

WYROK
z dnia 17 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 października 2008 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: ABT Badora i Spółka S.J. – KREVOX Europejskie Centrum Ekologiczne Sp. z o.o. ul. Bór 143/157, 42-200 Częstochowa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Brzegu Sp. z o.o. ul. Wolności 15, 49-300 Brzeg** protestu z dnia **16 września 2008 r.**

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

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Brzegu Sp. z o.o. ul. Wolności 15, 49-300 Brzeg 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: ABT Badora i Spółka S.J. – KREVOX Europejskie Centrum Ekologiczne Sp. z o.o. ul. Bór 143/157, 42-200 Częstochowa;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Brzegu Sp. z o.o. ul. Wolności 15, 49-300 Brzeg** na rzecz **Konsorcjum: ABT Badora i Spółka S.J. – KREVOX Europejskie Centrum Ekologiczne Sp. z o.o. ul. Bór 143/157, 42-200 Częstochowa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz 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 **Konsorcjum: ABT Badora i Spółka S.J. – KREVOX Europejskie Centrum Ekologiczne Sp. z o.o. ul. Bór 143/157, 42-200 Częstochowa.**

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18.07.2008r. pod numerem 165241-2008.

Przedmiot niniejszego zamówienia stanowi wykonanie modernizacji Stacji Uzdatniania Wody w Gierszowicach w gminie Olszanka w celu uzyskania wymaganej jakości wody zgodnie z obowiązującymi przepisami i wymogami Zamawiającego.

Zamawiającym jest Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Brzegu Sp. z o.o. zwany dalej "Zamawiającym".

Protest został złożony pismem z dnia 16.09.2008r. przez Konsorcjum wykonawców: Przedsiębiorstwo Budownictwa i Instalacji "ABT" Badora i Spółka S.J. ul. Bór 143/157, 42-200 Częstochowa (Lider) i KREVOX – Europejskie Centrum Ekologiczne Sp. z o.o. ul. Śurawia 45, 00 – 680 Warszawa (Partner), reprezentowane przez Lidera zwane dalej "Konsorcjum Badora".

W złożonym proteście Konsorcjum Badora zarzucił naruszenie następujących artykułów ustawy z dnia 29.01.2004r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. 2007r. Nr 223 poz. 1655) zwanej dalej "ustawą Pzp" to jest art. 93 ust.1 pkt 7 oraz art.93 ust.3 in fine ustawy Pzp.

Konsorcjum Badora wniósł o :

1. uzupełnienie pisma informującego o unieważnieniu postępowania o szczegółowe uzasadnienie faktyczne,
2. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Konsorcjum Badora zarzucił Zamawiającemu, że nie sprecyzował, w przypadku których pozycji kosztorysowych podano błędnie ustalił ilości robót oraz, że nie wyjaśnił o jaki "ukryty wiersz" chodzi.

Tym samym Zamawiający nie wyczerpał dyspozycji art.93 ust. 3 ustawy Pzp co do podania uzasadnienia faktycznego, co uniemożliwia wnoszącemu protest wypełnić dyspozycji art.180 ust. 8 ustawy Pzp zgodnie, z którym protest powinien zawierać przytoczenie zarzutów oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie protestu.

Bowiem bez poznania okoliczności faktycznych unieważnienia postępowania, wykonawca nie może wskazać naruszonych przepisów prawa.

W świetle powyższego, Konsorcjum Badora poczynił następujące założenia przyjmując, że podstawą unieważnienia postępowania był protest złożony przez CADAGUA S.A. z siedzibą w Bilbao Hiszpania, zgodnie z którym podniesiono następujące zarzuty:

1. po zaznaczeniu wiersza 94 razem z wierszem 96 i wybraniu opcji "odkryj" ujawniony został wiersz 95 o treści : 255/SO000185/ST-00.00/Próba eksploatacyjna/ryczałt,
2. w wierszu 16 poz.200 uwidoczniona była ilość 200,26 m sześciennych, lecz po rozszerzeniu kolumny widoczne było "200,255".

Protestujące Konsorcjum Badora uważa, że wykonawcy byli związani zarówno treścią jak i formą udostępnionych dokumentów przetargowych.

O zasadności takiego stanowiska świadczy fakt, iż żaden z wykonawców biorących udział w postępowaniu jedynie CADAGUA dokonała modyfikacji dokumentu.

Konsorcjum Badora w złożonym proteście przywołał następujące zapisy SIWZ.

