

Sygn. akt: KIO/1532/10

WYROK
z dnia 4 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwiłk

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lipca 2010 r. przez **Adama Janusa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo – Budowlany JUNIOR, ul. Szarotek 4/2, 41-709 Ruda Śląska** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Będzin, ul. 11 Listopada 20, 42-500 Będzin**

przy udziale **Spółdzielni Rzemieśniczej „BUDREM”, ul. Katowicka 18, 41-710 Ruda Śląska** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Adama Janusa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo – Budowlany JUNIOR, ul. Szarotek 4/2, 41-709 Ruda Śląska** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Adama Janusa prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo – Budowlany JUNIOR, ul. Szarotek 4/2, 41-709 Ruda Śląska** tytułem wpisu od odwołania.

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:

.....

Uzasadnienie

Gmina Będzin (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Remont i oświetlenie murów miejskich w rejonie ulic Modrzejewskiej i Zawale w Będzinie w ramach projektu subregionalnego Zachowanie dziedzictwa kulturowego i osiągnięć kulturalnych Zagłębia współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Śląskiego na lata 2007-2013*”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. 113, poz. 759), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 7 czerwca 2010 r., pod nr: 157154.

W postępowaniu tym wykonawca Adama Janusa prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo – Budowlany JUNIOR, ul. Szarotek 4/2, 41-709 Ruda Śląska (dalej: „Odwołujący”) w dniu 21 lipca 2010 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, którego kopia została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego w dniu 23 lipca 2010 r., na skutek wezwania Zamawiającego z dnia 21 lipca 2010 r., złożył wykonawca Spółdzielnia Rzemieślnicza „BUDREM” z siedzibą w Rudzie Śląskiej (dalej: „Przystępujący” lub „BUDREM”). Kopie przystąpienia zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego (Zamawiającemu i Odwołującemu).

Podstawą złożonego przez Odwołującego odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego, o czym zawiadomienie Zamawiający wystął drogą faksową do Odwołującego w dniu 16 lipca 2010 r.

Odwołujący, wnosząc odwołanie wskazał, że wnosi je na czynności Zamawiającego polegające na:

- 1) odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp;
- 2) wyborze oferty BUDREM;

- 3) nie zwrócenie się do odwołującego o wyjaśnienie brakującej według Zamawiającego pozycji kosztorysowej dotyczącej tablicy informacyjnej i pamiątkowej;
- 4) nie dokonanie poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jeżeli uznać prawidłowość decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego;
- 5) nie dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1, a tym samym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 87 ust. 1, poprzez nie wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w sprawie uwzględnienia w ofercie wykonania tablic informacyjnej i pamiątkowej;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że jej treść jest zgodna z treścią SIWZ;
- 4) art. 87 ust. 2 pkt 3, poprzez nie poprawienie omyłki pod warunkiem przyjęcia interpretacji Zamawiającego co do braku wyceny wykonania tablic;
- 5) art. 91 ust. 1, poprzez nie dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu złożonego odwołania Odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

Zapisy SIWZ, co do sposobu obliczenia ceny zawarte w rozdziale XII były niejasne i jako takie nie powinny wywoływać negatywnych skutków (odrzucenie oferty) dla wykonawców. Odwołujący wskazał tutaj na zapisy pkt 3, 4 oraz 8 i 9. Przede wszystkim podnosił, że Zamawiający oczekiwał, że wartości jednostkowe robót wymienionych w specyfikacji należy określić na podstawie przedmiaru robót, dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej. Z drugiej jednak strony Zamawiający oczekiwał, że w narzutach kosztów pośrednich do kosztorysu ofertowego należy uwzględnić wszystkie koszty niezbędne do wykonania zamówienia wymieniając przykładowy, nie zamknięty katalog tych kosztów poprzez użycie sformułowania: „*inne nie wymienione*” koszty oraz sformułowanie, że: „koszty powyższe nie stanowią odrębnego wynagrodzenia wykonawcy”. Odwołujący wobec powyższego poddaje w wątpliwość, wyszczególnienia jakich poszczególnych pozycji przedmiotu zamówienia żądał Zamawiający w przedstawionym do oferty kosztorysie ofertowym. Jego zdaniem Zamawiający nie wskazał precyzyjnie, co oznacza zgodność kosztorysu ofertowego z przedmiarami robót w kontekście wymogów z rozdziału XII pkt 3, 4 i

9 SIWZ, które jego zdaniem wskazują, że kosztorys ofertowy ma uwzględniać również koszty nie ujęte w przedmiarach robót, tj. w załącznikach nr 6 i 11 do SIWZ.

