

WYROK
z dnia 22 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Mazurek

Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Andrzej Niwicki

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu / w dniach 22.07.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe „DORBUD” S.A., 25-563 Kielce, ul. Zagnańska 153** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Centrum Szkolenia Policji, 05-121 Legionowo, ul. Żegrzyńska 121** protestu / protestów * z dnia 23.06.2008 r.

przy udziale **JAKON Sp. z o.o., 62-080 Tarnowo Podgórne, ul. Sowie 4** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe „DORBUD” S.A., 25-563 Kielce, ul. Zagnańska 153**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w 4 064 zł. 00gr. (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe „DORBUD” S.A., 25-563 Kielce, ul. Zagnańska 153,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty zł gr (słownie:)
przez na rzecz,
stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu
- 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 15 936 zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych, zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe „DORBUD” S.A., 25-563 Kielce, ul. Zagnańska 153.**

Uzasadnienie

Zamawiający – Centrum Szkolenia Policji w Legionowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Wykonanie robót budowlanych polegających na budowie hali sportowej do sportów walki”.

W dniu 16.06.2008r. dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty – JAKON spółka z o.o. wskazując na spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, przygotowanie oferty poprawnie i zgodnie z przyjętymi kryteriami i uzyskanie najwyższej ilości punktów – 100 - w kryterium ceny. Wskazano na odrzucenie oferty Atlantis Construction spółka z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pk 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z powodu nie dołączenia do oferty zestawienia materiałów do kosztorysu

ofertowego „Instalacji elektrycznej w węźle”, co było sprzeczne z wymogiem pkt 10 ppkt 17 SIWZ.

W dniu 23.06.2008r. protest na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty złożyło Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe Dorbud Spółka Akcyjna – zwane dalej Dorbud, protestującym lub odwołującym, które w klasyfikacji ofert nieodrzuconych zajęło drugie miejsce uzyskując 92, 46 pkt.

Zarzucono Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z 22 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zażądano unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonania ponownej oceny ofert, wykluczenia oferty JAKON sp. z o.o. i dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W argumentacji wskazano na zapisy ust. 14 pkt 3 i 4 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczące określenia ceny przy sporządzaniu kosztorysów ofertowych oraz na treść wskazania zawartego w piśmie z dnia 14.05.2008r. stanowiącym odpowiedzi na zapytania wykonawców. W ocenie protestującego pomimo tych wymogów Jakon sp. z o.o. przygotowała kosztorysy ofertowe rozbieżne w stosunku do „Przedmiaru robót” i odpowiedzi na zapytania wykonawców.

W kosztorysie ofertowym „Sieci zewnętrzne wod-kan”, dział 3 „Kanalizacja deszczowa” wpisano nieprawidłowe ilości w pozycjach 47-54 – niższe wartości obmiarów w stosunku do prawidłowych, co wpłynęło na obniżenie ceny Jakon sp. z o.o. i na nieporównywalność ofert.

Ponadto wskazano, że w kosztorysie ofertowym „Sieci zewnętrzne wod-kan” oferta JAKON sp. z o.o. nie uwzględniła pisma Zamawiającego z dnia 14.05.2008r. – odpowiedzi Ad. 8 ppkt 5.

Dalej protestujący podkreślił, że wypełnia to dyspozycję przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i oferta Jakon sp. z o.o. powinna zostać odrzucona. Wskazano na literalne brzmienie zapisów SIWZ oraz na orzecznictwo ZA. Na koniec powtórzył, że prawidłowe działanie Zamawiającego doprowadziłoby do odrzucenia oferty Jakon sp. z o.o. oraz wskazał na naruszenie swojego interesu prawnego.

