

WYROK
z dnia 7 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Magdalena Grabarczyk
Marek Koleśnikow

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie* w dniu / w dniach 07.10.2008 r. w Warszawie
odwołania wniesionego przez „Fambud” Jerzy Pietrzak Sp. z o.o., 96-100 Skierniewice,
ul. Mszczonowska 73 od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Gmina Moszczenica, 97-
310 Moszczenica, ul Kosowska 1 protestu / protestów * z dnia 26.08.2008 r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do
odwoławczego po postępowania stronie
odwołującego się oraz

..... po stronie
zamawiającego * .

orzeka:

1. Oddała odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża „Fambud” Jerzy Pietrzak Sp. z o.o., 96-100
Skierniewice, ul. Mszczonowska 73
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 „Fambud” Jerzy Pietrzak Sp. z o.o., 96-100
Skierniewice, ul. Mszczonowska 73,
- 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 „Fambud” Jerzy Pietrzak Sp. z o.o., 96-100
Skierniewice, ul. Mszczonowska 73.

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Moszczenica, prowadzi postępowanie o udzielenie
zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest
rozbudowa istniejącej oczyszczalni ścieków do Q=1 875 m³/d w Moszczenicy.
Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.
Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej „ustawą”.

Ogłoszenie o postępowaniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 6
czerwca 2008 roku.

Zamawiający pismem z dnia 20 sierpnia 2008 roku, przekazany Protestującemu w dniu 21 sierpnia 2008 roku, poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Fambud- Jerzy Pietrzak Sp. z o.o.

Czynność ta stała się przedmiotem protestu złożonego w dniu 26 sierpnia 2008 roku przez Przedsiębiorstwo Inżynieryjno- Projektowe Binś Sp. z o.o. dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty uznanej za najkorzystniejszą.

Protestujący- Przedsiębiorstwo Inżynieryjno- Projektowe Binś Sp. z o.o. zarzuciło Zamawiającemu naruszenie art. 82 ust.3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez nie odrzucenie oferty, której wycena przedmiotu zamówienia jest przedstawiona w sposób sprzeczny z zasadami wyceny podanymi w siwz.

Protestujący powołując się na postanowienia pkt 10 ppkt 2, pkt 18 ppkt 1 siwz oraz przepisy ustawy wskazał na konkretne pozycje kosztorysów, w których wystąpiły niezgodności pomiędzy kosztorysami ofertowymi, złożonymi przez Fambud- Jerzy Pietrzak Sp. z o.o. a kosztorysami nakładczymi i przedmiarami, będącymi integralną częścią siwz.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 sierpnia 2008 roku, pismem z dnia 28 sierpnia (wpływ do Zamawiającego w dniu 29 sierpnia 2008 roku) Fambud- Jerzy Pietrzak Sp. z o. o., którego oferta została uznana za najkorzystniejszą przystąpiło do postępowania protestacyjnego, wykazując swój interes prawny i wnosząc o oddalenie protestu.

W uzasadnieniu podniósł w pierwszej kolejności, że protest Przedsiębiorstwa Binś został wniesiony z uchybieniem przepisu art. 180 ust. 1 ustawy, jego adresatem nie jest

Na Zamawiający – Gmina

Moszczenica wskazana w siwz a Wójt Gminy Moszczenica.

poparcie swojego stanowiska Przystępujący powołał się na wyrok SO w Lublinie z dnia 9.11.2005 roku sygn. akt II Ca 587/05.

W odniesieniu do zarzutu niezgodnej w postanowieniach siwz wyceny przedmiotu zamówienia Przystępujący podniósł, że zgodnie z siwz wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy zatem w jego ocenie kosztorysy ofertowe należy traktować jako materiał pomocniczy do ustalenia ceny. Na poparcie swojej argumentacji Przystępujący powołał się na liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, Sądów Okręgowych, Sądu Apelacyjnego w Poznaniu oraz Sądu Najwyższego.

Wskazał także postanowienia siwz i projektu umowy (pkt 18 siwz oraz § 11 ust.1 projektu umowy), z których wynika wprost, że wynagrodzenie zostało ustalone jako wynagrodzenie ryczałtowe.

3

Podniósł, że wszystkie roboty zostały wycenione z kosztorysie nakładczym zgodnie z siwz, do oferty załączono kosztorys szczegółowy oraz przedmiar. Dodatkowo wskazał na oświadczenie w pkt 2 formularza oferty, że w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia i realizacji przyszłej umowy oraz zobowiązał się do wykonania kompletnego przedmiotu zamówienia za cenę ryczałtową.

