Sygn. akt KIO 560/11

WYROK
z dnia 29 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 marca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Jarosława Zielińskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe "BUDMONT" Jarosław Zieliński, 87-800 Włocławek, ul. Miodowa 8** od czynności zamawiającego **Gmina Dębowa Łąka, 87-207 Dębowa Łąka, Dębowa Łąka 38**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Dębowa Łąka, 87-207 Dębowa Łąka, Dębowa Łąka 38** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu przez **działalność** uiszczonego **Jarosława Zielińskiego, prowadzącego pod gospodarczą nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe "BUDMONT" Jarosław Zieliński, 87-800 Włocławek, Ul. Miodowa 8;**

2) dokonać wpłaty kwoty **13 617 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset siedemnaście złotych zero groszy) przez **Gminę Dębowa Łąka, 87-207 Dębowa Łąka, Dębowa Łąka 38** na rzecz **Jarosława Zielińskiego, prowadzącego**

---

działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwa Budowlano-Montażowego "BUDMONT" 87-800 Ul. Jarosław Zieliński, Włocławek, Miodowa 8 stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów opłaty skarbowej.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Toruniu.**

Przewodniczący:

……

Uzasadnienie

I. Gmina Dębowa Łąka (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na poprawę infrastruktury oświatowej w gminie Dębowa Łąka poprzez termomodernizację szkół podstawowych w miejscowościach Łobdowo i Wielkie Radowiska.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 18 lutego 2011 r. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759).

W dniu 16 marca 2011 r. Jarosław Zieliński, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlano-Montażowe "BUDMONT" Jarosław Zieliński (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie. Odwołujący wskazywał, że Zamawiający zawiadomił go o odrzuceniu jego oferty z uwagi na sporządzenie kosztorysu ofertowego niezgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) - przedmiarem robót, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

W ocenie Odwołującego czynność Zamawiającego jest niesłuszna i narusza art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych. W treści SIWZ Zamawiający określił, iż cena ma charakter ryczałtowy (pkt VI.6 SIWZ, pkt III formularza oferty, § 9 wzoru umowy) i powinna zawierać koszty wykonania wszystkich pozycji, które zostały zamieszczone w przedmiarze robót oraz inne koszty. Skoro zaś cena ma charakter ryczałtowy, to kosztorys ofertowy (do którego nie odsyła ani formularz oferty ani wzór umowy) należy traktować jedynie jako dokument pomocniczy. W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie wnosił o jego oddalenie.
Zamawiający po pierwsze przytoczył postanowienia SIWZ i wskazał, iż :
1) w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w opisie przedmiotu zamówienia w pozycji drugiej - założenia Zamawiający tak określa przedmiot zamówienia.
1.1)Wykonawca zobowiązuje się do wykonania robót budowlanych zgodnie z projektem budowlanym , specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót oraz przedmiarem robót

(kosztorys ślepy), który stanowi załącznik do SIWZ i przedmiary robót jako załącznik Nr 4-1 do 4-8.
2) w pozycji 7 pkt 4 SIWZ Zamawiający wymaga także dołączenia do oferty - kosztorysu ofertowego , wg przedmiarów zawartych w załącznikach Nr 4-1 do 4-8 do SIWZ.
3) w opisie sposobu przygotowania oferty przetargowej (IV ust. 6) Zamawiający stwierdza, że: cena określona w ofercie jest ceną ryczałtową i musi być skalkulowana w sposób jednoznaczny, bez podziału na wartości zależne od wielkości zamówienia oraz zawierać koszty wykonania wszystkich pozycji jakie zostały zamieszczone w przedmiarze robót oraz inne koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których poniesienie będzie niezbędne do całkowitego i należytego wykonania przedmiotu zamówienia.
4) w pozycji VII SIWZ - Odrzucenie oferty , Zamawiający wyraźnie stwierdza, iż oferta zostanie odrzucona w przypadku gdy -jej treść nie odpowiada treści SIWZ z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych (VII ust. 2).
Wnoszący odwołanie przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego nie uwzględnił wyceny załącznika nr 4.7 do SIWZ, który był niezmienny i dostępny od samego początku opublikowania przetargu dla każdego Wykonawcy, ponadto nie uwzględnił również zwiększonego obmiaru „ dot. pokrycia papą termozgrzewalną dachów sali gimnastycznej w Łobdowie" o 116 m2, gdzie powinno być 374,25 m2 (str. 36, poz. 7 oferty) a zostało wycenione jako 258,25 m2. Pominięcie wyceny termomodernizacji lokalu mieszkalnego mieszczącego się w szkole w Łobdowie oraz pokrycia stropodachu sali gimnastycznej będzie czynem nieuczciwej konkurencji w stosunku do pozostałych Wykonawców, którzy złożyli prawidłową wycenę, zgodną z dostępnymi w tym postępowaniu przedmiarami robót.
Zamawiający w sposób wyraźny zawarł w SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia obowiązek dołączenia do oferty przedmiarów określonych w załącznikach do SIWZ. Obowiązek ten był zdaniem Zamawiającego na tyle skonkretyzowany i określony że jego brak skutkował odrzuceniem ofert co wyraźnie podkreślono w pozycji VII SIWZ (VII ust. 2).
Bezsprzecznym jest, iż Zamawiający przyjął cenę ryczałtową jaka podstawę do rozliczenia inwestycji w przedłożonym do SIWZ projekcie umowy. Należy również podkreślić, że umowa stanowiąca załącznik do SIWZ w § 5 stanowi wyraźnie, iż do obowiązków wykonawcy należy wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją projektową, postanowieniami umowy, warunkami przetargu. Treść opisanego w ten sposób zobowiązania wykonawcy ma być więc co do zasady prawidłowo wyrażać i odpowiadać wymaganiom zawartym w SIWZ.
Nie bez znaczenia jest fakt, iż Zamawiający korzysta ze współfinansowania ze środków pochodzących z Unii Europejskiej i bez tych środków nie będzie w stanie

