

Sygn. akt: KIO/UZP 938/09

WYROK
z dnia 31 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz
Członkowie: Klaudia Szczytowska-Maziarz
Dagmara Gałczewska-Romek
Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Hydrrotechnicznych "WODKAN" Sp. z o.o., 61-249 Poznań, ul. Unii Lubelskiej 3** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Słupno, 09-472 Słupno, ul. Miszewska 8A** protestu z dnia 17 czerwca 2009 r.

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

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie, nakazuje unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Słupno, 09-472 Słupno, ul. Miszewska 8A** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Hydrotechnicznych "WODKAN" Sp. z o.o., 61-249 Poznań, ul. Unii Lubelskiej 3,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8174 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Słupno, 09-472 Słupno, ul. Miszewska 8A** na rzecz **Poznańskiego Przedsiębiorstwa Robót Instalacyjno-Hydrotechnicznych "WODKAN" Sp. z o.o., 61-249 Poznań, ul. Unii Lubelskiej 3,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 5 426 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Poznańskiego Przedsiębiorstwa Robót Instalacyjno-Hydrotechnicznych "WODKAN" Sp. z o.o., 61-249 Poznań, ul. Unii Lubelskiej 3.**

U z a s a d n i e

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 30.04.2009 r. pod nr 130352 w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego dotyczy "Rozbudowy oczyszczalni ścieków w Słupnie".

Zamawiającym jest Gmina Słupno reprezentowana przez Wójta Gminy ul. Miszewska 8, 09-472 Słupno zwana dalej "Zamawiającym".

Odwołującym jest Poznańskie Przedsiębiorstwo Robót Instalacyjno-Hydrrotechnicznych WODKAN Sp. z o.o. ul. Unii Lubelskiej 3, 61-249 Poznań zwane dalej "Odwołującym".

Odwołanie zostało złożone na podstawie art. 184 ust. 1 ustawy z dnia 29.01.2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2007r. Nr 223 poz.1655 z późn. zm.) zwanej dalej "ustawą" od rozstrzygnięcia w dniu 25.06.2009r. przez Zamawiającego protestu z dnia 16.06.2009 r.

Odwołujący zarzuca naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 183 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i art 91 ust. 1 i 2 ustawy przez niezgodne dokonanie rozstrzygnięcia protestu i nie uwzględnienie go w całości.

Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
2. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. dokonanie ponownej czynności oceny ofert złożonych w postępowaniu;
4. uznania przy ponownej ocenie ofert, iż najkorzystniejszą ofertą jest oferta złożona przez Odwołującego.

W uzasadnieniu Odwołujący przedstawił następującą argumentację faktyczną i prawną.

Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu oddalił w całości zarzuty, uznając, iż oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji, gdyż sporządzona jest odmiennie, niż określają to postanowienia SIWZ (Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia).

W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający oparł się na twierdzeniu, iż w SIWZ Rozdz. I Informacje ogólne pkt 2 Przedmiot zamówienia. zapisano, że Wykonawca na trasie budowanego kolektora zrzutowego kanalizacji sanitarnej dodatkowo winien uwzględnić w wycenie wymianę gruntu w ilości 50% oraz utwardzenie istniejącej drogi na szerokości 4 m warstwą tłucznia grubości 12 cm.

Wymóg powyższy Zamawiający potwierdził w piśmie Z/341/12/09/179 z dnia 21.05.2009 r., skierowanym do wykonawców. Treść SIWZ zobowiązywała wykonawców do wyceny robot zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia", co skutkowało uznaniu przez Zamawiającego, że oferta Odwołującego w konsekwencji podlega odrzuceniu.

W ocenie Odwołującego rozumowanie Zamawiającego jest całkowicie błędne.

Bowiem cytowany powyżej zapis, iż: "w wycenie oferent winien uwzględnić wymianę gruntu w ilości 50% oraz utwardzenie istniejącej drogi" nie stanowi opisu przedmiotu zamówienia, albowiem przedmiotem zamówienia jest rozbudowa istniejącej oczyszczalni ścieków wraz z obiektami towarzyszącymi (w tym również wykonanie robót polegających na wymianie gruntu i utwardzenie drogi, które Odwołujący uwzględnił w cenie ryczałtowej).

W opisie przedmiotu zamówienia nie ma pozycji dotyczącej drogi czy też wymiany gruntu, a jest jedynie uwaga (zalecenie Zamawiającego), aby Wykonawca w wycenie robót uwzględnił wymianę gruntu oraz warstwę tłucznia.

Zamawiający określił należne wynagrodzenie w formie ryczału.

