

Sygn. akt: KIO/UZP 669/08

WYROK
z dnia 15 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Członkowie: Jolanta Markowska
Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lipca 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Franciszka Wacha prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe, Kazanów, ul. Plac Partyzantów 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Garbatka-Letnisko, Garbatka-Letnisko, ul. Skrzyńskich 1** protestu z dnia 23 czerwca 2008 r.

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie,**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Franciszka Wacha prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe, Kazanów, ul. Plac Partyzantów 1 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 **Franciszka Wacha prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Uslugowo-Handlowe, Kazanów, ul. Plac Partyzantów 1,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 599 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) przez **Franciszka Wacha prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Uslugowo-Handlowe, Kazanów, ul. Plac Partyzantów 1** na rzecz **Gminy Garbatka-Letnisko, Garbatka-Letnisko, ul. Skrzyńskich 1,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) 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 **Franciszka Wacha prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Uslugowo-Handlowe, Kazanów, ul. Plac Partyzantów 1.**

Uzasadnienie

Zamawiający, tj. Gmina Garbatka-Letnisko prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na termomodernizację wraz z pracami towarzyszącymi w budynku szkoły w Garbatce-Letnisko.

W dniu 18 czerwca 2008 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Romana Jana Saczywko prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Saczywko Roman „RO.SA.-BUD” Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe. Oferta wykonawcy Franciszka Wacha prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej ustawą Pzp, z uwagi na dokonane zmiany w ilościach określonych w poszczególnych pozycjach kosztorysu w stosunku do kosztorysu stanowiącego załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Na powyższą czynność złożył w dniu 23 czerwca 2008 r. protest wykonawca Franciszek Wach zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie oraz art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a, b i c ustawy Pzp przez brak jego zastosowania.

Zdaniem Protestującego, Zamawiający odrzucając jego ofertę błędnie przyjął, iż wynagrodzenie za realizację przedmiotowego zamówienia jest wynagrodzeniem kosztorysowym, podczas gdy wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, co wynika z pkt 1 Formularza ofertowego oraz pkt 2, 10 i 11 Rozdziału XII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W ocenie Protestującego w sytuacji, gdy wynagrodzenie za realizację zamówienia ma charakter ryczałtowy, błędy w kosztorysie nie mają znaczenia. Kosztorys jest pomocny jedynie przy rozliczaniu robót dodatkowych bądź zamiennych oraz dokonywaniu odbiorów częściowych. Nie określa on jednak przedmiotu umowy, który jest zawarty w dokumentacji technicznej i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zgodnie z którymi wykonawca zobowiązany jest wykonać zamówienie, na dowód czego składa stosowne oświadczenie w ofercie. Uzasadniając swoje stanowisko Protestujący powołał się na wyroki Zespołów Arbitrów oraz publikacje w prasie ogólnopolskiej.

Protestujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Protestującego,

- dokonanie powtórnej oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Protest został złożony z zachowaniem terminu ustawowego z art. 180 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 27 czerwca 2008 r. przez jego oddalenie. Wskazał, iż podstawą odrzucenia oferty była niezgodność kosztorysu szczegółowego z kosztorysem załączonym przez Zamawiającego do dokumentacji przetargowej. Zamawiający wymienił następujące pozycje kosztorysu na wykonanie prac termomodernizacyjnych, w których stwierdził ww. niezgodność:

- poz. 2 – cena pracy rusztowań została podana w oparciu o m², zaś Zamawiający wymagał podania tej ceny w oparciu o maszyno-godziny,
- poz. 2 – w cenie oferty nie uwzględniono wartości pracy rusztowań, w rubrykach R, M, S wstawiono „0”,
- poz. 15 – zaniżono nakład robocizny (policzono 0,108 zamiast 0,36) oraz pominięto nakład pasta emulsyjna,
- poz. 20 – zaniżono nakłady płyty styropianowej (wpisano 0,1m³/m² zamiast 0,106m³/m²),
- poz. 21 - zaniżono nakłady płyty styropianowej (wpisano 0,13m³/m² zamiast 0,137 m³/m²),

Jednocześnie Zamawiający poinformował, iż od rozstrzygnięcia protestu nie przysługuje odwołanie.

Wobec powyższego, w dniu 1 lipca 2008 r. wykonawca Franciszek Wach wniósł odwołanie zarzucając, jak w proteście, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a, b i c ustawy Pzp. Odwołujący podtrzymał argumentację podniesioną w proteście i stwierdził, że drobne nieścisłości w kosztorysie nie mają znaczenia przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia.

Odwołujący wniósł o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- dokonanie powtórnej oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało złożone z zachowaniem terminu i warunku jednoczesności przekazania Zamawiającemu kopii odwołania, wynikających z art. 184 ust. 2 ustawy Pzp.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

W tym stanie faktycznym, uwzględniając oryginalną dokumentację z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedłożoną przez Zamawiającego oraz oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego złożone na rozprawie, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie jest zasadne i jako takie nie podlega uwzględnieniu.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu środków ochrony prawnej jako podmiot, którego interes prawny może doznać uszczerbku. Odwołujący jest jednym z dwóch wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne, a jego oferta jest niższa cenowo (przy kryterium oceny ofert: cena 100%).