zrealizować tej ważnej dla gminy inwestycji. Obowiązek dostarczenia kosztorysu ofertowego, zgodnego z przedmiarami Zamawiającego nałożył na Zamawiającego Urząd Marszałkowski w Toruniu, dotujący tę inwestycję ze środków Unii Europejskiej, z Europejskiego Funduszu

Rozwoju Regionalnego w ramach Osi priorytetowej 2. Zachowanie i racjonalne użytkowanie środowiska Działanie 2.3. Rozwój infrastruktury w zakresie ochrony powietrza Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Kujawsko - Pomorskiego na lata 2007 - 2013 (Projekt Nr RPKP.02.03.00-04-034/10). Treść powyższej informacji zawarta była na pierwszej stronie SIWZ jak i w projekcie umowy a wnoszący odwołanie wykonywał również inwestycje współfinansowane środkami Unii Europejskiej, z tego samego działania jak nasze przedsięwzięcie i powinien znać obowiązujące zasady w tym temacie, co potwierdzają załączone przez niego do oferty referencje (załącznik do niniejszego pisma).

W ocenie Zamawiającego - oferta odwołującego w sposób bezsprzeczny nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co zgodnie z dyspozycją zapisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych-skutkuje odrzuceniem oferty .

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałaby dokonana powtórna ocena ofert, wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:
W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego złożono 17 ofert, z czego 14 zostało odrzuconych z powodu niezgodności załączonych do nich kosztorysów ofertowych z przedmiarami załączonymi do SIWZ. Zamawiający informując wykonawców o podstawie faktycznej odrzucenia, nie uszczegółowił, które pozycje kosztorysów ofertowych nie odpowiadają przedmiarom (wynikało to wyłącznie z notatek Komisji Przetargowej), i Odwołujący powziął dokładną wiedzę o podstawie faktycznej odrzucenia swojej oferty częściowo z odpowiedzi na odwołanie, a w sposób pełny – na rozprawie.

Zamawiający dostrzegł w kosztorysie ofertowym Odwołującego następujące uchybienia:
-,,nie zdjęto całkowicie tej pozycji z kosztorysu” (strona 21 poz. 12),

- ,,nie zwiększono przedmiaru z poz 258,25 m2 na właściwą wartość tj. 374,25 m2” (strona 36 poz. 7),
- brak wyceny robót termomodernizacyjnych w mieszkaniu – 3 pozycje (zgodnie z zał. nr 4.7 do SIWZ).

Nie było sporne, że wynagrodzenie przewidziane przez Zamawiającego za wykonanie zamówienia jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Obie strony w swoich wypowiedziach ustnych i pisemnych przytaczały odpowiednie fragmenty SIWZ i załączonego do niej wzoru umowy. O ile określając zakres przedmiotu zamówienia, Zamawiający odwoływał się do przedmiarów, to nie zawarł żadnego odwołania do kosztorysu ofertowego. Oczywiste jest, że kosztorys ofertowy, jeżeli jest załączony do oferty, powinien odpowiadać przedmiarom – jednak, o ile w SIWZ nie zostanie mu nadana szczególna ranga, to przy wynagrodzeniu ryczałtowym kosztorys ofertowy nie wpływa na zakres zobowiązania. Zasadą jest, że wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje wszelkie prace konieczne do wykonania zamówienia – zasady tej Zamawiający w SIWZ w żaden sposób nie wyłączył, przeciwnie,

