

**WYROK
z dnia 21 lipca 2011 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lipca 2011r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 lipca 2011r. przez wykonawcę Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „BUDUS” Spółka Akcyjna ul. Barbary 21; 40-053 Katowice w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Zabrze statio fisci Miejski Zakład Kąpielowy w Zabrze, Plac Krakowski 10; 41-800 Zabrze

przy udziale wykonawcy Skanska S.A. ul. gen. J. Zajączka 9; 01-518 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1 uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty po uprzednim odrzuceniu oferty wybranej jako najkorzystniejsza

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Zabrze statio fisci Miejski Zakład Kąpielowy w Zabrze, Plac Krakowski 10; 41-800 Zabrze

i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych) uiszczoną przez Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „BUDUS” Spółka Akcyjna ul. Barbary 21; 40-053 Katowice tytułem wpisu

1

Sygn. akt KIO 1465/11

od odwołania

oraz

2.2. zasądza od Gminy Zabrze statio fisci Miejski Zakład Kąpielowy w Zabrze, Plac Krakowski 10; 41-800 Zabrze na rzecz Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „BUDUS” Spółka Akcyjna ul. Barbary 21; 40-053 Katowice kwotę 23 600 zł (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą odwoławczego poniesione koszty postępowania z tytułu wpisu od odwołania i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach

Przewodniczący:

2

Sygn. akt KIO 1465/11

Uzasadnienie

W dniu 11 lipca 2011r. Katowickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego „BUDUS” Sp. z o.o. ul. Barbary 21, 40-053 Katowice zwane dalej „Odwołującym” złożyło odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Gminę Zabrze statio fisci Miejski Zakład Kąpielowy w Zabrze Plac Krakowski 10, 41-800 Zabrze zwaną dalej „Zamawiającym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego i dotyczy Budowy krytego basenu kąpielowego w Zabrze przy skrzyżowaniu Al.W.Korfantego i ul.G.Bruno wraz z montażem finansowym inwestycji.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 05.04.2011r. pod poz.2011/S 66-106825.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w dniu 14 lipca 2011r. przystąpił wykonawca wybrany spółka Skanska S.A. ul.Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa po stronie zamawiającego zwany dalej „Przystępującym”.

W dniu 15 lipca 2011r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania.

Odwołanie zostało złożone na podstawie art.180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. –Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. 2010r. Nr 113 poz.759 z późn. zm.) zwane dalej „ustawą”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. Art.7 ust.1 poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. Art.89 ust.1 pkt 2 zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego Skanska pomimo, że jej treść jest sprzeczna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ),
3. Art.87 ust.1 poprzez nieuprawnione wezwanie przystępującego Skanska do uzupełnienia oferty, które to wezwanie stanowi niedopuszczalną czynność negocjacji oferty.

W oparciu o podniesione zarzuty naruszenia przepisów ustawy, Odwołujący zgłosił następujące żądania w odwołaniu:

1. Unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
2. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. Odrzucenia oferty Przystępującego,

3

Sygn. akt KIO 1465/11

4. Wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania przywołano w szczególności następującą argumentację formalną i prawną.

Zamawiający wezwał Przystępującego do wyjaśnień i uzupełnień zestawienia materiałów dotyczących elementów ogrodzenia oraz tarasów zewnętrznych.

Przystępujący uzupełnił swoją ofertę w pkt 4.2. przez dołączenie nowego zestawienia materiałowego, zaś w pkt 4.3. poprzez uzupełnienie zestawienia materiałowego.

W ocenie Odwołującego zestawienie materiałowe jest integralną częścią kosztorysu ofertowego, służy wynikowemu rozliczaniu prac i ustalaniu ostatecznej ceny za zrealizowane zadanie oraz wypłacie wynagrodzenia dla wykonawcy. Brak dokumentu uniemożliwia rozliczanie. Działanie Zamawiającego polegające na oczekiwaniu uzupełnienia oferty w takim zakresie stanowi znaczącą ingerencję w treść oferty.

Odwołujący uważa, że Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego pomimo ewidentnej niezgodności tej oferty z SIWZ.

