Sygn. akt: KIO 374/12

WYROK
z dnia 6 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lutego 2012 r. przez wykonawcę: **Verdie Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Zbąszynek, woj. lubuskie**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: Gminie Zbąszynek unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez Verdie Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Gminę Zbąszynek** i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Verdie Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania,

   2.2. zasądza od zamawiającego: **Gminy Zbąszynek** na rzecz wykonawcy: **Verdie Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 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 Zielonej Górze.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 374/12

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Rozbudowa *drogi gminnej nr 007102F ul. Czarna Droga w Zbąszynku"* zostało wszczęte przez Gminę Zbąszynek, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia nie przekraczała kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszone w Biuletynie Zamówień Publicznych (2012-17916) w dniu 19 stycznia 2012 r.

Pismem z dnia 22 lutego 2012 r. Zamawiający poinformował Wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 23 lutego 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: Verdie Polska Sp. z o.o. we Wrocławiu, zwanego dalej Odwołującym.

Biorąc pod uwagę wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę, a także oświadczenia i argumentację stron zaprezentowane na piśmie oraz w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił następujące stanowiska stron.

Stanowisko Odwołującego:

Odwołanie zostało wniesione wobec dokonanej przez Zamawiającego czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, z uwagi na niezłożenie przez tego Wykonawcę kompletnego kosztorysu ofertowego. W ocenie Odwołującego takie działanie Zamawiającego stanowić miało naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2) i 6) ustawy Pzp.

Uwzględniając tak postawione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia odrzucenia złożonej przez niego oferty, a następnie powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie przed Izbą. Wnosił on o oddalenie odwołania, twierdząc, iż jest ono bezpodstawne.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 21 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) zawarł opis sposobu obliczenia ceny, gdzie postanowił on m.in., że [pisownia oryginalna]:

„1) *Podstawą obliczenia ceny jest dokumentacja techniczna, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, przedmiar robót oraz wnioski wynikłe po dokonaniu wizji lokalnej w miejscu wykonania robót budowlanych. Cena ofertowa powinna obejmować także koszty robót nie ujętych w projekcie, o których mowa w pkt 21 ppkt 10), celem terminowego i prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również koszty ubezpieczenia budowy. (...)*

4) Za wykonanie całego przedmiotu zamówienia ustala się wynagrodzenie sporządzone powykonawczo na podstawie kosztorysu ofertowego, który będzie niezmienne przez cały okres realizacji robót. (...)

8) W przypadku pominięcia przez Wykonawcę przy wycenie jakiejkolwiek części zamówienia i jej nie ujęcia w wynagrodzeniu, Wykonawcy nie przysługują względem Zamawiającego żadne roszczenia z powyższego tytułu, a w szczególności roszczenie o dodatkowe wynagrodzenie.

---

9) Każdy z wykonawców powinien uwzględnić w cenie możliwość realizacji prac związanych z wystąpienia kolizji z innymi urządzeniami technicznymi. Zamawiający nie bierze na siebie odpowiedzialności za nieprzewidziane kolizje z tymi urządzeniami, które nie były naniesione w projekcie budowlanym, a wyniknęły podczas wykonania prac budowlanych.

10) Do zakresu robót i obowiązków wykonawcy przedmiotu zamówienia w ramach ceny wchodzić będzie również:

a) Organizacja i zagospodarowanie placu budowy wraz z zapleczem budowy, budowa dojazdu, doprowadzenie mediów dla potrzeb placu budowy i odprowadzenie ścieków,

b) Zapewnienie energii elektrycznej i ogrzewania dla potrzeb budowy,

c) Utrzymanie porządku w trakcie realizacji robót oraz systematyczne porządkowanie miejsc wykonywania prac,

d) Nadzór nad mieniem budowy,

e) Składowanie, wywóz i utylizacja odpadów,

f) Wykonanie niezbędnych prób, badań, uzgodnień nadzorów i odbiorów z użytkownikami infrastruktury,

g) Opracowanie i przekazanie Zamawiającemu dokumentacji powykonawczej w 3 egz.,

h) *Natychmiastowe usuwanie w sposób docelowy wszelkich szkód i awarii spowodowanych przez Wykonawcę w trakcie realizacji robót."*

Zgodnie z pkt 22 SIWZ cena była jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.

Załącznik nr 5 do SIWZ stanowił wzór umowy, w którym zawarte zostały m.in. następujące postanowienia:

„§ *5 Wynagrodzenie i zapłata wynagrodzenia*

1. Za wykonanie przedmiotu umowy, określonego w § 1 niniejszej umowy, strony ustalają wynagrodzenie powykonawcze w oparciu o kosztorys ofertowy w wysokości ... złotych (słownie: ... złotych ../100). Wynagrodzenie obejmuje podatek VAT, w kwocie ... złotych.

2. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, 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.

3. Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do żądania zamiany wynagrodzenia określonego w ust. 1 niniejszego paragrafu. Zmiana może nastąpić na skutek zmiany zakresu lub ilości robót na podstawę sporządzonego aneksu do umowy i po przedstawieniu kosztorysu powykonawczego na roboty."

W piśmie z dnia 30 stycznia 2012 r. Zamawiający zawarł następujące wyjaśnienia:

„1. *Do oferty należy dołączyć kosztorys ofertowy.*

2. Kosztorys wykonać zgodnie z załączonym przedmiarem w formie zgodnej z nim (wypełnić załączony przedmiar)."

Przed upływem terminu składania ofert dziewięciu Wykonawców. Odwołujący, który zaoferował najniższą cenę spośród wszystkich wykonawców, nie przedstawił wraz ofertą kosztorysu branży telekomunikacyjnej.

Zamawiający, pismem z dnia 22 lutego 2012 r. poinformował Wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie, które Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż zarzuty sformułowane przez Odwołującego znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący twierdził, iż w zaoferowanej przez siebie cenie uwzględnił wszelkie koszty realizacji przedmiotu zamówienia, a zaoferowaną tak cenę, zgodnie z postanowieniami SIWZ, traktował jako ryczałtową. Okoliczności te, w jego ocenie, pozwalały uznać brak w ofercie kosztorysu branży telekomunikacyjnej za nieistotne uchybienie.

Izba stanęła na stanowisku, iż analiza zapisów SIWZ uzasadnia uznanie za słuszne stanowiska Odwołującego, a tym samym przyjęcie, iż wynagrodzenie, co do charakteru którego istniał pomiędzy Stronami spór, jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Istotnym jest,

---

iż w świetle postanowień pkt 21.8) i 21.9) SIWZ oraz § 5 ust. 2 i 3 wzoru umowy ryzyko realizacji przedmiotu zamówienia zostało przerzucone przez Zamawiającego na Wykonawcę. Ważnym dla niniejszego rozstrzygnięcia jest również przyznanie przez Zamawiającego w toku rozprawy przed Izbą, iż wynagrodzenie należne wykonawcy nie było ustalane jedynie na podstawie udostępnionych wraz z SIWZ przedmiarów, ale obejmowało też wycenę wystąpienia wielu innych okoliczności, nawet tych, które nie zostały wprost wskazane w SIWZ. Dlatego też w ocenie Izby przedmiary uznać należało zatem za materiał pomocniczy, mający jedynie ułatwić Wykonawcom obliczenie ceny oferty. Nie mogły one być bowiem traktowane jako jedyna podstawa obliczenia ceny oferty.

Zgodnie z § 4 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. Nr 202 poz. 2072 z późn. zm.) na dokumentację projektową służącą do opisu przedmiotu zamówienia składa się m.in. przedmiar robót. § 6 ust. 1 tegoż Rozporządzenia dookreśla, iż przedmiar powinien zawierać zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych. Przepis ten, w zestawieniu z art. 629 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16 poz. 93 z późn. zm.), pozwala uznać, iż tak skonstruowany przedmiar stanowi zestawienie planowanych prac stanowiące podstawę do ustalenia wynagrodzenia kosztorysowego. Tymczasem w rozpatrywanym przypadku, jak przyznał to w toku rozprawy przez Izbą Zamawiający, załączone do SIWZ przedmiary nie mogły być traktowane jako jedyny dokument służący za podstawę dla kalkulacji ceny. Cena ofertowa obejmować miała także koszty, które nie wynikają nie tylko z przedmiarów, ale nawet całej dokumentacji projektowej czy STWIORB.

Analiza postanowień SIWZ pozwala stwierdzić, iż Zamawiający nie przypisał kosztorysowi ofertowemu istotnej roli, którą miałby on pełnić przy ustalaniu zakresu zobowiązania Wykonawcy, czy też przy rozstrzyganiu o wysokości wynagrodzenia temu Wykonawcy należnego. Za oznaczenie takiej roli, w świetle innych postanowień SIWZ, w szczególności pkt 21.8) i 21.9), nie można uznać przywołanych w odpowiedzi na odwołanie postanowień pkt 21.4), 21.6) SIWZ, czy też § 5 ust. 1 wzoru umowy. Wobec niewspółbrzmienia ich treści z innymi postanowieniami SIWZ, uwzględnić należało ich ocenę w kontekście całej SIWZ.

