

Sygn. akt: KIO/UZP 748/08

WYROK
z dnia 04 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Andrzej Niwicki
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 04 sierpnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: WROPOL ENGINEERING Józef Korsak, INWEST-TERMA Sp. jawna Janusz Ośmiałowski, Maciej Ośmiałowski, 55-330 Miękinia, Lutynia, ul. Wróblowicka 3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, 50-984 Wrocław, ul. Obornicka 126** protestu z dnia 30.06.2008 r.

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnić czynność unieważnienia postępowania oraz nakazuje dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, 50-984 Wrocław, ul. Obornicka 126** 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 uiszczanego przez **Konsorcjum: WROPOL ENGINEERING Józef Korsak, INWEST-TERMA Sp. jawna Janusz Ośmiałowski, Maciej Ośmiałowski, 55-330 Miękinia, Lutynia, ul. Wróblowicka 3,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 6514 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy pięćset czternaście złotych) przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, 50-984 Wrocław, ul. Obornicka 126** na rzecz **Konsorcjum: WROPOL ENGINEERING Józef Korsak, INWEST-TERMA Sp. jawna Janusz Ośmiałowski, Maciej Ośmiałowski, 55-330 Miękinia, Lutynia, ul. Wróblowicka 3** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15936 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: WROPOL ENGINEERING Józef Korsak, INWEST-TERMA Sp. jawna Janusz Ośmiałowski, Maciej Ośmiałowski, 55-330 Miękinia, Lutynia, ul. Wróblowicka 3.**

U z a s a d n i e

30.04.2008 r. Zamawiający Rejonowy Zarząd Infrastruktury 50-98 Wrocław, ul. Obornicka 126 wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na przebudowę systemu ciepłego na terenie kompleksu 2845 WSO WL przy ul. Czajkowskiego 108 we Wrocławiu wraz z uzyskaniem pozwolenia na użytkowanie Biuletyn Zamówień Publicznych Nr 90164.

25.06.2008 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania ze względu na to, że nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu – art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „Pzp”. Ponadto Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty

konsorcjum WROPOL Engineering Józef Korsak, Lutynia, ul. Wróblowicka 3, 55-330 Miękinia i INCEST-TERMA Janusz Ośmiałowski, Maciej Ośmiałowski Sp. j., ul. Jerzmanowska 126, 54-530 Wrocław, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

30.06.2008 r., pismem z 26.06.2008 r. konsorcjum WROPOL Engineering Józef Korsak i INCEST-TERMA Janusz Ośmiałowski, Maciej Ośmiałowski Sp. j. złożyło protest na:

- 1) unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, tj. z powodu nie złożenia żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu;
- 2) odrzuceniu oferty Protestującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji;
- 3) zaniechaniu wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Protestujący żądał:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 2) dokonania unieważnienia czynności odrzucenia oferty Protestującego;
- 3) dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty.

11.07.2008 r. (pismo znak: 3067) Zamawiający oddalił protest w terminie

(25.06.2008 r. + 7 dni = 2.07.2008 r. termin wniesienia protestów – art. 180 ust. 1 Pzp
02.07.2008 r. + 10 dni = 12.07.2008 r. termin rozstrzygnięcia protestu – art. 183 ust. 1 pkt 3 Pzp).

Zamawiający stwierdza, że:

- 1) nie wnosi uwag do ceny jednostkowej kalkulacji własnych do pozycji: pomiary geodezyjne, badania, odbiory UDT, opłaty wysypiskowe, bo jest to zgodne z wymaganiami specyfikacji, jednak w zestawieniu materiałów zostały ujęte te czynności, a następnie policzono je jako materiał i wpisano do tabeli elementów scalonych, od których dodatkowo policzono koszty zakupu w wysokości 7%, a koszty zakupu powinny być liczone od materiałów bezpośrednich do wbudowania;
- 2) wg przyjętych narzutów (Ko, zysk), ceny m-g samochodu oraz podstawy wyceny (KNR 4-01 0108 –12) cena jednostkowa (w poz. 16 – dotyczącej węzła cieplnego) wywozu 1 m³ gruzu na dalsze 29 km winna wynosić 344,14 zł (0,02 m–g/m 29 x 54,54 zł/m-g x 1,75 x 1,15 = 2,20 x 29 = 63,80 zł, a cena pozycji winna wynosić 63,80 zł x 5,394 m³), natomiast protestujący wycenił tę czynności na 11,87 zł; jeśli Wykonawca podaje konkretne oznaczenie z katalogu KNR, powinien dokonać wyceny zgodnie z podanym tam sposobem wyliczenia dla danej pozycji KNR, jeżeli natomiast nie chce liczyć wg wzorca z KNR, to powinien wpisać adnotację: „kalkulacja własna”.

16.07.2008 r. Protestujący wniósł odwołanie przekazując jego kopię do Zamawiającego.

Kopia wpłynęła do Zamawiającego 16.07.2008 r. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp przez nieuprawnione unieważnienie postępowania z powodu niezłożenia żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego, której treść zdaniem Zamawiającego nie odpowiada treści specyfikacji;
- 3) art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący stwierdza, iż:

- 1) kosztorys ofertowy stanowiący integralną część oferty Odwołującego odnosi się do pełnego zakresu robót objętych przedmiotem zamówienia;
- 2) kosztorys ofertowy został sporządzony zgodnie z warunkami i zasadami wskazanymi w specyfikacji, to jest treść oferty odpowiada treści specyfikacji.

