

Sygn. akt: KIO 1887/10

WYROK
z dnia 15 września 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **13 września** 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **1 września** 2010 r. przez **Mostostal Warszawa S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A** w postępowaniu prowadzonym przez **Centrum Leczenia Oparzeń, 41-100 Siemianowice Śląskie, Jana Pawła II 2,**

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego "Skobud" Sp. z o.o., Zakład Robót Inżynieryjnych Wodpol Sp. z o.o., ul. Kazimierza Tetmajera 89B, 34-300 Żywiec** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie**
- 2. kosztami postępowania obciąża Mostostal Warszawa S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A i nakazuje:**

- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Mostostal Warszawa S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Mostostal Warszawa S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A** na rzecz **Centrum Leczenia Oparzeń, 41-100 Siemianowice Śląskie, Jana Pawła II 2** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b 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 Katowicach.**

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 1887/10

UZASADNIENIE

Zamawiający – Centrum Leczenia Oparzeń w Siemianowicach Śląskich, zwany dalej „Zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę obiektu szpitalnego.

Odwołujący – Mostostal Warszawa S.A., wniósł dnia 1 września 2010 r. odwołanie od czynności wyboru oferty złożonej przez konsorcjum spółek, w skład którego wchodzi Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Skobud sp. z o.o. i Zakład Robót Inżynieryjnych Wodpol sp. z o.o. oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wniósł o nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty, odrzucenia oferty odwołującego i nakazanie dokonania powtórnej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego.

Uzasadniając zarzuty odwołujący wskazał, że jego oferta została odrzucona z powodu nie ujęcia wyceny 2 sztuk zegarów ściennych wraz z montażem oraz fakt, że oferta odwołującego nie zawiera kosztorysów: - instalacja kanalizacji segmentu AED; - instalacja wentylacji klimatyzacji agregat”.

Odwołujący wskazał, iż wbrew twierdzeniom zamawiającego wynagrodzenie w niniejszym postępowaniu nie ma charakteru kosztorysowego, lecz ryczałtowy. W jego ocenie potwierdzają to postanowienia wzoru umowy stanowiącego zał. nr 8 do siwz, gdzie w § 5 ust. 2 określono, że „wynagrodzenie obejmuje całość kosztów robót budowlanych i prac oraz wszystkich innych wydatków niezbędnych do zrealizowania Przedmiotu Umowy na warunkach określonych umową. Wynagrodzenie wykonawcy jest wynagrodzeniem niezmiennym, poza przypadkiem określonym w ust. 3” tj. dotyczącym zmiany podatku VAT. Odwołujący zwrócił także uwagę na § 6 wzoru umowy określający sposób rozliczenia wynagrodzenia za wykonanie umowy tj. potwierdzonymi fakturami przejściowymi – wystawianymi w oparciu o harmonogram rzeczowo – finansowy wykonania elementów określonych w wypełnionym druku „Oferta” oraz fakturą końcową wystawioną – po zakończeniu i odebraniu przedmiotu umowy – na podstawie protokołu odbioru końcowego przedmiotu umowy oraz harmonogramu rzeczowo – finansowego.

Z powyższego odwołujący wnioskuje, że rozliczenie będzie dokonywane w oparciu o harmonogram, który nie jest ilościowy i nie można uznać, by w tym przypadku ustalanie wynagrodzenia – jak ma to miejsce przy typowym wynagrodzeniu kosztorysowym –

