

Sygn. akt: KIO/UZP 405/08

WYROK
z dnia 13 maja 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Stanisław Sadowy

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ / rozprawie* w dniu / w dniach* 13 maja 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe Sp. J. Tadeusz i Artur Michalscy, 64-100 Leszno, ul. Szczepanowskiego 25** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Muzeum Narodowe we Wrocławiu, 50-153 Wrocław, Pl. Powstańców Warszawy 5** protestu /~~protestów~~* z dnia 14 kwietnia 2008 r.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Muzeum Narodowe we Wrocławiu, 50-153 Wrocław, Pl. Powstańców Warszawy 5** 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 **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo**

Handlowe Sp. J. Tadeusz i Artur Michalscy, 64-100 Leszno, ul. Szczepanowskiego 25

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 290 zł 85 gr** (słownie: osiem tysięcy dwieście dziewięćdziesiąt złotych osiemdziesiąt pięć groszy) przez **Muzeum Narodowe we Wrocławiu, 50-153 Wrocław, Pl. Powstańców Warszawy 5** na rzecz **Przedsiębiorstwa Produkcyjno Usługowo Handlowego Sp. J. Tadeusz i Artur Michalscy, 64-100 Leszno, ul. Szczepanowskiego 25**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, kosztów zastępstwa oraz kosztów dojazdu na posiedzenie
- 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 **Przedsiębiorstwa Produkcyjno Usługowo Handlowego Sp. J. Tadeusz i Artur Michalscy, 64-100 Leszno, ul. Szczepanowskiego 25**

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

W dniu 12.02.2008 r. Muzeum Narodowe we Wrocławiu, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „Pzp” wszczęło w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Przebudowę poddasza nieużytkowego budynku głównego Muzeum Narodowego we Wrocławiu na prezentację kolekcji sztuki współczesnej z uwzględnieniem dużego zespołu prac Magdaleny Abakanowicz”. Ogłoszenie o zamówieniu Zamawiający zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych z 2008 r., poz. 28742, a także w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej.

W dniu 07.04.2008 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, którzy złożyli oferty, o wyniku wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe Sp. j. Tadeusz i Artur Michalski, ul. Szczepanowskiego 25, Leszno, zwane dalej „Odwołującym”. W tej dacie również Odwołujący otrzymał, za pomocą faxu, treść tego zawiadomienia.

Wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, w dniu 14.04.2008 r. protest wnieśli wykonawcy:

1) Przedsiębiorstwo Budowlane INTER-SYSTEM Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zarzucając Zamawiającemu art. 7, 24 ust. 2 pkt 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp:

- naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Odwołującego, gdyż dołączony do oferty harmonogram rzeczowo-finansowy nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ”,
- zaniechania wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 1 Pzp, gdyż wykonawca posługiwał się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w przygotowaniu oferty;
- zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy INTEGER S.A. z siedzibą we Wrocławiu z powodu niezgodności oferty z SIWZ, gdyż w kosztorysie ofertowy zawiera inne ilości obmiarowe, w poz. 83 i 95, niż określone w przedmiarze robót.

Podnosząc zarzuty, jak wyżej, Przedsiębiorstwo Budowlane INTER-SYSTEM Sp. z o.o. zażądało:

- odrzucenia ofert złożonych przez Odwołującego oraz przez INTEGER S.A.
- zwiększenia kwoty środków na sfinansowanie zamówienia, a w wypadku braku takiej możliwości – o unieważnienie postępowania.

2) INTEGER S.A., który zarzucił Zamawiającemu:

1. zaniechanie wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia pomimo, iż wniesiony przez Odwołującego dokument gwarancji bankowej jest wadliwy,
2. zaniechanie odrzucenia oferty Odwołującego, której treść nie odpowiada treści SIWZ (art. 82 ust. 3 Pzp), z powodu:
 - a) braku poprawnego harmonogramu (*pkt 2 uzasadnienia protestu*)
 - b) nie uwzględnienia w kosztorysie ofertowym zmian w SIWZ określonych w odpowiedzi Zamawiającego na pytania wykonawców - pismo MN/DAG/54/842/2008 z dnia 21.03.2008 r. (*zarzuty pkt 3 uzasadnienia protestu*), poprzez:
 - nie wycenienie kosztorysu zamiennego w formie przekazanej przez Zamawiającego, lecz w kosztorysie podstawowym (*pkt 3.3.1 uzasadnienia protestu*),
 - nie uwzględnienie następujących wymogów zawartych w ww. odpowiedzi Zamawiającego, poprzez (*pkt 3.3.2 uzasadnienia protestu*):