Odwołujący podniósł, że do oferty załączył kosztorys ofertowy sporządzony zgodnie z przedmiarami, dokumentacją projektową, specyfikacją techniczną i rozdziałem XII SIWZ, który zawierał wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Wyjaśnił także, że koszt wykonania tablic – informacyjnej i pamiątkowej został uwzględniony w narzucie kosztów pośrednich. Wskazał także, że koszt wykonania tych dwóch tablic został przez niego wyceniony na poziomie 4 000 zł brutto, co stanowi 0,18% wartości kosztorysowej oferty. Z ostrożności procesowej podniósł również argument, że Zamawiający ze względu na błędna ocenę jego oferty dokonał wyboru oferty o 447 331,87 zł droższej od oferty Odwołującego, co może spowodować bezzasadne wydatkowanie wyższych środków publicznych. Podkreślił, że Zamawiający powinien był skorzystać w tym zakresie z możliwości wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wobec negatywnych skutków dla Odwołującego nie skorzystanie z tej możliwości wyjaśnień przez Zamawiającego stanowi naruszenie wskazanego przepisu ustawy Pzp. Odwołujący we wskazanym zakresie powoływał się na orzecznictwo KIO.

W toku rozprawy Zamawiający, wnosząc pisemną odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 30 lipca 2010 r.) zaprezentował swoje stanowisko w sprawie, wskazując na bezzasadność zarzutów i żądań Odwołującego, a tym samym na to, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. W piśmie tym wniósł wskazał na następujące okoliczności.

Zgodnie z wymogami SIWZ rozdział VII pkt 6.3 wykonawca przystępując do postępowania powinien był załączyć do oferty uproszczone kosztorysy ofertowe podpisane przez wykonawcę i sporządzone zgodnie z przedmiarami robót stanowiącymi załącznik nr 6 i 11 do SIWZ. Odwołujący do swojej oferty nie dołączył kosztorysu ofertowego przygotowanego zgodnie z załącznikiem nr 11 i tym samym pominął całkowicie dokonanie wyceny wszystkich pozycji z tego kosztorysu. Wobec powyższego Zamawiający – jego zdaniem – nie miał podstaw do zastosowania jakichkolwiek uzupełnień oferty, gdyż mogłoby to zostać całkowicie uznane za dokonanie istotnej zmiany w treści oferty. W takiej sytuacji konieczne byłoby uzupełnienie treści oferty Odwołującego po upływie terminu do jej złożenia przez wskazanie ceny jednostkowej, co z kolei prowadziłoby do niedozwolonych negocjacji z wykonawcą. Brak wskazania ceny jednostkowej niezależnie od jej wysokości – w ocenie Zamawiającego - nie jest omyłką lecz istotnym brakiem oświadczenia, którego uzupełniania ustawodawca nie dopuścił. Podkreślił też, że nie jest uprawniony do samodzielnego dokonania wyceny całej pozycji kosztorysu ofertowego, w szczególności z powodu braku wiedzy Zamawiającego o cenie jednostkowej pominiętego elementu kalkulacyjnego.

Odnosząc się do argumentacji skalkulowania kosztów tablic w kosztach pośrednich, Zamawiający podniósł, że są to zupełnie odmienne elementy kalkulacji kosztów. Koszty pośrednie to wszystkie wydatki, jakie wykonawca musi ponieść poza bezpośrednim wykonaniem prac budowlanych i obejmują one m.in.: koszty zaplecza budowy, koszty narzędzi, koszty zakwaterowania pracowników zamiejscowych, koszty BHP, ubezpieczenie, ochronę, płace stałego personelu budowy, jak np. kierownik budowy, koszty energii, paliwa zarządzania firmą, koszty delegacji, odsetki od kredytów, koszty biurowe, utrzymania wszelkich nieruchomości firmy, obsługę prawną itp. Wykonawca ma prawo doliczyć wedle własnego uznania koszty pośrednie (Kp) oraz zysk (Z). Są one naliczane jako wartość procentowa liczona od kosztów przeznaczonych na robociznę (R) i sprzęt (S).

