

Sygn. akt KIO/UZP 821/08

WYROK
z dnia 22 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Barbara Bettman
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 sierpnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Głubczyckie Przedsiębiorstwo Budowlane „Budomex” Sp. z o.o., 48-100 Głubczyce, ul. Raciborska 20** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Śląski Urząd Wojewódzki w Katowicach, 40-032 Katowice, ul. Jagiellońska 25** protestu z dnia 23 lipca 2008r.

przy udziale **Bolesława Dąbrowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pn. Zakład Produkcyjny „Mazur Kolor”, Miętkie 58, 12-120 Dźwierzuty** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1 Uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność odrzucenia oferty Odwołującego i nakazuje dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża Śląski Urząd Wojewódzki w Katowicach, 40-032 Katowice, ul. Jagiellońska 25

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 uiszczzonego przez **Głubczyckie Przedsiębiorstwo Budowlane „Budomex” Sp. z o.o., 48-100 Głubczyce, ul. Raciborska 20,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7894 zł 58 gr (słownie: siedem tysięcy osiemset dziewięćdziesiąt cztery złote pięćdziesiąt osiem groszy) przez **Śląski Urząd Wojewódzki w Katowicach, 40-032 Katowice, ul. Jagiellońska 25** na rzecz **Głubczyckiego Przedsiębiorstwa Budowlanego „Budomex” Sp. z o.o., 48-100 Głubczyce, ul. Raciborska 20** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz noclegu,
- 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 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Głubczyckiego Przedsiębiorstwa Budowlanego „Budomex” Sp. z o.o., 48-100 Głubczyce, ul. Raciborska 20.**

Uzasadnienie

Zamawiający Śląski Urząd Wojewódzki w Katowicach ul. Jagiellońska 25, 40-032 Katowice wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest: „Dostawa i wymiana stolarki okiennej w budynku Śląskiego Urzędu Wojewódzkiego w Katowicach, przy ul. Jagiellońskiej 25” zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu 10.06.2008 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych poz. 125256.

08.07.2008 r. upłynął termin składania ofert i Zamawiający dokonał otwarcia ofert. Złożono 4 oferty

16.07.2008 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty.

23.07.2008 r. Głubczyckie Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDOMEX” Sp. z o.o., z siedzibą w Głubczycach, ul. Raciborska 20, 48-100 Głubczyce, zwane dalej Protestującym, złożyło protest.

1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej w skrócie „Pzp”, przez odrzucenie oferty z najniższą ceną pod zarzutem zaofiarowana wykonania większej liczby okien niż było to określone w przedmiarze, jednak zaofiarowana liczba jest zgodna z projektem budowlanym, a w przypadku ceny ryczałtowej oferta obejmuje całość zamówienia;

2) naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez wybór najkorzystniejszej oferty firmie Mazur Kolor Zakład Produkcyjny Bolesław Dąbrowski, a oferta jest droższa i jest to więc sprzeczne z kryteriami oceny ofert – najniższa cena;

3) naruszenie art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a Pzp przez zaniechanie wzięcia pod uwagę ceny ryczałtowej bez względu na sposób jej obliczenia.

Protestujący wnosi o:

- 1) uchylenie czynności odrzucenia oferty Protestującego;
- 2) uchylenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 3) powtórzeniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu faktycznym zgłoszonych zarzutów Odwołujący podniósł, że wycena oferty była spowodowana rozbieżnościami między projektem budowlanym a przedmiarem robót. Przy cenie ryczałtowej przyjmuje się, że jest prawidłowa bez względu na sposób jej obliczenia.

24.07. 2008 r. Zamawiający wezwał wykonawców do udziału postępowania toczącym się w wyniku wniesienia protestu, aby przystąpili do postępowania.