Odwołujący wnosi o:

- 1) przywrócenie do postępowania oferty Odwołującego przez uznanie jej za ważną i przyjęcie, iż jej treść odpowiada treści specyfikacji;
- 2) dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała interes prawny Odwołującego we wniesieniu odwołania, gdyż w przypadku potwierdzenia się naruszeń przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) przez Zamawiającego oferta Odwołującego będzie mogła być brana pod uwagę w trakcie ponownego badania i oceny ofert przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowody: z dokumentacji akt sprawy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, protokołu postępowania, oferty oraz wysłuchała oświadczeń pełnomocników stron. Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sporządził ofertę zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej „specyfikacją”. W szczególności Odwołujący zastosował się do postanowień rozdz. A pkt 3.3.2 specyfikacji, gdzie Zamawiający stwierdza, że cyt.: „Wykonawca obowiązany jest uwzględnić wszystkie pozycje robót opisanych w przedmiarze robót. [...]” oraz część B pkt 2.1 specyfikacji, gdzie Zamawiający stwierdza, że koszt cyt.: „[...] pomiarów i prób nie ujętych w przedmiarze należy przewidzieć w kosztach pośrednich kalkulacji ofertowej.” oraz pkt 5.2 specyfikacji, gdzie Zamawiający stwierdza, że cyt.: „[...]”.

Przytoczone w przedmiarach robót katalogi nakładów rzeczowych i tablice nie są obligatoryjne. Jednostki oraz ilości są niezmiennie.”. Ponadto, zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 4 do specyfikacji – pismo z 28.05.2008 r. – cyt.: „Zamawiający nie wymaga od wykonawcy szczegółowej kalkulacji ceny jednostkowej.”.

Uwzględniając wyżej przytoczone postanowienia specyfikacji Wykonawca mógł dowolnie kształtować kosztorysy ofertowe, a w szczególności ceny jednostkowe poszczególnych robót w oparciu o własne dane czy rozeznanie rynku. Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza zauważa, że w określaniu cen jednostkowych poszczególnych pozycji kosztorysowych nie obowiązują żadne przepisy prawne, obligujące wykonawców w trakcie sporządzenia kalkulacji ani nie nakazujące zamawiającemu odrzucić ofertę, gdy sam zamawiający nie postawił w tym zakresie jakichś szczególnych wymagań. W rozpatrywanej sprawie nie ulega wątpliwości, że Zamawiający nie stawiał jakichkolwiek wytycznych przed wykonawcami, co niezbicie wynika z przytoczonych przez Odwołującego postanowień specyfikacji. Także Zamawiający nie przytoczył na poparcie przeciwnej tezy żadnych argumentów poza odwołaniem się do ogólnych zasad sporządzania kosztorysów, jednak z takich podstaw nie można wywieść sankcji odrzucenia ofert sporządzonych w sposób odmienny.

Ponadto Zamawiający miał prawo, wobec braku innych wskazań Zamawiającego zawartych w specyfikacji i w wyjaśnieniach treści specyfikacji – zgodnie z art. 38 ust. 1 Pzp, do dowolnego ujęcia kosztów ponoszonych, w szczególności, z tytułu uzyskania odbioru przez Urząd Dozoru Technicznego. Dlatego Krajowa Izba Odwoławcza nie przychyła się do stanowiska Zamawiającego, który stwierdza, że Odwołujący mógł te koszty skalkulować na dowolnym, uzasadnionym poziomie, ale nie powinny te koszty być ujmowane jako koszty zakupu. Zamawiający nigdzie wcześniej w specyfikacji nie wskazał w sposób kategoryczny, jak ma postępować wykonawca i dlatego później, w trakcie badania i oceny ofert, Zamawiający nie może powoływać się na jakiegokolwiek zwyczaj, standardy czy reguły. Oczywiście nie dotyczy to unormowań wynikających z obowiązujących przepisów prawa, jednak w rozpatrywanej kwestii brak jest uregulowań prawnych.

Dlatego Krajowa Izba Odwoławcza przychyła się do stanowiska Odwołującego i nie podziela stanowiska Zamawiającego, że należy odrzucić ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż oferta nie została sporządzona w sposób niezgodny z postanowieniami specyfikacji.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Wykonawca złożył swoją ofertę nie zubożając w najmniejszym zakresie przedmiotu zamówienia określonego w specyfikacji i opisie przedmiotu zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza przychyła się do poglądu prezentowanego przez Zamawiającego, że roboty będą opłacane zgodnie z kosztorysem powykonawczym. Wynika to z § 10 ust. 1 projektu umowy stanowiącego załącznik do specyfikacji, cyt.: „Za wykonanie

przedmiotu umowy strony ustalają wynagrodzenie kosztorysowe [...]” i § 10 ust. 2 projektu umowy stanowiącego załącznik do specyfikacji, cyt.: „Wynagrodzenie ostateczne Wykonawcy zostanie ustalone na podstawie robót faktycznie wykonanych wg potwierdzonej księgi obmiaru i ryczałtowych cen jednostkowych wg kosztorysu ofertowego.”. Jednak nie zmienia to sytuacji, że kosztorys ofertowy jest sporządzony zgodnie z wymaganiami postawionymi przez Zamawiającego w specyfikacji i będzie można na jego podstawie ustalić kwotę ostatecznego wynagrodzenia, zgodnie z § 10 ust. 2 projektu umowy.

Dlatego Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że nie wystąpiła przesłanka do obligatoryjnego odrzucenia oferty Odwołującego, a co za tym idzie, Zamawiający nie może unieważnić postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, gdyż została złożona przynajmniej jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu. Wobec tego powołana komisja musi ponownie dokonać czynności badania i oceny ofert, zgodnie z art. 20 ust. 1 Pzp na podstawie art. 91 ust. 1 Pzp.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 191 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 i 2 Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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 2007 r., 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) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*