

Sygn. akt: KIO/UZP 1327/08

WYROK
z dnia 3 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Stanisław Sadowy
Grzegorz Mazurek

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Budownictwo Hydro-Energetyka Dychów Sp. z o.o., 66-626 Dychów, Dychów 6a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Iłowa, 68-120 Iłowa, ul. Żeromskiego 27** protestu /~~protestów~~ z dnia 31 października 2008 r.

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowlane JANBUD Sp. z o.o., 68-200 Żary, ul. Okrzei 104** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Budownictwo Hydro-Energetyka Dychów Sp. z o.o., 66-626 Dychów, Dychów 6a

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 uiszczonego przez **Budownictwo Hydro-Energetyka Dychów Sp. z o.o., 66-626 Dychów, Dychów 6a,**

- 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 **5 936 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Budownictwa Hydro-Energetyka Dychów Sp. z o.o., 66-626 Dychów, Dychów 6a.**

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

Uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest "Budowa hali sportowej przy Szkole Podstawowej i Gimnazjum w Łłowej" zarzucił zamawiającemu – Gminie Łłowa naruszenie art. 89 ust. 1 pkt i art. 91 ust. 1 Prawo zamówień publicznych przez błędną jego wykładnię i w związku z tym bezpodstawne oddalenie protestu

Wniósł o uwzględnienie żądań odwołującego się w całości i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty protestującego, unieważnienie wyboru oferty uznanej za najkorzystniejszą, ponowną ocenę ofert i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając stanowisko Odwołujący stwierdził, że w stosunku do jego oferty niezgodność treści oferty z treścią SIWZ nie ma miejsca, albowiem zaoferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienia odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ w sposób zaspakajający oczekiwania i interesy zamawiającego. Oferta protestującego obejmuje cały zakres przedmiotu zamówienia.

Wskazane przez zamawiającego uchybienia nie stanowią o niezgodności oferty z treścią SIWZ bowiem cena przedmiotu zamówienia miała charakter ceny ryczałtowej.

Zarzuty wadliwie sporządzonych kosztorysów ofertowych w przypadku gdy cena jest cena ryczałtowa nie mieszczą się w dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Kosztorysy ofertowe

w takim przypadku stanowią jedynie materiał informacyjny dla wykonawców w celu skalkulowania ceny ofertowej. Brak ścisłego wypełnienia dokumentów zgodnie z zaleceniami SIWZ jest bez znaczenia, w sytuacji gdy wykonawcy mieli obowiązek przedstawienia ceny ryczałtowej. Jest to pogląd utrwalony w orzecznictwie sądowym i arbitrażowym jak również w doktrynie i sprowadza się do stwierdzenia "że w przypadku gdy wykonawcy mają zaoferować cenę ryczałtową to bez znaczenia dla ważności oferty jest sporządzenie pełnego lub skróconego kosztorysu, bowiem w takim przypadku kosztorys ma tylko charakter pomocniczy dla skalkulowania ceny ryczałtowej (zob. wyrok SN z dnia 20.11.1998 r. sygn. II CKN 913/97 LEX nr 138655; wyrok SA w Poznaniu z dnia 6.03.2001 r. sygn. I ACa 1147/00, LEX 53625 -zgodnie z którymi cena ryczałtowa to z góry umówiona wysokość wynagrodzenia w kwocie absolutnej obejmującej całość zamówienia). W tej sytuacji wycena poszczególnych elementów zadania budowlanego nie ma żadnego znaczenia dla oceny kryterium cena i nie można mówić o naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp (wyrok ZAUZP z dnia 5.05.2007 r., UZP/ZO/O-634/07, LEX 321655; wyrok ZAUZP z dnia 27.09.2007 r., UZP/ZO/O-1163/07, LEX 321647).