Przystępujący w swoim piśmie podniósł, że Wykonawcy byli zobowiązani obliczyć cenę za przedmiot zamówienia na podstawie przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej (pkt 12 ppkt 4 SIWZ).

I tak cenę oferty należy obliczyć na podstawie kosztorysu ofertowego sporządzonego według przedmiaru robót oraz przedstawić w formie tabeli elementów scalonych” – pkt 12 ppkt 2 SIWZ. Dla Zamawiającego najistotniejsze znaczenie dla oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ i prawidłowości określenia zakresu przyszłego świadczenia wykonawcy ma dokumentacja , kosztorys ofertowy jako przedmiar robót wypełniony przez Wykonawcę.

Przywołał treść §10 ust.1 wzoru umowy, zgodnie z którym „Wykonawcy przysługuje od Zamawiającego wynagrodzenie kosztorysowe za przedmiot umowy na podstawie cen jednostkowych

wg kosztorysu ofertowego sporządzonego przez Wykonawcę w wysokości ...".
Zatem przy dokonywaniu oceny zgodności oferty Przystępującego należy uznać, że jej podstawą nie może być zestawienie materiałów. To, że zostało ono dołączane do kosztorysu ofertowego nie może świadczyć, że jest formalnie fragmentem kosztorysu. W jednym tylko punkcie SIWZ i to nie w tym, w którym określa się elementy oferty, wymienia się zestawienie materiałów. Jest to więc tylko wymóg formalny umiejscowienia w ofercie zestawienia materiałów i nie może dyskwalifikować merytorycznej treści kosztorysu jako dokumentu potwierdzającego wykonanie przedmiotu umowy, zgodnie z projektem i oczekiwaniami Zamawiającego.

4

Sygn. akt KIO 1465/11

Istotnym jest też, że Odwołujący nie kwestionuje w żadnej części kosztorys gdzie ujęte są wszystkie koszty w tym koszty materiałowe.

Zarzut naruszenia art. 87 ust.1 ustawy nie zasługuje na uwzględnienie.

Przystępujący składając wyjaśnienia, jedynie potwierdził, że materiał przyjęty do wyceny jest prawidłowy.

Poza tym wyjaśnienia Przystępującego nie wpływają na cenę oferty.

Zaistniała nieścisłość w kontekście zestawienia materiałów dotyczących kosztorysu

„ogrodzenie” wynika ze specyfiki programu Norma PRO zastosowanego do kosztorysowania w

którym po przywołaniu pozycji KNR jako materiał do zastosowania zostaje automatycznie

podstawiony materiał z KNR nawet w sytuacji gdy manualnie opis pozycji KNR- został by zmieniony.

Przystępujący jako argument również podnosi okoliczność, że także Odwołujący wyjaśniał kosztorys i zestawienie materiałów na wezwanie Zamawiającego.

Zamawiający wnosząc odpowiedź na odwołanie, zażądał oddalenia odwołania w całości stwierdzając, że w pkt 4 pisma wezwał do wyjaśnienia treści kosztorysów ofertowych, a nie do ich uzupełnienia jak twierdzi Odwołujący.

W dniu 21 lipca 2011r. Odwołujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł jak w odwołaniu.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje

Skład orzekający Izby ustalił

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia środka ochrony prawnej jakim jest odwołanie, ponieważ złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu czyli ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, co wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust.1 ustawy.

Pismem z dnia 17.06.2011r. Odwołujący został wezwany przez Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów oraz do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty.

Zamawiający w tymże piśmie wskazał podstawę prawną wezwania, którą określił do art.26 ust.3 i 4 oraz art.87 ust.1 ustawy.

W pkt 4 pisma Zamawiający wezwał (...)”do wyjaśnienia treści kosztorysów ofertowych w następujących pozycjach:”(…).

5

Sygn. akt KIO 1465/11

W zakresie objętym sporem Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia kosztorysów w następujących pozycjach:

1. 4.2.Str. 000 165, Element: ogrodzenie w kosztorysie ofertowym-w zestawieniu „M” wymienione są materiały niezgodne z kosztorysem i projektem, prosimy o wyjaśnienie i uzupełnienie prawidłowego zestawienia materiałów,
2. 4.3,str.000 168, Element: Tarasy zewnętrzne w kosztorysie ofertowym- w zestawieniu „M” wymienione są materiały niezgodne z kosztorysem i projektem, prosimy o wyjaśnienie i uzupełnienie prawidłowego zestawienia materiałów.

