

WYROK
z dnia 1 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Małgorzata Rakowska
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 września 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane "Hołyszko" Sp. z o.o., 37-700 Przemyśl, ul. Batorego 55a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Śurawica, 37-710 Śurawica, ul. Ojca Świętego Jana Pawła II** protestu z dnia 30 lipca 2008 r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie odwołującego się oraz **xxx** - po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane "Hołyszko" Sp. z o.o., 37- 700 Przemyśl, ul. Batorego 55a
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane "Hołyszko" Sp. z o.o., 37- 700 Przemyśl, ul. Batorego 55a,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx.
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 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 Usługowo-Budowlane "Hołyszko" Sp. z o.o., 37- 700 Przemyśl, ul. Batorego 55a.**

Uzasadnienie

Odwołując się od rozstrzygnięcia Zamawiającego w sprawie oddalenia protestu z dnia 30 lipca 2008 r. wykonawca uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na budowę Sali gimnastycznej przy Zespole Szkół w Orzechowcach, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 87 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowego INTEGRAL sp. z o.o. w Rzeszowie poprzez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści siwz oraz dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej.

W proteście wskazał, że w kwestionowanym kosztorysie ofertowym:

1/ pominięto wycenę wartości do wykonania podłoża pod posadzki z pospółki w ilości 432 m³ - zgodnie z wyjaśnieniem Zamawiającego z dnia 11 czerwca 2008 r.
Odnosząc się do treści rozstrzygnięcia protestu w tym zakresie, Odwołujący stwierdził, że w kosztorysie ofertowym w asortymencie 6 Podłoża podłogi .i posadzki „1” lp. 0 przyjęto

zasypanie wykopów z przerzutem ziemi na odległość 3 m i obiciem warstwami co 15 cm w gruncie kat. III w ilości 412 m³, natomiast zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego Nr 1 i 2 z dnia 9 i 11 czerwca 2008 r. zasypkę należy wykonać pospółką ubita warstwami wewnątrz obrysów fundamentów.;

2/ nie ujęto rusztowań do wyceny ścian z cegły i pustaków oraz tynków na wysokości powyżej 4,5 m – wyjaśnienia Zamawiającego z 11.06.2008 r.

Ponadto w odwołaniu wskazał, że wybrany Wykonawca w kosztorysie ofertowym w asortymencie 3 „Stan surowy – elementy konstrukcyjne Lp. 6 wycenił wykonanie słupów żelbetonowych w ścianach murowanych wg KNR 2-02 0211-01-00, a zgodnie z załączonym do SIWZ przedmiarem robót należało wycenić wykonanie rygli i przekrycia żelbetowe w ścianach murowanych wg KNR 2-02 0211.1/04 ;

3/ nie ujęto w wycenie dostawy i montażu płatwi z drewna klejonego /wyjaśnienia Zamawiającego z 11.06.08/

4/ brak w ofercie wyceny poz. 9 w rozdziale przyłączy kanalizacyjne – wykonanie studzienki kanalizacyjnej o średnicy 1200 mm

Odwolujący podniósł w tym świetle, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 87 ustawy Pzp uwzględniając wyjaśnienia PPH INTEGRAL sp. z o.o. w Rzeszowie, pomimo, że w istocie stanowią one istotną zmianę treści oferty w toku postępowania. Powołując się na treść SIWZ oraz umowę stanowiącą integralną część specyfikacji, wskazał, że wynagrodzenie dotyczące zamawianych robót jest wynagrodzeniem kosztorysowym, a podane ceny jednostkowe będą stałe będą obowiązywać w czasie realizacji całego przedmiotu zamówienia (pkt 13 ust. 5 str. 5 SIWZ), dlatego też wszyscy wykonawcy muszą sporządzać kosztorysy wg tej samej zasady i nie mogą sami nic zmieniać.

W podsumowaniu podniesionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie zaniechanej czynności odrzucenia oferty złożonej przez konkurencyjnego wykonawcę.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i odnosząc się do zarzutów stwierdził, że w toku badania i oceny ofert stwierdził, iż w treści ofert firm PPH INTEGRAL sp. z o.o. oraz ofercie Odwołującego wystąpiły zmiany w opisie sposobu wykonania przedmiotu zamówienia.

Stosownie do treści art. 87 ust. 1 ustawy, pismem z dnia 26 czerwca 2008 r. zażądał od Wykonawców wyjaśnień. Na podstawie otrzymanych wyjaśnień, Zamawiający stwierdził, że Wykonawcy oferują wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób odpowiadający temu, czego żądał w SIWZ, jednocześnie nie dokonując udzielonymi wyjaśnieniami, zmian w treści złożonych ofert.

Zamawiający uznał, że oferty są zgodne z treścią SIWZ, a w szczególności z pkt 13. 4 o treści: „wprowadzenie przez Oferenta zmian w kosztorysie ofertowym, które skutkować będą zmianą przedmiotu zamówienia, potraktowane zostaną przez Zamawiającego jako niezgodność ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.”