24.07. 2008 r. „Mazur Kolor” Zakład Produkcyjny Bolesław Dąbrowski 12-120 Dźwierzuty, Miętkie 58, zwany dalej Przystępującym, przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu po stronie Zamawiającego. Przystępujący uzasadnił przystąpienie używając poniższych argumentów:

1. Treść kosztorysu ofertowego Wykonawca BUDOMEX nie odpowiada treści specyfikacji. Każda niezgodność kosztorysu ofertowego ze specyfikacji skutkuje koniecznością odrzucenia oferty – art. 82 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.
2. W pkt II ust. 4 akapit 6 str. 4 specyfikacji Zamawiający wymagał, aby wykonawca zapoznał się ze stanem rzeczywistym.
3. Wykonawca był zobowiązany do zweryfikowania zgodności kosztorysu i przedmiaru zgodnie ze stanem rzeczywistym. Wobec braku uwag, Zamawiający uznaje, że kosztorys i przedmiar zostały bezwarunkowo przyjęte przez Wykonawcę.
4. Projekt (str. 15) dla dziedzińca nr 7 na piątym piętrze przewidywał wymianę **4 szt. okien typ 5 B**, natomiast przedmiar oraz kosztorys ślepy w poz. 141 przewidywały do wymiany **2 szt. okien typ 5 Ba**.
5. Zamawiający podzielił typy okien na wyposażone w 1 szt. albo 2 szt. nawiewników. W typie 5 Ba powinno być dwa nawiewniki, a w typie 5 B powinien być jeden nawiewnik.
6. Przystępujący nie widzi podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający przyjął ryczałtowy sposób obliczenia wynagrodzenia. Pkt 2.1 specyfikacji wyraźnie określa, iż cena jest ceną kosztorysową. Ponadto § 12 pkt 2 oraz pkt 3 ogólnych warunków umowy stanowi, że cyt.: „Zamawiający zastrzega sobie prawo rozliczenia kosztów robót kosztorysem powykonawczym w przypadku, gdy zakres robót zostanie ograniczony.”.
7. W przytoczonym przez Protestującego wyroku Zespołu Arbitrów (UZP/ZO/0-1163/07) wykonawca prawidłowo wypełnił kosztorys w przeciwieństwie do Protestującego, który sporządził kosztorys błędny.

28.07. 2008 r. Zamawiający oddalił protest przytaczając poniższe argumenty:

1. Protestujący podnosi, że w stosunku do kosztorysu ślepego i przedmiaru projekt budowlany zawiera rozbieżności. Zamawiający w części II pkt 4 specyfikacji zamieścił następujące postanowienie: „Wykonawca zobowiązany jest do zweryfikowania zgodności kosztorysu i przedmiaru ze stanem rzeczywistym. W przypadku wystąpienia rozbieżności Wykonawca zobowiązany jest poinformować o tym Zamawiającego na piśmie. W przypadku nie zgłoszenia uwag przez Wykonawcę, uznaje się że kosztorys

i przedmiar został bezwarunkowo zaakceptowany przez Wykonawcę” Zamawiający zatem wyraźnie wskazał, że o wszelkich rozbieżnościach należy poinformować Zamawiającego na piśmie – czego Wykonawca do dnia złożenia ofert nie uczynił.

2. Argument Protestującego, że Zamawiający przyjął cenę ryczałtową, a nie kosztorysową jest całkowicie bezzasadny, bowiem dwukrotnie w specyfikacji Zamawiający wskazywał, że cena oferty jest ceną kosztorysową wynikającą z kosztorysu ofertowego (pkt 2.4 – str. 5 oraz IV pkt 2.1 – str. 8 SIWZ). Zgodnie z orzeczeniem Sądu Okręgowego w Poznaniu (wyrok SO w Poznaniu z 14.10.2005 r., sygn. akt I Ca 1355/05) „złożenie oferty z uwzględnieniem w kosztorysie ofertowym pozycji nie ujętych w przedmiarze robót bez zgłoszenia do zamawiającego i uzyskania jego wyjaśnień w trybie art. 38 ustawy spowodowało, że treść oferty nie odpowiadała treści specyfikacji, a to uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy” – nie jest zaledwie nieścisłością a poważnym błędem skutkującym odrzuceniem złożonej oferty.