Wskazać należy, iż nieuprawnione jest pouczenie Odwołującego dokonane przez Zamawiającego, że od rozstrzygnięcia protestu nie przysługuje odwołanie. Jak wynika z protokołu postępowania (druk ZP-2), szacunkowa wartość zamówienia została przez Zamawiającego określona w dniu 15 kwietnia 2008 r. na kwotę 1 724 860,30 zł, tj. zgodnie z przeliczeniem dokonany na podstawie kursu złotego w stosunku do euro wskazanego w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 grudnia 2007 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 241, poz. 1763), stanowi wartość 444 884,14 euro. Biorąc pod uwagę powyższe oraz dyspozycję art. 184 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołującemu przysługuje w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne środek ochrony prawnej w postaci odwołania, bowiem przepis ten uzależnia możliwość jego wniesienia od wartości zamówienia, która powinna być równa lub większa od kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi. Kwoty, o których mowa w ww. art. 11 ust. 8 ustawy Pzp to zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 grudnia 2007 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich (Dz. U. z 2007 r. Nr 241, poz. 1762), odpowiednio 133 000 euro, 206 000 euro i 412 000 euro. Błędne pouczenie dokonane przez Zamawiającego stanowi naruszenie ustawy Pzp, jednak nie ma ono wpływu na możliwość zawarcia ważnej umowy tym bardziej, iż Odwołujący ze swego prawa skorzystał.

Kwestią bezsporną jest w przedmiotowym stanie faktycznym, że cena za realizację przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy, co zostało wyraźnie stwierdzone w treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (Rozdział XII, pkt 2, 10, 11, 16, Formularz Ofertowy pkt 1). W przypadku określenia ceny jako ryczałtowej, sposób jej obliczenia nie ma znaczenia, a ewentualne omyłki rachunkowe należałoby poprawić zgodnie z dyspozycją art. 88 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Jednakże Izba stwierdziła, że przyczyna niezgodności oferty Odwołującego z treścią Specyfikacji nie leży w sposobie obliczenia ceny, a w zakresie zamówienia zawartym w kosztorysie ofertowym. Niezgodność złożonego przez Odwołującego kosztorysu z kosztorysem załączonym do Specyfikacji dotyczy m.in. ilości nakładu pracy i nie uwzględnienia części materiałów. Na rozprawie Odwołujący stwierdził, że zapisy zawarte przez Zamawiającego w pozycjach 2 i 15 kosztorysu są błędne tj. pracę rusztowań liczy się w m², a nie maszynogodzinach, pasta emulsyjna asfaltowa jest zbędna przy wykonaniu izolacji przeciwwilgociowej i przeciwwodnej z folii polietylenowej, dlatego nie zastosował się do nich i dokonał prawidłowych, w swojej ocenie, zapisów. Wskazać należy, iż w przypadku, gdy treść dokumentacji przetargowej jest niejednoznaczna lub zawiera braki czy błędy, wykonawcom przysługuje prawo zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie dokonanych zapisów (art. 38 ustawy Pzp), jak też prawo złożenia protestu na treść dokumentacji (art. 180 ustawy Pzp). Zamawiający przewidział powyższe zawierając w pkt 15 Rozdziału XII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zapis, iż w przypadku stwierdzenia braków, wad lub sprzeczności w dostarczonych przez Zamawiającego do opracowania kosztorysu materiałach, wykonawca powinien niezwłocznie o tym fakcie powiadomić Zamawiającego. Odwołujący ze swych praw nie skorzystał, ponieważ, jak stwierdził na rozprawie, zbyt późno zapoznał się z treścią Specyfikacji, zatem zobowiązany był przygotować ofertę zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Stwierdzone w kosztorysie złożonym przez Odwołującego uchybienia rzutują na zakres zamówienia, a ryczałtowy charakter wynagrodzenia nie konwaliduje kosztorysu pod względem jego niezgodności z treścią Specyfikacji. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, z treści Specyfikacji i wzoru umowy wynika, iż kosztorys ma znaczenie dla Zamawiającego. Zwrócić należy uwagę na treść pkt 3 Rozdziału XII Specyfikacji, zgodnie z którym brak wypełnienia i określenia wartości w pozycji spowoduje odrzucenie oferty oraz pkt 4 Rozdziału XII Specyfikacji, gdzie Zamawiający uprzedził wykonawców, że wprowadzenie jakichkolwiek zmian w ilościach określonych przez niego w poszczególnych pozycjach kosztorysu spowoduje odrzucenie oferty. Ponadto we wzorze umowy stanowiącym Załącznik nr 3 do Specyfikacji, w § 4 ust. 1.1 pkt 3 Zamawiający zawarł zapis, iż wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot umowy zgodnie ze złożoną ofertą, w tym kosztorysem ofertowym

i specyfikacją techniczną.

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, iż w przypadku, gdy Odwołujący dokonał zmian w kosztorysie przez zmianę zakresu rzeczowego tj. nakładu pracy, ilości materiałów czy brak ich wskazania, nie jest możliwe porównanie jego oferty z ofertą innego wykonawcy, który dokonał obliczeń zgodnie z zakresem prac i wymaganiami Zamawiającego. Ponadto, wobec wskazanych powyżej, dokonanych przez Odwołującego zmian w zakresie zamówienia i sposobie jego realizacji, Zamawiający nie może mieć pewności czy Odwołujący zrealizuje zamówienie w pełni zgodnie z jego wymogami.

Mając na uwadze, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. a, b, c oraz art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 a i b 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Radomiu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....