1. "Część" I – Instrukcja dla Wykonawców" Szczegółowy opis i zakres przedmiotu zamówienia został przedstawiony w projekcie budowlano-wykonawczym,
2. w Części III SIWZ Opis przedmiotu zamówienia w pkt 3.2.3 Przedmiar robót – Preambuła zawarto następujące stwierdzenia we Wstępie.
 - 2.1. Przedmiar robót powinien być odczytywany z powiązaniu z Specyfikacjami Technicznymi oraz Dokumentacją Projektową.
 - 2.2. Ilości wstawione obok pozycji w każdym Przedmiarze są wielkościami szacunkowymi,
 - 2.3. Koszty każdej z faz operacyjnych, które muszą po sobie następować a wynikają z jakiegokolwiek części Opisu przedmiotu zamówienia dla zapewnienia odpowiedniej jakości wykonania; należy ująć w tej czy innej pozycji.
 - 2.4. Skrótowe opisy pozycji w Przedmiarze Robót przedstawione są tylko dla celów identyfikacyjnych i nie powinny w żaden sposób modyfikować bądź anulować szczegółowego opisu zawartego w Warunkach Kontraktu i Opisie Przedmiotu Zamówienia.

2.5. Wszelkie roboty wynikające z warunków Kontraktu, STWiORB, Projektu Budowlanego, Projektów wykonawczych i informacji o bezpieczeństwie i ochronie zdrowia należy wycenić w przedmiarze Robót.

3.W Warunkach ogólnych zawarto między innymi zapisy.

3.1. Pozycje Przedmiaru Robót opisują w sposób skrócony zakres robót objętych kontraktem. Przyjmuje się, że dana pozycja opisana w przedmiarze Robót w sposób skrócony odpowiada swoim zakresem pełnemu opisowi prac podanemu we wszystkich dokumentach kontraktu.

3.2. Roboty opisane w każdej pozycji Przedmiaru Robót winny być wykonywane w sposób kompletny opisany w Opisie Przedmiotu Zamówienia. Wartość podana w każdej pozycji Przedmiaru Robót jako cena jednostkowa pokrywa wszystkie wymogi kompletnego wykonania prac niezależnie od tego czy są one szczegółowo, czy nieopisane w dokumentach Kontraktu.

Z powyżej przedstawionych zapisów Konsorcjum Badora wywodzi, że Przedmiar Robót ma charakter pomocniczy, a charakter nadrzędny mają Warunki Kontraktu, STWiORB i dokumentacja projektowa (opis przedmiotu zamówienia).

Tym samym kwestie związane z podaniem obmiaru prac z dokładnością do dwóch bądź trzech miejsc po przecinku nie mogą być co do zasady brane pod uwagę.

4

Ponadto wskazano na następujące okoliczności :

1. różnica wynosząca 0.005 m sześć, przy ogólnej ilości ponad 200 m.sześć. nie wpływa na wycenę pozycji,
2. przedmiar robót ma charakter pomocniczy,
3. rozliczenie jest dokonywane ryczałtowo.

Z podobnych względów nie można przypisywać zasadniczego znaczenia "ukrytemu wierszowi". Wiersz ten dotyczył "próby eksploatacyjnej". W tym miejscu składający protest przywołał zapis "Koszty każdej z faz operacyjnych, które muszą po sobie następować, a wynikają z jakiegokolwiek części Opisu Przedmiotu Zamówienia dla zapewnienia odpowiedniej jakości wykonania należy ująć w tej czy innej pozycji."

Koszt próby eksploatacyjnej musiał być uwzględniony przez wszystkich wykonawców, bez względu na to, czy pozycja ta figurowała w przedmiarze robót.

W ocenie składającego protest Konsorcjum Badora, wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy o czym świadczy między innymi zapis w pkt 4.2. formularza oferty " gwarantuję wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej modyfikacji".

Konsorcjum Badora wskazało również na swój interes prawny we wniesieniu protestu, wynikający z faktu doznania uszczerbku na skutek decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania, ponieważ ofertę Konsorcjum Badora wybrano jako najkorzystniejszą, a unieważnienie postępowania pozbawia Konsorcjum Badora zamówienia.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło pismem z dnia 18.09.2008r., w którym to Zamawiający oddalił protest jako niezasadny.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający stwierdził, że nie usunięcie w sposób trwały z arkusza Excel pozycji 255 Przedmiaru Robót "Próba eksploatacyjna", a jedynie jej ukrycie, spowodowało niejednoznaczną interpretację sposobu wyceny robót, a tym samym oferty stały się nieporównywalne.

Zamawiający odnosząc się do stwierdzenia w proteście, że "rozwijanie poszczególnych komórek arkusza kalkulacyjnego, w wyniku czego był uzyskiwany inny kształt dokumentu, było działaniem nieuprawnionym, gdyż naruszało to formę graficzną przekazanego dokumentu" wskazał, że Konsorcjum Badora dokonał właśnie takich rozwinięć, gdzie w przedmiarze były zamieszczone dwie cyfry po przecinku, a w ofercie wykazano trzy cyfry

5

po przecinku, co świadczy o postępowaniu niezgodnym z przyjętym w proteście

stanowiskiem.