Podobne stanowisko zajął Zespół Arbitrów w wyroku z dnia 22.06.2006 r. sygn. akt UZP/ZO/0-1777/06.

3. Zarzut, że Zamawiający naruszył art. 91 ustawy w taki sposób, że nie wybrał oferty najkorzystniejszej tj. oferty Protestującego, Zamawiający uważa za całkowicie bezzasadny bowiem z istoty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że w toku postępowania Zamawiający ma obowiązek dokonać oceny ofert złożonych przez Wykonawców. Przedmiotem merytorycznej oceny są tylko te oferty które nie zostały odrzucone przez Zamawiającego ani też nie zostały uznane za odrzucone jako oferty Wykonawców wykluczonych z postępowania. Zgodnie z tym Zamawiający nie mógł wybrać jako najkorzystniejszej oferty, która została odrzucona, mimo iż spośród złożonych ofert zawierała najniższą cenę.
4. Zarzut Protestującego, że Zamawiający naruszył art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a Pzp także Zamawiający uważa za całkowicie bezzasadny, bowiem nie ma on zastosowania w przedmiotowym postępowaniu, a dotyczy poprawiania omyłek rachunkowych przy cenie ryczałtowej, a nie kosztorysowej.

01.08.2008 r. Protestujący, Głubczyckie Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDOMEX” Sp. z o.o., złożył odwołanie i będzie dalej zwany Odwołującym.

21.08.2008 r. Przystępujący – „Mazur Kolor” Zakład Produkcyjny Bolesław Dąbrowski 12-120 Dźwierzuty, Miętkie 58 – złożył do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych pismo o przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody z oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i Przystępującego, z przedmiaru, projektu i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót.

W wyniku przeprowadzonego postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący wnosząc odwołanie posiada interes prawny, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą, Odwołujący ma możliwość, aby jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, gdyż jest to oferta najtańsza, a cena była jedynym kryterium oceny ofert.

W zakresie zarzutu pierwszego – naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty z najniższą ceną ze względu na zaoferowanie przez Odwołującego wykonania większej liczby okien niż było to określone w przedmiarze, podczas gdy zaoferowana liczba okien jest zgodna z projektem budowlanym:

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że zagadnienie określenia charakteru wynagrodzenia jest decydujące dla ustalenia stanu prawnego sprawy. Zamawiający wskazał, że charakter kosztorysowy wynagrodzenia w postępowaniu wynika z wielu postanowień, które zawarł w swojej dokumentacji przekazanej wykonawcom. Postanowienia te brzmią:

- 1) s. 5 pkt 2.4 specyfikacji - : „[Informacja o oświadczeniach i dokumentach, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu:] 2.4 Wypełniony formularz oferty – załącznik nr 2 – wraz z kosztorysem ofertowym.”;
- 2) s. 8 pkt 2.1 specyfikacji – „Cena oferty jest ceną kosztorysową tzn. wynikająca z kosztorysu ofertowego.”,
- 3) s. 1 § 2 ust. 2 lit. b ogólnych warunków umowy – cyt.: „[szczegółowy zakres robót przedstawia] Kosztorys ofertowy, stanowiący załącznik nr 2 do umowy.”;
- 4) s. 1 § 2 ust. 2 i 3 ogólnych warunków umowy – „Wykonawca wykona przedmiot umowy zgodnie z warunkami zawartymi w dokumentacji kosztorysowej, [...], kosztorysem ofertowym, [...];
- 5) s. 4 § 12 ust. 2 ogólnych warunków umowy – cyt. „Wynagrodzenie Wykonawcy za roboty stanowiące przedmiot umowy ustalone zostało w oparciu o szczegółowy kosztorys ofertowy [...]. Kosztorys szczegółowy został opracowany przy uwzględnieniu niżej wymienionej bazy kosztorysowo-cenowej, która nie zostanie zmieniona do końca realizacji zamówienia: [...].”;

