

WYROK
z dnia 11 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Emil Kuriata

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu / w dniach 11.09.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „Mark-Bud” Sp. z o.o., ABW Superbruk Sp. z o.o. 15-427 Białystok, ul. Lipowa 24** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Politechnika Białostocka, 15-351 Białystok, ul. Wiejska 45A** protestu / protestów * z dnia 08.08.2008 r.

przy udziale **Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „Rodex” Sp. z o.o., 15-084 Białystok, ul. E. Orzeszkowej 32** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „Mark-Bud” Sp. z o.o., ABW Superbruk Sp. z o.o. 15-427 Białystok, ul. Lipowa 24**

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 **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „Mark-Bud” Sp. z o.o., ABW Superbruk Sp. z o.o. 15-427 Białystok, ul. Lipowa 24,**
- 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 **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „Mark-Bud” Sp. z o.o., ABW Superbruk Sp. z o.o. 15-427 Białystok, ul. Lipowa 24.**

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę i rozbudowę budynku warsztatowo – laboratoryjnego na potrzeby dydaktyczne jako inkubatora przedsiębiorczości wraz z zagospodarowaniem terenu w ramach zadania: rozwój innowacyjnych metod wspierania przedsiębiorczości Wydziału Zarządzania Politechniki Białostockiej wraz z infrastrukturą dodatkową, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, (BZP nr 1 poz. 124306 z 10.06.2008 r.) w dniu 8 sierpnia 2008 r. został wniesiony protest a następnie

odwołanie przez Konsorcjum Przedsiębiorstwo-Produkcyjno-Usługowe „MARK-BUD” Sp. z o.o. z Białegostoku oraz ABW Superbruk Sp. z o.o. z Hryniewiczy.

Złożenie protestu było następstwem powiadomienia pismem doręczonym dnia 6 sierpnia 2008 r. o wyborze oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego „Rodex” Sp. z o.o. z Białegostoku.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu Politechnice Białostockiej naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) przez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego „Rodex” Sp. z o.o. jako nie odpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i przez wybór oferty podlegającej odrzuceniu. Odwołujący podniósł, że wybrany wykonawca w kosztorysie ofertowym:

1. w części robót budowlanych, poz. 1.18.7 wycenił ościeżnice drewniane regulowane, a powinno być ościeżnice stalowe, systemowe regulowane,
2. w części robót sanitarnych, poz. 1.2.1 wg opisu należało wycenić anemostaty nawiewne ze skrzynkami rozprężnymi TDYc 250-600+ALSc 200-250, a w ofercie zostały podane anemostaty nawiewne ze skrzynkami rozprężnymi TDYc 250-600 + TRGc 403-250-K,
3. w części robót instalacji elektrycznych, poz. 9 powinno być rury winidurkowe RB22 w kosztorysie jest rury winidurkowe RB2.

Odwolujący wskazał, że skutkiem wyboru oferty z naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych utracił możliwość uzyskania zamówienia, przez co jego interes prawny doznał uszczerbku.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 11 sierpnia 2008 r. do postępowania wywołanego wniesieniem protestu, w dniu 14 sierpnia 2008 r. przystąpił wybrany wykonawca Przedsiębiorstwo-Produkcyjno-Usługowo-Handlowego „Rodex” Sp. z o.o., który opowiedział się za utrzymaniem decyzji o wyborze jego oferty. Wyjaśnił, że oferta zapewnia realizację zamówienia w całości, gdyż:

- Ad pkt 1. zaoferowano rodzaj ościeżnic zgodnych z wyjaśnieniami Zamawiającego do SIWZ,
- Ad pkt 2. zaoferowano równoważną skrzynkę rozprężną produkcji firmy „Instal” z Białegostoku zamiast wskazanego typu skrzynki produkcji szwedzkiego koncernu „Swegon,”
- Ad pkt 3. nastąpiła możliwa do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 Pzp oczywista omyłka pisarska wskutek pominięcia drugiej cyfry „2” w podanym przekroju rur.

Zamawiający oddalił protest przez brak jego rozstrzygnięcia.

3

W odwołaniu wniesionym w dniu 20 sierpnia 2008 r., z kopią przekazaną Zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskami o nakazanie:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego „Rodex” Sp. z o.o.,
- powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert.

Do postępowania odwoławczego pismem z dnia 3 sierpnia 2008 r. zgłosił swoje przystąpienie po stronie Zamawiającego wybrany wykonawca, który wyjaśnił kwestionowane pozycje złożonego kosztorysu ofertowego i podtrzymał stanowisko zawarte w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej dopuścił i przeprowadził dowody: z dokumentacji akt sprawy, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z wyjaśnieniami, przedmiarów robót, odnośnych dokumentów z projektu technicznego, korespondencji stron, oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego „Rodex” Sp. z o.o.