- brak dodatkowej pozycji kosztorysowej lub nie ujęcie w innych pozycjach kosztorysu Odwołującego rozruchu wentylacji wraz z pomiarami skuteczności, pomimo wymogu ujęcia tych prac w kosztorysie, zgodnie z wymogiem określonym w odpowiedzi na pytanie nr 1,
- niezastosowanie się do wymogu odpowiedzi nr 7 nakazującej zmienić ilość przedmiarową poz. 47 (koryta skroplin) kosztorysu instalacji wod.-kan. poprzez zmianę z 1 kpl na 2 kpl,
- brak doliczenia parapetów wewnętrznych, wbrew wymogowi zawartemu w odpowiedzi na pytanie nr 11,
- nie doliczenie pomiarów natężenia oświetlenia, mimo określonego w odpowiedzi na pytanie 12 wymogu w tym zakresie.

Zdaniem Protestującego Wykonawcy, brak w ofercie wyceny wprowadzonych elementów poprzez zmianę SIWZ powoduje, iż oferta Odwołującego przewiduje sprzedaż towarów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, co stanowi czyn określony w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W ocenie składającego protest, Zamawiający w toku postępowania o zamówienie nie zachował zasad uczciwej konkurencji oraz prowadzenia postępowania w sposób zapewniający bezstronność i obiektywizm. Podniósł, iż w trakcie postępowania Zamawiający odrzucił prośbę jednego z oferentów o przekazanie wersji elektronicznej kosztorysów. Tymczasem, błędy pisarskie w przedmiarze ofertowym Odwołującego, takie same jak w przedmiarze inwestorskim wskazują, iż Odwołujący otrzymał kosztorysy bezpośrednio od Zamawiającego lub z Autorskiej Agencji Projektowej, która wykonała kosztorys inwestorski.

W dniu 18.04.2008 r. Odwołujący zgłosił skutecznie przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestów. Wniósł o odrzucenie protestów, z uwagi na uchybienie terminów do ich złożenia, a na wypadek uznania przez Zamawiającego, że zostały wniesione w terminie – o ich oddalenie.

W piśmie z dnia 24.04.2008 r. Zamawiający rozstrzygnął protesty, dzieląc w części zarzuty zawarte zarówno w proteście wniesionym przez INTER-SYSTEMS Sp. z o.o. oraz zawarte w proteście INTEGER S.A. Zamawiający uwzględnił protest firmy INTEGER S.A. w zakresie:

- niezgodności treści oferty z treścią SIWZ z powodu braku wyceny kosztorysu zamiennego przekazanego przez Zamawiającego oraz nie uwzględnienia w kosztorysie ofertowym zmian wymienionych w piśmie z dnia 21.03.2008 r., które winny skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego;
- złożenia oferty sprzedaży towarów i usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców, tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W dniu 29.04.2008 r. Odwołujący wniósł skutecznie odwołanie od rozstrzygnięcia protestu złożonego przez Wykonawcę INTEGER S.A.

W odwołaniu wniósł o nakazanie Zamawiającemu odrzucenia protestu INTEGER S.A., w trybie art. 180 ust. 7 Pzp oraz, z ostrożności procesowej wniósł o nakazanie Zamawiającemu oddalenia protestu INTEGER S.A. w zakresie zarzutów zawartych w proteście tego Wykonawcy, które uznał Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu.

Skład orzekający Izby, uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności postanowienia SIWZ, w tym załącznik nr 2 – Przedmiary Robót oraz treść odpowiedzi Zamawiającego z dnia 21.03.2008 r. na pytania wykonawców, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i oświadczenia uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

Wniesione odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W Tomie I rozdz. III 9 SIWZ Zamawiający zobowiązał wykonawców: „sporządzić Kosztorys ofertowy, na podstawie załączonych do SIWZ przedmiarów robót – zachowując kolejność, lp. podstawę wyceny oraz ilości podane w przedmiarze – należy podać wartości dla wszystkich pozycji wymienionych w przedmiarze oraz ogólną wartość kosztorysową robót budowlanych”.

