

WYROK
z dnia 24 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek

Sylwester Kuchnio

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Jana Bijosia prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Budownictwa Sanitarnego "SANITECH" Jan Bijoś, 35-213 Rzeszów, Krupówka 55** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Miejski w Szydłowcu, 26-500 Szydłowiec, pl. Rynek Wielki 1** protestu z dnia 3 września 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonanie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciążyć Urząd Miejski w Szydłowcu, 26-500 Szydłowiec, pl. Rynek Wielki 1
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Jana Bijosia prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Budownictwa Sanitarnego "SANITECH" Jan Bijoś, 35-213 Rzeszów, Krupówka 55;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Urząd Miejski w Szydłowcu, 26-500 Szydłowiec, pl. Rynek Wielki 1** na rzecz **Jana Bijosia prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Budownictwa Sanitarnego "SANITECH" Jan Bijoś, 35-213 Rzeszów, Krupówka 55** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania;
- 3) dokonać zwrotu kwoty 5 538 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Jana Bijosia prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Przedsiębiorstwo Budownictwa Sanitarnego "SANITECH" Jan Bijoś, 35-213 Rzeszów, Krupówka 55.**

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Szydłowiec, wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Wykonanie **sieci wodociągowej wraz z przyłączami, hydroforni ze zbiornikiem wyrównawczym oraz ogrodzenia terenu wokół hydroforni poprzez wykonanie dróg i miejsc postojowych na terenie hydroforni w miejscowościach Zastronie i Męcin gmina Szydłowiec**”. Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742 i Nr 157, poz. 1241), zwanej dalej w skrócie Pzp.

29.06.2009 r. zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, poz. 101023.

28.08.2009 r. zamawiający zawiadomił o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Zakład Usług Wodnych i Komunalnych, 26-500 Szydłowiec, ul. Górna 11;
- 2) odrzuceniu oferty m.in. wykonawcy Przedsiębiorstwa Budownictwa Sanitarnego „SANITECH” z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Krupówki 55 – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

03.09.2009 r. wykonawca Jan Bijoś, Przedsiębiorstwo Budownictwa Sanitarnego SANITECH, Rzeszów wniósł protest na:

- 1) uznanie, że oferta protestującego nie odpowiada treści specyfikacji; zamawiający stwierdził, że kosztorys protestującego nie obejmuje swym zakresem całego przedmiotu zamówienia opisanego w specyfikacji i przedmiarze robót;
- 2) odrzucenie oferty złożonej przez protestującego.

Zdaniem protestującego zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 Pzp. Protestujący wniósł o:

- 1) przyjęcia złożonej przez protestującego oferty spełniającej warunki przetargu;
- 2) dokonania wyboru oferty złożonej przez protestującego, gdyż jest ona najkorzystniejsza cenowo wśród wszystkich ofert złożonych w postępowaniu.

Argumentacja protestującego:

28 sierpnia 2009 r. protestujący uzyskał informację o odrzuceniu jego oferty z powodu braku przedstawienia w ofercie całego kosztorysu przedmiotu zamówienia opisanego w specyfikacji.

Zamawiający przyjął jednoznacznie zarówno w specyfikacji, jak również we wzorze umowy wynagrodzenie ryczałtowe. W rozdziale XII specyfikacji zawarte jest stwierdzenie, że cyt. „w przypadku pominięcia w kosztorysie ofertowym pewnych robót, czynności lub materiałów wynikających z technologii wykonania robót, Zamawiający uzna, że cena ogólna przedstawiona przez Wykonawcę obejmuje te roboty lub czynności i zostaną one wykonane.”. Z powyższego sformułowania oraz przyjęcia wynagrodzenia ryczałtowego jednoznacznie wynika, iż odrzucenie oferty z powodu nieobjęcia w kosztorysie ceny ogrodzenia oraz izolacji taśmą jest całkowicie bezpodstawne.

