

WYROK
z dnia 22 stycznia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Renata Tubisz
Agnieszka Wiśniewska

Protokolant: Kinga Midzio

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu /w dniach 22 stycznia 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Cz.P.B.P. PRZEMYSŁÓWKA” S.A., Pułaskiego 25, 42-200 Częstochowa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Wojewódzki Urząd Pracy w Łodzi,**

ul. Wólczajska 49, 90-608 Łódź. protestu /protestów* z dnia 07.12.2007r.

przy udziale..... zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego..... po stronie odwołującego się oraz **UNIBUD Przedsiębiorstwo Wykonawstwa Budowlanego i Usług Inwestycyjnych Sp. z o.o., ul. Nowa 6/12, 90-031 Łódź**..... - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 . uwzględnia odwołanie i unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wybudowanie budynku biurowego dla Wojewódzkiego Urzędu Pracy w Łodzi, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego

2. kosztami postępowania obciąża **Wojewódzki Urząd Pracy w Łodzi, ul. Wólczańska 49, 90-608 Łódź**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero) z kwoty wpisu uiszczonego przez **„Cz.P.B.P. PRZEMYSŁÓWKA” S.A. ul. Pułaskiego 25, 42-200 Częstochowa**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 6.814zł 00. gr (słownie:sześć tysięcy osiemset czternaście złotych zero groszy) przez **Wojewódzki Urząd Pracy w Łodzi, ul. Wólczańska 49, 90-608 Łódź** na rzecz **„Cz.P.B.P. PRZEMYSŁÓWKA” S.A. ul. Pułaskiego 25, 42-200 Częstochowa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu pełnomocnictwa
- 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 **„Cz.P.B.P. PRZEMYSŁÓWKA” S.A. ul. Pułaskiego 25, 42-200 Częstochowa**

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wybudowanie budynku biurowego dla Wojewódzkiego Urzędu Pracy w Łodzi, prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego (BZP nr 1000, poz. 177554 z 27.09.2007 r.), w dniu 7.12.2007 r. został wniesiony protest przez Cz.P.B.P. "Przemysłówka" S.A. z Częstochowy.

Protest był następstwem powiadomienia pismem z dnia 30.11.2007 r. o wyborze oferty Przedsiębiorstwa Wykonawstwa Inwestycyjnego i Usług Inwestycyjnych "Unibud" Sp. z o.o. z Łodzi.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu Wojewódzkiemu Urzędowi Pracy w Łodzi naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., nr 223, poz. 1655):

- 1) art. 7 poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady równości i uczciwej konkurencji,*
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Wykonawstwa Budowlanego i Usług Inwestycyjnych "Unibud" Sp. z o.o., mimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, określonych w punktach 12.5, 12.6, 12.7 oraz nie uwzględniła odpowiedzi Zamawiającego, udzielonych w pismach z dnia 2 i 7.11.2007 r.*
 - a) zmieniono nakłady jednostkowe R,M,S w kosztorysie ofertowym, w stosunku do przedmiaru,*
 - b) wybrany wykonawca wbrew wymaganiom zawartym w wyjaśnieniach Zamawiającego z dnia 7.11.2007 r. nie załączył wykazu pozycji zmienionych lub dodanych w odniesieniu do przedmiaru,*
 - c) cena ofertowa brutto została podana w kwocie 10 541 669,90 zł. a z prawidłowego wyliczenia matematycznego wynika cena 10 541 669,92 zł..*

Pismem z dnia 14.12.2007 r. Zamawiający oddalił protest. Podniósł, że Odwołujący nie zachowuje interesu prawnego, gdyż cena jego oferty przewyższa kwotę, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia, podaną na otwarciu ofert.

W wyjaśnieniach z dnia 7.11.2007 r. Zamawiający dopuścił zmiany w kosztorysach ofertowych wykonawców, w stosunku do przedmiarów "w zakresie w jakim uznają to za konieczne. Nakłady R, M, S wykonawcy określają sami dla siebie indywidualnie." Jednocześnie Zamawiający anulował wszystkie swoje wcześniejsze wyjaśnienia na ten temat.