W rozdz. VIII SIWZ: „Informacja o oświadczeniach lub dokumentach jakie mają dostarczyć wykonawcy wraz z ofertą”, w pkt VIII 1) Zamawiający zawarł wymóg dołączenia do Załącznika nr 1 – „Cena oferty” kosztorysu ofertowego sporządzonego wg załączonych do SIWZ przedmiarów robót oraz wskazał: „należy wypełnić przedmiary podając wartości dla wszystkich pozycji wymienionych w przedmiarze oraz ogólną wartość kosztorysową robót

budowlanych i akceptując przedstawioną technologię prac – wymaga się zachowania podanego układu chronologicznego”.

Wymogi zawarte w powyższych postanowieniach dotyczą również kosztorysu ofertowego, sporządzonego na podstawie Przedmiaru Robót i odnoszą się – zdaniem składu orzekającego Izby – do formy, a nie do treści oferty.

Zatem, w przypadku ewentualnego niespełnienia przez ofertę składną w postępowaniu powyższych wymogów, brak jest podstaw do stawiania wykonawcy zarzutu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

W rozdziale XIV SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny”, w pkt 3, Zamawiający określił, iż cena ofertowa musi zawierać wycenę wszelkich nakładów niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia w całości, na zasadach i warunkach określonych przez Zamawiającego w SIWZ i jego załącznikach (w tym we wzorze umowy). W tymże rozdziale w pkt 4 Zamawiający określił, iż cenę ofertową brutto należy skalkulować na podstawie SIWZ, w szczególności w oparciu o przedmiary robót. W pkt 6 natomiast Zamawiający wskazał, iż: „Cenę ryczałtową określoną w Zał. Nr 2 „Formularza ofertowego – Cena Oferty”, należy traktować jako stałą i wiążącą do zakończenia realizacji przedmiotu umowy – nie ulegnie zmianie przez czas trwania umowy. (...) Za ustalenie ilości robót oraz za sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji wynagrodzenia ryczałtowego odpowiada wyłącznie Wykonawca. Zgodnie z art. 632 k.c. wynagrodzenie ryczałtowe oznacza, że Wykonawca zamówienia nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie trwania umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac”.

Przywołane wyżej zapisy SIWZ mają, zdaniem składu orzekającego Izby, istotne znaczenie przy ocenie zarzutów stawianych ofercie Odwołującego.

Niezasadną okazała się podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ (art. 82 ust. 3 Pzp), w zakresie braku wyceny pozycji zawartych w przedmiarze uzupełniającym / zamiennym oraz w zakresie braku wyceny niektórych pozycji z przedmiaru robót wynikających z odpowiedzi udzielonej przez Zamawiającego na zapytania do SIWZ (pismo MN/DAG/54/842/2008 z dnia 21.03.2008 r.).

Twierdzenie Zamawiającego, iż Odwołujący nie wycenił kosztorysu zamiennego w formie przekazanej przez Zamawiającego, lecz uczynił to w kosztorysie podstawowym - co stwierdził sam Zamawiający już w rozstrzygnięciu protestu - stanowi de facto zarzut niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ, co do formy, a nie jej treści. Niezgodność formy oferty z treścią SIWZ nie stanowi o jej niezgodności w rozumieniu art. 82 ust. 3 Pzp, a tym

samym nie może skutkować odrzuceniem oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Nie potwierdził się również zarzut braku dodatkowej pozycji kosztorysowej i jej wyceny w pozycjach kosztorysu Odwołującego w odniesieniu do rozruchu wentylacji wraz z pomiarami skuteczności, zgodnie z wymogiem określonym w odpowiedzi na pytanie nr 1, tj. doliczenia rozruchu wentylacji wraz z pomiarami skuteczności. Brak dodatkowej pozycji kosztorysowej, a jej wycena w innych pozycjach kosztorysu – przy jednoczesnym braku określenia przez Zamawiającego szczegółowego sposobu ich wykazania w kosztorysie ofertowym - nie dowodzi, iż koszty te nie zostały uwzględnione przy obliczeniu ceny ofertowej Odwołującego.