W zakończeniu pisma Zamawiający zawarł zapis ”Nie złożenie wyjaśnień co do treści oferty w wyznaczonym terminie skutkuje odrzuceniem oferty wykonawcy z postępowania na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy.

Przystępujący (Wykonawca wybrany) w terminie (22 czerwca 2011r.) odpowiedział na wezwanie Zamawiającego w następujący sposób:

1. Co do 4.2. str. 000 165 „Oświadczamy, że w sposób omyłkowy załączone zostało zestawienie dotyczące innego kosztorysu prawidłowe i wycenione przez nas w kosztorysie materiały powinny w zestawieniu być ujęte w następujący sposób(...) Pod tabelą zawierającą opis pozycji materiałowej (płot panelowy H-1,00m,H-1,50m,H-1,80, furtka w systemie ogrodzenia panelowego z podanymi ich jednostkami miary, ilościami, cenami jednostkowymi i wartościami). Pod tabelą zapis "Dla pełnego zobrazowania wyżej wymienionych wyjaśnień przedstawiamy wyjaśnienie(w załączeniu) z wykazaniem wyjaśnień na czerwono.
2. Co do 4.3. str.000 168 Z uwagi na kalkulację indywidualną pozycji nr 2 kosztorysu ofertowego Tarasy zewnętrzne nie została wskutek omyłki automatycznie przeniesiona do zestawienia materiałów pozycja dotycząca posadzki z drewna egzotycznego. Niniejszym uzupełniamy załączone do kosztorysu zestawienie materiałów kosztorysu ofertowego Tarasy zewnętrzne o wycenioną w kosztorysie pozycję: (tabela zawierająca pozycję posadzka z drewna egzotycznego z podaniem jednostki miary, ilości, ceny jednostkowej, wartości).

W SIWZ znajdują się następujące zapisy.

W części 10.SIWZ Opis sposobu przygotowania ofert w ppkt 10.6. zawartość oferty 10.6.1 Oferta z zastrzeżeniem pkt 10.6.2 i 10.7 SIWZ musi zawierać:8)Kosztorys ofertowy (część C wg według spisu zawartości oferty) wraz z tabelą elementów rozliczeniowych(załącznik nr VI wg Spisu zawartości oferty).

6

Sygn. akt KIO 1465/11

W części 12.Opis sposobu obliczenia ceny.

5.Udostępniony przez Zamawiającego przedmiar robót ma charakter pomocniczy, to znaczy, że można dokonywać w nim zmian na wniosek Wykonawcy i za zgodą Zamawiającego.

10.Kosztorys może być opracowany metodą uproszczoną, musi jednak zawierać pełne zestawienie materiałów (i urządzeń)wraz z cenami.

W Szczególnych Warunkach Realizacji Przedmiotu Umowy, stanowiących załącznik Nr 1 do wzoru Umowy w pkt 3. Urządzenia, Materiały i Wykonawstwo ppkt 3.7. Prawo własności do Urządzeń i Materiałów znajduje się zapis: W granicach zgodnych z obowiązującym prawem każda pozycja urządzeń i materiałów będzie się stawała własnością zamawiającego, wolna od zastawów i innych obciążeń, w czasie gdy nastąpi wcześniejsze z następujących zdarzeń:

- a) gdy zostanie ona dostarczona na Plac Budowy,
- b) gdy Wykonawca nabędzie prawo do zapłaty wartości Urządzeń i Materiałów, w przypadku zawieszenia robót.

Powyższe ustalono na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia.

Skład orzekający Izby zważył co następuje.