Niedokładna redakcja pkt 21. 4) SIWZ uniemożliwiała formułowanie kategorycznych twierdzeń, iż to treść kosztorysu ma być niezmienna. W świetle innych postanowień SIWZ, uznać należało, iż walor niezmienności, tam przywołany, przypisać należało raczej

ustalonemu przez Wykonawcę wynagrodzeniu. Takie zaś brzmienie koresponduje z art. 632 kc, definiującym wynagrodzenie ryczałtowe, oraz innymi postanowieniami SIWZ, w szczególności pkt 21.8), pkt 21.9) SIWZ oraz § 5 ust. 2 i 3 wzoru umowy.
W odniesieniu do treści § 5 ust. 1, Izba uznała, iż w zakresie odwołującym się do wskazania na kosztorysowy charakter wynagrodzenia zapis ten stoi w oczywistej sprzeczności z kolejnymi ustępami tegoż paragrafu, a ponadto nie koresponduje on z żadnym innym postanowieniem wzoru umowy. Co ważne, o dokonywaniu rozliczenia na podstawie kosztorysu, w tym również o sporządzaniu obmiarów wykonanych robót, nie wspomina w żaden sposób § 6 wzoru umowy regulujący odbiory wykonanych prac.

Dlatego też, w ocenie Izby, brak było podstaw, aby uznać, iż treść przedstawionego wraz z ofertą kosztorysu ofertowego mogła przesądzać o odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego. Kosztorys ten, wobec uznania ryczałtowego charakteru ceny ofertowej, a także braku postanowień SIWZ określających jakąkolwiek inną funkcję mu przypisaną, uznać należało jedynie za oświadczenie skierowane do Zamawiającego zawierające informację o sposobie obliczenia wybranych elementów oferowanej mu ceny.

W świetle przywoływanych postanowień SIWZ, w szczególności pkt 21.8) i 21.9) SIWZ oraz § 5 ust. 2 i 3 wzoru umowy, zmiana któregokolwiek z czynników, które zostały uwzględnione przy kalkulacji ceny ofertowej, nie mogła być podstawą dla roszczenia Wykonawcy o podwyższenie ceny. Tym samym kosztorys ofertowy, z uwagi na ryczałtowy charakter ceny oraz brak innych postanowień SIWZ nie mógł zostać uznany za element treści oferty. Nie opisywał on bowiem w sposób wyczerpujący zakresu przyszłego świadczenia Wykonawcy. Zakres ten wynikał z dokumentów składających się na opis przedmiotu zamówienia, z zastrzeżeniem, iż ryzyko realizacji pełnego zakresu prac zostało przerzucone na Wykonawcę. To on bowiem będzie ponosił wszelkie koszty realizacji przedmiotu zamówienia, w tym również koszty prac nie przewidzianych w dokumentacji projektowej.

Tak jak to zostało już stwierdzone, w treści SIWZ Zamawiający nie przypisał kosztorysowi ofertowemu żadnej roli, którą miałby on spełniać, tak na etapie oceny ofert, jak też na późniejszych etapach, czy to realizacji przedmiotu zamówienia, czy też nawet po jej zakończeniu. Zamawiający nie wykazał także, aby z zapisów SIWZ, w tym także jej załączników, wynikało, aby kosztorys ofertowy stanowił element umowy w sprawie zamówienia, czy choćby jakikolwiek istotny dla niej punkt odniesienia. Dlatego też,

---

jako nie mające uzasadnienia w ustalonym stanie faktycznym, Izba oceniła, zawarte w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, stwierdzenie, iż brak pełnej treści kosztorysu uniemożliwi prawidłowe rozliczenie zadania.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż Zamawiający, z uwagi na treść sporządzonej przez siebie SIWZ, pozbawił się możliwości weryfikacji treści składanych przez Wykonawców wraz z ofertami kosztorysów. Z punktu widzenia oceny treści oferty, a tym samym treści zobowiązania Wykonawców, kosztorys ten w świetle zapisów SIWZ nie miał żadnego znaczenia. Dlatego też Izba stwierdziła, iż Zamawiający w sposób nieuprawiony odrzucił ofertę Odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

Wobec ryczałtowego charakteru ceny ofertowej, brak było również, w rozpoznawanej sprawie, podstaw do uznania, iż oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny, stąd też odrzucenie tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp nie było uzasadnione.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy

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). Izba uwzględniła w szczególności § 3 pkt 2 powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony zalicza w poczet kosztów postępowania w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: ……