Powyższe rozbieżności wynikają z błędnie przygotowanego Przedmiaru Robót, co powoduje uzasadnione unieważnienie przetargu.

Powyższy stan powoduje, że postępowanie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy na mocy art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. Wadą taką jest każde poważne uchybienie w trakcie wyboru i oceny ofert. Nawet nie musi mieć ono wpływu na wynik postępowania, ale musi stanowić naruszenie ustawy.

Zamawiający również nie zgadza się ze stanowiskiem o ryczałtowym charakterze wynagrodzenia i zaleca analizę Aktu umowy ze szczególnym naciskiem na zrozumienie Fidic – owskiej definicji ceny kontraktowej.

Zamawiający wskazuje między innymi, że "Cena kontraktowa będzie uzgodniona lub ustalana na mocy klauzuli 12.3 (wycena) i będzie podlegała korektom zgodnie z kontraktem (...) Z wyjątkami przewidzianymi w Kontrakcie, Zatwierdzona Kwota kontraktowa pokrywa wszelkie zobowiązania Wykonawcy objęte kontraktem, włącznie z tymi, na które przeznaczono kwoty tymczasowe, oraz wszystko potrzebne dla właściwego wykonania i ukończenia robót oraz usunięcia wszelkich wad (...).

Reasumując Zamawiający stwierdza, że każde naruszenie ustawy, niezależnie od etapu postępowania, na którym wystąpiło, jest przeszkodą w zawarciu ważnej umowy, dlatego Zamawiający postąpił jak w piśmie z dnia 09.09.2008 r.

Odwołanie od rozstrzygnięcia protestu Konsorcjum Badora złożyło pismem z dnia 23.09.2008r.

W piśmie tym podtrzymano wywody zawarte w proteście, a żądanie sprecyzowano - ograniczając do unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego, że w przedmiotowym postępowaniu spełnione zostały przesłanki z art. 146 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp. Przyjęcie, że wskazane przez Zamawiającego uchybienia miały wpływ na wynik postępowania są nieuzasadnione w kontekście różnic cenowych złożonych przez poszczególnych wykonawców ofert.

6

Izba ustaliła i zważyła co następuje :

Na podstawie przedstawionej do akt sprawy dokumentacji przetargowej oraz oświadczeń Zamawiającego i Odwołującego na rozprawie skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu postępowania, ponieważ stwierdził, że zawarte w Przedmiarze Robót błędy powodują, iż zawarta umowa na podstawie dokonanego przez niego wyboru najkorzystniejszej oferty, będzie nieważna na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (pismo Zamawiającego z 09.09.2008r.).

W rozstrzygnięciu protestu (pismo z dnia 18.09.2008r.) Zamawiający wskazał jako podstawę nieważności umowy art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

W złożonym proteście Odwołujący zakwestionował nie podanie przez Zamawiającego, w piśmie o unieważnieniu postępowania, uzasadnienia faktycznego decyzji.

Z treści pisma Zamawiającego o unieważnieniu postępowania wynika, że wskazano następujące okoliczności, powodujące unieważnienie postępowania :

"Przedmiar robót zamieszczony na stronie internetowej Zamawiającego, stanowiący integralną część specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zawierał błędy: błędne ilości robót – liczby w programie EXCEL widoczne są z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku; w rzeczywistości – ich dokładność jest do trzech miejsc po przecinku oraz ukryty wiersz."

Na podstawie powyższych ustaleń, Izba stwierdza, że decyzja Zamawiającego z dnia 09.09.2008r. nie wywiera z przyczyn formalnych skutków prawnych unieważnienia

postępowania, ponieważ nie zawiera uzasadnienia faktycznego przewidzianego w art. 93 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie, z którym o unieważnieniu postępowania zamawiający zawiadamia wykonawców podając uzasadnienie faktyczne i prawne.
Decyzja Zamawiającego z dnia 09.09.2008r. wskazuje, że w przedmiarze robót są błędy w ilości robót, ponieważ liczby są widoczne z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, a powinny być z dokładnością do trzech miejsc po przecinku.
W ocenie Izby takie opisanie błędów nie stanowi uzasadnienia faktycznego, które powinno przybrać treść wskazania konkretnych zapisów w poszczególnych pozycjach przedmiaru z jednoczesnym wskazaniem prawidłowych treści w tych pozycjach przedmiaru.

7

Tak samo Izba ocenia podanie w decyzji Zamawiającego, iż w przedmiarze znajduje się ukryty wiersz, bez wskazania, w jakiej części przedmiaru oraz jaka, treść pozycji jest ukryta.

