

Sygn. akt: KIO 874/12

## WYROK

z dnia 14 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2012 r. przez wykonawcę **Eurovia Polska S.A., ul. Szwedzka 5, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Łowicz, Stary Rynek 1, 99-400 Łowicz**,

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne TRAKT Bobrzak, Teclaw Sp. j. (pełnomocnik konsorcjum), (2) Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Woźniaków 110, 99-300 Kutno** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

### orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Eurovia Polska S.A., ul. Szwedzka 5, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Eurovia Polska S.A., ul. Szwedzka 5, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **Eurovia Polska S.A., ul. Szwedzka 5, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce** na rzecz **Gminy Miasta Łowicz, Stary Rynek 1, 99-400 Łowicz** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 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 Łodzi.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Wykonawca - EUROVIA POLSKA S.A. [Odwołujący] wniósł odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.) [dalej: ustawa Pzp] przez Zamawiającego - Gmina Miasto Łowicz, którego przedmiotem jest „Przebudowa ulicy Medycznej, Papieskiej, Tuszewskiej, Piaskowej oraz Jana Pawła II wzdłuż os. Bratkowice i drogi Krajowej nr 14 w Łowiczu w ramach Narodowego Programu Przebudowy Dróg Lokalnych - Etap II Bezpieczeństwo - Dostępność - Rozwój”. Odwołanie zostało wniesione od niezgodnej – zdaniem wykonawcy - z przepisami Pzp czynności polegającej na odrzuceniu jego oferty, jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (konsorcjum): Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne TRAKT Bobrzak, Teclaw Sp. J. oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, wnosząc o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz dokonanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej. Wykonawca podał także, że ma interes prawny we wniesieniu odwołania, albowiem czynności Zamawiającego bezpodstawnie uniemożliwiają wybór jego oferty, jako oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu odwołania wykonawca podał, że piśmie z dnia 27 kwietnia 2012 r. został powiadomiony o wynikach oceny złożonych ofert oraz o odrzuceniu jego oferty oraz oferty innego wykonawcy. Przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego była jej rzekoma niezgodność z treścią SIWZ. Jak wskazał Zamawiający, oferta wykonawcy nie zawierała kosztorysu ofertowego przygotowanego zgodnie z SIWZ, tj. „zawierającego wymagane pozycje kosztorysowe”. Jak wskazał Zamawiający, „kosztorys złożony w ofercie [Odwołującej] zawiera następujące pozycje tabelaryczne: Lp., specyfikacja techniczna, (ale niewypełnione pozycje), opis, jm., ilość jedn., cena jedn., wartość”. Powołując się na punkt 13 podpunkt, SIWZ - który przewidywał przygotowanie kosztorysu zawierającego „pozycje kosztorysowe: Lp., podstawę wyceny, opis, jednostkę miary, nakłady, koszt jednostkowy, robociznę, materiały” - Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ i podlega odrzuceniu. Zamawiający dodatkowo argumentował, że „brak kosztorysu szczegółowego uniemożliwia Zamawiającemu dokładne sprawdzenie oferty, w tym zastosowanych materiałów, sprzętu, robocizny, oraz spełnienia wszystkich warunków udziału w postępowaniu”. Zdaniem wykonawcy argumentacja Zamawiającego jest wadliwa i nie zasługuje na uwzględnienie. Odnosząc się do zarzutu, że kosztorys przygotowany przez Odwołującą stanowił część oferty oraz był przygotowany niezgodnie z SIWZ - wskutek czego oferta Odwołującej była niezgodna z SIWZ, wykonawca wskazał, że zgodnie z punktem 13 podpunktem 1 i 3 SIWZ, formularzem ofertowym,

