

WYROK

z dnia 11 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **11 marca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A., 14 – 200 Ława, ul. Kard. St. Wyszyńskiego 37** od czynności zamawiającego **Gmina Grodziczno, 13 – 324 Grodziczno, Grodziczno 17** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. :**przebudowa drogi gminnej Ostaszewo – Gronowo od km 0+0,010,00 do km 2+374,35”.**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje ponowną ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i ponowny wybór oferty najkorzystniejszej;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Gminę Grodziczno, 13 – 324 Grodziczno i nakazuje**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A., 14 – 200 Ława, ul. Kard. St. Wyszyńskiego 37;**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 13.600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez Gminę Grodziczno, 13 – 324 Grodziczno na rzecz Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego S.A., 14 – 200 Ława, ul. Kard. St.**

Wyszyńskiego 37, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Pouczenie:

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198 b 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 Elblągu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego - Gmina Grodziczno, 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], którego przedmiotem jest „Przebudowa drogi gminnej Ostaszewo - Gronowo”. Odwołujący - Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe S.A., z Ławy stwierdził, że Zamawiający w tym postępowaniu dokonał czynności niezgodnych z przepisami prawa polegającymi na bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). W uzasadnieniu odwołania podał, że Zamawiający, jako podstawę prawną odrzucenia oferty uznał naruszenie art.89 ust.1 pkt.2 ustawy Pzp, podczas gdy podstawa faktyczna przedstawiona przez Zamawiającego mówi o braku „kosztorysów ofertowych szczegółowych opracowanych według KNR”. Zdaniem wykonawcy kosztorys został sporządzony zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, Specyfikacją Techniczną, przy uwzględnieniu załączonego kosztorysu ofertowego, dokumentacji projektowej oraz przedmiaru robót. Załączony kosztorys zawiera wszystkie wymagane zestawienia, które zostały szczegółowo wymienione przez Zamawiającego w PKT VI ppkt. 13 SIWZ: Kosztorys ofertowy szczegółowy powinien zawierać: zestawienie materiałów, zestawienie ilości i cen jednostkowych robót. Przedstawione przez nas zestawienie cen jednostkowych stanowiło sumę kosztów bezpośredniej robocizny, materiałów i pracy sprzętu oraz kosztów pośrednich i zysku, wyliczoną na jednostkę przedmiarową robót podstawowych. Stwierdził także, że z uwagi na to, że przedstawiony kosztorys nie zawierał zestawienia materiałów, wykonawca oddzielnie dołączył do oferty zestawienie materiałów zarówno do branży drogowej jak i elektrycznej. Dołączył również zgodnie z ppkt. 9 w/w PKT XII elementy cenotwórcze przyjęte do kosztorysowania tzn.: robociznę, koszty pośrednie, koszty zakupu oraz zysk. Oferowana przez PDM S.A. cena została ustalona w oparciu o PKT XII ppkt. 4: Oferowaną cenę (bez podatku i z podatkiem VAT/- netto - brutto) należy ustalić drogą sporządzenia kosztorysu ofertowego - szczegółowego wg KNR, opracowanego w oparciu o dokumentację projektową przy wykorzystaniu projektów oraz załączonych kosztorysów ofertowych. Kosztorys ofertowy, w oparciu, o który należało przedstawić oferowaną cenę stanowił załącznik nr 14 stanowiący integralną część SIWZ, w którym za podstawę wyceny podano wytyczne Szczegółowej Specyfikacji Technicznej. Zamawiający w sposób jednoznaczny nie określił w

treści SIWZ obowiązku przedstawienia przez Wykonawców podstawy KNR, w oparciu, o który należało sporządzić kosztorys. Podał jedynie obowiązek opracowania wyceny na podstawie KNR, w oparciu, o który wykonawca dokonał kalkulacji.