Odnosząc się do kolejnych zarzutów protestu Zamawiający stwierdził:

1/ zgodnie z wyjaśnieniem Wykonawcy, w poz. 0 „Podłoża, podłoga i posadzka – poziom I” ujęto zasypanie wykopu pospółką ubitą warstwami, a pospółka ujęta została w pozycji materiały, który w kosztorysie uproszonym nie jest widoczny, natomiast w wykazie materiałów jest wyszczególniona;

2/ Zamawiający wskazał, że zgodnie z udzieloną przez siebie odpowiedzią na pytanie wykonawcy o ilość rusztowań oraz podstawy wyceny, stwierdził, że ilość rusztowań oraz czas pracy oferenci winni skalkulować wg kalkulacji własnych, a firma INTEGRAL wskazała, iż rusztowania do robót murowych i tynków ścian hali ujęto w cenie wykonania tych robót;

3/ Firma PPH INTEGRAL sp. z o.o. uwzględniając stanowisko Zamawiającego, że nakłady na wykonanie płatwi dolnych nr 7 o przekroju 12x16 cm należy ustalić na podstawie projektu konstrukcji, wyjaśniła, że płatwie dolne z drewna klejonego ujęto w pozycji na dostawę i montaż dźwigarów klejonych w poz. 9 element 1,3 (ujęto w cenie dźwigara klejonego);

4/ w kwestii braku w ofercie wyceny wykonania studzienki kanalizacyjnej o średnicy 1200 mm (poz. 9 w rozdziale Przyłączy kanalizacyjne) Zamawiający wskazał, że wykonawca wyjaśnił, iż wykonanie studni rewizyjnej fi 1200 mm z kręgów betonowych w gotowym

wykopie o głębokości 3 m mieści się w koszcie wykonania całego przyłącza kanalizacyjnego o długości 10 m o łącznej kwocie 4.420zł netto stanowiąc cenę ofertową na wykonanie całego zakresu robót ujętych w tym elemencie robót.

Zamawiający stwierdził przy tym, że w przedmiarach brak było przedmiotowej studni, na co wskazali wykonawcy otrzymując w konsekwencji wyjaśnienie, że w wycenie oferty należy przyjąć ilości podane w przedmiarach, a zakres robót dodatkowych zostanie ustalony protokołem konieczności i rozliczony kosztorysem powykonawczym.

Zamawiający podniósł ponadto, że potraktował oferty obydwu wykonawców zgodnie z legalną definicją tego pojęcia, jako oświadczenie woli zawarcia umowy, jeżeli określa ono istotne postanowienia tej umowy.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, a w szczególności zapoznaniu się z dokumentacją postępowania, specyfikacją istotnych warunków zamówienia i treścią ofert oraz wysłuchaniu stron działających przez pełnomocników ustalił i zważył, co następuje.

4

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący ma interes prawny w wnoszeniu środków ochrony prawnej w niniejszym postępowaniu zważywszy, że w rezultacie uwzględnienia Jego zarzutów, oferta Odwołującego byłaby uznana za najkorzystniejszą.

Izba uznała za nieuzasadniony wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania w części dotyczącej naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, na podstawie art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy, jakkolwiek potwierdził się fakt podniesienia zarzutu w tym zakresie w odwołaniu bez poprzedzenia go w treści protestu. Skutkiem dokonanego ustalenia nie może być jednak odrzucenie odwołania, lecz pominięcie rozpatrzenia tego nowego zarzutu. W postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą dopuszczalne jest bowiem jedynie ewentualne odrzucenie odwołania w całości, co wobec podtrzymania zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, wymaga rozpatrzenia sprawy na rozprawie.

Analizując treść oferty wybranej przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza wraz załączonym do oferty kosztorysem, skład orzekający Izby potwierdził, że treść kosztorysu ofertowego nie jest tożsama z treścią przedmiarów robót udostępnionych przez Zamawiającego wykonawcom, w pozycjach wskazanych przez Odwołującego w proteście. W szczególności nie ujęto odrębnie w kosztorysie uproszczonym wyceny podłoża z pospółki, lecz wyszczególniono ten materiał w wykazie. Ponadto wobec dopuszczenia kalkulacji własnej w zakresie niezbędnym do wykonania poszczególnych etapów robót, uprawnione jest przyjęcie wyjaśnienia Wykonawcy, że ujął on wycenę rusztowań do robót na wysokości powyżej 4,5 m w cenie wykonania tych robót. Analogiczna deklaracja ujęcia wyceny płatwi z drewna klejonego w innej niż w przedmiarze pozycji kosztorysowej, nie wskazuje na niezgodność oferty z przedmiarem. Skład orzekający stwierdza również, że wyjaśnienie Wykonawcy o ujęciu w koszcie wykonania całego przyłącza kanalizacyjnego również studni rewizyjnej, nie stanowi o niezgodności kosztorysu z treścią SIWZ, a złożenie wyjaśnienia w tym zakresie, nie stanowi zmiany treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp.

Dokonane ustalenia pozwalają stwierdzić, że wskazane różnice nie oznaczają niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a świadczą jedynie o zastosowaniu przez Wykonawcę własnej kalkulacji, w której jednak nie pominął On wymaganych elementów robót. Należy stwierdzić, że Zamawiający w treści SIWZ uzupełnionej wyjaśnieniami nie postawił wymogu zastosowania konkretnej metody kalkulowania prac składających się na wykonanie przedmiotu zamówienia, w tym nie narzucił oparcia kalkulacji na określonych precyzyjnie zasadach kosztorysowania. Zamawiający jednocześnie wskazał w pkt. 13. 4 SIWZ na rygor uznania za niezgodne z treścią SIWZ nie jakiegokolwiek różnice, lecz takie zmiany w kosztorysie ofertowym, „które skutkować będą zmianą przedmiotu zamówienia”. Wobec dokonanego ustalenia, że złożone kosztorysy ofertowe zawierają wszystkie elementy

5

robót składające się na przedmiot zamówienia, skład orzekający Izby stwierdza, że oferta wybranego wykonawcy nie była sprzeczna z postanowieniami SIWZ, a tym samym brak jest

podstaw do zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp obligującego Zamawiającego do odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji.

W świetle powyższego, orzeczono, jak sentencji, rozstrzygając o kosztach postępowania stosownie do wyniku 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 - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Przemysłu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

** niepotrzebne skreślić*