Bowiem obowiązujący stan prawny w dalszym ciągu dopuszcza stosowanie w postępowaniach przetargowych zarówno wynagrodzenia kosztorysowego jak i ryczałtowego, co jest zgodne również z prawem cywilnym i ma zastosowanie w niniejszej sprawie, gdzie rozdział X pkt 1 stanowi, że: "cena ma charakter ryczałtowy".

W proteście Odwołujący przywoływał zapisy SIWZ oraz zapisy z projektu umowy potwierdzające zastosowanie w postępowaniu przetargowym wynagrodzenia ryczałtowego.

Z tego względu, że w tym zakresie Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się merytorycznie do zgłoszonych zarzutów Odwołujący podtrzymuje je w całości.

Skoro Wykonawca złożył oświadczenie o woli wykonania całego przedmiotu zamówienia to oczywistym jest, że oferowana przez niego cena ryczałtowa obejmuje pełen zakres przedmiotu zamówienia.

Takie rozumowanie jest prawidłowe, albowiem odpowiada treści art. 623 § 1 kc w zw. z art. 14 ustawy, a także orzecznictwu Krajowej Izby Odwoławczej, że przy cenie ryczałtowej nie ma znaczenia sposób jej obliczenia oraz że nie ma możliwości jej podwyższenia.

Dalej Odwołujący przywołał stwierdzenie Zamawiającego, zawarte w cytowanym już wyjaśnieniu z dnia 21.05.2009 r. „Zamawiający podtrzymuje, że załączone przedmiary robót mają jedynie charakter informacyjny, nie są obligatoryjne dla Wykonawcy i mogą być traktowane tylko jako pomocnicze do przygotowania oferty".

Zdaniem Odwołującego w wyniku błędów Zamawiającego, mimo iż Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę na wskutek wadliwego rozstrzygnięcia protestu, pozbawiony został możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wnosi o uwzględnienie jego odwołania w całości.

W poprzedzającym odwołanie proteście, Odwołujący wnosił i wywodził jak w odwołaniu.

Odwołujący na poparcie swych twierdzeń przywołał w proteście zapisy SIWZ rozdział X pkt 1 "cena ofertowa jest ceną ryczałtową i powinna uwzględniać wskaźnik inflacji oraz wszystkie roboty niezbędne do prawidłowego, zgodnego ze sztuką budowlaną, dokumentacją

techniczną i SIWZ zrealizowania zadania. Podstawą do obliczenia ceny ofertowej jest dokumentacja techniczna wraz z SIWZ "oraz projekt umowy § 6 pkt. 1". Strony ustalają, że obowiązującą ich formą wynagrodzenia zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz ofertą wykonawcy wybrana w drodze przetargu nieograniczonego jest ceną ryczałtowa" pkt. 5. "Wynagrodzenie ryczałtowe zostało ustalone na podstawie sporządzonego przez Wykonawcę przedmiaru robót. Wykonawca dokonał całościowej wyceny przedmiotu zamówienia na roboty określone w opisie przedmiotu zamówienia na własną odpowiedzialność i ryzyko w oparciu o załączoną do specyfikacji istotnych zamówienia dokumentację projektową".

Przywołał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym "Zespół Arbitrów stoi na stanowisku, iż jeżeli w postępowaniu cena ma charakter ryczałtowy nie mają znaczenia zapisy kosztorysu ofertowego i ewentualne błędy w kosztorysie nie mogą prowadzić do uznania, iż oferta jest niezgodna z treścią SIWZ i podlega odrzuceniu. Mimo, iż w formularzu oferty zostało zawarte stwierdzenie, iż szczegółowe kosztorysy ofertowe stanowią integralną część oferty, to jednak w przypadku tego postępowania służą one nie określeniu rzeczowego zakresu zamówienia, lecz są pomocne do rozliczenia robót dodatkowych bądź zamiennych oraz dokonywania odbiorów częściowych. Zakres rzeczowy zamówienia został zawarty w dokumentacji technicznej i SIWZ, do którego wykonania zobowiązał się wykonawca w ramach ceny ryczałtowej, składając stosowne oświadczenie w ofercie" sygn. akt UZP/ZO/0-2706/06 wyrok z dnia 2 listopada 2006 r.

W podsumowaniu protestu Odwołujący stwierdził, że nie istniały podstawy prawne, do odrzucenia jego oferty oraz że Odwołujący zawarł wszystkie koszty wynagrodzenia, opłaty, podatki jakie zobowiązany byłby ponieść przy ewentualnej realizacji tej inwestycji, a nie wykazanie dwóch pozycji kosztowych, które mają marginalną wartość w stosunku do wartości całego zamówienia nie może również zostać uznane jako niespełnienie wymogów SIWZ.