Pismem z dnia 5 września 2008 roku, doręczonym w dniu 8 września 2008 roku, Zamawiający protest w całości oddalił.

Argumentując swoje stanowisko Zamawiający wyjaśnił, że deklaracje zawarte w kosztorysie ofertowym stanowią treść oferty, ponieważ wskazują na zakres robót i rodzaj przewidzianych do użycia materiałów. Nie zgadzając się z argumentem, że wynagrodzenie ryczałtowe, jakie zostało ustalone w tym postępowaniu zezwala na dokonywanie błędów w ofertach wskazał, że błędy te dotyczą opisu pozycji kosztorysowych i występują niezgodności między pozycjami KNR kosztorysu nakładczego a pozycjami KNR kosztorysu ofertowego. Kosztorys ofertowy określa przedmiot zamówienia, który wykonawca zobowiązuje się wykonać za cenę ryczałtową. Zamawiający powołała się na treść wyroków zespołów arbitrów w podobnych sprawach.

Nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego Fambud –Jerzy Pietrzak wniósł w dniu **10 września 2008 roku** odwołanie od oddalenia protestów z dnia 26 sierpnia 2008 złożonego przez Binś oraz protestu z dnia 27 sierpnia złożonego przez Odwołującego.

Pismem z dnia 17 września 2008 roku Odwołujący oświadczył, że odwołanie dotyczy rozstrzygnięcia protestu z dnia 26 sierpnia 2008 roku.

W odwołaniu wskazał na naruszenie: art. 82 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 180 ust. 1 i

ust. 7, podtrzymał argumentację zawartą w przystąpieniu do protestu i wskazał dodatkowo na postanowienia siwz, które świadczą o tym, że przedmiot zamówienia został określony nie tylko przez przedmiar robót ale przede wszystkim przez dokumentację techniczną: projekt budowlany i wykonawczy oraz specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót. Przedmiar jest jedynie uzupełnieniem tego opisu.

W odwołaniu podtrzymał wywody dotyczące błędnego oznaczenia adresata protestu – Wójt Gminy zamiast Gmina. Dodatkowo wskazał na naruszenie art. 180 ust. 7 podnosząc, że protest Wykonawcy – Binś Sp. z o.o. został wniesiony z uchybieniem terminu. W tym zakresie powołał się na postanowienia siwz dotyczące ustalonej przez Zamawiającego formy pisemnej przekazywania oświadczeń, zawiadomień i wniosków i podniósł, że wniesienie w dniu 26 sierpnia protestu w formie faxu nie może być uznane za skuteczne. Odwołujący wniósł o:

4

1. odrzucenie protestu Binś Sp. z o.o. jako wniesionego po terminie oraz wniesionego nie do Zamawiającego,
2. oddalenie zarzutów Binś Sp. z o.o. w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący przekazał kopię odwołania w dniu 11 września 2008 roku Zamawiającemu.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treści siwz oraz oferty Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej ustalił i zważył co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie skład orzekający Izby stwierdził, że Odwołujący jako podmiot, który przystąpił skutecznie do postępowania protestacyjnego dotyczącego odrzucenia jego oferty, jest uprawniony do samodzielnego złożenia odwołania od rozstrzygnięcia protestu, które narusza jego interes prawny w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy.

Skład orzekający ustalił następujący stan faktyczny:

W postępowaniu złożono 3 oferty :

1. Fambud - Jerzy Pietrzak Sp.zo.o. z ceną 9 524 854,10 zł,
2. Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Projektowe Binś Sp.zo.o z ceną 10 777 234,46 zł,
3. Konsorcjum Firm: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Az-BUD Zbigniew Frąk z ceną 9 401 115,85 zł.

Wartość szacunkowa zamówienia publicznego określona została zgodnie protokołem ZP-2 na 10 067 362, 50, co stanowi 2 596 621,83 euro.

Skład orzekający Izby ustalił, że Zamawiający w dniu 9 września 2008 roku powiadomił Wykonawców o unieważnieniu przedmiotowego postępowania o zamówienie publiczne z uwagi na brak ważnych ofert, powołując się na przesłankę określoną w art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy.