Podał, że granice zmian nakładów określa dokumentacja projektowa, zasady sztuki budowlanej i przepisy prawa budowlanego.

W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający przytoczył oraz poparł argumenty Przedsiębiorstwa Wykonawstwa Budowlanego i Usług Inwestycyjnych "Unibud" Sp. z o.o. zawarte w piśmie z dnia 12.12.2007 r. o przystąpieniu do postępowania wywołanego wniesieniem protestu. (pismo powiadamiające z 10.12.2007 r.)

Zamawiający wyjaśnił również, że sprostował oczywistą pomyłkę w obliczeniu ceny wybranej oferty, w drodze procedury określonej art. 88 Pzp, na co wykonawca wyraził zgodę.

Od przedmiotowego rozstrzygnięcia w dniu 18.12.2007 r. wniesione zostało odwołanie, z kopią przekazaną Zamawiającemu w dniu 19.12.2007 r. (w terminie dla wniesienia odwołania, w którym zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskami:

- 1) o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert,*
- 2) orzeczenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.*

Pismem z dnia 27.12.2007 r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wybrany wykonawca Przedsiębiorstwo Wykonawstwa Budowlanego i Usług Inwestycyjnych "Unibud" Sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z dokumentacji akt sprawy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokumentów wybranej oferty, oferty Odwołującego, w tym kosztorysów ofertowych, dokumentacji projektowej - przedmiarów i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót.

Ponadto rozpatrzyła stanowiska stron, przedstawione przez pełnomocników do protokołu rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje.

Termin składania ofert wyznaczony został na dzień 13.11.2007 r. termin związania ofertą wynosił 30 dni i uległ zawieszeniu w związku z protestem. W części I specyfikacji - instrukcja dla wykonawców, w punkcie 12.3 cena oferty, Zamawiający postanowił, że cena za wykonanie przedmiotu zamówienia jest ceną kosztorysową. W punkcie 12.5 widnieje zapis, że cena musi wynikać z przekazanych wraz ze specyfikacją kosztorysów ofertowych z załączonymi przedmiarami robót, które po wypełnieniu przez wykonawcę muszą być dołączone do oferty. Z uwagi na kosztorysowy charakter wynagrodzenia, załączone do kosztorysów ofertowych przedmiary robót są dla wykonawców wiążące. Ceny umieszczone przy poszczególnych pozycjach kosztorysowych oferty muszą obejmować koszty wszystkich następujących po sobie faz operacyjnych niezbędnych dla wykonania robót, zgodnie z dokumentacją, wiedzą

techniczną i sztuką budowlaną. Jeżeli w kosztorysie nie uwzględniono pewnych faz związanych z wykonaniem robót, zgodnie z przywołanymi wyżej zasadami ich koszty powinny zostać uwzględnione, jako dodatkowe pozycje kosztorysu, sporządzone metodą kalkulacji uproszczonej, wraz z wyjaśnieniami, pomiędzy którymi fazami operacyjnymi (pozycjami kosztorysu) winny się znaleźć i z czego to wynika.

Do formularza oferty należało dołączyć szczegółowe kosztorysy ofertowe, na poszczególne branże.

Przetarg został ogłoszony na wybór oferty na realizację zadania inwestycyjnego pod nazwą wybudowanie budynku biurowego dla WUP w Łodzi. W skład zamówienia według opisu wchodzi:

- wyburzenie dotychczasowej zabudowy,*
- wybudowanie budynku czterokondygnacyjnego,*
- roboty budowlane wszystkich branż i sieć komputerowa.*

We wzorze załączonym do siwz, przewiduje się zawarcie umowy w systemie generalnego wykonawstwa.

