

WYROK
z dnia 15 stycznia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Luiza Łamejko
Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Urszula Krynicka

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu / w dniach* 15.01.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe DORBUD S.A. ul. Zagnańska 153 25-563 Kielce** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Powiatu Pruszkowskiego ul. Drzymały 30 05-800 Pruszków** protestu / protestów * z dnia 4.12.2007 r.

przy udziale „**VECTRA**” S.A. ul. Ołolińska 21 09-407 Płock zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego .

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe DORBUD S.A. ul. Zagnańska 153 25-563 Kielce** 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 **Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe DORBUD S.A. ul. Zagnańska 153 25-563 Kielce**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3.600 zł 00gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe DORBUD S.A. ul. Zagnańska 153 25-563 Kielce** na rzecz **Zarząd Powiatu ul. Drzymały 30 Pruszkowskiego 05-800 Pruszków**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx 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. ul. Zagnańska 153 25-563 Kielce**

2

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zadania, przedmiot zamówienia – „*Budowa budynku Starostwa Powiatowego przy ul. Drzymały 30 w Pruszkowie*”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, Odwołujący się – Przedsiębiorstwo Budowlano-Usługowe DORBUD SA z siedzibą w Kielcach przy ul. Zagnańskiej 153 - wniósł odwołanie poprzedzone protestem do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

Zamawiający pismem z dnia 28.11.2007r. poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący, dnia 04.12.2007r. wniósł protest na czynności podjęte przez Zamawiającego w toku postępowania polegające na wyłonieniu w toku przeprowadzonego przetargu i wybraniu oferty Wykonawcy firmy „VECTRA” S.A. z siedzibą w Płocku przy ul. Otolińskiej 21 zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 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, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, żądając:

- 1) unieważnienia wyboru oferty Wykonawcy firmy „VECTRA” Spółka Akcyjna, 09-407 Płock, ul. Otolińska 21;
- 2) ponownego dokonania czynności oceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu;
- 3) wykluczenia oferty firmy „VECTRA” Spółka Akcyjna, 09-407 Płock, ul. Otolińska 21;
- 4) dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zarzuty odnoszące się do oferty „VECTRA” S.A. dotyczyły:

1. Posiadania przez Panią Marię Nowak przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie sieci i instalacji sanitarnych obejmujących sieci wodociągowe, kanalizacyjne i ciepłne, a nieposiadania wymaganych uprawnień w specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie wentylacji i klimatyzacji
2. Nie określenia cen jednostkowych na wszystkie roboty związane z wykonywaniem prac, co skutkuje tym, iż jego oferta nie jest kompletna
3. Uchybienia Zamawiającego polegającego na całkowitym pominięciu w odniesieniu do wybranego Wykonawcy warunku wniesienia wadium na okres związania ofertą (30 dni).

3

Dnia 05.12.2007 r. firma „VECTRA” S.A. przystąpiła do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu po stronie Zamawiającego.

Zamawiający pismem z dnia 11 grudnia 2007 r. postanowił oddalić protest w całości, nie uwzględniając zarzutów postawionych przez Odwołującego wskazując, że oferta firmy „VECTRA” Spółka Akcyjna jest kompletna – do oferty dołączone zostały w odpowiedniej formie wszystkie dokumenty i oświadczenia wymagane przez Zamawiającego.

Odnosnie zarzutu Nr 1 – Zamawiający informuje, że wymagał jedynie przygotowania zawodowego do pełnienia samodzielnej funkcji kierownika budowy i robót w specjalności instalacyjno-inżynierskiej w zakresie sieci i instalacji sanitarnych.

Odnosnie zarzutu Nr 2 – Zamawiający informuje, że oferta oraz załączone kosztorysy są dla Zamawiającego pomocne w ustaleniu ceny ryczałtowej. Zamawiający domniemywa, że podana cena obejmuje całość zamówienia zgodnie z załączonymi w Internecie przedmiotami i dokumentacją techniczną.

Odnosnie zarzutu Nr 3 – Zamawiający informuje, że gwarancja bankowa wystawiona od 6 listopada do 5 grudnia 2007r. obejmuje okres 30 dniowy, tj. od 6 listopada włącznie.

