

**Sygn. akt KIO/UZP 577/08**

**WYROK**  
**z dnia 26 czerwca 2008 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Stanisław Sadowy**

**Członkowie: Małgorzata Rakowska  
Barbara Bettman**

**Protokolant: Dorota Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 czerwca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Vectra S.A., 09-407 Płock, ul. Otolińska 21** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Targówek, 00-983 Warszawa, Ludwika Kondratowicza 20** protestu z dnia 4 czerwca 2008 r.

przy udziale **Budbaum S.A., 15-381 Białystok, ul. Wojsk Ochrony Pogranicza 9B** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.**

**2. kosztami postępowania obciąża Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Targówek, 00-983 Warszawa, Ludwika Kondratowicza 20**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery zł) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Vectra S.A., 09-407 Płock, ul. Otolińska 21**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery zł) przez **Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Targówek, 00-983 Warszawa, Ludwika Kondratowicza 20** na rzecz **Vectra S.A., 09-407 Płock, ul. Otolińska 21**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania
- 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 35 963 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt trzy zł) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Vectra S.A., 09-407 Płock, ul. Otolińska 21**

## Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa Dzielnica Targówek, 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), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *„Budowa zespołu komunalnej wielorodzinnej zabudowy mieszkaniowej z garażami podziemnymi, usługami, placami zabaw i gospodarczymi oraz infrastrukturą techniczną, przebudową ul. Piotra Skargi z zatokami parkingowymi i zjazdem z ul. M. Ossowskiego, przebudową sieci kanalizacyjnej, budową przyłączy instalacyjnych na terenie przy ul. M. Ossowskiego w Warszawie”*. Znak sprawy: 341-P-20/08.

Ogłoszenie o zamówieniu Zamawiający przekazał Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 11.03.2008 r., opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym UE 2008/S 50-068398 z dnia 12.03.2008 r.

Zamawiający ogłoszenie zamieścił w miejscach wskazanych w art. 40 ust. 1 i 5 Pzp.

Do upływu terminu składania ofert złożono 5 ofert.

W dniu 03.06.2008 r. Zamawiający zawiadomił, za pomocą faksu, wykonawców, którzy złożyli oferty, o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę – BUDBAUM S.A. ul. Wojsk Ochrony Pogranicza 9B, 15-381 Białystok. W zawiadomieniu tym Zamawiający zawarł również informację o wykluczeniu jednego z wykonawców z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia i odrzuceniu oferty tego wykonawcy, a także o odrzuceniu trzech innych ofert. Zgodnie z treścią tego zawiadomienia, Zamawiający działając na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, odrzucił m.in. ofertę złożoną przez wykonawcę - „VECTRA” S.A. ul. Otolińska 21, 09-407 Płock, zwanego dalej „Odwołującym”, gdyż – w ocenie Zamawiającego – jej treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia („SIWZ”), gdyż w kosztorysie ofertowym stanowiącym załącznik do oferty nr 10a-budynek w poz. 103 przyjęto beton B25 zamiast wymaganego B30 zgodnie z przedmiarem robót stanowiącym załącznik do SIWZ nr 7a-budynek.

W dniu 04.06.2008 r. do Zamawiającego wpłynął protest Odwołującego wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

- wyboru jako najkorzystniejszej oferty firmy BUDBAUM S.A,
- odrzucenia oferty Odwołującego.

W proteście tym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3 oraz podniósł, iż gdyby doszło do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego byłaby ona nieważna na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp.

Jednocześnie, Odwołujący wniósł o uchylenie oprotestowanych czynności Zamawiającego oraz o powtórzenie czynności oceny ofert i dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego. „Podana cena sporządzona na podstawie przedmiarów, w wysokości - 37.269.203,12 zł została obliczona w sposób prawidłowy. Przedmiar stanowiący zał. Nr 7a do SIWZ zamieszczony przez Zamawiającego na stronie internetowej (w wersji programu kosztorysowego – kst) w pozycji 103 w opisie wskazuje na konieczność przyjęcia betonu klasy B25. W ofercie Protestującego w pozycji 103 przyjęto beton klasy B25.

Ponadto „Projekt Wykonawczy Konstrukcji” będący częścią SIWZ i zawarte w nim rysunki: „strop kond 0 cz. II”, „strop kond 1 cz. II”, „stropy 3-9 cz. II”, „strop kond 10”, „strop kond 11 12”, „strop kond13” wskazują, że wieńce w poziomie stropu nad 10, 11-12, 13 kond. cz. II (elementy przedmiarowe w poz. 103 przedmiaru 7a) powinny być wykonane z betonu klasy B25.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu swoje przystąpienie złożył Wykonawca – BUDBAUM S.A., odpierając podniesione w proteście zarzuty. Przystąpienie to Zamawiający otrzymał w dnia 06.06.2008 r., za pomocą faksu, w odpowiedzi na wezwanie doręczone w dniu 04.06.2008 r.