Zgodnie z doktryną prawa zamówień publicznych kosztorys nie jest traktowany jak dokument, który określa zakres przewidzianych do wykonania prac. Kosztorys jest natomiast swego rodzaju formularzem cenowym i przy zastosowaniu wynagrodzenia ryczałtowego pełni on jedynie funkcję informacyjno-pomocniczą. Przy przyjęciu wynagrodzenia

ryczałtowego wykonawca zobowiązuje się składając ofertę do wykonania całości prac za podaną przez siebie cenę. Z konstrukcji wynagrodzenia wynika, że błąd w opracowaniu kosztorysu nie może być przyczyną uznania, iż treść oferty odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Błąd w opracowaniu kosztorysu może być uznany jako błąd w obliczeniu ceny, jednakże przyjęcie wynagrodzenia ryczałtowego wyklucza odrzucenie oferty zawierającej taki błąd. Protestujący przywołał wyroki sygn. akt.: UZP/ZO/0-290/06 z 7 lutego 2006 r., UZP/ZO/0-2407/06 z 1 września 2006 r., UZP/ZO/0-430/06 z 20 lutego 2006 r. UZP/ZO/0-671/06 z 13 marca 2006 r.

Zamawiający naruszył zasadę przygotowania i przeprowadzenia postępowania – uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – art. 91 ust. 1 Pzp, który stanowi, iż zamawiający wybiera najkorzystniejszą ze złożonych ofert.

14.09.2009 r. zamawiający oddalił protest w całości.

Argumentacja zamawiającego:

Zgodnie z rozdz. XII pkt 2 specyfikacji, zamawiający wskazał, że cena oferty brutto jest ceną ostateczną obejmującą wszystkie koszty i składniki związane z realizacją zamówienia, zgodnie z przedmiotem robót w tym m.in. VAT, opusty, rabaty. Wykonawca miał obowiązek opracować i dołączyć własny kosztorys ofertowy w oparciu o załączony do specyfikacji przedmiar robót, wymogi specyfikacji i wzór umowy. W kosztorysie ofertowym należało wyszczególnić i wycenić wszystkie składniki cenotwórcze, na podstawie których kosztorys został opracowany. Jednocześnie zamawiający żądał dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego opracowanego na podstawie załączonych przedmiarów robót.

W związku z tym kosztorysy ofertowe wykonawców zostały poddane weryfikacji zarówno

pod względem zgodności ze specyfikacją jak i rachunkowym, bowiem w obecnym stanie prawnym cena ryczałtowa podlega poprawkom w trybie art. 87 ust. 2 Pzp.

Kosztorys protestującego nie obejmował swym zakresem całego przedmiotu zamówienia opisanego w specyfikacji i przedmiarze robót, a mianowicie nie zawiera pozycji:

- 1) kosztorys – Hydrofornia Zastronie – fundament pod kontener:
 - a) dodatek za każdy 1 km transportu ziemi samochodami samowyladowczymi po drogach o nawierzchni utwardzonej krotność 4-5,328 m³,
 - b) izolacje przeciwwilgociowe powłokowe bitumiczne pionowe wykonane na zimno z roztworu asfalt. – druga i następna warstwa – bitizol P 33,408 m²,
 - c) izolacje poziome przeciwdźwiękowe z układanych na wierzchu konstrukcji na sucho jednowarstwo – EPS 100 grubości 5 cm 10.472 m²,
 - d) posadzki jedno- i dwubarwne z płytek z kamieni sztucznych 30 x 30 cm na zaprawie klejowej układane metodą regularną 10,472 m²;
- 2) kosztorys – Hydrofornia Zastronie – fundament pod zbiornik retencyjny:

-
- a) Zagęszczenie nasypów z gruntu spoistego kat. II ubiakami mechanicznymi – 5,884 m³;

- 3) kosztorys – Ogrodzenie:

- a) ogrodzenie z siatki wys. 1.8 m w ramach na słupkach stalowych o rozstawie 3 m obsadzonych w gniazdach cokołów – 115,00 m.

Zastosowanie przez zamawiającego wynagrodzenia ryczałtowego nie zwalnia wykonawcy biorącego udział w postępowaniu z obowiązku rzetelnej wyceny przedmiotu zamówienia i zaferowania 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 specyfikacji co wypełnia przesłankę określoną w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający przywołał wyroki sygn. akt: KIO/UZP 1306/08 z 2 grudnia 2008 r. i sygn. akt KIO/UZP 476/09 z 28 kwietnia 2009 r.