podkreślił ją w sformułowanych przez siebie założeniach, w SIWZ na str. 3, w pkt. 2.2) wprowadzając wymóg przeprowadzenia ,,wizji lokalnej, zapoznania się z przedmiotem zamówienia oraz zawarcia w cenie oferty wszystkich kosztów za roboty niezbędne do prawidłowego ich wykonania". Oznacza to, że Zamawiający brał pod uwagę, że mogą wystąpić roboty nieobjęte przedmiarami, ryzyko wykonania których przerzuca na wykonawcę, co jest typowe przy wynagrodzeniu ryczałtowym. Czynnikiem ostatecznie rozstrzygającym o zakresie zamówienia przy wynagrodzeniu ryczałtowym jest dokumentacja projektowa.

Jedyne uzasadnienie, jakie Zamawiając podawał wskazując na konieczność ,,prawidłowości" kosztorysów załączonych do oferty, to potrzeba wyodrębnienia kosztów kwalifikowanych i niekwalifikowanych dla rozliczeń z Urzędem Marszałkowskim. Taki wymóg w ocenie Izby w żaden sposób nie wynikał z SIWZ (samo przywołanie w SIWZ umowy o współfinansowaniu nie może decydować o nadaniu kosztorysowi ofertowemu w postępowaniu szczególnej rangi).
Zamawiający podnosił, że przewidział, iż odrzuci ofertę za jej niezgodność z SIWZ – jednak takie postanowienie w SIWZ jest wyłącznie przeniesieniem do SIWZ przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, a nie określeniem, iż w razie nieadekwatności kosztorysów ofertowych do przedmiarów nastąpi odrzucenie oferty. Z SIWZ nie wynikało, że kosztorys ofertowy będzie określał zakres zamówienia, a więc nie mógł zawierać ,,treści oferty", zatem nawet jeżeli był niezgodny z przedmiarami, nie zaistniała podstawa faktyczna do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Na marginesie należy zauważyć, że nawet gdyby wynagrodzenie przewidziane w SIWZ było wynagrodzeniem kosztorysowym, można byłoby rozważać poprawienie nieścisłości dostrzeżonych przez Zamawiającego w kosztorysie ofertowym Odwołującego.

Zamawiający przywoływał w odpowiedzi na odwołanie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, jednak wskazywane orzeczenia zostały wydane w całkiem innym stanie faktycznym, niż istniejący w niniejszej sprawie. I tak, Zamawiający twierdził, że z wyroku KIO 743/10 wynika wyraźnie, że ,,nieprawidłowości w treści kosztorysu ofertowego w zakresie oferowanego świadczenia, tj. co do wprowadzenia w opisie kolejnych pozycji użytego materiału, jego ilości i rodzaju, oraz wyceny, przy wynagrodzeniu kosztorysowym, stanowią o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ". Jednak, jak wynika z uzasadnienia orzeczenia KIO 743/10, chociaż wynagrodzenie przewidziane w SIWZ tamtego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego rzeczywiście było określone jako wynagrodzenie ryczałtowe (nie było, jak omyłkowo wskazał Zamawiający, kosztorysowe), to rozliczenie faktur częściowych miało nastąpić na podstawie m.in. kosztorysów powykonawczych. Ostatecznie jednak w postępowaniu KIO 743/10 o uznaniu przez Izbę prawidłowości zastosowanej podstawy faktycznej odrzucenia oferty zadecydowało to, że składający odwołanie, wezwany do złożenia wyjaśnień, jednoznacznie oświadczył, że oferuje materiały odmienne, niż żądane w SIWZ.

Trafnie natomiast Odwołujący przywołał orzeczenie KIO 1722/10 - zapadły w bardzo podobnym, do rozpatrywanego, stanie faktycznym - gdzie Izba uznała, że brak wyceny pozycji przedmiarowej w kosztorysie ofertowym nie ma znaczenia przy wynagrodzeniu ryczałtowym. Brak wyceny pozycji nie jest bowiem przeszkodą dla rozliczenia inwestycji, gdyż Zamawiający przewidział płatność za poszczególne etapy wykonanych prac, a wartość tych etapów nie odwoływała się do kosztorysu ofertowego, lecz do wartości wskazanych w formularzu ofertowym, a wykonawca zobowiązuje się wykonać całość zamówienia i roboty wynikające z dokumentacji projektowej (założenie 2.2) SIWZ).

Reasumując, wobec sformułowania postanowień SIWZ w sposób opisany powyżej, nie zaistniała podstawa faktyczna do odrzucenia oferty Odwołującego, a zatem doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, dlatego zasadne jest powtórzenie badania i oceny ofert.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

……