Sygn. akt KIO/UZP 901/08

WYROK
z dnia 12 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek

Członkowie: Grzegorz Mazurek
Andrzej Niwicki

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12.09.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **PARSTER Sp. z o.o., 21-200 Parczew, ul. Mickiewicza 32** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Tczów, 26-706 Tczów, Tczów 124** protestu z dnia **13 sierpnia 2008 r.**

przy udziale xxx zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie xxx.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **PARSTER Sp. z o.o., 21-200 Parczew, ul. Mickiewicza 32** 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 uiszczonego przez **PARSTER Sp. z o.o., 21-200 Parczew, ul. Mickiewicza 32;**

2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **PARSTER Sp. z o.o., 21-200 Parczew, ul. Mickiewicza 32** na rzecz **Gminy Tczów, 26-706 Tczów, Tczów 124** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego wynagrodzenia pełnomocnika;

3) dokonać wpłaty kwoty XXX (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 **PARSTER Sp. z o.o., 21-200 Parczew, ul. Mickiewicza 32;**

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *budowę sieci kanalizacji ciśnieniowej w m. Brzezinki Stare i Brzezinki Nowe* (numer referencyjny GPR-341/8/2008), opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 1 w dniu 15 lipca 2008 r. pod pozycją 160195.

W dniu 6 sierpnia 2008 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Zakład Instalacji Sanitarnych i Gazowych Józef Piwnicki. Informację przekazał następnie wykonawcom w dniu 8 sierpnia 2008r. 13 sierpnia 2008r. protest złożył drugi w kolejności uzyskanych punktów Wykonawca – „PARSTER" Sp. z o.o., zarzucając w nim naruszenie:

- art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, przez naruszenie zapisów siwz w części dotyczącej „opisu sposobu obliczenia ceny oferty", oraz wymaganego terminu ważności wadium w postaci

gwarancji ubezpieczeniowej;

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez złożenie oferty, która nie odpowiada treści siwz;
- art. 89 ust. 1 pkt 3 przez wybór jako najkorzystniejszej oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. przez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem wskazanych przepisów ustawy Pzp.

Protestujący zażądał powtórzenia czynności oceny ofert, odrzucenia oferty Zakładu Instalacji Sanitarnych i Gazowych – Józef Piwnicki jako nie spełniającej wymogów ustawy i siwz oraz dokonania wyboru oferty Protestującego.
W uzasadnieniu, Protestujący wskazał, że wykonawcy zobowiązani byli zgodnie z zapisami siwz (pkt 12 ppkt 12.1, pkt 6.2 ppkt 10), dokonać wyceny robót do czwartego miejsca po przecinku, zgodnie z załączonymi przedmiarami. Natomiast w wybranej ofercie, pozycje kosztorysowe: 13, 51 i 52 wycenione zostały z dokładnością do trzeciego miejsca po przecinku. Ponadto, zgodnie z siwz (pkt 6.2 ppkt 10, a także formularz oferty pkt 5), wykonawcy mieli określić stawki i wskaźniki do kosztorysowania przyjęte w ofercie, tj. m.in. „materiały i sprzęt wg wykazu cen". Wybrany Wykonawca nie wypełnił tych zapisów specyfikacji, a jedynie załączył wykaz materiałów dotyczących robót elektrycznych. Odnosząc się do załączonej w wybranej ofercie gwarancji ubezpieczeniowej, zdaniem Protestującego nie obejmuje ona całego okresu związania ofertą wynoszącego 30 dni, gdyż okres ubezpieczenia kończy się o jeden dzień wcześniej, niż termin związania ofertą, który upływa w dniu 4 września 2008r.
Jako czyn nieuczciwej konkurencji Protestujący wskazał na zastosowaną stawkę roboczogodziny – 6 zł., mającą potwierdzać, iż cena oferty została skalkulowana poniżej kosztów jej wytworzenia. Protestujący przedstawił w tym zakresie kalkulację minimalnej płacy godzinowej w odniesieniu do najniższej płacy, przy przeciętnym miesięcznym czasie pracy 168 godzin, w rezultacie której minimalna płaca godzinowa wynosi 6,7 zł, a po uwzględnieniu kosztów ubezpieczenia społecznego finansowanych przez pracodawcę, powinna wynieść 7,95 zł. Dodatkowo, Protestujący zarzucił, iż wybrana oferta zawiera rażąco niską cenę jednostkową przepompowni sieciowej (poz. 31 kosztorysu ofertowego). Tym samym, oferta Zakładu Instalacji Sanitarnych i Gazowych Józef Piwnicki niw spełnia warunków specyfikacji, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Oferta Wykonawcy winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 ustawy.