Brak wykazanych pozycji kosztorysowych uniemożliwia dokonanie ich wyceny. W takim przypadku konieczne byłoby uzupełnienie treści oferty po upływie terminu składania ofert przez wskazanie wartości tych pozycji, co oznaczałoby prowadzenie niedozwolonych negocjacji z wykonawcą. Wezwanie do uzupełnienia kosztorysu ofertowego jest niedopuszczalne (art. 26 ust. 3 Pzp). Tego typu błędy nie podlegają regulacji art. 87 ust. 2 Pzp.

22.09.2009 r. wykonawca Jan Bijoś, Przedsiębiorstwo Budownictwa Sanitarnego SANITECH, Rzeszów złożył odwołanie przywołując te same zarzuty i argumenty co w proteście. Jednocześnie odwołujący podkreślił, że z charakteru wynagrodzenia ryczałtowego oraz dotychczasowej praktyki w zakresie prawa zamówień publicznych wynika, że kosztorys przy ryczałtowej formie wynagrodzenia pełni tylko rolę pomocniczą i porządkową, a decydujące znaczenie ma cena ryczałtowa, którą strony określają wartość całego zamówienia. Nie wymienione w kosztorysie przez odwołującego pozycje dotyczyły czynności o marginalnym znaczeniu dla wykonania całego przedmiotu zamówienia. Łączny koszt wykonania nie wymienionych w kosztorysie pozycji nie przekroczy kwoty 8.000,00 zł, co stanowi ok. 0,7% kwoty zaoferowanej przez odwołującego. Mając na uwadze wartość całego zamówienia przekraczającego kwotę 1.200.000,00 zł i różnicę cenową pomiędzy ofertą odwołującego oraz wybranego wykonawcy można domniemywać, że nastąpiło naruszenie przepisów ustawy o wyborze najkorzystniejszej dla zamawiającego oferty.

Odwołujący składając ofertę podpisał formularz oferty stanowiący załącznik nr 1 do specyfikacji z którego wynika, iż zobowiązuje się wykonać całość robót za wskazaną w ofercie cenę. W związku z tym należy uznać, że odwołujący z pewnością wykona całość zamówienia za wskazaną w ofercie cenę.

Twierdzenia zamawiającego, iż oferta złożona przez odwołującego jest niezgodna ze specyfikacją są bezzasadne. Zawarte w rozstrzygnięciu protestu, są sprzeczne z postanowieniem zawartym w rozdziale XII specyfikacji, którym stanowi, że cyt.: „Cena oferty brutto jest ceną ostateczną obejmującą wszystkie koszty i składniki związane z realizacją zamówienia, zgodnie z przedmiarem robót, w tym m.in. podatek VAT, upusty, rabaty...”.

Ponadto zamawiający w specyfikacji postanowił, iż cyt.: „W przypadku pominięcia w kosztorysie ofertowym pewnych robót, czynności lub materiałów wynikających z technologii

wykonania robót, zamawiający uzna, że cena ogólna przedstawiona przez wykonawcę obejmuje te roboty lub czynności i zostaną one wykonane w ramach ceny podanej przez wykonawcę...”.

Przytoczone postanowienia jednoznacznie świadczą o tym, że w przypadku pominięcia w kosztorysie pewnych robót, czynności lub materiałów, wykonawca wykona te roboty lub czynności za zaoferowaną przez siebie cenę całościową.

Na podstawie dokumentacji postępowania, a także biorąc pod uwagę wyjaśnienia i stanowiska stron zaprezentowane w proteście, oddaleniu protestu oraz podczas rozprawy, a ponadto biorąc pod uwagę dowody złożone przez odwołującego w postaci:

- 1) spis elementów pominiętych w kosztorysie na okoliczność, że wartość pominiętych elementów z kosztorysu jest nikła w porównaniu z wartością całego zamówienia i poziomem zysku;**
- 2) przykład kosztorysu wskazujący na sposób budowania ceny z zakładanym poziomem zysku minimum 10%, na okoliczność braku ryzyka wykonania przedmiotu zamówienia przez Odwołującego bez odpowiedniego zysku;**
- 3) wykaz cen, jakie zostały złożone w ofertach na okoliczność wykazania, że oferta odwołującego opiewa na najniższą cenę oraz nie odbiega swoim poziomem od pozostałych ofert (oprócz oferty zdecydowanie najdroższej),**

skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes prawny w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 Pzp – przez uznanie, że oferta odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji (zamawiający stwierdził, że kosztorys protestującego nie obejmuje swym zakresem całego

przedmiotu zamówienia opisanego w specyfikacji i przedmiarze robót) i odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego – zasługuje na akceptację w zakresach wskazanych poniżej.

