

Sygn. akt: KIO/UZP 1306/08

**WYROK**  
**z dnia 2 grudnia 2008 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Członkowie: Anna Packo**  
**Klaudia Szczytowska-Maziarz**

**Protokolant: Dorota Witak**

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie\* w dniu ~~Aw-dniach~~\* 28 listopada 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Stanisława Martynowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDISTAN” Martynowski Stanisław, 93-635 Łódź, ul. Tomaszowska 154A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Spółdzielnię Mieszkaniową „Czerwony Rynek”, 93-166 Łódź, ul. Lelewela 3/7** protestu ~~protestów~~\* z dnia 23 października 2008 r.

przy udziale **Stanisława Olborskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą STALBOR Stanisław Olborski, Zakład Dekarsko-Murarski, 93-435 Łódź, ul. Brydzowa 5a** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża Stanisława Martynowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDISTAN” Martynowski Stanisław, 93-635 Łódź, ul. Tomaszowska 154A i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy z kwoty wpisu uiszczanego przez **Stanisława Martynowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDISTAN” Martynowski Stanisław, 93-635 Łódź, ul. Tomaszowska 154A,**
- 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 **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Stanisława Martynowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDISTAN” Martynowski Stanisław, 93-635 Łódź, ul. Tomaszowska 154A.**

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

Spółdzielnia Mieszkaniowa „Czerwony Rynek” w Łodzi, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą Pzp”, wszczęła, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Wykonanie robót budowlanych wskazanych w audycie energetycznym w ramach kompleksowej termomodernizacji na budynku wielorodzinnym znajdującym się w zasobach Spółdzielni usytuowanym przy ul. Podmiejskiej 3 bud. 5 w Łodzi”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 29 sierpnia 2008 r., nr 1, poz. 203371.

Zamawiający w dniu 17 października 2008 r. (pismem z tej samej daty) poinformował Stanisława Martynowskiego prowadzącego działalność gospodarczą po nazwę Przedsiębiorstwo Budowlane „BUDISTAN” Martynowski Stanisław z siedzibą w Łodzi, zwanego dalej „Odwołującym” o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Stanisława Olborskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Dekarsko-Murarski STALBOR z siedzibą w Łodzi, zwaną dalej „STALBOR” oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego ze względu na to, że w kosztorysie załączonym do oferty nie uwzględnił robót polegających na demontażu starych okien i montażu nowych w pomieszczeniach piwnicznych, tj. na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Pismem z dnia 22 października 2008 r. (wpływ do Zamawiającego w dniu 23 października 2008 r.) Odwołujący wniósł protest na:

1. czynność odrzucenia jego oferty,
2. czynność dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty STALBOR,
3. zaniechanie czynności żądania wyjaśnień od Odwołującego, przy istniejących wątpliwościach, w związku z brakiem w jego ofercie kosztorysu na demontaż okien i montaż nowych w pomieszczeniach piwnicy.

Tym samym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 2 ist. 1 pkt 8, art. 7 ust. 1 i 3, art. 87, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o:

1. zawieszenie postępowania do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia protestu,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. unieważnienie czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej,
4. dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej poprzez wybranie oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu do podniesionych w proteście zarzutów Odwołujący wskazał, iż SIWZ wymagała od wykonawców podania wynagrodzenia za wykonanie całości prac, których zakres szczegółowo określono w pkt 4, który obejmował wymianę okien w piwnicy i brak jest w tym zakresie pozycji „demontaż i montaż okien w piwnicy”. Świadczy o tym również treść formularza, a także wzór umowy. Wypełnienie kosztorysu pełni funkcję obliczeniową dla wykonawcy, co potwierdza także treść pkt 17.7, z którego wynika, iż brak ceny i wartości niektórych pozycji kosztorysu skutkować będzie uznaniem, że zostały one uwzględnione w cenach i wartościach innych pozycji. Taka sytuacja miała miejsce w przypadku Odwołującego, który cenę demontażu i montażu okien w piwnicy uwzględnił w pozycjach dotyczących wymiany okien. Wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, co oznacza, iż decydujące znaczenie nadano cenie ogólnej za całość wykonanych prac, kosztorys pełni więc jedynie rolę porządkową i służącą do obliczenia oferowanej ceny

ostatecznej. Nadto Odwołujący podniósł, iż otrzymał niekompletną SIWZ (brak w niej było części działu 5), która w swej treści jest także niespójna.