Podkreślił, że inne rozumienie omyłek w treści oferty niż zaprezentowane przez Zamawiającego prowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania oraz jego uczestnika, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zaważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Spółdzielnia Rzemieślnicza „BUDREM” z siedzibą w Rudzie Śląskiej, wypełniła wszystkie ustawowe przesłanki, określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła również, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta Odwołującego została bowiem odrzucona, a powyższe stanowi przedmiot podnoszonych w odwołaniu zarzutów. Gdyby nie ta czynność Zamawiającego z racji przyjętego przez Zamawiającego kryterium cenowego oceny ofert w postępowaniu i najniższą zaoferowaną przez tego wykonawcę cenę ofertową, oferta Odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Tym samym zatem interes tego wykonawcy w uzyskaniu niniejszego zamówienia doznał konkretnego uszczerbku (szkoda) w

sferze praw wykonawcy oraz jego interesu gospodarczego, objawiającego się w możliwości utraty dostępu do zamówienia i przewidywanych z tytułu jego realizacji zysków.

Izba, rozpoznając przedmiotowe odwołanie dopuściła w niniejszej sprawie dowody z:

1. treści SIWZ,
2. oferty Odwołującego,
3. treści ogłoszenia o zamówieniu z BZP,
4. pisma Zamawiającego o wynikach postępowania z 15.07.2010 r.
5. stanowisk stron postępowania oraz jego uczestnika, wyrażonych na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione w odwołaniu nie potwierdziły się i odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego ustaliła, że Zamawiający w rozdziale VI pkt 6.3 SIWZ określił wymóg dołączenia do oferty uproszczonych kosztorysów ofertowych podpisanych przez wykonawcę i sporządzonych zgodnie z przedmiarami robót stanowiącymi załącznik nr 6 i załącznik nr 11 do SIWZ.

W rozdziale XII SIWZ Zamawiający określił warunki ustalenia wartości przedmiotu zamówienia i opis sposobu obliczenia ceny. W pkt 4 tego rozdziału wskazał, że wartości jednostkowe robót wymienionych w SIWZ należy określić na podstawie przedmiaru robót, dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznych. Pkt 7 tego rozdziału wskazał z kolei, że rozliczenie robót będą następować na podstawie kosztorysów powykonawczych w oparciu o ceny jednostkowe zawarte w kosztorysie ofertowym. Pkt 8 określił, że wykonawca winien w ofercie podać wartość robót zgodnie z przedmiarem robót. Pkt 9 Zamawiający zapisał, że w narzucie kosztów pośrednich do kosztorysu ofertowego należy uwzględniać wszystkie koszty niezbędne do wykonania zamówienia takie, jak m.in. koszty oznakowania prowadzonych robót drogowych zgodnie z obowiązującymi przepisami itp. W punkcie tym Zamawiający określił także, że w zakres tych kosztów wchodzi także inne nie wymienione wyżej koszty niezbędne do wykonania prac budowlanych.

Izba ustaliła na podstawie § 9 załącznika nr 3 do SIWZ – wzór umowy, że Zamawiający określił w postępowaniu jako obowiązujące wynagrodzenie w formie kosztorysowej.

Ustalono również, że w rozdziale IV SIWZ Opis przedmiotu zamówienia (str. 2 i 3 SIWZ) wskazano wymogi dotyczące wykonania tablic – informacyjnej i pamiątkowej, odsyłając w tym zakresie także do przedmiaru robót – załącznik nr 11. Załącznik nr 11 do

SIWZ określa 2 pozycje kosztorysowe dotyczące: poz. 1 tablicy informacyjnej i poz. 2 tablicy pamiątkowej, określając ich wykonania w ilości po jednej sztuce.

W ofercie Odwołującego nie złożono kosztorysu ofertowego według przedmiaru robót określonego załącznikiem nr 11 do SIWZ.