Skład orzekający Izby stwierdził, że w części XII ust. 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający zawarł postanowienie o wynagrodzeniu ryczałtowym za wykonanie przedmiotu zamówienia. Dalej, w części XII ust. 3 specyfikacji zamawiający postanowił, cyt.: „W przypadku pominięcia w kosztorysie ofertowym pewnych robót, czynności lub materiałów wynikających z technologii wykonania robót, zamawiający uzna, że cena ogólna przedstawiona przez wykonawcę obejmuje te roboty lub czynności i zostaną one wykonane w ramach podanej ceny przez wykonawcę.”.

Analiza przytoczonych postanowień specyfikacji dotycząca sposobu ustalonego między stronami rozliczenia umowy pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, że zastosowano rodzaj wynagrodzenia ryczałtowego. Charakter przewidzianego wynagrodzenia jest również bezsporny między stronami.

Wobec ustanowienia przez zamawiającego w specyfikacji ryczałtowego charakteru wynagrodzenia należy uznać, że załączone do oferty kosztorysy ofertowe mają jedynie charakter pomocniczy i służą do obliczenia ceny oferty.

Dodatkowo o ryczałtowym charakterze wynagrodzenia między stronami świadczy postanowienie § 7 ust. 1 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 7 do specyfikacji, gdzie zamawiający postanowił, że cyt.: „[...] wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy jest wynagrodzeniem ryczałtowym...”, a w ust. 2 tego paragrafu wzoru umowy zamawiający ustanowił, że cyt.: „Wynagrodzenie ryczałtowe [...] obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją robót objętych dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót w tym ryzyko wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty”. Strony umawiają się zatem na z góry określone wynagrodzenie, za całość zamówienia, bez względu na rozmiar poniesionych nakładów, choćby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru i kosztów prac (art. 632 Kc).

Biorąc pod uwagę ryczałtowy charakter zastosowanego wynagrodzenia, należy uznać że wykazane rozbieżności pomiędzy kosztorysem ofertowym wybranego wykonawcy a

przedmiarem robót, przygotowanym przez zamawiającego nie mają znaczenia dla oceny prawidłowości sporządzenia i przygotowania oferty. Wykonawca bowiem przy tak ustalonym rodzaju wynagrodzenia, będzie miał obowiązek wykonać w trakcie realizacji zamówienia również pozycje, które faktycznie nie zostały ujęte w jego kosztorysie ofertowym, ale są ujęte w przedmiarze robót, projekcie technicznym, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, co wykonawca potwierdza w § 7 umowy (na etapie postępowania we wzorze umowy).

W rozpoznawanej sprawie, w sposób nie budzący żadnych wątpliwości wynagrodzenie zostało określone jako ryczałtowe w rozumieniu art. 632 § 1 Kc, 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 6 marca 2001 r. sygn. akt I ACa 1147/2000. W przypadku ryczałtowej formy wynagrodzenia zamawiający może zrezygnować z identyfikacji źródeł kosztów składających się na realizację poszczególnych robót budowlanych i ograniczyć się do żądania od wykonawcy przedstawienia w formularzu oferty łącznej ceny za wykonanie wszystkich robót określonych dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót oraz postanowieniami projektu umowy. W takim znaczeniu wykonawca będzie zobowiązany wykonać całość prac za stałą cenę, podaną w ofercie.

Zatem brak było uzasadnionych podstaw do odrzucenia oferty odwołującego jako nie odpowiadającej specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ze względu na podniesiony zarzut nie zawarcia w kosztorysie ofertowym wszystkich elementów, które znajdują się w przedmiarze, gdyż kosztorys ma charakter pomocniczy przy ryczałtowym określeniu ceny.

Izba nie wzięła pod uwagę dowodów przedstawionych przez odwołującego, mimo ich wiarygodności, gdyż przywołane tam okoliczności nie były brane pod uwagę podczas odrzucenia oferty odwołującego oraz na te okoliczności nie powoływał się zamawiający w pismach informujących o odrzuceniu oferty i oddaleniu odwołania.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp .

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742 i Nr 157, poz. 1241) 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:

.....

.....