W dniu 26.06.2008r. przystąpienie do postępowania protestacyjnego złożyła Jakon sp. z o.o. W argumentacji wskazano na to, że z SIWZ wynika bezpośrednio ryczałtowy charakter wynagrodzenia, a z treści formularza ofertowego złożonego przez Jakon wynika, że cena obejmuje wykonanie wszystkich robót budowlanych spełniających wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ. Wskazano ponadto, że kosztorysy nie były integralną częścią SIWZ, a w SIWZ nie wymagano dołączenia do oferty jakichkolwiek

3

formularzy kosztorysowych uprzednio opracowanych przez Zamawiającego. Ponadto podniesiono, że istotą wynagrodzenia ryczałtowego stanowi określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowych kosztów wytworzenia dzieła. Dalej porównano pojęcia ceny ryczałtowej i wynagrodzenia ryczałtowego z wynagrodzeniem kosztorysowym. Następnie przytoczono orzecznictwo Zespołów Arbitrów na poparcie tez przedstawianych uprzednio.

Odnosnie zarzutu nie uwzględnienia w ofercie pisma z dnia 14.05.2008r. – odpowiedzi Zamawiającego ad. 8 ppkt 5 – wskazano, że brak jest podstaw do uznania tego za przesłankę do odrzucenia oferty, ponadto wskazano na nie wykazanie w proteście okoliczności faktycznych które miałyby stanowić podstawę do żądania odrzucenia oferty. Na koniec stwierdzono, że zmiany ilości rur PE wg rysunków profili z dokumentacji projektowej zostały uwzględnione w złożonym kosztorysie ofertowym „Sieci zewnętrzne wod-kan” w poz. Od 12 d.1.1 do 19 d.1.1 – 93 strona oferty.

W dniu 3.07.2008r. Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia protestu przez jego oddalenie w całości. W argumentacji wskazał na przyjęcie zasady wynagrodzenia ryczałtowego w przedmiotowym postępowaniu i na brak możliwości odrzucenia oferty z powodu nieścisłości pomiędzy kosztorysem, a przedmiarem robót. Wskazano na to, że kosztorys nie jest dokumentem określającym zakres prac przewidzianych do wykonania przy danej inwestycji ale zestawieniem elementów poddanych wycenie, które w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego nie podlega weryfikacji z punktu widzenia prawidłowości

przeprowadzonego obliczenia. Podniesiono, że wykonawca deklarując w ofercie wolę wykonania robót zgodnie z przekazaną mu dokumentacją akceptuje jej zawartość co jest równoznaczne z pozbawieniem się możliwości żądania zapłaty za czynności wynikające z dokumentacji, a nie wycenione w kosztorysie.

W dniu 7.07.2008r. Dorbud wniósł odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu. Zarzucił Zamawiającemu bezzasadne oddalenie protestu pomimo jego zasadności oraz naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z 22 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez uznanie oferty Jakon sp. z o.o. za najkorzystniejszą. Zażądano unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty Jakon sp. z o.o., nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny oferty i nakazanie zwrotu kosztów postępowania.

W argumentacji powtórzono zarzuty przedstawione w proteście a ponadto wskazano na nierówne potraktowanie wykonawców – Atlantis Construction sp. z o.o. – której ofertę Zamawiający odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu nie dołączenia

4

do oferty zestawienia materiałów do kosztorysu ofertowego „Instalacji elektrycznej w węźle” i Jakon sp. z o.o. której oferty nie odrzucono pomimo braków.

W dniu 21.07.2008r. przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosiła Jakon sp. z o.o. opowiadając się po stronie Zamawiającego – wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy i dokonaniu analizy dokumentacji postępowania Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła oddalić odwołanie.