Zamawiający potwierdził jednoznacznie, że wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy. Cena oferty ma wynikać z podsumowania cen ze szczegółowych kosztorysów ofertowych według tabeli elementów scalonych. Wyjaśnił również, że wybrany wykonawca będzie koordynował budowę i umownie ma mieć powierzoną część obowiązków, jakie ustawowo obciążają inwestora, za co wynagrodzenie ma się mieścić w cenie oferty. Cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert w tym postępowaniu.

Według składu orzekającego Izby, o charakterze kosztorysowym ceny oferty, przesądza sposób rozliczenia przewidziany w par. 9 ust. 1 umowy, gdzie postanawia się, że wykonawca otrzyma wynagrodzenie wynikające z oferty, rozliczane na podstawie kosztorysów powykonawczych częściowych i końcowego. Oznacza to, że wynagrodzenie z oferty nie jest stałe, a wykonawca otrzyma wynagrodzenie za zakres robót faktycznie wykonanych według obmiaru powykonawczego i wycenionych w kosztorysie powykonawczym.

Skoro Zamawiający zdecydował się na wynagrodzenie kosztorysowe, winien przestrzegać w toku postępowaniu zasad rządzących tą formą wynagrodzenia.

Zgodnie z art. 31 ust. 1 pzp Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą m.in. dokumentacji projektowej. Elementy obligatoryjne, które powinna zawierać dokumentacja projektowa na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określa w sposób wyczerpujący rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji

technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z 2004r. nr 202 poz. 2072 ze zm.). Do tych elementów należy przedmiar, który powinien zawierać zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych. Zamawiający natomiast nie przygotował przedmiaru w sposób odpowiadający wymogom przepisów prawa zamówień publicznych, co jednoznacznie potwierdził zarówno w piśmie z dnia 7 listopada 2007r. jak i na rozprawie, a także w piśmie z dnia 21 stycznia 2008r., stwierdzając, że sporządzony przedmiar i kosztorysy inwestorskie zawierają błędy i dlatego dopuścił możliwość dowolnej zamiany jednostek przedmiarowych jak i nakładów rzeczowych. Zamawiający decydując się na wynagrodzenie kosztorysowe zobowiązany był tak opracować przedmiar, aby nie pozostawić wykonawcom możliwości dowolnej jego interpretacji i swobodnej zmiany rodzaju, ilości prac budowlanych. Zamawiający dostrzegając na skutek zapytań potrzebę doprecyzowania przedmiotu zamówienia powinien w wyjaśnieniach dokonać jednoznacznego dookreślenia w kosztorysie inwestorskim przez podanie obowiązujących wykonawców jednostek i nakładów i ilości wiążących jednolicie wszystkich Wykonawców.

Jak podnosił to Odwołujący, Zamawiający nie odstępując od kosztorysowego charakteru wynagrodzenia, jednocześnie zezwolił wykonawcom na odstępstwa zarówno od przedmiarów i dopuścił zmiany nakładów rzeczowych robocizny, materiałów i sprzętu w zakresie w jakim uznają to za stosowne. Zastrzeżenia Zamawiającego, zawarte w punkcie 12.8 siwz, jak i w wyjaśnieniach z dnia 7.11.2007 r. , że kalkulując cenę wykonawca winien mieć na względzie cały zakres zadań przewidziany umową oraz dokumentacją projektową, zasadami sztuki budowlanej i przepisami wprowadza istotny element wynagrodzenia ryczałtowego. Zamawiający może w szczególnie uzasadnionych przypadkach zmodyfikować treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż zezwala na to art. 38 ust. 4 Pzp, modyfikacja taka nie może jednak naruszać zasad ustalonych w art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 Pzp.

Wymieniając przykładowo, za pismem z dnia 7.11.2007 r.; Zamawiający nie uwzględnił w przedmiarze zakresu przełożenia kostki brukowej i krawężników, wymiary elementów wyposażenia szatni pozostawił "inwencji twórczej wykonawcy". W końcu stwierdził, że zezwala na dodanie pozycji kosztorysowych, jeżeli jest taka konieczność. Do każdego kosztorysu, pod groźbą odrzucenia oferty, należało dołączyć wykaz pozycji zmienionych lub

dodanych, z krótkim uzasadnieniem zmian.