W uzasadnieniu prawnym odwołania wskazał na przepis art. 30 ust.4 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp wskazując, że przedłożony kosztorys powinien być zatwierdzony przez Zamawiającego, bądź też w toku badania i oceny ofert zamawiający mógł żądać od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Skoro zamawiający z niego nie skorzystał, to należy uznać, że nie miał wątpliwości, co do prawidłowości i kompletności wyliczenia ceny ofertowej. Podkreślił także, że w SIWZ określono cenę ryczałtową za wykonanie zamówienia i zgodnie z pkt XII ppkt. 11 SIWZ cena zaoferowana dla zakresu rzeczowego ustalonego w SIWZ jest ceną niezmienną do końca realizacji zadania. Zgodnie z definicją ceny ryczałtowej nie można żądać zmiany ustalonego wynagrodzenia choćby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiarów lub kosztów świadczeń. Powołując się na orzecznictwo KIO wykonawca stwierdził, że przy cenie ryczałtowej kosztorys ma jedynie znaczenie pomocnicze, jak również, że o niezgodności oferty z treścią SIWZ można mówić jedynie wtedy, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada wymogom merytorycznym określonym w SIWZ, nie dotyczy to, zatem formy, w jakiej te wymagania zostały spełnione przez Wykonawcę. Ponadto niezgodność oferty z treścią SIWZ musi mieć wpływ na osiągnięcie właściwego celu postępowania. Natomiast oferta PDM S.A. gwarantuje osiągnięcie celu postępowania, w oparciu o załączony kosztorys do oferty. Powołał się także na art. 29 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, który nakłada na Zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Podkreślił także, że Zamawiający w pkt. XII ppkt. 4 SIWZ, podał własną definicję kosztorysu ofertowego szczegółowego: Kosztorys ofertowy szczegółowy powinien zawierać: - zestawienie materiałów, - zestawienie ilości i cen jednostkowych robót. Zatem Zamawiający określił własne wymogi dotyczące potrzebnych mu elementów kalkulacyjnych, a jeżeli oczekiwał opracowania kosztorysu ofertowego w oparciu o określony standard, to powinien się do niego odwołać w SIWZ. Nawet profesjonalista nie ma prawa ani obowiązku dokonywać wykładni postanowień SIWZ. Dołączony przez Zamawiającego wzór kosztorysu ofertowego stanowiący integralną część SIWZ - załącznik nr 14, w sposób jednoznaczny obligował Odwołującego, jako oferenta do załączenia kosztorysu w takiej a nie innej formie. Z kolei kierując się wyjaśnieniami SIWZ z dnia 11.01.2011 r. (ZP-342-13/2010) należy stwierdzić, że Zamawiający w odpowiedzi na pytanie potencjalnego Wykonawcy powtórzył treść SIWZ VI

pkt. 13, pakt. 7, nie udzielając tym samym szczegółowej odpowiedzi na zadane pytanie. Wskazując na powyższe odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, dokonanie ponownej oceny ofert, dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając stan faktyczny, ustalony na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, w tym oferty Odwołującego oraz stanowiska stron postępowania odwoławczego przedstawione w toku rozprawy, stwierdziła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu. Z ustaleń w sprawie wynika, że treść tej oferty – w spornym zakresie – odpowiada treści specyfikacji. Przede wszystkim kosztorys przedłożony do oferty wraz z informacjami i zestawieniami dodatkowymi odpowiada wymaganiom określonym w pkt VI ppkt. 13 specyfikacji tj. zawiera zestawienie materiałów, zestawienie ilości i cen jednostkowych robót. W toku rozprawy Zamawiający przyznał, że żadna z pozycji wymagana dokumentacją nie została przez wykonawcę pominięta. Tym samym bezpodstawne było odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wskazany przez Odwołującego ryczałtowy charakter wynagrodzenia ma dla rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie drugorzędne znaczenie, albowiem załączone kosztorysy są zgodne z wymaganiami Wisz. Nie mniej jednak Izba zauważa, że zgodnie z treścią art. 632 kodeksu cywilnego wynagrodzenie ryczałtowe jest wielkością niezmienną. Oznacza to, że co do zasady kosztorys ofertowy ma przy cenie ryczałtowej znaczenie pomocnicze, a nieistotne rozbieżności między jego treścią, a treścią nawet np. przedmiarów nie oznaczają niezgodności treści oferty z treścią siwz, skutkującej w konsekwencji odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem § 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).

.....