stanowiącym załącznik do SIWZ, oraz § 11 ust. 1-3 projektu umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ - cena oferty a zarazem wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy. Powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej stwierdził, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego/ryczałtowej ceny oferty - kosztorys ma charakter jedynie pomocniczy oraz, że w takich przypadkach kosztorys nie jest częścią oferty. Wykonawca podał także, że Zamawiający - w punkcie 13 podpunkt 3 SIWZ - stwierdził, że „kosztorys szczegółowy”, którego przygotowania oczekiwał ma charakter pomocniczy, uzasadnia jedynie wysokość ceny podanej w ofercie, umożliwia Zamawiającemu kontrolowanie przebiegu prac, umożliwia Zamawiającemu kontrolowanie (...) faktur Wykonawcy uwzględniając postęp prac. Stwierdził również, że Zamawiający uzupełnił powyższe stwierdzeniem, że „ocenie podlegać będzie ostateczna ryczałtowa cena brutto”. Fragment SIWZ zawierający powyższe stwierdzenia Zamawiający wyróżnił w tekście czcionką pogrubioną i podkreśloną - jakby chciał mieć pewność, że jego treść nie umknie uwadze wykonawców. Dodatkowo - w § 11 ust. 2 projektu umowy, stanowiącym załącznik do SIWZ - Zamawiający stwierdził, że „Kosztorys ofertowy sporządzony przez Wykonawcę, stanowiący podstawę dla zaoferowanej przez Wykonawcę ceny ryczałtowej pełni rolę pomocniczą”. Przy takich sformułowaniach dotyczących kosztorysu ofertowego oczywistym jest, że dla samego Zamawiającego rola tego dokumentu była ograniczona do wyraźnie wskazanych celów i nie miała związku z oceną oferty. Jego zdaniem kosztorys przygotowany przez Odwołującego zawiera wszystkie elementy, które pozwalają wykorzystać go przez Zamawiającego do określonych przez niego celów; kosztorys ten: uzasadnia wysokość ceny podanej w ofercie Odwołującej, umożliwia Zamawiającemu kontrolowanie przebiegu prac Odwołującej i umożliwia Zamawiającemu kontrolowanie faktur Odwołującej uwzględniając postęp prac. Wskazując ponownie na orzecznictwo KIO wykonawca stwierdził, że - przy wynagrodzeniu ryczałtowym - kosztorys ofertowy ma znaczenie jedynie wówczas, gdy sam Zamawiający przypisze mu taką rolę lub nada mu taką rangę, a jego wady lub braki nie stanowią podstawy odrzucenia oferty. Podał także, że „zasadą jest, iż przy wynagrodzeniu ryczałtowym kosztorysy załączane do oferty mają charakter informacyjny, a braki w nich nie są podstawą do jej odrzucenia”. Powołał się także na uchwałę KIO z 29 lipca 2011 roku w sprawie KIO/KD 56/11 w której stwierdzono, że „w przedmiocie zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, należy wskazać, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może być niezgodnością jedynie formalną, niemającą znaczenia merytorycznego dla treści oferty (...) Pojawienie się błędu w jednej z pozycji kosztorysu ofertowego, który został opracowany na podstawie przedmiarów mających, zgodnie z stanowieniami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wyłącznie poglądowy charakter - nie ma i nie może mieć wpływu na uznanie, że wykonawca złożył ofertę niezgodną z opisem przedmiotu zamówienia, a tym samym stanowić podstawy odrzucenia oferty, jako niezgodnej z treścią siwz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.” Podał także, 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 (...) Czynnikiem ostatecznie rozstrzygającym o zakresie zamówienia przy wynagrodzeniu ryczałtowym jest dokumentacja projektowa (...) Skoro z SIWZ nie wynikało, że kosztorys ofertowy będzie określał zakres zamówienia, nie mógł zawierać »treści oferty«, zatem nawet jeżeli był niezgodny z przedmiarami, nie zaistniała podstawa faktyczna do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p." Odnosząc się do zarzutu, że kosztorys przygotowany przez Odwołującego „uniemożliwia Zamawiającemu dokładne sprawdzenie oferty, w tym zastosowanych materiałów, sprzętu, robocizny, oraz spełnienia wszystkich warunków udziału w postępowaniu" wykonawca stwierdził, że: w żadnym punkcie SIWZ Zamawiający nie przewidział ani nie zapowiedział sprawdzenia oferty pod kątem zastosowanych materiałów, sprzętu ani robocizny,

spełnienie „wszystkich warunków udziału w postępowaniu" miało nastąpić zgodnie z punktem 6 SIWZ oraz zostać potwierdzone złożeniem przez wykonawców oświadczeń i dokumentów wymienionych w punkcie 7 SIWZ - kosztorys ofertowy nie był żadnym z tych dokumentów, co więcej odrzucając ofertę Odwołującej Zamawiający nie wskazał, że potwierdzeniem spełniania których warunków udziału w postępowaniu miał być kosztorys ofertowy; innymi słowy: w SIWZ Zamawiający nie nadał kosztorysowi takiej roli, jaką mu później przypisywał. W konkluzji wykonawca stwierdził, że w SIWZ Zamawiający nie przypisał kosztorysowi ofertowemu takiej roli, która pozwalałaby zdyskwalifikować i odrzucić ofertę Odwołującej, a argumenty przedstawione przez Zamawiającego w piśmie informującym o odrzuceniu oferty Odwołującej nie znajdują uzasadnienia w SIWZ, przy czym Zamawiający nie miał prawa nadawać kosztorysowi nowego znaczenia ani nowej rangi *post fatum*. Podkreślił także, że kosztorys złożony przez Odwołującą wraz z ofertą może być wykorzystany do celów wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie (konsorcjum): Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne TRAKT Bobrzak, Teclaw Sp. J. oraz Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. wnosząc o oddalenie odwołania, albowiem kosztorys załączony przez odwołującego nie zawierał pozycji określonych w pkt 13 ppkt 3 siwz.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpatrująca niniejsze odwołanie ustaliła i zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpoznając niniejsze odwołanie Izba uwzględniała dyrektywę wynikającą z art. 190 ustawy Pzp zgodnie z którą, Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu oraz z