- 6) s. 5 § 12 ust. 3 ogólnych warunków umowy – cyt. „ Zamawiający zastrzega sobie prawo rozliczenia robót kosztorysem powykonawczym w przypadku, gdy zakres robót zostanie ograniczony.”;
- 7) s. 5 § 13 ust. 3 ogólnych warunków umowy – cyt. „Wykonawca zobowiązany jest przedłożyć Zamawiającemu kosztorys wraz z opisem sposobu wykonania robót dodatkowych, w celu uzyskania akceptacji kosztów i sposobu wykonani przez Zamawiającego.”.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że mimo zawarcia w wielu miejscach dokumentacji wyrazu „kosztorys” Zamawiający nie podał wykonawcom, że będzie prowadził rozliczenia kosztorysem powykonawczym – na podstawie obmiaru powykonawczego robót, a to jest istota wynagrodzenia kosztorysowego – rozliczenie robót na podstawie kosztorysu powykonawczego sporządzonego w oparciu o składniki cenotwórcze podane w ofercie. Zamawiający tylko w jednym przypadku określił, że będzie stosować kosztorys powykonawczy, ale zastrzegł jednocześnie, że będzie do stosować tylko w przypadku, gdy zakres robót zostanie ograniczony (s. 5 § 12 ust. 3 ogólnych warunków umowy), a więc w sytuacjach określonych w art. 144 i 145 Pzp.

Za twierdzeniem Odwołującego, że cena w postępowaniu ma charakter ryczałtowy przemawiają również następujące postanowienia specyfikacji:

- 1) s. 4 § 12 ust. 1 ogólnych warunków umowy – cyt. „Wynagrodzenie Wykonawca za zrealizowany zakres robót, uwzględniające wszystkie składniki określone w umowie, w wyniku przeprowadzonego przetargu nieograniczonego ustalone zostało na kwotę ogółem brutto ... zł (słownie...) w tym podatek VAT, niezmienną do końca realizacji zamówienia”.
- 2) s. 5 § 12 ust. 4 ogólnych warunków umowy – cyt. „Wartość wynagrodzenia nie może przekroczyć kwoty zawartej w § 12 pkt 1 niniejszej umowy.”;
- 3) s. 5 § 12 ust. 5 ogólnych warunków umowy – cyt. „Wykonawcy nie przysługuje prawo żądania zmiany wynagrodzenia z powodu niestaranego lub niekompletnego obliczenia ceny oferty.”.

Wyżej wymienione postanowienia ogólnych warunków umowy wskazują na zamiar Zamawiającego, aby cena zamówienia nie zmieniała się bez względu na wystąpienie jakichkolwiek okoliczności lub niewłaściwego sposobu obliczenia ceny ofertowej. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że cena nie może przekroczyć kwoty określonej w § 12 ust. 1 umowy, a jedynie może ulec zmniejszeniu, jeżeli zakres zamówienia ulegnie ograniczeniu (§ 12 ust. 3 umowy). Są to podstawowe cechy wynagrodzenia ryczałtowego. Natomiast przywołane przez Zamawiającego postanowienia specyfikacji tylko mówią o pomocniczym charakterze kosztorysu, jego roli w trakcie obliczania ceny oferty i jego

stosowaniu w przypadku ograniczenia zakresu robót i stosowaniu tych samych czynników cenotwórczych, jeżeli znajdzie konieczność zlecenia robót dodatkowych.

Należy zatem uznać, że mimo iż Zamawiający określił w specyfikacji literalnie, że: „cena oferty jest ceną kosztorysową to znaczy wynikającą z kosztorysu ofertowego”, to analiza postanowień ogólnych warunków umowy pozwala jednoznacznie stwierdzić, że sposób wynagrodzenia wykonawcy został określony jako wynagrodzenie ryczałtowe.

