robót (pkt 24.8 SIWZ).
4. Zamawiający podzielił przedmiary, stanowiące załącznik do SIWZ na trzy branże (drogową, sanitarną i elektryczną), a przedmiar ogrodzenia umieścił w branży drogowej. Równocześnie ilość przedmiarów (cztery) załączonych do SIWZ nie odpowiada liczbie branż (trzy), właśnie z powodu wyodrębnienia osobnego przedmiaru dla branży drogowej w zakresie ogrodzenia.
5. Odwołujący oświadczył na rozprawie, iż uwzględnił w cenie oferty wartość wynagrodzenia za kosztorys ogrodzenia.

Wobec tak ustalonego stanu faktycznego, skład orzekający przyznał rację Odwołującemu, który twierdził, że brak załączenia do oferty kosztorysu dla części branży drogowej – ogrodzenia jest uchybieniem wyłącznie co do formy, a nie co do treści oferty, a więc w konsekwencji oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Izba w pełni podziela stanowisko Odwołującego, iż w umowie na roboty budowlane przy ustaleniu wynagrodzenia umownego jako wynagrodzenia ryczałtowego, kosztorysy ofertowe pełnią jedynie charakter pomocniczy i informacyjny. Zamawiający wyrażenie wskazał, że cena ofertowa powinna uwzględniać wszelkie niezbędne koszty do wykonania zamówienia, a ofertę należy opracować „w oparciu o dokumentację techniczną i opis przedmiotu zamówienia” (załącznik III do SIWZ, str. 38). O zakresie prac do wykonania decyduje tylko i wyłącznie dokumentacja techniczna. Też zasady o charakterze ogólnym Zamawiający w SIWZ w żaden sposób nie zmodyfikował, a przeciwnie, wzmocnił ją, wskazując, że jeżeli w załączonym do oferty kosztorysie ofertowym nie zostaną wycenione wszystkie pozycje przedmiarowe, to uzna, że uwzględniono ich wartość w pozostałych pozycjach kosztorysowych (pkt 24.8 SIWZ). Z tego punktu widzenia nie ma więc znaczenia, czy wykonawca składając ofertę załączył do niej kosztorysy odpowiadające przedmiarom co do

każdej pozycji. Skoro Zamawiający wprost dopuszczał pominięcie kilku pozycji przedmiarowych, to nie ma podstaw, aby wyłączyć możliwość pominięcia akurat pozycji dotyczących ogrodzenia.

Wykonawca składając ofertę wyraźnie oświadczył (pkt 8.3 formularza ofertowego), że za kwotę podaną w ofercie wykona całościowy – a więc zgodny z dokumentacją projektową – zakres zamówienia.

Wobec powyższego brak jednego z kosztorysów ofertowych nie wpływa na ocenę, czy treść oferty Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ. Na treść oferty nie wpływa bowiem sama okoliczność, czy do oferty załączono określony dokument wskazany w SIWZ, lecz należy każdorazowo badać, jaki wpływ ma ten (brakujący) dokument na treść oferty rozumianą jako zakres przyszłego świadczenia wykonawcy. W sytuacji, gdy cena oferty jest ceną ryczałtową, kosztorys, który należy załączyć do oferty, co do zasady nie jest treścią oferty – bowiem nie wynika z niego zakres świadczenia wykonawcy, a zasada ta nie została przez Zamawiającego w żaden sposób zmodyfikowana w SIWZ.

Treść oferty winna zawierać takie określenie przedmiotu zamówienia i ceny, aby można było zawrzeć umowę na przedmiot zamówienia opisany w SIWZ. W okolicznościach niniejszej sprawy nie budzi wątpliwości, że Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia, opisanego dokumentacją techniczną załączoną do SIWZ, za cenę podaną przez niego w formularzu ofertowym.

Reasumując, Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego uwzględniono zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych i orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Ostrołęce**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....