

Sygn. akt: KIO/UZP 399/08

WYROK
z dnia 09.05.2008

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz
Członkowie: Agnieszka Trojanowska
Ryszard Tetzlaff
Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 09.05.2008 w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe MAREX sp. z o.o. 41-503 Chorzów, ul. Kolejowa 1** oraz **Urządzenie i Utrzymywanie Terenów Zieleni mgr inż. Marian Stych 41-706 Ruda Śląska, ul. Nowy Świat 66** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miejski Ośrodek Rekreacji i Sportu 41-500 Chorzów ul. Dąbrowskiego 113** protestu z dnia 16.04.2008

przy udziale **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX** po stronie odwołującego się oraz **XX** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe MAREX sp. z o.o. 41-503 Chorzów, ul. Kolejowa 1 oraz Urządzenie i Utrzymywanie Terenów Zieleni mgr inż. Marian Stych 41-706 Ruda Śląska, ul. Nowy Świat 66**

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 uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe MAREX sp. z o.o. 41-503 Chorzów, ul. Kolejowa 1 oraz Urządzenie i Utrzymywanie Terenów Zieleni mgr inż. Marian Stych 41-706 Ruda Śląska, ul. Nowy Świat 66**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4170 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sto siedemdziesiąt złotych zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe MAREX sp. z o.o. 41-503 Chorzów, ul. Kolejowa 1 oraz Urządzenie i Utrzymywanie Terenów Zieleni mgr inż. Marian Stych 41-706 Ruda Śląska, ul. Nowy Świat 66** na rzecz **Miejski Ośrodek Rekreacji i Sportu 41-500 Chorzów ul. Dąbrowskiego 113**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zwrotu kosztów zastępstwa przez pełnomocnika i kosztów dojazdu.
- 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 **Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe MAREX sp. z o.o. 41-503 Chorzów, ul. Kolejowa 1 oraz Urządzenie i Utrzymywanie Terenów Zieleni mgr inż. Marian Stych 41-706 Ruda Śląska, ul. Nowy Świat 66**

U z a s a d n i e

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez Miejski Ośrodek Rekreacji i Sportu, ul.

Dąbrowskiego 113, 41-500 Chorzów zwanego dalej „Zamawiającym” w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „ Rewitalizacja terenu przy ul. Cichej w Chorzowie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 marca 2008r. pod numerem 51905-2008.

Z pisma z dnia 16 kwietnia 2008r. złożonego przez spółkę „MAREX” Sp. z o.o. 41-503 Chorzów, ul. Kolejowa 1 będącego liderem konsorcjum firm : Urządzenie i Utrzymywanie Terenów Zieleni mgr inż. Marian Stych 41- 706 Ruda Śląska , ul. Nowy Świat 66 oraz “MAREX” Sp. z o.o. zwane dalej „Odwołującym” wynika, że oprotestowano czynność Zamawiającego w zakresie:

1. odrzucenia oferty Odwołującego,
2. wyboru najkorzystniejszej oferty,

oraz zarzucono Zamawiającemu :

1. obrazę przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2007r. nr 223 poz.1655) zwaną dalej „ustawą Pzp”
2. niewłaściwe zastosowanie procedur mających wpływ na wynik postępowania,
3. nierzetelność w przygotowaniu dokumentacji postępowania,
4. nierzetelność w dokonaniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

a w związku z tym :

1. naruszenie zasad uczciwej konkurencji,
2. rażące naruszenie prawa zamówień publicznych,
3. działanie na szkodę interesu publicznego,

mając powyższe na względzie Odwołujący wniósł o :

1. powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. rozstrzygnięcie postępowania na korzyść Spółki.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucił ofertę Odwołującego. Ofercie Odwołującego zarzucono niezgodność jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwanych dalej „siwz” lub “specyfikacją”, w zakresie pominięcia w kosztorysie ofertowym jednej pozycji z przedmiaru robót pod nazwą „dodatki”. Przy czym Zamawiający w siwz określił cenę za przedmiot zamówienia jako cenę ryczałtową. Natomiast przez niezasadne odrzucenie jego oferty Zamawiający dokonał wyboru oferty znacznie droższej od oferty Odwołującego.

Odwołujący nie zgadza się z twierdzeniem Zamawiającego, że decydujące znaczenie o prawidłowości oferty miało mieć sporządzenie kosztorysu ofertowego, ponieważ z żadnego zapisu siwz nie wynika, że wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy. W ocenie Odwołującego przedłożony przez Zamawiającego przedmiar robót oraz sporządzony na jego podstawie kosztorys ofertowy miał mieć znaczenie instrukcyjno-poglądowe. Zdaniem Odwołującego z niejasnej treści siwz, Zamawiający w zależności od aktualnej swojej woli usiłuje wywieść wnioski, które wcale z niego nie wynikają.