Zamawiający w dniu 20 sierpnia 2008r. oddalił przedmiotowy protest, uznając podniesione zarzuty za bezzasadne. Cena oferty, zgodnie z pkt 12 ppkt 12.1 siwz, powinna uwzględniać wszystkie koszty jakie poniesie Wykonawca. Przedstawienie kosztorysu ofertowego sporządzanego na podstawie przedmiaru robót stanowi załącznik do oferty określający przedmiot zamówienia, jaki Wykonawca zobowiązał się wykonać za oferowaną cenę. W kwestionowanych pozycjach kosztorysowych 13, 15 i 52 ilości podane zostały z dokładnością do czterech miejsc po przecinku, a następnie zaokrąglone zostały przez program kosztorysowy do trzeciego miejsca zgodnie z zasadami matematycznymi. Zatem ilości podane w kosztorysie są zgodne z przedmiarem robót, a zaokrąglenie niektórych wielkości pozycji nie powoduje sprzeczności treści oferty z treścią specyfikacji. Zamawiający

---

uznał, iż wadium wniesione przez Zakład Instalacji Sanitarnych i Gazowych Józef Piwnicki w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, obejmującej okres od 5 sierpnia do 3 września 2008r, jest ważne w okresie 30 dni. Zgodnie z art. 85 ust. 5 ustawy bieg terminu związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Podobnie za bezzasadny, Zamawiający uznał zarzut nie zgodności treści oferty ze siwz, z uwagi na brak osobnego wykazu materiałów i sprzętu. Kosztorysy załączone do oferty zawierają wymagane informacje, zatem brak osobnego wykazu, Zamawiający uznał za nieistotny. Odnosząc się do zarzutu naruszenia uczciwej konkurencji, Zamawiający ocenił, iż złożone oferty zawierają ceny na podobnym poziomie. Sposób kalkulacji ceny przez wykonawców jest różny, w zależności od wielkości upustów, jakie uzyskują oni u producentów przy określonej wielkości zamówienia. Wykonawcy skalkulowali ceny w sposób kompleksowy.

W dniu 22 sierpnia 2008r., „PARSTER" Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie, w którym podtrzymał w całości stanowisko przedstawione w proteście. W uzupełnieniu do protestu, wskazał, że Zamawiający nie przestrzega ustalonych przez siebie zasad określonych w specyfikacji, przez co narusza zasady prawa. Zamawiający dokonał oceny oferty bez zachowania należytej staranności. Nie może być podstawą oceny sposobu kalkulacji ceny oferty, przyjęcie za wystarczające stwierdzenie, że ceny podawane przez oferentów w przedmiotowym postępowaniu były na podobnym poziomie. śaden z dostawców urządzeń przepompowni sieciowej nie udzielił upustów umożliwiających zaoferowanie ich po cenie siedmiokrotnie niższej od dotychczas oferowanych na rynku odpowiadających standardom projektu.
Odwołujący się wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie ponownej oceny ofert.

Na podstawie oryginału dokumentacji, stanowisk stron, a także dowodów przedstawionych na rozprawie, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