Zamawiający pismem z dnia 24.06.2009 r. protest oddalił w całości.

W uzasadnieniu podał następujące okoliczności faktyczne i prawne.

Zamawiający działał zgodnie z art. 7 ustawy, a przedmiot zamówienia opisał w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, zgodnie z art. 29 i 30 ustawy, za pomocą dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający w Rozdz. I ust. 2 "Przedmiot zamówienia" tłustym drukiem zapisał, że Wykonawca na trasie budowanego kolektora zrzutowego kanalizacji

sanitarnej dodatkowo winien uwzględnić w wycenie wymianę gruntu w ilości 50% oraz utwardzenie istniejącej drogi na szerokości 4 m warstwą tłucznia grubości 12 cm.

Wymóg powyższy Zamawiający potwierdził w piśmie ZI.341/12/09/179 z dnia 21.05.2009 r odpowiadając na pytanie jednego z Wykonawców. Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia obligowała wykonawców do wyceny robót zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Odrzucenie oferty jest konsekwencją czynności Zamawiającego polegającej na badaniu i ocenie złożonych ofert w zakresie ich merytorycznej zawartości. Za ofertę nieodpowiadającą treści specyfikacji uznać należy taką, która jest sporządzona odmiennie niż określają to postanowienia SIWZ. Pominięcie w wycenie robót jest niezgodne z postanowieniami SIWZ oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, a oferta w konsekwencji podlega odrzuceniu. Zamawiający nie może domniemywać, że robota budowlana zostanie wykonana w całości, a zakres związany z utwardzeniem tłuczniem wykonawca uwzględnił w wycenie. Zamieszczona przez Zamawiającego informacja, że załączone przedmiary robót mają jedynie charakter informacyjny i nie są obligatoryjne dla Wykonawcy i mogą być traktowane jako pomocnicze do przygotowania oferty nie zwalniała z uwzględnienia w kosztorysie ofertowym całego zakresu robót przewidzianego SIWZ. Charakter pomocniczy i informacyjny oznacza jedynie możliwość zmiany ilościowej robót, jak również podstaw wyceny, nie dopuszczając jednocześnie pominięcia w wycenie jakichkolwiek robót, wyspecyfikowanych w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający jednocześnie przypomina, że w wyniku nowelizacji Ustawy uchylony został przepis art. 88 ustawy, a wraz z nim zapis (pkt.3 lit.a) stanowiący, że w przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia, cena ryczałtowa jest prawidłowa bez względu na sposób jej obliczenia.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, zgodnie z art.179 ust.1 ustawy, ponieważ jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą, przy uwzględnieniu ceny jako obowiązującego kryterium oceny ofert.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na następujące okoliczności w sprawie.

Oferta Odwołującego została odrzucona z powodu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), to jest na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, w ocenie Zamawiającego, polegała na braku uwzględnienia w kosztorysie ofertowym Odwołującego wyceny prac polegających na

wymianie 50% gruntu na trasie kolektora zrzutowego oraz braku wyceny utwardzenia drogi, na modernizowanej oczyszczalni ścieków.

Z kolei Odwołujący nie zgadzając się z decyzją Zamawiającego o odrzuceniu jego oferty, podnosił, że kosztorys ofertowy ma jedynie charakter pomocniczy, a wynagrodzenie w przedmiotowym postępowaniu ma charakter ryczałtowy.

Skład orzekający Izby ustalił.

1. W SIWZ Rozdz. I Informacje ogólne pkt 2 Przedmiot zamówienia, znajduje się zapis o treści: „Wykonawca na trasie budowanego kolektora zrzutowego kanalizacji sanitarnej dodatkowo winien uwzględnić w wycenie wymianę gruntu w ilości 50% oraz utwardzenie istniejącej drogi na szerokości 4 m warstwą tłucznia grubości 12 cm.
2. W SIWZ Rozdz. X Opis sposobu obliczenia ceny znajdują się następujące zapisy „pkt 1 cena ofertowa jest cena ryczałtowa i powinna uwzględniać wskaźnik inflacji oraz wszystkie roboty niezbędne do prawidłowego, zgodnego ze sztuką budowlaną, dokumentacją techniczną i SIWZ zrealizowania zadania. Podstawą do obliczenia ceny ofertowej jest dokumentacja techniczna wraz z SIWZ.
3. W piśmie Z/341/12/09/179 z dnia 21.05.2009 r., stanowiącym odpowiedź na pytania wykonawców, Zamawiający oświadczył, iż „podtrzymuje, że załączone przedmiary robót mają jedynie charakter informacyjny, nie są obligatoryjne dla Wykonawcy i mogą być traktowane tylko jako pomocnicze do przygotowania oferty”.
4. Projekt umowy stanowiący załącznik nr 7 do SIWZ w § 6 ust. 1 stanowi "Strony ustalają, że obowiązującą ich formą wynagrodzenia zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz ofertą Wykonawcy wybraną w drodze przetargu nieograniczonego jest cena ryczałtowa" ust. 5 "Wynagrodzenie ryczałtowe zostało ustalone na podstawie sporządzonego przez Wykonawcę przedmiaru robót. Wykonawca dokonał całościowej wyceny przedmiotu zamówienia na roboty określone w opisie przedmiotu zamówienia na własną odpowiedzialność i ryzyko w oparciu o załączoną do specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumentację projektową".