odbywało się na podstawie powykonawczego obmiaru. W tym świetle odwołujący uznaje za nie mające znaczenia użycie w § 5 ust. 1 wzoru umowy pojęcia „wynagrodzenia kosztorysowego” czy wskazanie w R. 12 siwz, że „wykonawca ma przedstawić w ofercie cenę kosztorysową”. Skoro intencją zamawiającego było objęcie wynagrodzeniem całości robót, to kwota ta obejmuje z góry ustaloną wartość, która nie podlega zmianie, a tym samym odpowiada definicji wynagrodzenia ryczałtowego określonej w art. 632 kc. W świetle powyższego odwołujący stwierdził, że zgodnie z oświadczeniem w formularzu ofertowym: „cena uwzględnia wszystkie koszty wykonania zamówienia”, co oznacza, że cena konsumuje pełny zakres prac objętych przedmiotem zamówienia i nie będzie ulegała zmianie. Odwołujący wskazał również na opis przedmiotu zamówienia w R. 3 pkt 3.1. siwz, że „szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa dokumentacja projektowa, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót oraz przedmiar robót” oraz R. 12 siwz (opis sposobu obliczenia ceny) ze stwierdzeniem, że wykonawca ma przedstawić cenę oferty jedynie „przy uwzględnieniu wymagań i zapisów specyfikacji oraz załączników, w szczególności projektów, STWiOR, przedmiarów oraz doświadczenia zawodowego”, przy czym „cena podana w ofercie powinna obejmować wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia”, które to postanowienia mają wskazywać na ryczałtowy charakter wynagrodzenia. W świetle zapisów siwz, zdaniem odwołującego, przedmiar nie stanowi opisu przedmiotu zamówienia, a jego rola ogranicza się do sfery ściśle poglądowej. Z tego względu, wszelkie braki dotyczące kosztorysów uproszczonych, które również mają charakter pomocniczy, nie uzasadniają odrzucenia oferty odwołującego.

Odnosząc się do kwestii braku wyceny zegarów z montażem, odwołujący wskazał, że ujął tę wycenę w ofercie w kosztorysie na wyposażenie w okładzinach ścian w pozycji nr 35 „Panele ściennie wykonane ze stali nierdzewnej (stal chromowo-niklowa materiał EN 1,4301) licowane szkłem hartowanym, panele łączone hermetyczną uszczelką kauczukową, szer. połączenia ok. 6 mm, panele montowane do konstrukcji ściennej w sposób umożliwiający demontaż poszczególnych paneli w celu dotarcia do instalacji wewnętrznych” Odwołujący zauważył, że zamawiający nie wskazywał, gdzie należy ująć wycenę zegarów, podał jedynie, że wycena ma być dokonana wg własnej kalkulacji.

Odnosnie zarzutu braku kosztorysów dotyczących instalacji odwołujący wskazał, że w świetle ryczałtowego charakteru wynagrodzenia, dołączane do ofert kosztorysy mają charakter jedynie poglądowy i ewentualne uchybienia w ich sporządzaniu lub ich nie dołączenie nie mogą mieć wpływu na ważność oferty stanowiąc jedynie nie mającą istotnego znaczenia niezgodność formalną oferty.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty wskazał, że w odpowiedzi na pytanie: „W pełnym zestawieniu wyposażenia ujęty jest zegar ścienny wbudowany (Z) z zaznaczeniem „Etap 1 – ujęto w technologii sal

operacyjnych”, jednakże w przedmiarze „Wyposażenie technologiczne – sale operacyjne i zabiegowe” zegary nie są ujęte. Jeśli należy ująć zegary, proszę o podanie podstaw wyceny.”, odpowiedział: „Należy ująć 2 zegary ściennie do wbudowania w salach operacyjnych wg kalkulacji własnej wraz z montażem.” Zamawiający wskazał, że udzielona odpowiedź obligowała do wyceny zegarów wraz z montażem. Stwierdził ponadto, że oferta odwołującego nie zawiera kosztorysów: - instalacja kanalizacji Segmentu AED, instalacja wentylacji klimatyzacji agregat.

Zamawiający zauważył, że w niniejszym postępowaniu przetargowym cena ofertowa jest ceną kosztorysową i ma zawierać wszystkie przewidziane koszty wyliczone na podstawie załączonych przedmiarów, zapisów specyfikacji oraz wyjaśnień dokonanych w odpowiedziach na zadane pytania. Wobec braku podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający postanowił odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy uznając, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu sprawy na rozprawie z udziałem stron i uczestnika oraz uwzględniając dokumentację postępowania ustaliła i zważyła, co następuje.