Na wstępie Izba stwierdziła, iż Odwołujący się posiada interes prawny we wniesieniu środków ochrony prawnej, gdyż jego oferta uzyskała drugą w kolejności liczbę punktów w kryterium oceny i w przypadku uznania za zasadne odwołania i odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza, Wykonawca ten miałby możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W zakresie zarzutów merytorycznych Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu dotyczącego sposobu obliczenia ceny, Izba stwierdziła, iż Zamawiający określił w pkt 12 siwz *opis sposobu obliczenia ceny,* iż cena powinna uwzględniać wszystkie koszty, jakie poniesie wykonawca w trakcie procedury postępowania o zamówienie publiczne, a także w trakcie realizacji zamówienia, wskazując jednocześnie niezbędne elementy robót podlegające uwzględnieniu. Do oferty wykonawcy zobowiązani byli załączyć zbiorcze zestawienie kosztów ofertowych z podaniem cen jednostkowych, sporządzone na podstawie przedmiarów (pkt 6.2 ppkt 10 tabeli). Wielkości obmiarowe w przedmiarach podane zostały przez Zamawiającego z dokładnością do czterech miejsc po przecinku. Na formularzu oferty, należało podać cenę oferty brutto oraz netto, cyfrowo i słownie. W ofercie Zakładu Instalacji Sanitarnych i Gazowych Józef Piwnicki, załączono kosztorys ofertowy, w którym w kolumnie „ilość", w pozycjach 13 (sieci wodociągowe – połączenie rur polietylenowych ciśnieniowych PE, PEHD za pomocą kształtek elektrooporowych o śr. zew. 110 mm), 51 (połączenie rur polietylenowych ciśnieniowych PE, PEHD za pomocą kształtek elektrooporowych o śr. zew. 50 mm) oraz 52 (połączenie rur polietylenowych ciśnieniowych PE, PEHD za pomocą kształtek elektrooporowych o śr. zew. 63 mm), podane zostały wielkościach do czwartego miejsca po przecinku (zgodnie z przedmiarem robót), a także w wielkości zaokrąglonej do trzeciego miejsca.
Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż kwestionowane przez Odwołującego pozycje nie stanowią o niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Wymienione pozycje zostały wycenione na podstawie wielkości obmiarowej podanej w przedmiarze robót (poz. 2.2, 7.3, 7.4) i są zgodne z przedmiarem robót. Zaokrąglenie wielkości w kosztorysie do tysięcznej części dotyczyło faktycznie ilości sztuk kształtek do połączenia rur. Nie miało ono żadnego wpływu na ich ilość przyjętą w kosztorysie do wyliczenia ceny. Sam Odwołujący kwestionował jedynie sposób podania wielkości, natomiast nie wykazał jaki wpływ na wycenę pozycji ma sposób przedstawienia wielkości. Stanowisko o bezwzględnym wymogu zgodności kosztorysu ze specyfikacją nie znajduje uznania przy tego rodzaju niezgodności, której dotyczy stawiany zarzut. Na tej podstawie Izba uznała, iż oferta jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu braku podania w formularzu oferty wskaźnika do kosztorysowania – *materiały i sprzęt wg. wykazu cen,* Izba stwierdziła, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający załączył do specyfikacji – przedmiaru robót, jedynie zestawienie materiałów dla robót elektrycznych. W wybranej ofercie na stronie 7 kosztorysu dotyczącego robót elektrycznych dołączone zostało zestawienie materiałów z

sumowaną wartością. Zamawiający w żadnym miejscu specyfikacji nie wymagał załączenia dodatkowego wykazu. Ponadto, Zamawiający nie określił w jaki sposób należało przedstawić informacje wskazane na formularzu ofertowym i dotyczące podstawy wyceny robót zamiennych, dodatkowych, zaniechanych (kwotowo, procentowo, czy też przez odwołanie