Pismem z dnia 27 października 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu protestu, przekazał kopię protestu oraz wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (przedmiotowe pismo wykonawca STALBOR otrzymał w dniu 28 października 2008 r.).

W dniu 31 października 2008 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca STALBOR przystąpił do postępowania toczącego się w wyniku protestu wniesionego przez Odwołującego.

Pismem z dnia 3 listopada 2008 r. (przedmiotowe pismo Odwołujący otrzymał w tej samej dacie) Zamawiający rozstrzygnął protest, oddalając go w całości. W uzasadnieniu wskazał, iż z pkt 4.1.5 SIWZ wynika bezpośrednio, iż przedmiotem zamówienia jest wymiana okien piwnicach, a zgodnie z pkt 17.7 SIWZ w kosztorysie ofertowym musiały być wycenione wszystkie pozycje przedmiaru, co oznacza podanie ceny jednostkowej i obliczenie wartości dla każdej pozycji. Natomiast Odwołujący nie ujął w kosztorysie wszystkich pozycji przedmiaru. Nadto dodał, że mimo, iż wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, to wykonawcy byli zobowiązani do przedłożenia kosztorysu opartego o przedmiar robót. Tak więc wszelkie odstępstwa od przygotowanego przez Zamawiającego przedmiaru stanowią o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

W zakresie zarzutu otrzymania niekompletnej SIWZ Zamawiający podniósł, iż wszyscy wykonawcy otrzymali SIWZ o tej samej treści, natomiast w przypadku niejasności sformułowań SIWZ Odwołujący mógł wystąpić do Zamawiającego w trybie art. 38 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści specyfikacji, albo też wnieść protest na postanowienia SIWZ, czego nie uczynił.

Pismem z dnia 5 listopada 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie (wpływ do Zamawiającego w dniu 7 listopada 2008 r., wpływ do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 10 listopada 2008 r.), podtrzymując zarzuty i wnioski podniesione w proteście. Przedmiotowe odwołanie nadano do Prezesa UZP w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 7 listopada 2008 r.

Pismem z dnia 13 listopada 2008 r. Zamawiający poinformował uczestników postępowania o wniesieniu odwołania, przekazał kopię odwołania, jednocześnie wezwał uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 28 listopada 2008 r. (pismem z dnia 27 listopada 2008 r.) wykonawca STALBOR przystąpił do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z załącznikami, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w pkt 4 SIWZ „Przedmiot zamówienia” opisał przedmiot zamówienia, wskazując w pkt 5, iż obejmuje on także wymianę okien piwnic. Natomiast w pkt 14 SIWZ „Opis sposobu przygotowania oferty” zażądał załączenia do składanych przez wykonawców ofert m.in. kosztorysu ofertowego dotyczącego robót ogólnobudowlanych. Nadto wskazał (pkt 17.7 SIWZ), iż w kosztorysie ofertowym mają być wycenione wszystkie pozycje przedmiaru, co oznacza podanie ceny jednostkowej i obliczenie wartości dla każdej pozycji przedmiaru, przy czym brak ceny i wartości tych pozycji, które nie zostały wypełnione przez wykonawcę skutkować będzie uznaniem, że zostały one uwzględnione w cenach i wartościach innych pozycji.

Odwołujący w załączonym kosztorysie ofertowym nie zamieścił pozycji dotyczących robót polegających na demontażu i montażu okien w piwnicach, a które wycenił – jak oświadczył w złożonych środkach odwoławczych, jak również na rozprawie – w pozycjach dotyczących wymiany okien.

Izba uznała, iż Zamawiający wymagał bezwzględnego wypełnienia kosztorysów, wskazując, iż należy ująć wszystkie pozycje z przedmiaru, a brak wskazania jedynie ceny i wartości wskazanej pozycji, skutkować będzie uznaniem, iż została ona ujęta w innej pozycji.

