

**WYROK**  
z dnia 17 grudnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Dagmara Gałczewska-Romek

**Członkowie:** Emil Kuriata  
Izabela Nledziałek-Bujak

**Protokolant:** Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budowlane „ZUR” Sp. z o.o., ul. Toruńska 7, 44-10 Gliwice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Miasto Ruda Śląska, plac Jana Pawła II 6, 41-709 Ruda Śląska** protestu z dnia 7 października 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Spółdzielnia Rzemieślnicza „BUDREM”, ul. Katowicka 18, 41-710 Ruda Śląska** zgłaszającego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Ruda Śląska, plac Jana Pawła II 6, 41-709 Ruda Śląska i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Budowlane „ZUR” Sp. z o.o., ul. Toruńska 7, 44-10 Gliwice,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Gminę Miasto Ruda Śląska, plac Jana Pawła II 6, 41-709 Ruda Śląska** na rzecz **Przedsiębiorstwa Budowlanego „ZUR” Sp. z o.o., ul. Toruńska 7, 44-10 Gliwice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty zaliczonej w poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczonego przez Odwołującego,
- ~~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 **5 538 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Budowlanego „ZUR” Sp. z o.o., ul. Toruńska 7, 44-10 Gliwice.**

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

Zamawiający - Ruda Śląska prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest budowa sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej nr 4 w Rudzie Śląskiej ul. Tołstoja 1.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 6 sierpnia 2009 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 128737 – 2009.

Pismem z dnia 7.10.2009 roku odwołujący – Przedsiębiorstwo Budowlane ZUR Sp. z o.o. wniósł protest na czynności zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty odwołującego na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Spółdzielnię Rzemieślniczą „Budrem”, zarzucając naruszenie art. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 p. 2 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego zamawiający przewidział w przedmiotowej umowie wynagrodzenie ryczałtowe, na co choć nie wprost, wskazują postanowienia siwz i wzoru umowy (rozdział XVII, a szczególnie opis umieszczony w załączniku nr 5 i w rozdziale XI p 2.2. Z opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 5) wynika, że w ofercie należy uwzględnić całość zagadnień, również tych, które nie zostały ujęte w przedmiarze robót tzn. roboty zasadnicze, pomocnicze, socjalne, administracyjne. Wskazał, że w formularzu ofertowym potwierdził oświadczeniem, że przedmiot oferty jest zgodny z przedmiotem zamówienia. Prace

geodezyjne są czynnościami pomocniczymi przy robotach budowlanych i zostały wycenione przez odwołującego w kosztach ogólnych. Odwołujący podkreślił, że treścią oferty nie jest świadczenie usługi geodezyjnej, lecz budowa obiektu, a przy wycenie oferty uwzględniono wszystkie elementy konstrukcyjne, obsługę, robociznę i materiały.

Zamawiający pismem z dnia 12.10.2009 roku protest oddalił, wskazując, że powodem odrzucenia oferty odwołującego była niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) oraz błąd w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp). Jako podstawę faktyczną zamawiający wskazał, że w kosztorysie ofertowym odwołujący nie uwzględnił pozycji dotyczącej obsługi geodezyjnej, którą zamawiający dodał do przedmiaru w odpowiedzi na zapytania wykonawców nr 4 z dnia 4 września 2009 roku. Dla oceny zaistniałej sytuacji nie ma znaczenia to, czy wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy ma charakter ryczałtowy, czy też kosztorysowy. Pominięcie pozycji w każdym przypadku jest traktowane bowiem jako niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Błędu takiego nie można również poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, o czym świadczy orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem, iż w rozpatrywanym przypadku mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym oraz że kosztorys ma jedynie znaczenie pomocnicze.

Nie zgadzając się z decyzją zamawiającego, odwołujący w dniu 16 października 2009 roku wniósł do Prezesa UZP odwołanie, podtrzymując argumentację zawartą w proteście odnośnie niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego.

Do postępowania odwoławczego zgłosiła swoje przystąpienie po stronie zamawiającego Spółdzielnia Rzemieślnicza „Budrem”, wnosząc o oddalenie odwołania.

**Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania w szczególności: treści ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz oferty odwołującego a także biorąc pod uwagę stanowiska stron, zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Przedmiot zamówienia jakim jest budowa sali gimnastycznej przy Szkole Podstawowej nr 4 w Rudzie Śląskiej został szczegółowo opisany w przedmiarze robót - załącznik nr 5a, dokumentacji projektowej (budowlano – wykonawczej) – załącznik nr 5 b, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych – załącznik nr 5 c.

W rozdziale XI pkt 2.2 siwz, zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego, sporządzonego w formie uproszczonej, zgodnie z załącznikami 5a, 5b, 5c.

W rozdziale XVIII Opis sposobu obliczenia ceny wymagał podania ceny ofertowej na formularzu oferty, zgodnie z załącznikiem nr 1 do siwz. W pkt 2 wskazał, że podana cena ofertowa musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, załączonych przedmiarów robót, dokumentacji projektowej budowlano – wykonawczej.

W § 10 wzoru umowy, załączonego do siwz, zamawiający wskazał, że za wykonanie całości przedmiotu umowy określonego w § 1 strony ustalają wynagrodzenie umowne.