Wobec powyższych ustaleń Izba stwierdziła, że brak wymaganego postanowieniami SIWZ kosztorysu ofertowego z wyceną wykonania określonych prac określonych w dwóch pozycjach kosztorysowych (tablica informacyjna i tablica pamiątkowa), wobec ustalania w niniejszym postępowaniu jako obowiązującego wynagrodzenia kosztorysowego, stanowią istotny brak oferty świadczący o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Rozliczenie robót budowlanych w przedmiotowym postępowaniu będzie następowało na podstawie faktycznie wykonanych prac w oparciu o wycenę poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego wykonawcy na podstawie sporządzonych w oparciu o ceny jednostkowe z kosztorysów ofertowych kosztorysów powykonawczych. Wykonanie tablic informacyjnej i pamiątkowej niewątpliwie objęte było przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu. Zamawiający wymogi w tym zakresie określił w rozdziale IV Opisu przedmiotu zamówienia oraz w załącznikach do SIWZ, tj. w dokumentacji projektowej specyfikacji technicznej oraz w przedmiarach stanowiących załącznik nr 11 do SIWZ. Niesporne pomiędzy stronami postępowania odwoławczego oraz jego uczestnikiem jest to, że Odwołujący kosztorysu dotyczącego wskazanych tablic według załącznika nr 11 nie załączył do swojej oferty. Pozycje te – dotyczące wykonania tych tablic - nie zostały także ujęte w przedłożonym przez Odwołującego kosztorysie robót budowlanych jako odrębne pozycje. Tym samym zatem należało uznać, że Odwołujący nie zaoferował wykonania tych dwóch pozycji kosztorysowych Zamawiającemu, co doprowadziło jego ofertę do sprzeczności z treścią SIWZ i wypełniło dyspozycję ustawową art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Argumentacja Odwołującego, iż koszty wykonania tych dwóch tablic w postępowaniu zostały przez niego ujęte w ramach kosztów pośrednich nie zasługuje na uwzględnienie. Koszty pośrednie stanowią bowiem pewne dopełnienie dla kosztów bezpośrednich kalkulowanych wprost w kosztorysie ofertowym na podstawie nakładów i cen jednostkowych. W kosztach tych nie wyodrębnia się i nie zostało to uczynione w ofercie Odwołującego, poszczególnych kosztów, w tym w szczególności kosztów bezpośrednich, które są ujmowane w ramach poszczególnych pozycji kosztorysowych. Nie mieszczą się w tych kosztach koszty wykonania określonych robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia (robocizny materiału, itd.).

W przypadku jednak nawet przyjęcia, że wskazane koszty wykonania tablic Odwołujący ujął jednak w kosztach pośrednich – jak wskazywał w toku rozprawy na str. 27

oferty w ramach kosztorysu robót budowlanych w jego podsumowaniu następującym po pozycji 24, a przed pozycją 25 i następnymi - nie jest możliwe wyodrębnienie jednostkowego kosztu wykonania każdej z tych dwóch tablic. Koszty te (koszty pośrednie) zostały wskazane standardowo w łącznej wysokości 199 646,62 zł.

Wobec powyższego Izba uznała, że treść oświadczenia woli w zakresie wykonania w ogóle tablic objętych przedmiotem zamówienia oraz ich wyceny nie została złożona przez Odwołującego, tak jak tego oczekiwał Zamawiający, poprzez dołączenie kosztorysu sporządzonego na podstawie załącznika nr 11 do SIWZ, jak i w inny co do formy sposób.

Stwierdzona przez Izbę niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ nie jest możliwa do poprawienia w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem nie mamy do czynienia w niniejszym przypadku z omyłką Odwołującego, która jest możliwa do poprawienia samodzielnie przez Zamawiającego. Zamawiający chcąc poprawić ową niezgodność oferty z SIWZ zmuszony byłby do prowadzenia niedopuszczalnych w świetle art. 87 ust. 1 ustawy Pzp negocjacji z wykonawcą. Wykonawca w stanie faktycznym niniejszej sprawy musiałby bowiem dokonać odrębnej wyceny wykonania dwóch tablic objętych przedmiotem zamówienia i wskazać ich ceny jednostkowe. Tym samym musiałby on dokonać niedopuszczalnego uzupełnienia treści oferty. Z całości oferty Odwołującego – w tym z żadnej pozycji kosztorysu ofertowego załączonego do oferty, jak i ze wskazywanych kosztów pośrednich nie wynika wycena kosztów tablic – informacyjnej i pamiątkowej. Tym samym poprawienie niezgodności oferty z SIWZ na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie mogło w niniejszej sprawie mieć miejsca.

Zamawiający – wbrew stanowisku Odwołującego – nie był także zobowiązany we wskazanym zakresie do skorzystania z uprawnienia, które daje mu przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zwrócenia się o wyjaśnienia treści oferty do Odwołującego. Wyjaśnienia takie – zgodnie z oczekiwaniami Odwołującego – prowadziłyby to negocjacji z tym wykonawcą i złożenia przez niego odrębnego, dodatkowego oświadczenia woli w kwestii wykonania fragmentu robót, objętych opisem przedmiotu zamówienia w SIWZ, które nie zostały ujęte w treści oferty.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba wzięła pod uwagę treść art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. orzekła o kosztach stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....