Nie potwierdził się zarzut braku w kosztorysie ofertowym Odwołującego wyceny 2 szt. koryt, zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 7 do SIWZ (pismo z dnia 21.03.2008 r.). Zamawiający udzielając odpowiedzi na wskazane pytanie jedynie potwierdził, że do wyceny należy przyjąć 2 szt. koryt. W przedmiarze robót - poz. 47 (koryta skroplin) kosztorysu instalacji wod.-kan. - Zamawiający użył natomiast zarówno określenia „komplet”, jak i „sztuka”. Przy takim brzmieniu przedmiaru robót i niejasnych wyjaśnieniach do SIWZ oraz przyjmując za zasadne, w ocenie składu orzekającego Izby, założenie, że 1 komplet to więcej niż 1 sztuka - brak jest podstaw do stawiania Odwołującemu w tym zakresie zarzutu niezgodności jego oferty z treścią SIWZ. Odwołujący wyceniając 1 komplet koryt wypełnił wymóg SIWZ w zakresie wyceny 2 szt. koryt w związku z wymogiem 2 szt. klimatyzatorów.

Zamawiający nie wykazał zasadności swojego twierdzenia, stanowiącego podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego, o nie doliczeniu parapetów wewnętrznych w kosztorysie ofertowym, wbrew wymogowi zawartemu w odpowiedzi na pytanie nr 11 do SIWZ (pismo z dnia 21.03.2008 r.) oraz pomiarów natężenia oświetlenia, mimo określonego w odpowiedzi na pytanie 12 wymogu w tym zakresie.

Biorąc pod uwagę oświadczenie Odwołującego, że parapety wewnętrzne i pomiary natężenia oświetlenia zostały przez niego ujęte i wycenione w kosztorysie ofertowym (w szczególności, co do parapetów wewnętrznych wycenionych w poz. 140-142 w zakresie montażu okien), przy niejasnych wyjaśnieniach do SIWZ udzielonych przez Zamawiającego, które nie określały sposobu wyceny tych pozycji, brak jest podstaw do stawiania w tym zakresie zarzutu niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

Zamawiający, dokonując badania i oceny ofert pod kątem wyceny wszystkich elementów w kosztorysach ofertowych, przy tak lakonicznych odpowiedziach do SIWZ, które mogły być uwzględniane w różny sposób przez poszczególnych wykonawców, nie miał prawa do odrzucenia z tego powodu oferty, a co najwyżej mógł w trybie wyjaśnień treści oferty, na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, to ustalić.

Uwzględniając powyższe nie potwierdziła się podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, tj. złożenia oferty, która jest poniżej kosztów wytworzenia, czyli stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wykazywane przez Zamawiającego niezgodności w kosztorysie ofertowym Odwołującego skład orzekający Izby rozpatrywał w kontekście przywołanego zarzutu braku wyceny wszystkich elementów mogących mieć wpływ na cenę ofertową, a tym samym na rażąco niską cenę. Zarzuty te nie mogą być natomiast rozpatrywane w kontekście niezgodności oferty z treścią SIWZ, ponieważ w niniejszym postępowaniu Zamawiający – jak wskazano powyżej – określił jako wiążące wynagrodzenie ryczałtowe. W tym przypadku kosztorys ofertowy ma jedynie znaczenie pomocnicze i może być oceniany przez Zamawiającego w kontekście prawidłowości ustalenia przez wykonawcę ceny ofertowej.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Skład orzekający Izby postanowił o uwzględnieniu złożonego odwołania bez nakazywania Zamawiającemu dokonywania konkretnych czynności. Izba uznała bowiem, że dokonując wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Odwołującego, Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 Pzp, natomiast nieprawidłowo rozstrzygnął w tym zakresie protest INTEGER S.A., częściowo go uwzględniając, co po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu skutkowałoby czynnością ponownego badania i oceny ofert. Dlatego też Izba uznała to rozstrzygnięcie za nie wywołujące skutków prawnych i faktycznych w postępowaniu w postaci konieczności wykonania przez Zamawiającego czynności ponownego badania i oceny ofert na podstawie art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. 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 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 we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*