Odnosząc się do zarzutów stawianych jego ofercie stwierdził, że: mimo braku załączników 8d-ws oraz 8d-wd dane, które miały być tam zamieszczone, znajdują się one w kosztorysach ofertowych. Zbiorcze zestawienie kosztów jest jedynie sposobem syntetycznego prezentowania danych, które wynikają z kosztorysów ofertowych. Stosowanie programu przy sporządzeniu kosztorysu ofertowego, który pokazuje cenę z dokładnością większą niż dwa miejsca po przecinku nie stanowi sprzeczności złożonej oferty z treścią SIWZ (tak wyrok ZAUZP z dnia 27.09.2007 r., UZP/O-1163/07, LEX 321647 zgodnie z którym "jeśli przyjęty sposób kosztorysowania powoduje, iż w kolumnie ilość wyrażona wielkość jest podana z inną dokładnością, nie stanowi to sprzeczności złożonej oferty z treścią SIWZ").

Nie uwzględnienie modyfikacji SIWZ także nie ma wpływu na treść oferty gdyż oferta protestującego obejmuje cały zakres zamówienia. Zawyżenie obmiaru jednej pozycji nie stanowi niezgodności treści oferty SIWZ gdyż za ofertę nie odpowiadającą treści SIWZ można uznać ofertę która nie obejmuje swym zakresem całego przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ, a tak nie jest w tym przypadku (tak wyrok zespołu arbitrów z dnia 28.12.2006 r. sygn. UZP/ZO/O-2993/06 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23.02.2007 r. sygn. X Gna 23/07 -w załączeniu).

Na rozprawie Odwołujący przyznał, że w ofercie pojawiły się drobne uchybienia formalne, wskazał jednak, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferta podlega odrzuceniu, gdy jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ. Odwołujący wyjaśnił, że wybór oferty nastąpił 27

października 2008 r. – w tym dniu Odwołujący otrzymał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Przypomniał, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane - budowa hali, a zarzuty Zamawiającego dotyczą dostaw wyposażenia do wykonanej hali. Dostawy te (zestawienie sprzętu) zostały w ofercie opisane i wycenione pod zbiorczymi pozycjami. Odwołujący wskazał również, że złożył oświadczenie o akceptacji treści SIWZ oraz treści projektu umowy, w którym w treści § 10 ust 2 złożono oświadczenie o tym, że wynagrodzenie obejmuje wszystkie koszty. Brak szczegółowego zestawienia nie stoi w żaden sposób w sprzeczności ze sposobem rozliczenia umowy, a zatem twierdzenia Zamawiającego o wynikających z tego problemach w rozliczeniu umowy są nieuzasadnione.

W zakresie drugiego zarzutu dotyczącego ilości miejsc po przecinku, Odwołujący wskazał, że sam Zamawiający w pkt XVI.3 SIWZ ustalił zasady zaokrąglania, a zatem powinien w sprawie zastosować art. 87 ust. 2 pzp, podobnie jak w zakresie zarzutu czwartego, dotyczącego zmodyfikowanej ilości manometrów z rurką syfonową. Podtrzymał zarzut trzeci dotyczący tabeli elementów scalanych, wskazując, że wymagane dokumenty złożył, a nie ma jedynie zestawienia zbiorczego, stanowiącego przeniesienie poszczególnych pozycji do jednego dokumentu (zestawienia). Odwołujący wskazał, że złożył ofertę z najniższą ceną i jest to oferty najkorzystniejsza, a w toku oceny ofert Zamawiający powinien dokonać niezbędnych poprawek na podstawie wymienionego wyżej przepisu ustawy Pzp.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, Odwołujący stwierdził, że niezasadnie został powołany § 11ust. 2 Projektu umowy, gdyż ewentualne warunki zmiany umowy Zamawiający powinien określić zgodnie z art. 144 ustawy, a tego nie dokonał. Kwestionując zarzut braku realności wycenienia wyposażenia hali sportowej - sprzęt stały i sprzęt drobny, przedstawił roboczy kosztorys na potwierdzenie realności wyceny. 9 wskazał, że zbiorcza cena jest ceną ujętą w kosztorysie w pozycji 185 i 186.