Wykonawca BUDBAUM S.A. w swoim przystąpieniu wskazał na bezzasadność podnoszonych w proteście zarzutów. Podniósł, przede wszystkim, że w piśmie z dnia 18.04.2008 r. – odpowiedzi na zapytania wykonawców, Zamawiający jednoznacznie wskazał, iż w przedmiarze robót budowlanych poz. 102 dodatek na pogrubienie płyty należy przyjąć beton B30 (odpowiedź na pytanie 3 – dotyczy pisma z dnia 25.03.2008 r.). Belki i podciągi ujęte w poz. 103 przedmiaru robót są technologicznie związane z płytą stopową i zgodnie z zasadami sztuki budowlanej powinny być wykonane z betonu tej samej klasy, tj. betonu B30. Przystępujący podniósł także, iż potwierdza to także opis przedmiotu zamówienia w części graficznej - rysunki dokumentacji projektowej (rysunki nr 20.21,22,23 projektu konstrukcyjnego Tom I). Wykonanie robót budowlanych musi być zgodne zarówno z opisem przedmiotu zamówienia (dokumentacja projektowa) oraz zasadami sztuki budowlanej.

Rozstrzygnięciem z dnia 11.06.2008 r. Zamawiający oddalił protest, jako bezzasadny. W uzasadnieniu tej decyzji Zamawiający podniósł, co następuje.

Zamawiający w części XII pkt 1, pkt 2 SIWZ wskazał, że „cenę oferty, o której mowa powyżej należy ustalić na podstawie sporządzonych przez Wykonawcę kosztorysów ofertowych opracowanych metodą uproszczoną w oparciu o przekazane przedmiary robót i udostępnioną dokumentację projektową – załączniki nr 7a, 7b, 7c, 7d, 7e, 7f, 7g, 7h, 7i, 7j i 7k do SIWZ”. Wykonawca sporządzając kosztorysy ofertowe winien więc oprzeć się na przedmiarach robót i dokumentacji projektowej.

Zamawiający niezależnie od przedmiarów robót, w celu ułatwienia wykonawcom sporządzenia kosztorysów ofertowych zamieścił na własnej stronie internetowej kosztorys „ślepy”, którego nie można utożsamiać z przedmiarem robót.

Zamawiający przyznał, że w przedmiarze robót nr 7a – budynek, w poz. 102, a także w dokumentacji projektowej dla wykonania stropów powyżej garażu błędnie wskazał beton B25. W trakcie postępowania wpłynęło zapytanie od Wykonawcy, o treści: „W przedmiarze robót budowlanych poz. 102 dodatek za pogrubienie płyty powinien być wykonany z tego samego betonu – prosimy o zmianę betonu na B30”, na które w piśmie z dnia 18.04.2008 r. Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: W przedmiarze robót budowlanych poz. 102 dodatek za pogrubienie płyty przyjąć beton B30”.

Wskazując na powyższe, Zamawiający stwierdził, iż jednoznacznie i czytelnie wskazał, że elementy konstrukcyjne stropów winny być wykonane z betonu B30.

Od rozstrzygnięcia protestu, pismem z dnia 13.06.2008 r., złożonym w tej samej dacie, w placówce pocztowej operatora publicznego, Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa UZP, jednocześnie przekazując jego kopię Zamawiającemu.

Odwołujący podtrzymał w odwołaniu zarzuty zawarte w proteście oraz wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 18.06.2008 r. do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, złożył swoje przystąpienie wykonawca – BUDBAUM S.A.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska

uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zgodnie z art. 31 ust. 1 Pzp zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, a w przypadku, gdy przedmiot zamówienia obejmuje zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych – za pomocą programu funkcjonalno-użytkowego. Szczegółowy zakres i formę tych opracowań określa rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072 z późn. zm.).

Zakres dokumentacji projektowej ustala zamawiający, stosownie do przepisu par. 3 powołanego wyżej Rozporządzenia Ministra Infrastruktury. Dokumentacja projektowa, służąca do opisu przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, dla których jest wymagane uzyskanie pozwolenia na budowę, winna zawierać w szczególności opracowania wymienione w par. 4 ust. 1 powołanego Rozporządzenia, w tym przedmiar robót.

Obowiązkiem zamawiającego, zgodnie z art. 29 ust. 1 Pzp, jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Stosownie do ust. 2 tego artykułu, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Skład orzekający Izby ustalił, iż Zamawiający zamieścił na własnej stronie internetowej m.in. opis przedmiotu zamówienia, w tym *przedmiar robót* w dwóch formatach plików: w formacie PDF i w formacie kst. Ten ostatni był dostępny dla posiadaczy oprogramowania Norma (lub analogicznego programu) i możliwy do edycji.