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ w ocenie Izby Zamawiający bezpodstawnie przyjął, iż zostały spełnione przesłanki do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy.

Odrzucenie oferty w myśl wyżej wskazanego przepisu ustawy może nastąpić, jeżeli treść oferty jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Natomiast treścią specyfikacji były zapisy, z których wynika, że cena ma charakter ryczałtowy, a kosztorys ofertowy ma charakter informacyjny.

W związku z tym nie można występującego braku wyceny 50 % gruntu na trasie kolektora zrzutowego i braku wyceny utwardzenia drogi na terenie rozbudowywanej oczyszczalni ścieków, uznać za spełnienie okoliczności polegającej na sprzeczności treści oferty z treścią specyfikacji, co obligowałoby Zamawiającego do odrzucenia oferty Odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Bowiem wymóg dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego w myśl SIWZ miał znaczenie informacyjne dla Zamawiającego, co konsekwentnie potwierdza zapis SIWZ, iż wynagrodzenie ma charakter ceny ryczałtowej. Tym samym skoro wymóg załączenia kosztorysu ofertowego służy tylko celom informacyjnym, to nie można z powodu nieścisłości w kosztorysie stosować sankcję odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, przy uwzględnieniu również okoliczności, że cena w myśl SIWZ ma charakter ryczałtowy. Bowiem zgodnie z art. 632 § 1 k.c. jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac (art. 632 k.c. w związku z art. 14 ustawy). Z powyższej regulacji prawnej wynika, że podstawą rozliczenia za roboty budowlane polegające na rozbudowie oczyszczalni ścieków jest cena ryczałtowa, czyli kwota określona przy przyjęciu robót, to jest w dacie podpisania umowy, na podstawie uprzednio złożonej oferty. Cena ryczałtowa w odróżnieniu od ceny kosztorysowej nie może ulegać zmianom. Tym samym nawet gdyby brakowało w SIWZ zapisu o charakterze informacyjnym kosztorysu ofertowego to i tak miałby on tylko charakter informacyjny – pomocniczy i nie mógłby stanowić podstawy, w przypadku zastrzeżeń do jego treści, do odrzucenia oferty z powodu sprzeczności jej treści z treścią SIWZ, ponieważ kosztorys ofertowy w opisanej sytuacji nie stanowi o treści oferty, czyli o merytorycznej zawartości oferty, na podstawie której Zamawiający ocenia i wybiera najkorzystniejszą ofertę.

Natomiast argumentacja Zamawiającego, że na podstawie braków wyceny w kosztorysie ofertowym wymiany 50% gruntu i braku wyceny utwardzenia drogi na oczyszczalni ścieków nie gwarantuje Odwołujący, że prace te wykona są pozbawione zasadności wobec jednoznacznego zapisu, iż kosztorys ma charakter informacyjny. Natomiast gdyby

hipotetycznie przy cenie ryczałtowej Zamawiający zawarł zapis, że na podstawie kosztorysu ofertowego będzie oceniał gwarancję wykonania robót zgodnie z SIWZ, w tym z dokumentacją techniczną, to mógłby podnosić skutecznie, że nie ma gwarancji, że otrzyma robotę budowlaną wykonaną zgodnie z SIWZ. Na podstawie przedmiotowej SIWZ, takie wnioski Zamawiającego są nieuprawnione.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7, zasądzając koszty pełnomocnika odwołującego do kwoty 3.600 zł, zgodnie z obowiązującym rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 09.07.2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym oraz sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2007 r. nr 128, poz. 886, zm. 2008 r. nr 182, poz. 1122).

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 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Płocku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....