art. 190 ust.1 ustawy Pzp, w myśl której strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów z których wywodzą skutki prawne.

Izba stwierdziła, że w pkt 3 siwz – Opis przedmiotu zamówienia - Zamawiający w ppkt 2 podał, że (...) Szczegółowy zakres prac do wykonania określają projekt budowlany, przedmiar robót i specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, na podstawie których należy sporządzić kosztorys ofertowy”. Kosztorys ten zgodnie z postanowieniami siwz miał także stanowić integralną część umowy. Dalej z ppkt 3 wskazanego postanowienia specyfikacji wynika, że Zamawiający wymagał podania także w ofercie materiałów i urządzeń, które będą użyte dla realizacji zamówienia, albowiem w ppkt tym stwierdził, że dopuszcza ujęcia w ofercie, a następnie zastosowanie innych równoważnych materiałów lub urządzeń pod warunkiem posiadania przez nie parametrów nie gorszych niż materiały lub urządzenia, które one zastępują. Z wykazu załączników do oferty wynika, że przedmiary robót stanowiły załącznik nr 10 do siwz, którego formularz został udostępniony wykonawcom w formie „edytowalnej” i stanowił w konsekwencji podstawę do sporządzenia kosztorysu ofertowego przez każdego z wykonawców. Formularz ten obejmował w poszczególnych pozycjach, opisujących zakres prac do wykonania także takie dane m.in. jak materiały i ich ilości oraz sprzęt wymagany do realizacji danych prac. W pkt 13 ppkt 3 siwz Zamawiający wymagał z kolei, aby cena ofertowa została podana na podstawie przygotowanego kosztorysu szczegółowego zawierającego (...) następujące pozycje kosztorysowe: Lp., podstawę wyceny, opis, jednostkę miary, nakłady, koszt jednostkowy, robociznę, materiały, sprzęt”. Zamawiający stwierdził jednocześnie, że kosztorys szczegółowy ma charakter pomocniczy i uzasadnia jedynie wysokość ceny podanej w ofercie, jednakże zaznaczył równocześnie, że ten kosztorys (...) umożliwia Zamawiającemu kontrolowanie przebiegu prac i regulowanie faktur Wykonawcy uwzględniając postęp prac.” Zamawiający wymagał także - w pkt 11 ppkt 3 specyfikacji, aby treść oferty odpowiadała treści siwz.

Po analizie wskazanych postanowień specyfikacji Izba stwierdza, że w okolicznościach niniejszej sprawy kosztorysy szczegółowe wymagane przez Zamawiającego w ofercie stanowiły istotny element oferty i obok funkcji pomocniczej przypisanej dla potwierdzenia ceny ryczałtowej podanej w ofercie, miały przede wszystkim umożliwić Zamawiającemu kontrolowanie przebiegu prac, m.in. co do technologii ich wykonania - t.j. co do materiałów i urządzeń oraz zastosowanych ilości, które to dane zostały przez wykonawcę pominięte w kosztorysie. Izba zwraca uwagę, że wykonawca w toku rozprawy nie udowodnił, że te dane zostały ujęte przez wykonawcę w ofercie w innej jej części i tym samym sporządzenie kosztorysu ofertowego przez wykonawcę z pominięciem żądanych informacji spowodowało ich nieuprawnione ograniczenie i nie może być uznane za działanie zgodne z treścią specyfikacji. To oznacza, że oferta wykonawcy jako nieodpowiadająca treści specyfikacji podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, uwzględniając także § 3 pkt 2 lit. b) 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), zgodnie, z którym wynagrodzenie pełnomocnika nie może przekraczać kwoty 3.600 zł.

.....

Sygn. akt: KIO 874/12

**Uzasadnienie**

.....  
.....  
.....  
.....

**Przewodniczący:** .....