Co do terminu związania ofertą wskazał, że dnia 31 października 2008 r. wpłynął protest, co oznacza, że termin związania ofertą uległ zawieszeniu (art. 181 ust. 1ustawy), a zatem Zamawiający niezasadnie podniósł upływ terminu związania ofertą.

Zamawiający – Gmina Iłowa, wniósł o oddalenie odwołania uznając za uzasadnioną swoją decyzję o odrzuceniu oferty Budownictwo Hydro-Energetyka Dychów sp. z o.o. w Dychowie i wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Budowlanego JANBUD w Żarach.

Zamawiający wskazał, że w trakcie badania ofert stwierdził w złożonej ofercie błędy powodujące odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy pzp, a mianowicie:

brak załączonego do oferty kosztorysu ofertowego "Wyposażenie hali sportowej-sprzęt., Zamawiający wskazał, że zgodnie z zapisem rozdz. XIV pkt. 2 SIWZ "ofertę stanowi druk "Oferta" (załącznik m'1) z bezwzględnie obowiązującymi załącznikami i wymaganymi dokumentami wymienionymi w rozdziale VIII punkt 2, 3, 4, 5, 6 i 7, załącznikami 2, 3, 4 i 5, kosztorysem ofertowym załącznik Nr 8 oraz harmonogramem rzeczowo-finansowym sporządzonym na podstawie kosztorysu ofertowego oraz pkt. 3 "Tabele i formularze z informacjami niezbędnymi do oceny oferty muszą zostać sporządzone zgodnie z wzorami zawartymi w SIWZ". Zamawiający podniósł, że w rozdziale XVI SIWZ opis sposobu obliczenia ceny pkt. 1 wyraźnie określa że "cena oferty musi być zgodna z wartością dołączonego kosztorysu ofertowego". W tym stanie rzeczy brak wymaganych kosztorysów uniemożliwia sprawdzenie ceny. W pkt. 2 zapis "Kosztorys ofertowy" należy sporządzić w formie uproszczonej, wszystkie pozycje kosztorysu muszą zawierać cenę jednostkową z narzutami, cena jednostkowa każdej pozycji kosztorysowej musi opisywać roboty towarzyszące, koszty bezpośrednie robocizny, materiałów, technologicznego oraz koszty pośrednie i zysk, oraz koszty zakupu materiałów. Zamawiający stwierdził, że każdy wykonawca musi opracować kosztorys ofertowy zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, który stanowią: projekt budowlany, przedmiar robót (załącznik nr 7) oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót (załącznik Nr 6). Pkt 3 stanowi że wszystkie wartości i ceny w ofercie winny być podane z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku (jeśli na trzecim miejscu po przecinku będzie cyfra mniejsza niż 5 należy dokonać zaokrąglenia w dół, a w przypadku cyfry 5 lub większej w górę). Pkt 4 mówi, że wszystkie wartości i ceny jednostkowe określone przez wykonawcę zostaną ustalone na okres ważności umowy i nie będą podlegały zmianom. Powyższe ustalenia SIWZ jednoznacznie określają, że mylnie jest rozumowanie Odwołującego o cenie ryczałtowej.

Zamawiający wskazał, że w ofercie nie uwzględniono modyfikacji SIWZ w kosztorysie ofertowym "Branża sanitarna -instalacje i urządzenia wewnętrzne dokonanej w trybie art. 38, modyfikacje były ogłaszane na stronie internetowej zamawiającego.

Przytoczona wyżej ilość błędów i niezgodności z ustaleniami SIWZ spowodowała, że treść oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia co stanowiło podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art 89 ust. 1 pkt.2 ustawy pzp. Biorąc pod uwagę powyższe uzasadnienie prawne i merytoryczne uznał za słuszne oddalenie odwołania.