Okoliczność ta pozostaje jednak bez wpływu na rozpoznanie niniejszego odwołania, którego celem jest ocena zasadności i zgodności z prawem postępowania Zamawiającego polegającego na oddaleniu protestu złożonego przez Binś Sp. z o.o.

5

Na podstawie akt sprawy skład orzekający Izby ustalił, że Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) opisał przedmiot zamówienia przez odesłanie do dokumentacji projektowej, specyfikacji wykonania i odbioru robót budowlanych oraz przedmiaru robót i kosztorysu szczegółowego.

W pkt 10.2 siwz wymagał, aby Wykonawcy załączyli do ofert szczegółowy kosztorys ofertowy wraz z przedmiarem (wg dołączonego do SIWZ kosztorysu nakładczego i przedmiaru).

W pkt 18 siwz „Opis sposobu obliczenia ceny” wskazał, że cena podana w ofercie jest ceną

ryczałtową i musi obejmować całkowity zakres prac objęty dokumentacją techniczną, kosztorysem ofertowym, SIWZ oraz wszelkie prace towarzyszące niezbędne do realizacji zamówienia.

W treści formularza oferty, Zamawiający zamieścił postanowienie „Nawiązując do ogłoszenia o przetargu nieograniczonym oferujemy wykonanie inwestycji pn. „Rozbudowa istniejącej oczyszczalni ścieków do Q = 1 875 m³/d w Moszczenicy, gm. Moszczenica, pow. piotrkowski, woj. łódzkie” za cenę ryczałtową.....”

Jednocześnie na formularzu oferty Wykonawcy winni złożyć m.in. oświadczenie o treści „Oświadczamy, że w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia i realizacji przyszłej umowy”

Podając cenę za wykonanie całości przedmiotu zamówienia należy wycenić przedmiot zamówienia wg załączonych do SIWZ kosztorysach nakładczych i przedmiarze robót. Wycenione pozycje kosztorysu ofertowego powinny być zgodne z pozycjami KNR kosztorysów nakładczych i przedmiaru robót. Ewentualne pozycje nieuwzględnione w kosztorysach nakładczych i przedmiarze należy wycenić według dokumentacji technicznej jako kolejne pozycje po zakończeniu wyceny kosztorysowej.

Jednocześnie Zamawiający dopuścił możliwość wyceny materiałów i urządzeń wyszczególnionych w kosztorysach nakładczych i przedmiarze w postaci materiałów i urządzeń równoważnych pod względem jakościowym i technicznym, przy czym zobowiązał Wykonawców w takim przypadku do przedstawienia dokumentów wystawionych przez producenta materiału lub urządzenia, które potwierdzą tę równoważność pod względem jakościowym i technicznym wraz z niezbędnymi obliczeniami, które wynikają ze specyfiki zastosowania równoważności dla konkretnego urządzenia lub materiału.

W treści wzoru umowy, stanowiącej załącznik nr 12 do siwz, w § 1 ust. 2 Zamawiający określił, że zakres prac wiążący wykonawcę przedstawiony jest w szczegółowym kosztorysie robót, który stanowi zał. Nr 1 do niniejszej umowy.

6

Z § 10 ust. 1 wzoru umowy wynika, że Wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot umowy zgodnie z projektem budowlanym z materiałów własnych. Zastosowane materiały powinny spełniać wszelkie wymagania Ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo Budowlane to jest posiadać odpowiednie certyfikaty na znak bezpieczeństwa, być zgodne z kryteriami technicznymi określonymi w Polskich Normach lub aprobatą techniczną o ile dla danego wyrobu nie ustanowiono Polskiej Normy oraz zgodne z właściwymi przepisami i dokumentami technicznymi.

Skład orzekający zważył co następuje:

Niewątpliwym i bezspornym między stronami jest fakt, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy w rozumieniu art. 632 § 1 K.c. i art. 88 ust. 1 pkt 3a Pzp, zatem uznaje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia. Przyjmując zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac, co potwierdza orzecznictwo, m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 6.03.2001 sygn. akt I ACa 1147/2000.

Istotą sporu nie są błędy czy omyłki w obliczeniu ceny ryczałtovej, które uzasadniałyby przyjęcie tej ceny ale to, czy przy ustalonym wynagrodzeniu ryczałtowym mogą pojawić się rozbieżności w określeniu przedmiotu zamówienia wynikającego z kosztorysu ofertowego a kosztorysu nakładczego, dokumentacji projektowej i wykonawczej.