Ponadto, Odwołujący podniósł zarzut pod adresem spółki wybranej, że nie zawiera w swojej ofercie prawidłowo naliczonych podatków VAT, które powinny być zróżnicowane z uwagi na różnorodność występujących usług w przedmiotowym zamówieniu i stawki podatku VAT powinny się kształtować od 15 do 22 %.

Zamawiający wybierając ofertę ze stawką podatku VAT niezróżnicowaną nadpłaca

czym narusza dyscyplinę finansowców publicznych. Oczywiście zarzut ten Odwołujący kształtuje w sytuacji przyjęcia stanowiska Zamawiającego, że wynagrodzenie ma charakter wynagrodzenia kosztorysowego, a nie ryczałtowego.

Odwołujący w złożonym proteście zakwestionował sposób wyliczenia określonych robót w przedmiarze robót jako „dodatki”. Przy czym w ocenie Odwołującego roboty ujęte w pozycji „dodatki” znacznie przekraczają poziom wyznaczony przez Zamawiającego to jest od 1 do 3 %. Według wiedzy Odwołującego roboty te i usługi nie mogły być wyliczone według wskaźnika podanego przez Zamawiającego, ponieważ stanowią większy koszt niż podał to w przedmiarze robót Zamawiający. Natomiast niezależnie od okoliczności nie ujęcia w odrębnej pozycji kosztorysu – „dodatki” to Odwołujący twierdzi, że wliczył w cenę roboty nazwane przez Zamawiającego „dodatki” i to w większej wartości niż od 1 do 3 % wartości kosztorysowanych robót.

Reasumując swoje wywody, Odwołujący domaga się ponownej oceny ofert i dokonania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 22 kwietnia 2008r. Zamawiającym rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie. Odnosząc się do zarzutów Odwołującego, Zamawiający stwierdził, że nie są one poparte żadnymi okolicznościami faktycznymi i prawnymi, stąd Zamawiający nie jest w stanie się do nich odnieść i dlatego nie może ich uwzględnić.

Natomiast odnosząc się do zarzutu Odwołującego, że bezpodstawnie jego oferta została odrzucona z uwagi na błąd w kosztorysie to na dowód prawidłowo podjętej przez siebie decyzji przywołał następujące zapisy siwz :

1. Rozdział III SIWZ - ostatni akapit,
2. Rozdział X punkt I – piąty (ostatni) akapit,
3. Rozdział X punkt 1-1.1.,
4. Rozdział X punkt 1 -1.2.,
5. Rozdział X punkt 2 lit.a),e),i),
6. Rozdział XII,
7. Paragraf 1 wzoru umowy.

Z wyżej wymienionych regulacji Zamawiający wywodzi, że cena jest ceną kosztorysową, a nie jak twierdzi Odwołujący ryczałtową.

Kosztorys ofertowy jest integralną częścią oferty i jako taki stanowi część zobowiązania ofertowego (oświadczenie woli), które nie może ulec zmianie po otwarciu ofert, a na poparcie swojego twierdzenia przywołuje art.87 ust.1 i art. 140 ust.1 ustawy Pzp. .

Kosztorys ofertowy staje się integralną częścią umowy, po jej zawarciu.

Kosztorys nie zawierający wszystkich pozycji powoduje odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 w związku z zapisami rozdz. III, rozdz. X pkt 1 -1.1 siwz.

Odnosząc się do zarzutu niewłaściwej stawki podatku VAT, to Zamawiający oddala ten zarzut z uwagi na nie podanie okoliczności faktycznych i prawnych, z których zarzut Odwołujący wywodzi. Poza tym wskazuje na rozdział III Opis przedmiotu zamówienia, który dotyczy robót budowlanych i ziemnych na obiekcie sportowym.

Zarzut nr 10 dotyczący ujęcia w dodatkach robót, których wartość przekracza 3% wartości kosztorysowej, to zarzut ten Zamawiający oddala jako wniesiony po terminie, na podstawie art. 180 ust. 7 ustawy Pzp.

W ocenie Zamawiającego protest nie znajduje oparcia w obowiązujących przepisach prawa zamówień publicznych i dlatego Zamawiający nie powtórzy czynności żądanych w proteście.