Na rozprawie Zamawiający podtrzymał stanowisko z pisma o wyborze oferty najkorzystniejszej, rozstrzygnięcia protestu oraz piśmie skierowanym do Prezesa UZP z rozstrzygnięcia protestu i wniósł o oddalenie odwołania. Wskazuje na treść art. 82 ust. 3 pzp ze skutkiem wynikającym z art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy. Przytoczył encyklopedyczną definicję słowa „ryczałt”. i wskazał, że nigdzie w dokumentacji, w tym w treści specyfikacji,

nie stwierdzono, że w postępowaniu składa się oferty z ceną ryczałtową. w postępowaniu do czynienia z ceną ryczałtową. Wskazał, że postawiony był wymóg sporządzenia kosztorysów zgodnie z załącznikami. Powołał treść § 11 ust 2 projektu umowy, w którym zastrzegł możliwość ograniczenia zakresu realizacji przedmiotu zamówienia (prawo odstąpienia od realizacji części robót objętych umową). W takim przypadku nastąpić ma umniejszenie wartości umownej. Zamawiający stwierdził, że Odwołujący niewłaściwie skalkulował wartość dostaw. Wartość ta została oszacowana „z kapelusza”. Podał przykłady zbiorczych cen dotyczących dostaw sprzętu i wyposażenia hali sportowej. Zamawiający wskazał ponadto, że nieuzasadniony jest wniosek o ponowną ocenę ofert, gdyż termin związania ofertą upłynął 15 listopada 2008 r. Zamawiający wskazuje, że właśnie złożony na rozprawie kosztorys roboczy powinien być załączony do oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza, w oparciu o dokumentację akt sprawy, oryginalną dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz wyjaśnienia stron postępowania odwoławczego, złożone na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:
Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba rozpoznała zarzut Odwołującego dotyczący odrzucenia przez zamawiającego oferty złożonej przez odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba uznała na wstępie, że wykonawca posiada interes prawny we wniesieniu odwołania w powyższym zakresie, gdyż jego oferta zawiera cenę najniższą spośród ofert, które wpłynęły w tym postępowaniu. Wobec powyższego, w sytuacji, gdyby potwierdziły się zarzuty odwołującego należałoby uznać, że w wyniku bezpodstawnego odrzucenia jego oferty wykonawca poniósłby uszczerbek.

W świetle postanowień SIWZ Izba uznała za bezpodstawne twierdzenie Odwołującego o ryczałtowym charakterze ceny w tym postępowaniu wobec braku jakichkolwiek dowodów w tym zakresie. Zapisy SIWZ jednoznacznie określały w r. XVI charakter kosztorysowy ceny oraz wymóg złożenia wraz z ofertą stosownych kosztorysów i zestawień rachunkowych nie uzależniając tego obowiązku od okoliczności, czy dotyczą one robót budowlanych będących podstawowym przedmiotem zamówienia, czy też dostaw wyposażenia sprzętu do wybudowanej hali sportowej. Niezgodność treści oferty w tym zakresie tj. brak kosztorysów, których wersję roboczą przedstawił Odwołujący na rozprawie, nie została nawet zakwestionowana przez niego, jednak że z konstatacją, iż popełnił omyłkę formalną. Natomiast Izba uznała za zasadny zarzut braku podstaw do odrzucenia oferty z powodu zaoferowania większej od wymaganej liczby manometrów stwierdzając, że wpisanie w ofercie większej liczby jednostek sprzętu nie oznacza jej niezgodności z opisem przedmiotu

zamówienia dokonany w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba nie podziela również poglądu Zamawiającego, że podstawą odrzucenia oferty może być odmienny, a co więcej bardziej precyzyjny sposób zaokrąglania

W ustalonym stanie faktycznym Izba uznała, że zarzut odwołującego dotyczący niezgodności treści oferty odwołującego z treścią siwz jest niezasadny.

W tym stanie rzeczy należało uznać, że oferta złożona przez odwołującego z uwagi na nieuwzględnienie w jej treści wyposażenia wskazanego w zestawieniu wyposażenia, które było wymagane w specyfikacji przez zamawiającego, nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a zatem podlega odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Oferta odwołującego, wbrew twierdzeniom odwołującego nie zawiera pełnego zakresu rzeczowego zadania z uwzględnieniem wymagań zamawiającego zawartych w siwz.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, 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 w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*