Dla przedmiotowego rozstrzygnięcia kluczowe znaczenie miało ustalenie konsekwencji rozbieżności występujących w kosztorysie ofertowym JAKON sp. z o.o. „Sieci zewnętrzne wod-kan” dział 3 „Kanalizacja deszczowa” – w poz. 47-54 w stosunku do SIWZ. Należało zważyć, że Zamawiający w treści SIWZ nie dokonał zastrzeżenia o konsekwencjach niezgodności kosztorysów ofertowych z zapisami SIWZ. Ponadto należy wskazać, że Zamawiający określił ryczałtowy charakter wynagrodzenia za wykonanie zadania. Tym samym wykonawca składający ofertę w postępowaniu zobowiązuje się do wykonania zamówienia w sposób określony przez Zamawiającego a niezgodności występujące w kosztorysie ofertowym w tej sytuacji nie mogą powodować konieczności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza w przedmiotowej sytuacji ponadto wskazuje na niewielką ilość pomyłek oraz ich wagę w stosunku do całości przedmiotu zamówienia. Ryczałtowy charakter wynagrodzenia w postępowaniu był przedmiotem wielu orzeczeń sądowych i Zespołów Arbitrów. Należy w pierwszej kolejności wskazać na wyrok SN z 20 listopada 1998r. gdzie orzeczono, że w myśl art. 632 § 2 k.c. przyjmujący zamówienie w zasadzie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego. Tylko bowiem w razie zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, gdy wykonanie dzieła naraziłoby przyjmującego zamówienie na rażącą stratę, może on wytoczyć powództwo o podwyższenie ryczałtu lub nawet o rozwiązanie umowy. Ponadto należy wskazać na orzeczenie SA w Poznaniu z dnia 6 marca 2001r. gdzie orzeczono, że jeżeli za wykonane dzieło strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, dołączenie przez wykonawcę do umowy kosztorysu nie ma znaczenia, a dokument ów uznać należy jedynie za uzasadniający merytorycznie oferowaną przez przyjmującego zamówienie (wykonawcę) kwotę wynagrodzenia ryczałtowego. Ponadto należy wskazać na szereg wyroków Zespołów Arbitrów o sygn. UZP/ZO/0-183/07, UZP/ZO/0-2407/06, UZP/ZO/0-634/07, UZP/ZO/0-2312/06, UZP/ZO/0-1101/06, UZP/ZO/0-290/06, UZP/ZO/0-699/05, UZP/ZO/0-1663/04 uzasadniających tezy przytoczone powyżej.

5

Odnosnie zarzutu dotyczącego nie uwzględnienia w kosztorysie ofertowym „sieci zewnętrzne wod-kan” pisma Zamawiającego z 14.05.2008r. – odpowiedzi ad. 8 ppkt 5 – należało wskazać, że argumentacja przytaczana powyżej ma również zastosowanie w tym

przypadku – ewentualne nie uwzględnienie zmiany ilości rur PE nie ma znaczenia przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia. Wykonawca składając ofertę w postępowaniu przyjmuje wszystkie warunki opisane w SIWZ i jego załącznikach i oświadcza, że wykona zamówienie zgodnie z opisem przygotowanym przez zamawiającego – w tym również w wyniku zmian będących odpowiedziami na pytania wykonawców. Z treści pism procesowych złożonych przez przystępującego jednoznacznie wynika ponadto, że zmiany wprowadzone pismem z 14.05.2008r. ad. 8 ppkt 5 zostały uwzględnione w ofercie JAKON sp. z o.o. na 93 stronie oferty w poz. od 12 d.1.1. do 19.d.1.1. a odwołujący nie zakwestionował tych twierdzeń.

Reasumując – Krajowa Izba Odwoławcza w niniejszym postępowaniu wskazuje na ustaloną linię orzecznictwa odnośnie konsekwencji pomyłek w kosztorysie ofertowym przy zasadzie wynagrodzenia ryczałtowego i podtrzymuje słuszne wskazania zawarte w przytoczonych orzeczeniach.

Odnośnie zarzutu związanego z nierównym traktowaniem wykonawców – Jakon sp. z o.o. oraz Atlantis Construction sp. z o.o. – należy wskazać, że nie był on przedmiotem protestu a zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście.

6

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
Warszawa-Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

* *niepotrzebne skreślić*

7