Plik kst zawierał wszystkie dane objęte przedmiarem zamieszczonym w formacie PDF i w formie pisemnej- umożliwiające opracowanie kosztorysu ofertowego. Jedyną różnicą dotyczyła poz. 103 przedmiaru na roboty konstrukcyjne – stropy, która w formacie PDF zakładała zastosowanie betonu klasy B30, natomiast w formacie kst – betonu B25.

Zamawiający nie określił według, którego formatu przedmiar jest wiążący. Nie zastrzegł w SIWZ i nie pouczył wykonawców, że obowiązującą wersją przedmiaru jest zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego wersja w formacie PDF a także wersja papierowa.

Z tej przyczyny, niektórzy wykonawcy: PB-U DORBUD S.A. z siedzibą w Kielcach, Lis Paweł prowadzący działalność gospodarczą pn.: Roboty Ogólnobudowlane i Remontowe –

Warszawa oraz Odwołujący posłużyli się danymi zamieszczonymi przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego w formacie kst, oferując wykonanie robót określonych w poz. 103 - elementów konstrukcyjnych stropów przy użyciu betonu B25.

Skład orzekający Izby uznał, że treść tych plików powinna być tożsama, dane w nich zawarte nie powinny różnić się między sobą. Jednocześnie, wykonawcy nie byli obowiązani sprawdzić zgodności zawartych w nim danych, w poszczególnych pozycjach przedmiaru, z danymi w przedmiarze robót zamieszczonym na stronie internetowej w formacie PDF, jak również sporządzonym w formie papierowej. Należy zaznaczyć, że wykonawcy nie są obowiązani do nabycia SIWZ od zamawiającego ani korzystać z dokumentów znajdujących się w jego siedzibie. Obowiązek udostępnienia SIWZ na stronie internetowej zamawiającego należy rozumieć w ten sposób, że zamawiający powinien umożliwić wykonawcy złożenie prawidłowej oferty bez konieczności ubiegania się o wersję papierową SIWZ.

Obowiązek prawidłowego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w tym opisanie przedmiotu zamówienia obciąża bowiem zamawiającego, w myśl art 29 ust. 1 i 2 Pzp. i nie może naruszać uczciwej konkurencji, co potwierdza również treść art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołujący uprawniony być sporządzić kosztorys ofertowy w oparciu o przedmiar robót, który Zamawiający zamieścił w formacie kst. Możliwość edytowania formatu kst nie pozbawia dokumentu opracowanego w tym formacie charakteru przedmiaru robót. Potwierdzeniem powyższej argumentacji jest również brzmienie postanowienie zawartego w rozdziale VI ust. Pkt 10 SIWZ, wskazujące, że kosztorysy ofertowe winny być *„sporządzone na bazie przekazanych przedmiarów robót i udostępnionej dokumentacji projektowej – załączniki nr 7a (...)*”. Zamawiający wyraźnie wskazał, że podstawą do sporządzenia kosztorysu ofertowego są przedmiary robót, zatem w obydwu udostępnionych na stronie internetowej formatach plików, a zawartość wymienionych wyżej przedmiarów (plików) winna być identyczna.

Skład orzekający Izby uznał, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający naruszył art. 31 ust.1 i 29 ust. 1 i 2 Pzp poprzez nieprawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia, gdyż w poz. 103 przedmiaru robót, opracowanym w formacie kst, błędnie określił klasę betonu do zrealizowania robót konstrukcyjnych – stropów. Błąd ten powielił Odwołujący, a także inni wykonawcy, co skutkowało odrzuceniem ich ofert. Jednocześnie, Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty spośród innych ofert złożonych przez

wykonawców, którzy akurat posłużyli się przedmiarem udostępnionym formacie PDF lub formie papierowej, które nie zawierały błędu w omawianej poz. 103 przedmiaru.

Wadliwa czynność Zamawiającego nie może być konwalidowana na obecnym etapie postępowania o zamówienie (po upływie terminu składania ofert).

W ocenie składu Orzekającego Izby postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, skutkującą unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia, w świetle art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zgodnie, bowiem z art. 146 ust. 1 pkt 6 Pzp umowa jest nieważna, jeżeli w postępowaniu o udzielenie zamówienia doszło do naruszenia przepisów określonych w ustawie, które miało wpływ na wynik tego postępowania. Oferta Odwołującego zawierała najniższą cenę, a więc została by wybrana jako najkorzystniejsza według ustalonego kryterium. Wskutek błędu popełnionego przez Zamawiającego w dokumentacji składającej się na opis przedmiotu zamówienia została jednak zdyskwalifikowana przez odrzucenie.

Mając powyższe na względzie, na podstawie art. 191 ust. 3 zd. drugie, Pzp skład orzekający Izby z urzędu unieważnił przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia.

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



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 **Warszawa Praga**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....