Nadto rozważył stanowiska pełnomocników stron i reprezentanta Przystępującego do odwołania, złożone do protokołu rozprawy.

Skład orzekający Izby ustalił co następuje.

W postępowaniu zostało złożone 5 ofert. Jedyne kryterium oceny ofert stanowi cena.

Oferta wybrana podaje cenę 6 364 680,02 zł.

Oferta Odwołującego 6 452 988,00 zł.

Termin składania ofert upłynął 15 lipca 2008 r., Termin związania ofertą wynoszący 30 dni, został przedłużony na wniosek Zamawiającego z dnia 30 lipca 2008 r. o dalsze 50 dni. Oferty Odwołującego i Przystępującego do odwołania nadal pozostają zabezpieczone wadium.

W odniesieniu do sposobu obliczenia ceny i charakteru wynagrodzenia SIWZ zawiera następujące zapisy.

Rozdział 3 pkt D, szczegółowy zakres robót określają projekty wykonawcze, przedmiary robót, szczegółowe specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót poszczególnych branż, które stanowią załącznik nr 1 do SIWZ. W punkcie tym widnieje dopisek „zgodnie z art. 30 ust. 5 ustawy Pzp wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym jest zobowiązany wykazać, że oferowane przez niego roboty budowlane spełniają wymagania określone przez Zamawiającego.” Rozdział 13 SIWZ zawiera opis sposobu obliczenia ceny. Wykonawca sporządzi kosztorys ofertowy z uwzględnieniem wszystkich elementów zamówienia według poniższych zasad:

– wszystkie pozycje kosztorysu muszą zawierać ceny jednostkowe z narzutami,

4

-
- cena jednostkowa każdej pozycji kosztorysowej musi obejmować koszty bezpośredniej robocizny, materiałów, zakupu, pracy sprzętu i transportu technologicznego oraz koszty pośrednie i zysk,
 - wykonawca musi opracować kosztorys ofertowy zgodnie z przedmiarem robót,
 - w kosztorysie należy wskazać czynniki cenotwórcze przyjęte do sporządzania oferty, stawki R, Ko, Z, Kz.
 - wykonawca jest zobowiązany do wypełnienia i określenia wartości we wszystkich pozycjach występujących w kosztorysach,
 - brak wypełnienia i określenia wartości w pozycji spowoduje odrzucenie oferty,
 - cena oferty musi uwzględniać wszystkie elementy przedmiarów robót oraz wykonanie wszystkich prac i czynności związanych z przedmiotem zamówienia,
 - ostateczną cenę oferty stanowi suma netto kosztorysów ofertowych poszczególnych branż z doliczeniem podatku VAT,
 - wszystkie ceny określone przez wykonawcę zostaną ustalone na okres ważności umowy i nie będą podlegały zmianom,
 - wprowadzenie przez wykonawcę zmian ilościowych robót określonych przez Zamawiającego spowoduje odrzucenie oferty,
 - określone w przedmiarach robót podstawy wyceny nie są obowiązujące, są jedynie poglądowe, służą do opisu przedmiotu zamówienia.

Z kolei w załączniku Nr 5 do SIWZ, w § 3 wzoru umowy przewidziano, że za wykonanie przedmiotu zamówienia wykonawca otrzyma wynagrodzenie kosztorysowe wynikające z oferty. Wynagrodzenie wykonawcy obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy i nie może ulec zwiększeniu do końca jej obowiązywania. Zgodnie z § 6 pkt 2 wzoru umowy do obowiązków wykonawcy należy wykonanie przedmiotu umowy z materiałów, wyrobów nabytych staraniem własnym określonych w kosztorysie ofertowym i projektach technicznych, odpowiadających wymogom prawa budowlanego. Skompletowanie certyfikatów dla wyrobów, deklaracji zgodności, aprobat technicznych, świadectw dopuszczenia do obrotu handlowego i stosowania w budownictwie winno nastąpić najpóźniej do czasu odbioru, a także przedkładanie ich na każde żądanie przedstawiciela Zamawiającego w trakcie realizacji przedmiotu umowy. W § 7 wzoru umowy postanowiono, że w sytuacji gdy w trakcie realizacji przedmiotu umowy wystąpią roboty nie przewidziane bądź nie objęte przedmiarem robót i dokumentacją (uzasadnione technicznie i technologicznie), a także roboty zamiennie wykonawca zrealizuje je w oparciu o umowę dodatkową. Roboty dodatkowe i zamiennie rozliczone zostaną kosztorysem powykonawczym według cen i czynników cenotwórczych przyjętych do sporządzania oferty. Ceny materiałów do robót nie przewidzianych i nie występujących w ofercie muszą być udokumentowane kopiami faktur zakupu. Wartość robót objętych umową a nie wykonanych zostanie potrącona

5

z ceny umownej. Za wykonane roboty dodatkowe wykonawca wystawi fakturę po całkowitym

zrealizowaniu robót określonych umową podstawową.

