Sygn. akt: KIO 543/12

WYROK
z dnia 2 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 marca 2012 r. przez wykonawcę **„Heilit + Woerner" Budowlana Sp. z o.o., Wysoka, ul. Lipowa 5A, 52-200 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Nysa - Urząd Miejski w Nysie, ul. Kolejowa 15, 48-300 Nysa,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **BUDBIS Paweł Bis, Brukarstwo i Usługi Budowlane Bis Wiesław, ul. Konradowa 1A, 48-303 Nysa** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **"Heilit + Woerner" Budowlana Sp. z o.o., Wysoka, ul. Lipowa 5A, 52-200 Wrocław** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **"Heilit + Woerner" Budowlana Sp. z o.o., Wysoka, ul. Lipowa 5A, 52-200 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Opolu.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 543/12

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Nysa, Urząd Miejski w Nysie - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest budowa i przebudowa drogi w ulicy Chodowieckiego w Nysie.
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 13 lutego 2012 roku pod poz. 35527 - 2012.
Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp".

W dniu 19 marca 2012 roku odwołujący – Heilit +Woerner Budowlana Sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu niezgodne z przepisami ustawy Pzp odrzucenie oferty odwołującego. Odwołujący podniósł naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego pomimo, że jej treść odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez przez zaniechanie czynności wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty w trybie przewidzianym w tym przepisie,
3. art. 7 ustawy Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję i narusza zasady równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w dniu 14.03.2012 roku poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Podał, że zgodnie z pkt 3.2 siwz każdy wykonawca, który przedłożył ofertę z uproszczonym kosztorysem, zobowiązany jest również dołączyć do kosztorysu wykaz sprzętu i materiałów (występujących w kosztorysie) z cenami jednostkowymi oraz do podania wartości innych składników cenotwórczych: robocizna, koszty ogólne, koszty zakupu, zysk. W ocenie zamawiającego przedłożony przez odwołującego wykaz sprzętu i materiałów nie zawierał wszystkich pozycji występujących w kosztorysie, wobec czego oferta nie odpowiada treści siwz.
Odwołujący, nie zgadzając się z decyzją zamawiającego podniósł, że zgodnie z § 5 wzoru umowy za wykonanie przedmiotu umowy ustalono wynagrodzenie ryczałtowe. Zakres robót określono m.in. w zawartym w siwz opisie przedmiotu zamówienia oraz dokumentacji projektowej. Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry

bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Wynagrodzenie to jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztu prac. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r. (II CRN 913/97), ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego. Konsekwencją przyjęcia wynagrodzenia ryczałtowego jest zobowiązanie wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia w sposób określony przez Zamawiającego. To opis przedmiotu zamówienia oraz dokumentacja projektowa określają treść i przedmiot zamówienia, a nie uproszczony kosztorys ofertowy, czy dodatkowy załącznik do niego. Żądany przez Zamawiającego kosztorys ofertowy w formie uproszczonej ma zatem charakter wyłącznie pomocniczy (vide: Wyrok KIO z 24.11.2009 r, KIO/UZP 1588/09), a jego brak w żaden sposób nie rzutuje na zgodność oferty ze SIWZ, tym bardziej, że sam Zamawiający wskazał w treści oferty, że „cena ofertowa zawiera wszystkie koszty jakie ponosi Zamawiający w przypadku wyboru niniejszej oferty". Oznacza to, że wykonawca, składając ofertę, ponosi ryzyko prawidłowego skalkulowania ceny natomiast przedkładając ofertę składa jednocześnie oświadczenie o zapoznaniu się z warunkami i ich akceptacji SIWZ bez zastrzeżeń (por. wyrok KIO z 31.03.2009r., KIO/UZP 348/09). Powyższe potwierdza również zapis pkt 12.3 SIWZ, w którym wskazano „cena musi zawierać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej i zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia"
Błąd czy luka kosztorysu nie może byc więc rozpatrywany w kontekście wadliwości treści oferty wykonawcy w stosunku do SIWZ, skoro jest on zobowiązany do wykonania całego przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentami odniesienia, niezależnie od błędów, pomyłek, czy braku uszczegółowienia pozycji kosztorysowych, które w odniesieniu do oferty Odwołującego nie występowały. Tym bardziej za niedopuszczalne uznać należy przyjęcie, że wykonawca nie jest w stanie wykonać należycie przedmiotu zamówienia z powodu braków załącznika do kosztorysu. W orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych podkreśla się, że Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SWIZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom (vide: Wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2012 r., KIO 22/12 LEX nr 1108890).
W ocenie Odwołującego użyte przez ustawodawcę w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp sformułowania "treść oferty" i "treść SIWZ" jednoznacznie wskazują na aspekt merytoryczny obu dokumentów. Treść SIWZ to przede wszystkim zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielnie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą

starannością umowy. Treść oferty natomiast to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do

zrealizowania przedmiotu zamówienia na rzecz Zamawiającego. Świadczenie wykonawcy musi być zgodne z opisanym w SIWZ przedmiotem zamówienia. O zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. Jak słusznie wskazano w wyroku KIO z 30.03.2010 r. (KIO/UZP 228/10) niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia (por. też wyrok KIO z 22.01.2010r., KIO/ZUP 1729/09). Odwołujący podniósł, że skoro zawarł w swojej ofercie oświadczenie, z którego wynika zobowiązanie do uczestnictwa w postępowaniu w terminach i na warunkach określonych w ogłoszeniu i SIWZ oraz zobowiązanie do zawarcia umowy na warunkach ustalonych przez Zamawiającego, a zarówno SWIZ jak i wzór umowy w sposób jednoznaczny określają przedmiot zamówienia bez odwołania się do treści załącznika do uproszczonego kosztorysu ofertowego, nie może być mowy o niezgodności takiej oferty z warunkami SIWZ, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.
Wyrażone w niniejszym odwołaniu stanowisko Odwołującego potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO z dnia 31 sierpnia 2011 r., KIO 1788/11, LEX nr 950689). Wynika z niego, że cena ryczałtowa to cena ustalona za całość zamówienia, na podstawie dokumentacji projektowej, a tabele (w niniejszym postępowaniu: załącznik do kosztorysu) mają jedynie znaczenie pomocnicze. Z tego też powodu nawet w sytuacji braku w tabelach niektórych robót nie można uznać, że wykonawca złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ, bowiem to dokumentacja projektowa określa treść i przedmiot zamówienia. Skoro zatem tabele pomocnicze (tutaj: załącznik z wykazem sprzętu i materiałów) nie determinowały zakresu prac objętych przedmiotem zamówienia, ten bowiem wynika z dokumentacji projektowej, to brak ujęcia w kosztorysie pewnych elementów, nie może stanowić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, co jednocześnie przesądza o niedopuszczalności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (podobnie Sąd Okręgowy w Kielcach w wyroku z dnia 15 stycznia 2010 r.). Nadto nie uzasadnia stanowiska Zamawiającego w żaden sposób procedura ewentualnych zmian do umowy opisany w pkt 16 SIWZ, które mogą być inicjowane stosownym wnioskiem.
W niniejszym postępowaniu nie ma podstaw do wnioskowania, że nieujęcie pewnych pozycji w załączniku do kosztorysu jest tożsame z oświadczeniem o zamiarze niewykonania pewnych prac/zastosowania materiałów świadczącym o niezgodności oferty z SIWZ (podobnie wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 września 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1114/09, KIO/UZP 1129/09).
Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, że ewentualne braki załącznika do uproszczonego kosztorysu ofertowego nie mają znaczenia dla oceny merytorycznej

zawartości oferty, a co najwyżej mogą być potraktowane jako brak formalny oferty, który nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (por. wyrok KIO z 30.03.2011, KIO/UZP 203/10). W przypadku wątpliwości co do treści oferty Zamawiający mógł zwrócić się do wykonawcy o ich wyjaśnienie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, czego nie uczynił. Brak rzeczonego załącznika nie ma też żadnego wpływu na możliwość dokonania rozliczenia za wykonanie przedmiotu zamówienia przy wynagrodzeniu ryczałtowym. Zgodnie z warunkami SIWZ jak i wzorem umowy (§ 6 ust. 1 wzoru umowy) Zamawiający przewidział rozliczenie z wykonawcą w oparciu o stopień zaawansowania robót na podstawie faktur częściowych.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty innego wykonawcy tj.: Konsorcjum firm: BUDBIS Paweł Bis (Lider) oraz Brukarstwo i Usługi Budowlane Bis Wiesław (Partner),
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. dokonania czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej, z uwzględnieniem oferty odwołującego w przedmiotowym postępowaniu.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc po uwagę stanowiska stron zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

W dziale 10 „Opis sposobu przygotowania ofert” w pkt 3 „Zawartość oferty”, zamawiający podał, że kompletna oferta musi zawierać m.in. kosztorys ofertowy (lit. e).