W odwołaniu wniesionym do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 14.12.2007r. Odwołujący zarzucił rozstrzygnięciu Zamawiającego oddalającego protest Wykonawcy:

1. naruszenie przepisów dotyczących rozstrzygnięcia protestu poprzez oddalenie protestu DORBUD SA w sytuacji, gdy protest ten był całkowicie zasadny;
2. naruszenie przepisów art. 24 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 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, art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez uznanie, iż oferta firmy „VECTRA” SA 09-407 Płock, ul. Otolińska 21 jest najkorzystniejsza, podczas gdy w rzeczywistości nie spełniała ona w całości podstawowych wymogów.

W konsekwencji ww. zarzutów Odwołujący żąda:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty firmy „VECTRA” SA 09-407 Płock, ul. Otolińska 21;
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 4) nakazanie Zamawiającemu zwrotu na rzecz Odwołującego się kosztów postępowania.

Dnia 20.12.2007r. Zamawiający otrzymał pismo od firmy „VECTRA” S.A.; 09-407 Płock,

W wyniku przeprowadzenia rozprawy skład orzekający KIO stwierdził, co następuje:

Odnosnie zarzutu Nr 1 – W wyniku wycofania zarzutu przez Odwołującego Izba pozostawiła zarzut bez rozpoznania.

Odnosnie zarzutu Nr 2 – Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale XV pkt 15.1 określił co powinna zawierać i jak powinna być obliczona cena ofertowa: „Wykonawca określi ceny jednostkowe na wszystkie roboty, czynności wymienione w formularzu ofertowym wraz z materiałem, z którego będą wykonywane poszczególne wymienione roboty oraz poda cenę całości”. Ceny jednostkowe zawarte w pkt 15.1 – zgodnie z postanowieniami pkt 15.2 SIWZ winny zawierać wszystkie koszty (robocizny i materiałów) związane z wykonaniem prac w tym podatek od towarów i usług VAT (ceny brutto), a cena wyrażona winna być w zł (PLN). W kosztorysie ofertowym Wykonawca ma obowiązek podać ceny jednostkowe netto, a podatek VAT obliczyć na końcu kosztorysu od całkowitej wartości netto.

Analizując aktualny stan prawny sprawy Izba uznała za konieczne zdefiniowanie co rozumiane jest pod pojęciem wynagrodzenia ryczałtowego i wynagrodzenia kosztorysowego.

I tak - Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła lub usługi w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Jego istotę stanowi określenie tego wynagrodzenia przysługującego wykonawcy z góry bez przeprowadzenia szczegółowej analizy kosztów wytwarzania zamawianego dzieła, czy usługi. Powyższe potwierdził Sąd Najwyższy np. w wyroku z dnia 8 maja 2003 roku (sygn. akt: II CKN 46/01), czy wyroku z dnia 22 listopada 2001 roku (sygn. akt: I PKN 690/00) lub z dnia 20 listopada 1998 r. (sygn. akt: II CKN 913/97).

Ryczałt polega więc na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że Wykonawca nie będzie się domagać zapłaty wynagrodzenia wyższego, ale również Zamawiający nie może żądać obniżenia ustalonego wcześniej przez strony ryczałtu. W konstrukcji wynagrodzenia ryczałtowego Zamawiający nie może więc nigdy żądać od Wykonawcy obniżenia umówionego ryczałtu, natomiast przyjmujący zamówienie Wykonawca, co do zasady ponosi ryzyko straty w sytuacji zmiany stosunków.

Art. 629 Kodeksu cywilnego stanowi, że wynagrodzenie kosztorysowe to wynagrodzenie ustalone na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów wytworzenia określonego dzieła.

Uwzględniając wskazany przepis wynagrodzenie kosztorysowe jest więc następstwem jego wyliczenia metodą kalkulacji (własnej wykonawcy lub np. opartej o publikowane informacje o cenach jednostkowych). Wynagrodzenie to charakteryzuje się przewidywaniem zmienności ilości pracy (a czasami również kosztu) w przyszłości i wprowadza zasadę ostatecznego rozliczenia po zakończeniu prac, czy po wytworzeniu dzieła.