Zdaniem Izby z kosztorysu przedłożonego przez Odwołującego nie wynika, iż wykona on cały przedmiot zamówienia. Istotnie przedmiot zamówienia w punkcie 4 SIWZ został określony jedynie w sposób ogólny, jednak jego doprecyzowanie nastąpiło w załączonych do SIWZ przedmiarach. Tak więc brak określonych pozycji (doprecyzowujących przedmiot zamówienia) powoduje, iż przedłożone przez Odwołującego kosztorysy ofertowe nie obejmują całego zakresu robót (robót polegających na demontażu i montażu okien w piwnicach), a który nie został ujęty w innych, poza przedmiarem robót, postanowieniach SIWZ – co zgodnie przyznały Strony na rozprawie - tym samym zachodzi sprzeczność treści oferty złożonej przez Odwołującego z treścią SIWZ. Mimo, iż Zamawiający wynagrodzenie za wykonanie zamówienia określił jako wynagrodzenie ryczałtowe, to jednak w postanowieniach SIWZ zawarł wyraźne postanowienie, iż wykonawcy zobowiązani są dołączyć kosztorys ofertowy. Skoro więc w złożonym przez Odwołującego kosztorysie, brak jest niektórych pozycji cenotwórczych uwzględnionych przez Zamawiającego w przedmiarze

robót powyższe stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Tym samym zarzut błędnego odrzucenia oferty Odwołującego nie potwierdził się.

Nie potwierdził się także zarzut zaniechania żądania od Odwołującego wyjaśnień dotyczących braku określonych pozycji kosztorysu ofertowego. Zgodnie z treścią art. 87 ustawy Pzp Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, przy czym może, ale nie musi korzystać z tego uprawnienia.

Odwołujący, składając protest, nie może jednak opierać się na zarzucie nieskorzystania przez Zamawiającego ze swych uprawnień, ale wyłącznie na wykazaniu, że ocena oferty została dokonana z naruszeniem prawa polegającym na niewłaściwej ocenie (...), której można by uniknąć, gdyby zwrócono się o stosowne wyjaśnienia do wykonawcy (M.Stachowiak, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2008, s. 319).

Niemniej jednak z treści oferty Odwołującego jednoznacznie wynika, iż kosztorysy ofertowe nie zawierają wszystkich pozycji wskazanych przez Zamawiającego w przedmiarach robót, a których ujęcia Zamawiający bezwzględnie żądał. Tym samym należy stwierdzić, iż Zamawiający w sposób prawidłowy zinterpretował treść oferty Odwołującego i brak było podstaw do wyjaśniania treści złożonej oferty.

Odnosząc się do zarzutu niespójności w treści SIWZ Izba uznała, iż zarzut ten został wniesiony po terminie. Odwołujący mógł bowiem oprotestować treść SIWZ, w terminach przewidzianych w art. 180 ust. 3 ustawy Pzp, czego nie uczynił.

Skład orzekający Izby nie odniósł się do zarzutu nie odrzucenia oferty STALBOR, podniesionego przez Odwołującego dopiero na etapie postępowania odwoławczego, gdyż Izba rozpatruje zarzuty tylko w granicach wniesionych środków odwoławczych, a zarzuty te – stosownie do art. 191 ust. 3 ustawy Pzp - nie zostały podniesione w proteście.

Uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację faktyczną i prawną, Izba nie dopatrzyła się naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp.

Izba nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego materiałów w postaci oświadczenia PZU, dotyczącego posiadania przez STALBOR ochrony OC na wymaganą przez Zamawiającego kwotę, tabeli kursów NBP z dnia 22.09.2008 r. na dzień 23.09.2008 r., uznając, iż dotyczą one zarzutu, który nie był przez Izbę rozpatrywany. W poczet materiału dowodowego nie zaliczyła również złożonego przez Odwołującego na rozprawie brakującego fragmentu kosztorysu ofertowego (Demontaż i montaż nowych okien w piwnicach), może on

mieć jedynie charakter pogładowy, nie może natomiast stanowić ewentualnego uzupełnienia treści złożonej oferty.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

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 ~~postanowienie~~\* - 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*