Skład orzekający, biorąc pod uwagę charakter kosztorysu ofertowego w rozpatrywanym postępowaniu przy ustalonym wynagrodzeniu ryczałtowym wskazuje, że uchybienia i rozbieżności między kosztorysem ofertowym a dokumentacją przedstawioną przez Zamawiającego dotyczące różnic w ilości nakładów, numerach KNR czy robociznie nie stanowią o niezgodności treści oferty z treścią siwz, bowiem z istoty wynagrodzenia ryczałtowego wynika, że Wykonawca będzie zobowiązany wykonać przedmiot zamówienia za cenę ryczałtową bez względu na rozmiar, zakres przyjętych przez siebie prac. Jako

przykład takich uchybień, które nie powodują niezgodności treści oferty z treścią siwz należy podać wskazaną przez Zamawiającego różnicę w poz. 60 KNR, poz. 62 KNR, gdzie rozbieżności dotyczą określenia numerów KNR, obmiaru, robocizny czy ilości nakładów. W ocenie składu orzekającego Izby, dane te, przy wynagrodzeniu ryczałtowym pozostają bez wpływu na ocenę ofert.

7

Odmienne należy natomiast ocenić różnice w kosztorysach ofertowych w stosunku do przedmiarów robót i dokumentacji technicznej w odniesieniu do określenia przedmiotu zamówienia. W tym zakresie należy wskazać np. na różnicę w kosztorysie 51-3/KŚ: budynek socjalno- techniczny wraz z zadaszeniem zrzutu osadu- roboty technolog., gdzie w poz. 12 KNR 7-09 2201-03 wyceniono materiał do połączeń kołnierzowych na ciśnienie nominalne do 1,6 Mpa o średnicy nominalnej 100 mm zamiast wymaganych przez Zamawiającego w przedmiarze 125 mm czy różnicę w poz. 62 KNR w kosztorysie nr 51-1/ KŚ: zbiornik Biogradex istn. – roboty budowlane, gdzie zamiast rusztowania zewnętrznego drewnianego drabinowego przyściennego o wysokości do 10 m wskazano wysokość do 8 m. W ocenie składu orzekającego, zastosowanie wynagrodzenia ryczałtowego nie usprawiedliwia faktu zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z oczekiwaniami Zamawiającego. Odmienne interpretacja stałaby w sprzeczności z fundamentalną zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji. Obowiązkiem każdego wykonawcy, biorącego udział w postępowaniu jest rzetelna wycena przedmiotu zamówienia i zaoferowanie przedmiotu, który będzie spełniał wymagania Zamawiającego, bez względu na rodzaj zastosowanego wynagrodzenia. Odstępstwo polegające na zmianie przedmiotu zamówienia w stosunku do wymagań Zamawiającego stanowi o niezgodności treści oferty z treścią siwz, co wypełnia przesłankę określoną w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 180 ust. 1 ustawy skład orzekający Izby wskazuje, że okoliczność niewłaściwego zaadresowania protestu, wniesionego przez Wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Projektowych Binś Sp. z o.o. nie została podniesiona przez Zamawiającego, który był bezpośrednim adresatem tego pisma, ale przez Odwołującego. Jak wynika z ustaleń Izby, co jest bezsporne między stronami, pismo z treścią protestu zostało dostarczone w dniu 26 sierpnia 2008 roku do Urzędu Gminy Moszczenica, zatem okoliczność podnoszona przez Odwołującego dotycząca błędnego zaadresowania treści protestu pozostaje bez znaczenia dla oceny skutków prawnych dokonanej czynności w dniu 26 sierpnia 2008 roku.

Niezależnie od powyższego Izba, nadmienia że zgodnie z art. 26 ust.1 i art. 31 ustawy z dnia 8 marca 1990 roku o samorządzie gminnym (Dz. U. 2001, nr 142, poz. 1591 z późn. zm.) organem wykonawczym gminy jest wójt, wójt kieruje bieżącymi sprawami gminy oraz reprezentuje ją na zewnątrz.

Zarzut naruszenia art. 180 ust. 7 ustawy został przez Odwołującego wycofany w trakcie rozprawy.

Biorąc pod uwagę powyższe zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 82 ust. 3 i art. 180 ust. 1 ustawy nie zasługuje na uwzględnienie.

8

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak na wstępie na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 ustawy.

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

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 1223, poz. 1655) na niniejszy wyrok/postanowienie* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

** niepotrzebne skreślić*