Obliczenia należnego wynagrodzenia, w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, dokonuje się dopiero po wykonaniu dzieła na podstawie kosztorysu. Ustalenie w ten sposób wynagrodzenia jest więc o wiele bardziej elastyczne. W przypadku wynagrodzenia kosztorysowego jeśli zachodzi konieczność zwiększenia wynagrodzenia odbywa się to z reguły na podstawie kosztorysu powykonawczego, uwzględniającego rzeczywiste ilości pracy i jej jakość, z uwzględnieniem uzgodnionych cen jednostkowych, wynikających z zastosowanych podstaw rozliczenia, którymi zazwyczaj są powszechnie dostępne cenniki, a także uzgodnionych przez strony klauzul waloryzacyjnych. Zazwyczaj wartość ostatecznego wynagrodzenia (kosztorysowego) określa się na podstawie szczegółowych uregulowań zawartych w umowie lub uzgodnień między stronami

Zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia w korelacji z zapisami projektu umowy (§6) jasno wskazują, że Zamawiający żądał, w „Formularzu Ofertowym” podania ceny ryczałtowej. Treść zapisów projektu umowy dotyczących wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia brzmią następująco: „*Pkt 1. Strony ustalają, że obowiązującą ich formą wynagrodzenia będzie wynagrodzenie ryczałtowe ustalone na podstawie kosztorysu ofertowego. Pkt 2. Ustalono w tej formie wynagrodzenie brutto zgodnie ze złożoną ofertą wynosi: ...*”.

Paragraf 8 ww. projektu umowy określa również sposób, w jaki dokonywane będzie rozliczenie za wykonane roboty wskazując, iż cyt: „*Rozliczenie za wykonane roboty odbywać się będzie przejściowymi fakturami VAT, wystawianymi dla Powiatu Pruszkowskiego na koniec każdego kwartału, za etapy wykonanych robót, zgodnie z załączonym harmonogramem rzeczowo-finansowym stanowiącym załącznik Nr 3 do umowy*”. Wykonawca firma „VECTRA” S.A. do swojej oferty (strony od 3 do 8) dołączyła „Harmonogram rzeczowo-finansowy”, który stanowił będzie podstawę rozliczenia za wykonane etapy robót. Są tam zawarte kwoty, których łączna wartość nie przekracza wartości zamówienia określonej w „Formularzu Oferty”. Tak opracowane dokumenty postępowania wskazują na ryczałtowy charakter rozliczenia wykonanej inwestycji.

Zdaniem składu orzekającego Izby przychylić się należy do stanowiska Zamawiającego, że oferta oraz załączone kosztorysy są dla Zamawiającego pomocne w ustaleniu ceny ryczałtowej, a ta mimo błędów zawartych w załączonym kosztorysie nie

6

może ulec zmianie. Nadto wskazać należy, że zarzut podniesiony przez Odwołującego dotyczący zapisu w „Formularzu Oferty” firmy „VECTRA” S.A. iż: „*Wykonawca oświadcza, że oferuje wykonanie robót określonych w pkt II SIWZ (...) zgodnie z KOSZTORYSEM OFERTOWYM – (zał. Nr 1a)*” jako niezgodny z zapisami siwz należy uznać za chybiony. Firma „VECTRA” S.A. wyceniła wszystkie pozycje kosztorysu i przyznała, że wykona wszystkie roboty określone w pkt II SIWZ zgodnie z kosztorysem ofertowym. Ewentualne uchybienia w sporządzaniu kosztorysu nie mogą mieć wpływu na ważność oferty, ponieważ kosztorys ofertowy miał charakter tylko informacyjny, a obowiązującą ceną oferty jest wynagrodzenie ryczałtowe obejmujące wykonanie wszystkich robót określonych w pkt II SIWZ.

Odnośnie zarzutu Nr 3 – Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozdziale XII określił w jakiej wysokości, w jakich formach i do kiedy należy wnieść wadium przetargowe, określone na kwotę 300 000,00 zł (trzysta tysięcy złotych). Zgodnie z przepisem art. 45 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert. Z brzmienia tego przepisu nie można wnioskować, iż przepis ten nie zezwala na wnoszenie wadium wraz ze złożeniem oferty; przeciwnie: czynność złożenia oferty oraz wniesienia wadium mogą być dokonane jednocześnie. Wyraźne stanowisko w tej kwestii zajął Zespół Arbitrów (wyrok z dnia 21.03.2005r., sygn. akt UZP/ZO-481/05), który sięgnął do definicji wadium. Zwrócił uwagę, iż definicja legalna wadium znajduje się nie w ustawie Prawo zamówień publicznych, ale w art. 704 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym przez wadium należy rozumieć określoną sumę pieniędzy albo odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty (wadium). Funkcja wadium polega „*głównie na zabezpieczeniu organizatora przetargu poprzez możliwość zatrzymania przedmiotu wadium na wypadek niezawarcia umowy przez oferenta, którego oferta została wybrana*” (M. śak: „Komentarz do art. 704 Kodeksu cywilnego” w: K. Korus, D. Rogoń, M. śak).