Pismem z dnia 24 kwietnia 2008r. Odwołujący wniósł odwołanie wnosząc i wywodząc jak w proteście podnosząc, iż Zamawiający naruszył art.2 pkt 5, art.7 ust.1 i art. 29 ustawy Pzp wnosząc o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ewentualnie o unieważnienie postępowania z przyczyn uniemożliwiających zawarcie ważnej umowy oraz o orzeczenie o kosztach postępowania według norm przepisanych i przyznanie na rzecz Spółki kosztów postępowania od Zamawiającego.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Zamawiający pismem z dnia 11.04.2008 r. L.dz. 217/2008 zawiadomił Odwołującego (konsorcjum firm ; PHU Marex Sp. z o.o. w Chorzowie oraz Urządzenie i Utrzymywanie Terenów Zieleni mgr inż. Marian Stych, Ruda Śląska) o :

1. wykluczeniu Odwołującego na podstawie art.24 ust.1 pkt 10 w związku z art. 24 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na brak uprawnień Pani Kasperek Anieli w zakresie sieci wod-kan, ponieważ dołączone uprawnienia dotyczą tylko instalacji sanitarnych. Poza tym Zamawiający wskazał również na brak uprawnień Pana Adama Klicha, wpisanego do załącznika nr 5 do siwz.
2. nie wzywaniu do uzupełnienia dokumentów, ponieważ oferta pomimo uzupełnienia dokumentów i tak podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na to, że w kosztorysie ofertowym pominięto tabelkę z przedmiaru robót o nazwie "dodatki" i obejmującej koszty utylizacji gruzu, asfaltu i składowania ziemi.
3. wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą uznano ofertę konsorcjum firm PPHU Synkret Sp. z o.o. w Chorzowie i "OGRÓD" Usługi Ogrodnicze Leszek Kułak w Skwierzynie oraz ZODIAK S.C. Tadeusz Wolny, Marzena Łoszek Ruda Śląska.

Odwołujący pismem z dnia 16 kwietnia 2008 r. złożonym w dniu 17.04.2008 r. do Zamawiającego oprotestował czynności Zamawiającego w zakresie odrzucenia jego oferty z powodu pominięcia w kosztorysie ofertowym pozycji pod nazwą „dodatki” (koszty utylizacji gruzu, asfaltu i składowania ziemi), twierdząc, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy i Odwołujący nie ma obowiązku sporządzenia kosztorysu ofertowego zawierającego wszystkie pozycje z przedmiaru robót załączonych do siwz. Składając protest zażądał :

1. powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. rozstrzygnięcia postępowania na korzyść Spółki.

Na rozprawie pełnomocnik Zamawiającego między innymi podniósł zarzut braku interesu prawnego po stronie Odwołującego do wniesienia odwołania z uwagi na to, że Odwołujący nie zaskarżył czynności wykluczenia z postępowania (brak

uprawnień Pani Kasperek Anieli, brak uprawnień Pana Adama Klicha), a tylko ograniczył się do zaskarżenia decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty (w kosztorysie ofertowym pominięto tabelkę z przedmiaru robót o nazwie "dodatki").

W ocenie składu orzekającego Izby podniesiony przez Zamawiającego zarzut braku interesu prawnego po stronie Odwołującego jest uzasadniony, ponieważ Odwołujący nie zaskarżając czynności wykluczenia z postępowania spowodował, że po bezskutecznym upływie terminu do wniesienia protestu co nastąpiło w dniu 18.04.2008 r., decyzja Zamawiającego o wykluczeniu z postępowania stała się ostateczna.

Odwołujący chcąc dalej uczestniczyć w postępowaniu powinien zaskarżyć nie tylko decyzję o odrzuceniu oferty, ale jednocześnie decyzję o wykluczeniu z postępowania. Zaskarżając decyzję o wykluczeniu powinien to dokonać bądź przez zaskarżenie bezczynności Zamawiającego wezwania do uzupełnienia dokumentów, jeżeli był ich brak, bądź przez zaskarżenie decyzji o wykluczeniu, jeżeli do oferty załączone były prawidłowe dokumenty.

Bezczynność Odwołującego, co do wykluczenia z postępowania spowodowała brak interesu prawnego do wnoszenia odwołania. Zgodnie z art.179 ustawy Pzp środki ochrony prawnej (protesty, odwołania, skarga do sądu) przysługują, jeżeli interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku z powodu naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego. Skoro Odwołujący zrezygnował w ustawowym terminie 7 dni ze złożenia protestu do Zamawiającego na czynność wykluczenia to należy uznać, że nie jest zainteresowany w uzyskaniu zamówienia, a przez to nie posiada interesu prawnego we wnoszeniu odwołania.

W tym stanie rzeczy skład orzekający Izby orzekł o oddaleniu odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono zgodnie z art.191 ust.6 i 7 ustawy Pzp, zasądzając koszty zastępstwa procesowego i poniesione wydatki pełnomocnika Zamawiającego oraz zwrot kosztów przejazdu Zamawiającego do kwoty 4170,00 zł.

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 Katowicach.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*