się do kosztorysów). Tym samym, Izba uznała, iż Wykonawcy mogli w sposób dowolny przedstawić dane. Ponadto, Izba zwraca uwagę, iż uchybienie w formularzu ofertowym w stosunku do przedstawionego wzoru nie dotyczą merytorycznej treści oferty, a jedynie odnosi się do formy - sposobu przedstawienia oczekiwanej przez Zamawiającego informacji. Na tej podstawie, Izba uznała, iż Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż sposób przedstawienia informacji nie może mieć znaczenia dla oceny zgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego gwarancji ubezpieczeniowej, Izba uznała, iż jest on bezzasadny. Obowiązkiem uczestników postępowania jest złożenie wadium ważnego przez cały okres związania ofertą, na co zwrócił uwagę w wyroku z dnia 13 października 2005 r. Sąd Okręgowy w Katowicach (sygn. IV Ca 468/05). W orzecznictwie za ugruntowany uznaje się pogląd, iż przy liczeniu terminu związania ofertą uwzględnia się dzień składania ofert, na co wskazuje jednoznacznie brzmienie art. 85 ust. 5 ustawy Pzp. Ustawa Pzp. zawiera własną odrębną od przepisów KC regulację obliczania terminu określonego w dniach. Ustawodawca wskazuje wprost, iż termin związania ofertą rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Tym samym nie ma zastosowania przy obliczaniu terminu regulacja art. 111 ust. 2 KC, zgodnie z którym, jeżeli początkiem terminu oznaczonego w dniach jest pewne zdarzenie, nie uwzględnia się przy obliczaniu terminu dnia, w którym to zdarzenie nastąpiło. Termin związania ofertą w przedmiotowym postępowaniu wynosi 30 dni i rozpoczyna się wraz z upływem terminu składania ofert. Oznacza to, iż wadium powinno obejmować cały okres, w którym wykonawcy pozostają związani ofertą, z uwzględnieniem dnia, w którym upływał termin składania ofert, tj. 5 sierpnia 2008r. 30 dniowy termin, w ciągu którego oferty wykonawców powinny być zabezpieczone wadium, upływa zatem 3 września 2008r. (o godzinie 24:00). Gwarancja ubezpieczeniowa Polskiego Towarzystwa Ubezpieczeń S.A., załączona do oferty, obowiązywała od dnia 5 sierpnia 2008r. do 3 września 2008r. Tym samym, Izba uznała, iż oferta Wykonawcy pozostawała zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą.

W zakresie zarzutu czynu nieuczciwej konkurencji, skład orzekający stwierdził, iż Odwołujący nie przedstawił dostatecznych dowodów na potwierdzenie stawianych zarzutów. W szczególności, Izba nie uznała dowodu z dokumentu stanowiącego ofertę handlową producenta zaoferowanej przez Odwołującego się przepompowni. Dokument ten w żadnej mierze nie może stanowić podstawy do uznania, iż w ofercie wybranej nie przedstawiono przepompowni zgodnej z oczekiwaniami Zamawiającego, jak i rzetelnej pod względem ceny. Oferta ta stanowi jedynie ofertę konkretnego producenta i nie daje obrazu produktów konkurencyjnych do oferowanego. Podobnie dowodem na poparcie twierdzenia Odwołującego się o zaniżeniu przez wybranego Wykonawcę stawki roboczogodziny, nie jest kalkulacja własna Odwołującego się. Sposób obliczenia wskaźnika przyjętego do

sporządzenia oferty może być różny w zależności od przyjętej w danym przedsiębiorstwie polityki kadrowej. Wykonawca nie ma prawnego obowiązku zatrudniania pracowników na podstawie umowy o pracę, może również pozyskiwać personel na potrzeby konkretnych zamówień w innych dopuszczalnych formach, np. w drodze zlecenia. Wówczas wpływu na koszty osobowe nie będą miały wskazywane w kalkulacji Odwołującego się, czy to wysokość minimalnego wynagrodzenia, czy też składki na ubezpieczenie społeczne pracowników. Na rynku konkurencyjnym, jakim niewątpliwie jest rynek robót budowlanych, o pozycji przedsiębiorcy decyduje możliwość zaproponowania konkurencyjnej ceny, z czym wiąże się również umiejętność obniżenia kosztów własnych przedsiębiorstwa. Odwołujący się nie przedstawił żadnego dowodu na prowadzenie praktyk naruszających uczciwą konkurencję. Odwołujący się nie zarzucił Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp. przez zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu

zamówienia, czy też art. 90 ustawy Pzp. Tym samym Izba nie rozpatrywała zaniechania przez Zamawiającego wszczęcia procedury w celu wyjaśnienia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp. Na podstawie § 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. z 2007 r. Nr 128, poz. 886), kosztami Zamawiającego stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (ograniczonych do maksymalnej wysokości określonej rozporządzeniem), Izba obciążyła Odwołującego się.

.

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 **Radomiu.**

Przewodniczący:
……

Członkowie:
……
……

_____
* *niepotrzebne skreślić*