Z zapisów siwz pkt 12.5 wynika, że Zamawiający żąda aby wadium zostało wniesione najpóźniej do wyznaczonego terminu składania ofert, tj. do dnia 06.11.2007 r. godz. 9:30.

Nie ulega wątpliwości, że obowiązkiem uczestnika postępowania jest złożenie wadium ważnego przez cały okres związania ofertą (Wyrok SO w Katowicach z 13.10.2005 r., sygn. akt IV Ca 468/05). Wniesienie wadium stanowi zabezpieczenie ciążącego na oferencie obowiązku zawarcia umowy, zatem czas jego wniesienia nie może być krótszy od okresu związania wykonawcy ofertą. W myśl art. 85 ust. 5 ustawy Pzp bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. W dalszej kolejności wyłania się problem relacji art. 85 ust. 5 ustawy Pzp do art. 111 ust. 2 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym, jeżeli początkiem terminu oznaczonego

w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło.

W orzecznictwie arbitrażowym (Wyrok ZA z dnia 18.01.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-11/05, Wyrok ZA z dnia 31.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-526/05, Wyrok ZA z dnia 10.10.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-2784/05) ugruntował się pogląd o pierwszeństwie art. 85 ust. 5 ustawy Pzp przed art. 111 ust. 2 Kodeksu cywilnego. Stanowisko takie ugruntowane zostało na podstawie przepisu art. 14 ustawy Pzp, który stanowi, że do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Przepisy ustawy jasno określają od kiedy rozpoczyna się bieg terminu związania ofertą.

Zgodnie z art. 85 ust. 5 ustawy Pzp bieg tego terminu rozpoczyna się wraz (w tej samej chwili) z upływem terminu składania ofert, a zatem stanowi on w tym przypadku przepis szczególny w stosunku do art. 111 ust. 2 k.c. (Wyrok ZA z dnia 31.03.2004 r., sygn. akt UZP/ZO/0-526/05). Użycie w art. 85 ust. 5 ustawy Pzp zwrotu „wraz z upływem terminu składania ofert” jednoznacznie wskazuje, że przy liczeniu terminu związania ofertą uwzględnia się dzień składania ofert (a więc dzień, w którym nastąpiło zdarzenie dające początek biegowi terminu). Tym, samym, pierwszym dniem związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert (Wyrok ZA z dnia 30.03.2005 r., sygn. akt UZP/ZO/0-546/05).

Stanowisko takie wyraził również Sąd Okręgowy w Katowicach (Wyrok z dnia 30 stycznia 2007 r. - sygn. akt: XIX Ga 3/07) w sprawie Wyroku ZA z dnia 1 grudnia 2006 r. (sygn. akt: UZP/ZO/0-2854/06) stwierdzając, iż „Sześćdziesięciodniowy termin związania ofertą rozpoczął bieg wraz z upływem terminu składania ofert”.

Odnosząc powyższe rozważania do sytuacji będącej przedmiotem protestu, a następnie odwołania Izba uznała, że Gwarancja Przetargowa Nr CKK/2007/89 wystawiona dnia 05 listopada 2007 r. przez Bank Polska Kasa Opieki SA I Centrum Klientów Korporacyjnych w Płocku dla Starostwa Powiatu Pruszkowskiego – Zamawiającego, zabezpieczająca wadium w wysokości 300 000,00 zł jako wniesione przez „VECTRA” S.A. z siedzibą w Płocku – jest złożona prawidłowo i obejmuje cały okres związania ofertą, tj. od dnia 06.11.2007 r. do dnia 05.12.2007 r., gdyż termin składania ofert upływał dnia 6.11.2007r., a 30 dniowy termin związania ofertą upływał dnia 5 grudnia 2007 r.

Z powyższych względów orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. z art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Skład orzekający Izby stosownie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. 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. Nr 128 poz. 886) uwzględnił uzasadnione koszty uczestnika postępowania odwoławczego tytułem kosztów zastępstwa prawnego pełnomocnika Zamawiającego na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

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 **Warszawie**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

* *niepotrzebne skreślić*