Przedmiot sporu powstał w związku z zastosowaniem art.87 ust.1 ustawy zgodnie z którym Zamawiający w toku badania i oceny ofert może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

Przepis również przewiduje, że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym i wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Odwolujący w związku z zaistniałą sytuacją opisaną powyżej dotyczącą oferty Przystępującego (Wykonawcy wybranego) zażądał unieważnienia badania, oceny ofert, powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty Przystępującego, jako oferty której treść jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Natomiast zarówno Zamawiający jak i Przystępujący wnosili o oddalenie odwołania, ponieważ

Sygn. akt KIO 1465/11

według ich oceny nie została wyczerpana przesłanka odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy, ponieważ treść oferty nie jest sprzeczna z treścią SIWZ, a zestawienie materiałów nie ma żadnego znaczenia przy rozliczeniu robót, których rozliczenie nastąpi na podstawie cen jednostkowych uproszczonego kosztorysu ofertowego, a żadnego znaczenia dla rozliczenia robót budowlanych nie mają załączone do kosztorysu ofertowego zestawienia materiałowe, które nie stanowią treści oferty.

W ocenie Izby stan prawny i faktyczny sprawy odbiega od stanowiska Zamawiającego i Przystępującego.

W pierwszej kolejności nie można pominąć okoliczności, że w SIWZ, jak opisano powyżej, kategorycznie wymaga się (musi zawierać), aby elementem nieodłącznym kosztorysu ofertowego były zestawienia materiałowe zawierające ceny.

Nawet przy uwzględnieniu zamieszczenia zapisu o obowiązku dołączenia zestawień materiałowych poza rozdziałem SIWZ, regulującym zawartość oferty, ponieważ bezspornie treścią oferty jest kosztorys, a z rozdziału o obliczeniu ceny wynika, że jeżeli wykonawca złoży uproszczony kosztorys ofertowy to musi dołączyć zestawienie materiałowe zawierające ceny, elementem kosztorysu jest zestawienie materiałowe, a tym samym kosztorys i nieodłączne zestawienie materiałowe stanowią treść oferty.

Reasumując zestawienie materiałowe jako integralna część kosztorysu ofertowego stanowi treść oferty, która zgodnie z art.89 ust.1 pkt 2 nie może być sprzeczna z treścią SIWZ.

Bezspornym w sprawie jest, że zestawienia materiałowe w zakresie ogrodzenia i Tarasów zewnętrznych były wadliwe, co opisano powyżej. Również bezspornym jest, że w wyniku wezwania do wyjaśnień, Przystępujący (wykonawca wybrany) uzupełnił zestawienia materiałowe, co opisano powyżej, a nie tylko je wyjaśnił.

Tak więc w ocenie Izby wezwanie do uzupełnienia zestawień materiałowych w zakresie ogrodzenia i tarasów zewnętrznych stanowiło nadużycie prawa do wyjaśnień, unormowanych w art. 87 ust.1 ustawy, ponieważ stanowiło negocjacje pomiędzy Zamawiającym a Przystępującym po otwarciu ofert i doprowadziło do zmiany treści oferty.

Także radykalne stwierdzenie w SIWZ, że do kosztorysu musi być załączone zestawienie materiałów wraz z cenami, w ocenie Izby, nie można odczytywać jako zapis nieistotny, nie stanowiący o treści oferty.

W szczególności za istotne zagadnienie dla rozstrzygnięcia odwołania należy uznać przywołane

Sygn. akt KIO 1465/11

przez Odwołującego powyżej cytowane zapisy pkt 3.7. załącznika Nr 1 do wzoru umowy, regulujące rozliczenie materiałów dostarczanych na budowę, których rozliczenie nie jest możliwe bez zestawień materiałowych zawierających ceny materiałów.

W tym stanie rzeczy potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy poprzez nie odrzucenie oferty, której treść jest sprzeczna z SIWZ.

Bowiem powyższych braków w zestawieniach materiałowych nie można usunąć poprzez zastosowanie art. 87 ust.1 czy ust.2 pkt 3 ustawy.

Izba nie rozpatrywała zarzutów podniesionych w przystąpieniu do postępowania wobec oferty Odwołującego, ponieważ powinny stanowić przedmiot odwołania, a poza tym są spóźnione do daty czynności Zamawiającego.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy i § 5 ust.2 pkt 1) w związku z § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu

odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238) zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty uiszczonego wpisu od odwołania w kwocie 20.000,00zł. i wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego na podstawie przedstawionej faktury w kwocie 3.600,00zł.

Przewodniczący:

9

Sygn. akt KIO 1465/11

10