Opisane wyżej postanowienia specyfikacji i wzoru umowy, należy ocenić jako przewidujące wynagrodzenie ryczałtowe za cały przedmiot umowy określony w dokumentacji i w kosztorysie. Kosztorys ofertowy ma zatem charakter pomocniczy mimo, że Zamawiający określił cenę jako kosztorysową. O charakterze wynagrodzenia nie może przesądzać jej określenie (nazwa) użyta przez Zamawiającego lecz sposób obliczenia i sposób rozliczeń stron. Zamawiający przyznał, że jest to stała cena całkowita za przedmiot zamówienia określony w SIWZ, specyfikacji technicznej, przedmiarze, dokumentacji projektowej z uwzględnieniem wszystkich dodatkowych kosztów. W ramach realizacji przedmiotowego zamówienia Zamawiający nie przewidział obmiaru powykonawczego i ustalenia ostatecznego wykonawcy kosztorysem powykonawczym w oparciu o wynagrodzenia o powykonawczy obmiar robót z natury, co przesądzałoby o charakterze tego wynagrodzenia jako kosztorysowego. Licząc się z możliwością wykonania nieprzewidzianych robót dodatkowych, których w szczególności w pracach adaptacyjnych i remontach prawdopodobieństwo wystąpienia jest znaczne, Zamawiający jedynie dla takich robót ustalił zawarcie odrębnej umowy, za dodatkowym wynagrodzeniem rozliczanym w oparciu o stawki jednostkowe z kosztorysu ofertowego i czynniki cenotwórcze podane przez wybranego wykonawcę z uwzględnieniem ilości robót ustalonych kosztorysem powykonawczym w oparciu o obmiar z natury. Z uwagi na tak ustalony charakter wynagrodzenia ryczałtowego w umowie podstawowej, w rozumieniu art. 88 ust. 1 pkt 3a Pzp i 632 § 1 K.c. cena podana przez Przystępującego do odwołania jest prawidłowa bez względu na sposób jej obliczenia. Jeżeli za wykonane roboty strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, dołączenie kosztorysu ofertowego ma o tyle znaczenie, że dokument ów należy uznać za uzasadniający merytorycznie oferowaną przez wykonawcę cenę za przedmiot zamówienia. Obowiązkiem wykonawcy jest zaś wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem zawartym w specyfikacji technicznej, dokumentacji projektowej tak pod względem podanych tam materiałów ilości robót i zastosowanych technologii, (z uwzględnieniem równoważności w przypadku, gdy zajądą ku temu podstawy). Zamawiający będzie miał obowiązek wyegzekwowania od wybranego wykonawcy takiego wykonania robót i ich jakości jak przewiduje dokumentacja, którą określa rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych i programu funkcjonalno użytkowego (Dz. U. Nr 202, poz. 2072). Z postanowień § 12 rozporządzenia wynika, że specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót zawiera zbiór wymagań, które są niezbędne do określenia standardu i jakości wykonania robót w odniesieniu do właściwości zastosowanych materiałów jak i technologii.

6

Rozważając poszczególne zarzuty należy stwierdzić, że i pod tym względem odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Do ad 1. w części przedmiaru roboty budowlane, poz. 230 d.18 ST-B.17, były wymagane ościeżnice drewniane zwykle dwukrotnie malowane na budowie (pozycja zastępcza). Natomiast w wykazie stolarki drzwiowej w projekcie przewidziane były ościeżnice stalowe regulowane. Zamawiający pismem z dnia 4 lipca 2008 r. udzielił wyjaśnień, że mają być zastosowane ościeżnice zgodnie z opisem architektury. W pozycji 1.18.7 kosztorysu ofertowego wybrany wykonawca podał ościeżnice drewniane regulowane. Zamieścił też uwagę „zmiana ościeżnic drewnianych zwykłych na regulowane, zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 4 lipca 2008 r.” Powołanie się na wymienione pismo wystarczająco dowodzi, że kosztorys ofertowy uwzględniał wymaganą zmianę ościeżnic. Z wyjaśnienia Zamawiającego na rozprawie wynika, że pismo z dnia 04.07.2008 r. odsyłało do opisu technicznego do projektu wykonawczego architektury, poz. 7.2.3, gdzie zostały podane systemowe ościeżnice regulowane w wykończeniu jasny buk, bez wskazania ościeżnic stalowych.