W dziale 2 „Kosztorysy ofertowe” podał, że kosztorysy należy sporządzić zgodnie z przedmiarem robót, zachowując kolejność pozycji przedmiaru. Kosztorysy ofertowe muszą być sporządzone jako wypełnienie przedmiaru, z tym, że dopuszcza się zastosowanie innej katalogowej podstawy wyceny niż podana w przedmiarze – zakres i technologia wycenionych robót musi odpowiadać zakresowi i technologii robót określonych w danej pozycji przedmiaru. (…)
Oferty można składać, załączając kosztorysy szczegółowe lub uproszczone.
W przypadku przedłożenia oferty z załączeniem kosztorysu uproszczonego należy dołączyć wykaz materiałów i sprzętu (występujących w kosztorysie) z podaniem cen jednostkowych oraz podać wartości innych składników cenotwórczych: robocizna, koszty ogólne, koszty zakupu, zysk.
W dziale 16 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający przewidział możliwość dokonania zmian zawartej umowy i wskazał, że:
pkt 2 Zmiany mogą obejmować:
- zmiany wynagrodzenia Wykonawcy,

- zmiany ilości każdej pracy objętej umową,
- zmianę jakości i innych cech charakterystycznych którejkolwiek części pracy,
- zmianę poziomu, pozycji czy też wymiarów którejkolwiek części robót,
-rezygnacja z jakiejkolwiek pracy (jednak bez prawa zlecania jej osobą trzecim),
- zmiany w kolejności i terminach wykonywania robót.
W § 5 wzoru umowy, stanowiącym załącznik nr 2 do siwz, zamawiający przewidział, że za wykonanie przedmiotu umowy w zakresie określonym w § 1 strony ustalają wynagrodzenie Wykonawcy na kwotę ryczałtową (…).

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania a odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Niespornym między stronami jest, że kosztorys ofertowy był dokumentem wymaganym postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie budzi także wątpliwości, że w przypadku przedłożenia oferty wraz z załączeniem kosztorysu uproszczonego obowiązkiem wykonawców było dołączyć wykaz materiałów i sprzętu (występujących w kosztorysie) z podaniem cen jednostkowych oraz podaniem wartości innych składników cenotwórczych: robocizna, koszty ogólne, koszty zakupu, zysk.
Odwołujący nie kwestionował w toku rozprawy, że załączone przez niego do oferty zestawienie stawek i narzutów przyjętych w kalkulacji cen jednostkowych nie zawiera pełnego wykazu wszystkich, występujących w kosztorysie, materiałów i sprzętu wraz z podaniem cen jednostkowych i jest niekompletne.
Analiza postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia skłania do twierdzenia, że ustalone przez zamawiającego wynagrodzenie w przedmiotowym zamówieniu, mimo użytego w § 2 wzoru umowy sformułowania „wynagrodzenie ryczałtowe”, nie miało charakteru czysto ryczałtowego. Świadczy o tym, choćby przewidziana przez zamawiającego w dziale 16 specyfikacji istotnych warunków zamówienia możliwość zmiany wynagrodzenia wykonawcy, ilości pracy, rezygnacji z wykonania prac. Wobec powyższego argumentacja odwołującego, zawarta w treści odwołania, dotycząca skutków zastosowania w umowie ceny ryczałtowej jest chybiona.
W ocenie Izby, załączone kosztorysy ofertowe wraz z zestawieniem stawek i narzutów, miały w rozpatrywanym przypadku dla zamawiającego istotne znaczenie, służyły bowiem do rozliczenia umowy i ewentualnej zmiany wynagrodzenia. Zatem nie można przypisywać im

roli wyłącznie pomocniczej. Z uwagi na okoliczność, że złożone przez odwołującego zestawienie materiałów, stanowiące część oferty, jest niekompletne i zostało sporządzone w sposób niezgodny z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zachodzi przesłanka do odrzucenia oferty określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem treść

złożonej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Brak wymaganych przez zamawiającego danych dotyczących kosztów wszystkich materiałów i sprzętu, będących elementami cenotwórczymi uniemożliwia wyliczenie przewidzianej przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia ewentualnej zmiany wynagrodzenia.
W ocenie Izby, niezgodność ta ma charakter nieusuwalny i nie jest możliwe wezwanie odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia braków w zestawieniu materiałów i sprzętu, bowiem dokument ten nie jest dokumentem potwierdzającym spełnienie wymagań, określonym w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.
Wbrew twierdzeniom odwołującego, niedopuszczalne jest także wezwanie do złożenia wyjaśnień w tym zakresie w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wyjaśnienia takie mogłyby doprowadzić w istocie do złożenia oświadczenia, którego w pierwotnej ofercie nie złożono i w konsekwencji do niedozwolonej modyfikacji treści oferty.
Izba nie stwierdziła naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1 oraz art. 7 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……