W przypadku ceny ryczałtowej określona w ofercie cena obejmuje całość wykonania przedmiotu zamówienia albo jego część, co wynika z definicji ceny ryczałtowej określonej w art. 88 ust. 3 pkt 1 Pzp bez względu na sposób jej obliczenia.

Ponadto Odwołujący wykazał, że jego oferta obejmuje całość przedmiotu zamówienia, zgodnie z projektem budowlanym. Będące przedmiotem sporu 4 okna znajdują się w części opisowej „Projektu budowlanego, s. 15, 21 wiersz od góry. Dlatego wykonawca miał obowiązek przewidzieć wykonanie tych okien w swojej ofercie. Tak też postąpił Odwołujący.

Należy dodać, że zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 27 marca 2000 r. sygn. akr III CKN 629/98 wykonawca nie ma obowiązku szczegółowego sprawdzania projektu w celu wykrycia jego wad (art. 651 Kc).

Wreszcie należy stwierdzić, że Zamawiający nie może przerzucać na wykonawców odpowiedzialności za właściwe sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, zgodnie z przepisem art. 29 ust. 1 oraz art. 31 Pzp. Dlatego postanowienie zawarte w specyfikacji o konieczności zweryfikowania przez wykonawców „zgodności kosztorysu i przedmiaru ze stanem rzeczywistym” (s. 4 cz. II pkt 4 akapit 6 od góry) jest postanowieniem nie mogącym wywierać negatywnych skutków prawnych w stosunku do wykonawców.

Biorąc pod uwagę powyższe argumenty Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się do stanowiska Odwołującego i uznaje zarzut za zasadny, iż Zamawiający bezpodstawnie odrzucając ofertę Odwołującego naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż treść oferty odpowiada treści specyfikacji, w szczególności projektowi budowlanemu, na którego podstawie Zamawiający uzyskał pozwolenie na budowę.

W zakresie zarzutu drugiego – naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty firmy Mazur Kolor Zakład Produkcyjny Bolesław Dąbrowski, gdy jedynym kryterium jest cena i wybrana oferta nie jest najtańsza, a więc sprzecznie z kryteriami oceny ofert:

Zgodnie z art. 7 ust. Pzp zamawiający może udzielić zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu na podstawie przepisów ustawy, a więc m.in. zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp na podstawie kryterium oceny ofert określonych w specyfikacji. Skoro Zamawiający określił jako jedyne kryterium oceny ofert kryterium najniższej ceny, to musi zgodnie z tym kryterium wybrać ofertę z najniższą ceną spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Wybranie innej

oferty narusza zasadę równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 ust. 1 Pzp i zasadę wyboru oferty zgodnie z przepisami ustawy określoną w art. 7 ust. 3 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe argumenty Krajowa Izba Odwoławcza przychyliła się do stanowiska Odwołującego i uznaje zarzut za zasadny, iż Zamawiający nie wybierając nie podlegającej odrzuceniu najtańszej oferty naruszył art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, gdyż oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu i jest najtańsza.

W zakresie zarzutu trzeciego – naruszenia art. 88 ust. 1 lit. a Pzp przez zaniechanie wzięcia pod uwagę ceny ofertowej Odwołującego i poprawienia jej zgodnie z regułą określoną w przytoczonym przepisie:

W związku z tym, że w postępowaniu nie ma mowy o omyłce rachunkowej w obliczaniu ceny, Krajowa Izba Odwoławcza nie przychyliła się do zarzutu naruszenia art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a Pzp.

Przytoczone przez strony wyroki o sygnaturach UZP/ZA/0-1713/03 i KIO/UZP 93/07 odnoszą się do innych stanów faktycznych, a nawet i prawnych i dlatego nie były brane pod uwagę.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Za uzasadnione koszty Zamawiającego z tytułu zastępstwa oraz noclegu przez pełnomocnika, na podstawie złożonych rachunków przyznano kwotę 3599 zł stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz kwotę 231,58 zł stosownie do § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*