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału 10 siwz – Opis sposobu przygotowania oferty, oferta powinna zawierać kosztorys ofertowy i wypełniony harmonogram rzeczowo-finansowy (pkt 10.1.9 tiret 2 i 3). Ponadto w Rozdziale 12 siwz – Opis sposobu obliczenia ceny wskazano, że wykonawca musi przedstawić w ofercie cenę kosztorysową, przy uwzględnieniu wymagań i zapisów specyfikacji oraz załączników, w szczególności projektów, STWiOR, przedmiarów oraz doświadczenia zawodowego. We wzorze umowy w § 5 zawarto stwierdzenie, że wynagrodzenie wykonawcy jest wynagrodzeniem kosztorysowym za wykonanie przedmiotu umowy i wynagrodzenie to obejmuje całość kosztów robót budowlanych i prac oraz wszystkich innych wydatków niezbędnych do zrealizowania przedmiotu umowy, a wynagrodzenie wykonawcy jest wynagrodzeniem niezmiennym poza przypadkiem dotyczącym zmiany stawki podatku VAT.

Podstawą uzasadnienia zarzutu odwołania jest teza sformułowana przez odwołującego, iż wynagrodzenie w niniejszym postępowaniu nie ma charakteru kosztorysowego, lecz ryczałtowy, na co mają wskazywać postanowienia siwz dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, sposobu obliczenia ceny, zasady rozliczania wynagrodzenia oraz niezmiennosc zaoferowanej ceny stanowiącej wynagrodzenie wykonawcy, w powiązaniu z definicją wynagrodzenia ryczałtowego określoną w art. 632 kodeksu cywilnego.

Oceniając powołane zapisy siwz Izba, biorąc pod uwagę ich dosłowne brzmienie zgodnie z regułami wykładni językowej, jako przeprowadzanej przy analizie tekstów prawnych w

pierwszej kolejności, stoi na stanowisku, że w rozpoznawanej sprawie nie ma podstaw do przypisywania używanemu konsekwentnie w specyfikacji określeniu wynagrodzenia kosztorysowego, odmiennego znaczenia poprzez przyjęcie w jego miejsce pojęcia wynagrodzenia ryczałtowego. Należy zauważyć przy tym, że dla stron postępowania było oczywiste, iż oferta ma zawierać kosztorysy zgodnie z opracowanymi przedmiarami robót, a wykonawcy, w tym również odwołujący, kosztorysy takie złożyli. Kosztorys ofertowy stanowiąc element oferty stanowi podstawę oceny prawidłowości obliczenia ceny ofertowej. Fakt, iż cena ta, oparta na kosztorysie, została uznana jako ostateczne wynagrodzenie wykonawcy, nie odbiera jej przymiotu ceny kosztorysowej. Stwierdzić należy, że określenie charakteru ceny jest wynikiem decyzji zamawiającego podjętej na etapie sporządzania specyfikacji, a decyzja ta nie została w toku postępowania zakwestionowana, lecz dodatkowo potwierdzona w odpowiedziach udzielonych na pytania (odpowiedź na pytanie 18 z dnia 27.04.2010 r., gdzie stwierdzono m.in. : „Ustalone treścią § 5 ust. 1 projektu umowy oraz rozdziału 12 wynagrodzenie jest wynagrodzeniem kosztorysowym”. Izba nie podziela stanowiska odwołującego o jedynie pogładowym i pomocniczym charakterze kosztorysów w niniejszym postępowaniu zauważając, że realnym skutkiem przyjęcia takiego stanowiska byłaby konieczność uznania za zgodne z postanowieniami siwz, złożenie oferty zawierającej wyłącznie formularz ofertowy ze wskazaną ceną oferty.

Konsekwencją dokonanego ustalenia, wobec niespornej okoliczności i przyznanego przez odwołującego braku w ofercie kosztorysów: - instalacja kanalizacji Segmentu AED, instalacja wentylacji klimatyzacji agregat, Izba uznaje zasadność dokonanej przez zamawiającego czynności odrzucenia oferty odwołującego się wykonawcy, jako oferty niezgodnej z treścią specyfikacji, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący:

.....