Izba stwierdza również, że decyzja Zamawiającego z dnia 09.09.2008r. nie zawiera uzasadnienia prawnego, ponieważ samo wskazanie nieważności umowy poprzez art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp bez wskazania dyspozycji nieważności z art. 146 ust. 1, który zawiera nieograniczony katalog podstaw prawnych, nie stanowi wypełnienia dyspozycji art. 93 ust. 3 ustawy Pzp to jest Zamawiający wskazuje podstawę prawną unieważnienia.

W związku z powyższym Izba stwierdza, brak w decyzji Zamawiającego o unieważnieniu postępowania zarówno podstawy prawnej jak i podstawy faktycznej, co powoduje, że decyzja nie wywołuje skutków prawnych w niej przewidzianych.

Izba, na podstawie dokumentacji przetargowej, protestu, odwołania i rozstrzygnięcia protestu oraz oświadczeń złożonych przez Zamawiającego i Odwołującego na rozprawie dokonała następujących merytorycznych ustaleń.

Przedmiar robót na podstawie, którego wykonawcy wyliczali cenę kontraktową zamówienia ma charakter pomocniczy, ponieważ z zapisów SIWZ wynika, że przedmiar robót zawiera pozycje, które są szacunkowe, a wykonawcy mają obowiązek wyliczyć cenę uwzględniając koszty realizacji zamówienia wynikające także z opisu przedmiotu zamówienia to jest dokumentacji budowlano – wykonawczej (dokumentacja projektowa) oraz z Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, a także z Warunków Kontraktu.

Z szeregu zapisów SIWZ wynika, że wartości podane w pozycjach przedmiaru mają charakter szacunkowy, a gdy pewne pozycje kosztowe realizacji zamówienia nie znajdują się w pozycjach przedmiaru, to należy je ująć w innych pozycjach przedmiaru.

Tak też uczynili wykonawcy, przy czym trzech nie dodało np.: pozycji jako odrębnej próba eksploatacyjna, a tylko jeden wyodrębnił odrębną pozycję.

Z ustaleń również wynika, co potwierdził Zamawiający na rozprawie, że wykryte błędy w przedmiarze robót nie mają wpływu na kolejność ocenionych ofert, ponieważ są niewielkie, a różnice pomiędzy cenami poszczególnych ofert tak znaczne, że nie mają wpływu na wybór najkorzystniejszej oferty.

Tym samym nie są spełnione przesłanki nieważności umowy z powodu naruszenia przepisów określonych w ustawie Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania (art. 146 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp).

8

Również Zamawiający stwierdził, że błędy w przedmiarze robót nie mają wpływu na rozliczenie w przyszłości wykonywanych robót.

Zamawiający podtrzymał na rozprawie argument z decyzji o unieważnieniu postępowania, że powodem unieważnienia postępowania jest brak możliwości porównania ofert wobec wykrytych błędów w przedmiarze robót.

W ocenie Izby argumentacja Zamawiającego jest bezpodstawna wobec zapisów SIWZ, z których wynika, że przedmiar robót ma charakter pomocniczy, a wykonawcy mają obowiązek uwzględnić w kosztorysie składanym do oferty stanowiącym wyliczenie ceny kontraktowej wszelkich kosztów wynikających z SIWZ, czyli nie tylko z przedmiaru robót, ale również z opisu przedmiotu zamówienia (dokumentacji budowlano – projektowej), STWiORB

oraz warunków kontraktu.

Skoro Zamawiający dokonuje wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie zaoferowanej ceny kontraktowej, to nie może wymagać od wykonawców sporządzenia wyceny robót bez uwzględnienia wszystkich kosztów niezbędnych do realizacji całości zadania, a sam przewiduje, że przedmiar nie jest jedynym źródłem tej wyceny.

Tym samym twierdzenie Zamawiającego o nieporównywalności ofert jest gołosłowne, ponieważ Zamawiający nie wykazał jakiego przepisu ustawy Pzp dokonał naruszenia przez tzw. „błędy: w przedmiarze robót, a tym samym Zamawiający nie mógł wykazać, że stanowiło to rażące naruszenie przepisów ustawy Pzp (art. 146 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp).

Reasumując w postępowaniu protestacyjnym oraz odwoławczym Odwołujący wykazał swoją argumentacją, że nie zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania z powodu, czy to rażącego naruszenia ustawy Pzp przy wyborze oferty, czy to innych naruszeń ustawy Pzp, które miały wpływ na wynik postępowania.

Tym samym Izba stwierdza naruszenie wskazanych przepisów ustawy to jest art. 93 ust. 1 pkt 7 i ust. 3 in fine.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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).

9

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Opolu.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

10