Pismem z dnia 4 września 2009 roku, w odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców, zamawiający wskazał, że po stronie wykonawcy jest zapewnienie pełnej obsługi geodezyjnej w trakcie trwania inwestycji oraz wykonanie dokumentacji powykonawczej geodezyjnej z naniesieniem do zasobów geodezyjno – kartograficznych. Powyższe czynności należy uwzględnić w odrębnej pozycji (kalkulacja indywidualna) na końcu rozdziału roboty budowlane.

W oparciu o zbiorcze zestawienie ofert (druk ZP-12) Izba ustaliła, że w postępowaniu złożono 8 ofert, w tym oferta odwołującego z ceną 4 422 384,97 zł brutto, zaś oferta wybrana Spółdzielni Rzemieślniczej „Budrem” z ceną 4 604 374, 05 zł brutto. Wszyscy wykonawcy zaproponowali 5 - letni okres gwarancji, co powoduje, że w kryterium cena uzyskali taką samą, maksymalną ilość punktów – 5.

Izba ustaliła także, że w kosztorysie budowlanym zamieszczonym w ofercie Spółdzielni Rzemieślniczej „Budrem” w poz. 5.6.3 ujęto pozycję „pomiarów geodezyjnych (zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego pismo nr AP.341-94/09 z dnia 4.09.2009 roku), których wartość wyceniono na kwotę 6 000 zł brutto.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a odwołujący, którego oferta została odrzucona z udziału w postępowaniu legitymuje się interesem prawnym, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Uwzględnienie zarzutów zawartych w odwołaniu stwarza odwołującemu szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Bezspornym między stronami jest, że w ofercie odwołującego brak wskazania w kosztorysie ofertowym odrębnej pozycji dotyczącej obsługi geodezyjnej oraz wykonania dokumentacji powykonawczej.

Okoliczność braku odrębnego ujęcia obsługi geodezyjnej w kosztorysie ofertowym odwołującego nie świadczy jednoznacznie o braku ujęcia i wyceny tych prac w cenie oferty. Odwołujący wyjaśnił, że obsługę geodezyjną ujął w kosztach ogólnych, a zamawiający nie zaprzeczył, że taki sposób kalkulowania ceny oferty jest niedopuszczalny.

Zdaniem Izby, błąd w postaci nie zastosowania się do wskazań i wymagań zamawiającego zawartych w piśmie z dnia 4 września 2009 roku można rozpatrywać ewentualnie w kontekście naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba zwraca jednak uwagę na okoliczność, że przepis należy stosować jedynie w przypadku niezgodności treści oferty z treścią a nie formy.

W rozpatrywanych okolicznościach faktycznych sprawy, brak odrębnego ujęcia w kosztorysie budowlanym złożonym wraz z ofertą przez odwołującego pozycji dotyczącej obsługi geodezyjnej, mieści się w katalogu naruszeń co do formy a nie treści oferty. Zgodzić należy się z odwołującym, że obsługa geodezyjna przy realizacji zamówienia polegającego na budowie sali gimnastycznej jest usługą pomocniczą, immanentnie związaną ze świadczeniem głównym, objętym zamówieniem. Niemożliwym jest dokonanie wyceny i realizacji zamówienia polegającego na budowie sali gimnastycznej bez przeprowadzenia innych usług pomocniczych takich jak np: obsługa geodezyjna, zagospodarowanie i zorganizowanie terenu budowy i innych wskazanych przez odwołującego prac pomocniczych.

Izba podziela także stanowisko zawarte w wyroku z dnia 30 września 2009 roku Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt V Ca 1660/09, w którym Sąd wskazał, że „brak zestawienia pozostałych kosztów może być poczytany jedynie jako ewentualny brak formalny oferty, nie związany jednak z treścią tej oferty”. Sąd zwrócił uwagę także na okoliczność, że „wyszczególnienie przez wykonawcę ilości, rodzaju i cen robót pomocniczych – w jakimkolwiek dokumencie oferty – nie miałyby wpływu na treść tej oferty, gdyż roboty pomocnicze wycenione poza narzutami zostały przez tego wykonawcę uwzględnione w cenie i odrębne ich wymienienie nie miałyby wpływu na określenie ceny”.

Niezgodność treści oferty z treścią siwz musi wynikać bezsprzecznie z treści tych dokumentów i nie może być domniemywana. Sam zamawiający przyznał, że miał jedynie wątpliwości co do tego, czy obsługa geodezyjna została wyceniona w cenie oferty. Zdaniem Izby, w świetle oświadczenia odwołującego złożonego na rozprawie, brak podstaw do przyjęcia, że koszty obsługi geodezyjnej nie zostały ujęte w cenie oferty.

Na marginesie Izba wskazuje, że udzielona w dniu 4 września 2009 roku odpowiedź na pytanie nie była w istocie zmianą siwz a jedynie wyjaśnieniem jej treści, zatem nie rodzi ona obowiązku po stronie wykonawców do wprowadzenia modyfikacji przedmiaru robót sporządzonego przez zamawiającego.

Wobec uznania, że nie ujęcie obsługi geodezyjnej jako odrębnej pozycji w kosztorysie jest jedynie naruszeniem formy a nie treści bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostaje okoliczność sporna między stronami co do charakteru wynagrodzenia zastosowanego w przedmiotowej umowie.

Podsumowując, Izba stwierdza, że wykazane naruszenia przepisów ustawy Pzp miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, zatem zasadnym jest uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego i nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert.

Uwzględniając powyższe orzeczono, jak w sentencji w oparciu o art. 191 ust. 1 a i ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 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 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....