Do ad. 2. w części robót sanitarnych projekt wykonawczy wentylacji mechanicznej i klimatyzacji, w poz. 1N-23, 2N-28 oraz w części 1.2.1 przedmiaru, wymagał zastosowania anemostatów nawiewnych sufitowych ze skrzyniami rozprężnymi TDYc 250-600 + ALSc 200-250. Wybrany wykonawca, w poz. 1.2.1 (specyfikacja techniczna S.05.05.04), zaoferował wykonanie robót z użyciem anemostatów nawiewnych ze skrzynkami rozprężnymi TDYc 250-600 + TRGc 403-250 K, a więc opatrzonego innymi oznaczeniami niż w przedmiarze i w

projekcie wykonawczym wentylacji mechanicznej. Na wezwanie Zamawiającego z dnia 24 i 29 lipca 2008 r. o wykazanie równoważności skrzynki rozprężnej podanej w kosztorysie ofertowym w stosunku do wymaganej w przedmiarze, Przystępujący do odwołania pismami z 28 i 30 lipca 2008 r. wyjaśnił budowę i sposób działania zaoferowanej w kosztorysie skrzynki jako spełniającej wymagania PNB 0-34-34 przewody wentylacyjne podstawowe badania i wymagania, jak również załączył schemat tego urządzenia. W dokumentacji został podany konkretny produkt o indywidualizowanych oznaczeniach ze wskazaniem konkretnego producenta – firmy szwedzkiej „Swegon”, zatem dopuszczalne było w oparciu o art. 29 ust. 3 Pzp i postanowienia SIWZ zaoferowanie wyrobu równoważnego. Skoro wykonawca wykazał, że wyrób ten posiada parametry wymagane dokumentacją, brak było podstaw do odrzucenia oferty. Protest podnosił jedynie niezgodność z przedmiarem, nie kwestionował właściwości zaoferowanego rodzaju anemostatu i skrzynki rozprężnej jako wyrobu równoważnego. Do ad. 3. W części robót elektrycznych przedmiar w pozycji 1.9 wymagał podania w kosztorysie ofertowym rur winidurowych RB22 układanych w betonie w gotowych bruzdach. W kosztorysie ofertowym wybranego wykonawcy podano, rury winidurowe RB2 układane w betonie w gotowych bruzdach. Rury winidurowe służą jako osłona przewodów

7

elektrycznych. Przekrój ich podawany jest w milimetrach. Z tego wynika, że na rynku nie są oferowane rury winidurowe osłonowe o przekroju 2 milimetrów. Dowodzi to oczywistej pomyłki pisarskiej przez przypadkowe pominięcie drugiej cyfry „2” w oznaczeniu przekroju rury. Pomyłka taka podlegała sprostowaniu w trybie art. 87 ust. 2 Pzp. Niezależnie od uznania bezzasadności zarzutów odnoszących się do kwestionowanych pozycji kosztorysu ofertowego wybranego wykonawcy i do podjętych przez Zamawiającego czynności względem tej oferty, przesądzające znaczenie ma charakter wynagrodzenia obowiązujący w tym postępowaniu. Zgodnie z ustalonym kryterium do porównania ofert brane są wyłącznie stałe ceny za całość przedmiotu zamówienia. Sposób zaś ustalenia ceny ryczałtowej nie jest istotny. Izba stwierdziła w oparciu o materiał dowodowy sprawy, że strony połączy umowa o roboty budowlane z wynagrodzeniem ryczałtowym. Art. 832 K.c., jak wynika z wyroku Sądu Najwyższego z 15 czerwca 2007 r. sygn. akt V CSK 63/07 (Biul. SN 2007/12/11) znajduje zastosowanie także w odniesieniu do umów o roboty budowlane. W tym stanie rzeczy Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że Zamawiający nieprawidłowo ocenił ofertę Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego „Rodex” Sp. z o.o., jako nie podlegającą odrzuceniu. Postępowanie dowodowe nie potwierdziło trafności zarzutów stawianych Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia i wybór oferty Przystępującego do odwołania. W tym stanie rzeczy odwołanie podlegało oddaleniu na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

8

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 **Białymstoku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

* niepotrzebne skreślić

9