W efekcie tak postawionych wymagań, oferty wykonawców stały się nieporównywalne, gdyż zakresy rzeczowe ujęte w kosztorysach ofertowych są różne np. w zakresie robót ziemnych. Nie można dokonać prawidłowej oceny ofert w jedynym kryterium ceny, na równych zasadach, w sytuacji, gdy ceny te obejmują zróżnicowany zakres rzeczowy, ujęty w kosztorysach ofertowych poszczególnych wykonawców. Przy wynagrodzeniu kosztorysowym, takie odstępstwa nie są dopuszczalne, a określenie rodzaju robót oraz ilość musi być zgodne z przedmiarem. Zamawiający podał nakłady rzeczowe na jednostki przedmiaru, związane z technologią wykonania robót, określoną w dokumentacji projektowej, zatem odstępstwo od wskazanych nakładów zezwolenie na ich kalkulowanie "według własnego uznania wykonawcy" wprowadza całkowitą dowolność w tym zakresie, nawet przy uwzględnieniu metody kalkulacji uproszczonej.

Skoro Zamawiający chciał wybrać wykonawcę na całość zamówienia, przewidzianego dokumentacją projektową, bez ryzyka pominięcia jakiegoś zakresu robót w kosztorysie, mógł ustalić wynagrodzenie ryczałtowe, w rozumieniu art. 88 ust. 1 pkt 3 Prawa zamówień publicznych oraz art. 632 k.c., gdzie przedmiar pełni jedynie funkcję pomocniczą, a zaoferowane wynagrodzenie jest wiążące za całość przedmiotu zamówienia, określonego umową i dokumentacją projektową oraz nie podlega zmianie.

Z opinii Biura Usług Inwestycyjno Handlowych Sp. z o.o. z Pabianic - inwestora zastępczego Zamawiającego, mimo pozytywnej rekomendacji dla wybranej oferty, wynikają złe nakłady dachówki, czy niedoszacowanie wyposażenia. Potwierdziły się również zarzuty Odwołującego zawarte załączniku do protestu o zmianie ilości robót w stosunku do przedmiaru, np. konstrukcji stalowej (poz. 89), ilości robót ziemnych (poz. 194) w kosztorysie ofertowym Przedsiębiorstwa Wykonawstwa Inwestycyjnego i Usług Inwestycyjnych Unibud Sp. z o.o. oraz zarzut złożenia niepełnego wykazu pozycji zmienionych. Z treści złożonych ofert wynika, że zachodzą między nimi różnice w zakresie ilościowym niektórych robót, ujętych w szczegółowych kosztorysach ofertowych.

Błąd w obliczeniu ceny wybranej oferty (0,02 zł.) został natomiast skorygowany prawidłowo.

Skład orzekający KIO mając na względzie powyższe ustalenia uznał, że zachodzą podstawy do ingerencji z urzędu w trybie art. 191 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, bowiem postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, w rozumieniu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w związku z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp.

Dyspozycje co charakteru ceny oferty, pozostają w wewnętrznej sprzeczności, przez co

naruszają art. 36 ust.1 pkt 12 Pzp i art. 29 ust. 1 i 2 i art. 31 ust. 1 Pzp.

Wybór oferty, w oparciu o kryterium ceny, za różny zakres robót, narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W tym stanie rzeczy KIO na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 pkt 3 uwzględniła odwołanie i unieważniła przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. Za uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu kosztów zastępstwa prawnego przez pełnomocnika Izba orzekła kwotę 2 750 zł.-, w oparciu o przedłożony rachunek, stosownie do postanowień § 4 ust. 1 pkt. 2 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. z 2007r. 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 **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*