

Sygn. akt: KIO 2752/14

WYROK
z dnia 16 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 stycznia 2015 r.** w Warszawie odwołania z dnia **23 grudnia 2014 r.** wniesionego przez wykonawcę **Gdańska Stocznia „Remontowa” im. J. Piłsudskiego S.A.** z siedzibą w Gdańsku, ul. Na Ostrowiu 1, 80-958 Gdańsk w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] Stocznia Marynarki Wojennej S.A. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Gdyni, ul. Śmidowicza 48, 81-127 Gdynia [pełnomocnik], [2] Stocznia Remontowa „NAUTA” SA, ul. Waszyngtona 1, 81-342 Gdynia z siedzibą w Gdyni** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Gdańska Stocznia „Remontowa” im. J. Piłsudskiego S.A. z siedzibą w Gdańsku, ul. Na Ostrowiu 1, 80-958 Gdańsk**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Gdańska Stocznia „Remontowa” im. J. Piłsudskiego S.A. z siedzibą w Gdańsku, ul. Na Ostrowiu 1, 80-958 Gdańsk**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego **Gdańska Stocznia „Remontowa” im. J. Piłsudskiego S.A. z siedzibą w Gdańsku, ul. Na Ostrowiu 1, 80-958 Gdańsk** na rzecz zamawiającego **Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423**) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Zamawiający Skarb Państwa – Inspektorat Uzbrojenia, ul. Królewska 1/7, 00-909 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą »Naprawa średnia i dokowa 281«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. U. UE **17.06.2014 r.** pod nrem **2014/S 116-205569**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **17.12.2014 r.** o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **Stocznia Marynarki Wojennej S.A. w upadłości likwidacyjnej z siedzibą w Gdyni, ul. Śmidowicza 48, 81-127 Gdynia [pełnomocnik], [2] Stocznia Remontowa „NAUTA” SA, ul. Waszyngtona 1, 81-342 Gdynia z siedzibą w Gdyni, zwanych dalej „konsorcjum”;**
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty **konsorcjum**.

Wykonawca **Gdańska Stocznia „Remontowa” im. J. Piłsudskiego S.A. z siedzibą w Gdańsku, ul. Na Ostrowiu 1, 80-958 Gdańsk**, zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp**, wniosła **23.12.2014 r.** do Prezesa KIO odwołanie.

Zdaniem **odwołującej zamawiający** naruszył:

- 1) **art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty **konsorcjum** z powodu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej specyfikacją bez bliższego określenia, w zakresie wyceny wszystkich podpunktów zestawienia kosztów, której **konsorcjum** nie wykonało, a było do tego przez **zamawiającego** zobowiązane treścią specyfikacji;
- 2) **art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty **konsorcjum** z tego powodu, że zawiera ona błędy w obliczeniu ceny, wynikające z niespełnienia przez **konsorcjum** wymagań **zamawiającego** zawartych w specyfikacji;

- 3) **art. 7 ust. 1 Pzp** przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji polegające na niejednakowym traktowaniu wykonawców i stosowaniu odmiennych kryteriów oceny ofert.

Odwołująca wniosła o uwzględnienie w całości odwołania oraz nakazanie **zamawiającemu**:

- 1) unieważnienia dokonanej przez **zamawiającego** czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) odrzucenie oferty **konsorcjum**;
- 3) dokonanie wyboru oferty **odwołującej** jako jedynej oferty złożonej w postępowaniu i oferty niepodlegającej odrzuceniu.

- 4) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego **zamawiającego**, w tym zasądzenie od **zamawiającego** na rzecz **odwołującej** kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą;
- 5) przeprowadzenie dowodów z wszystkich dokumentów dotyczących postępowania przetargowego, zarówno załączonych do odwołania, jak i pozostałych będących w posiadaniu **zamawiającego**.

Argumentacja **odwołującej**

I. Zamawiający wymagał w **specyfikacji**, aby wykonawcy wypełnili załącznik nr 5 „Zestawienie kosztów”. Formuła załącznika nakazuje, aby w kolumnie 2 wymienić operacje technologiczne niezbędne do wykonania naprawy **SpW (Sprzętu i Wyposażenia)** jednakże nie mniej niż liczba podpunktów w danym punkcie wykazu prac naprawczych. Każda operacje (podpunkt) należy wycenić osobno. Wskazuje na to treść uwagi pkt 1, wzoru załącznika zamieszczonej pod tabelą zestawienia.

Konsorcjum nie spełniło tego wymagania, gdyż w pozycjach „Zestawienia Kosztów”: 24, 28, 30, 31, 43-51, 53, 56, 61, 85, 86, 88, 89, 92, 94-97, 103-110, 112-118, 143, 144, 146, 151, 156, 157, 175, 179, 180-186, 188, 190, 191 nie wyceniło każdego z podpunktów osobno.

Dowodem wagi, jaką **zamawiający** przywiązuje do formy załącznika jest informacja, zawarta w piśmie nr XI/12256/14 z **10.10.2014 r.** w sprawie wyjaśnień specyfikacji oraz dokonanych zmian, wysłanym do wszystkich wykonawców, która odnosi się do wniosku **Odwołującej** o następującym brzmieniu: „W związku z chęcią złożenia oferty wnioskujemy o zmianę **specyfikacji** w zakresie załącznika nr 5 pt. „Zestawienie kosztów” Prosimy o wykreślenie z umieszczonej w załączniku uwagi pkt 1, oraz zmianę wzoru tabeli ograniczając ilość wierszy do pozycji głównych **Wykazu Prac Naprawczych (WNP)**. Uzasadnienie: W

związku z ilością pozycji WPN tj. 191, zakładając średnią ilość wyszczególnionych w każdej pozycji operacji na ok. 10, umieszczenie w „Zestawieniu kosztów” wyceny każdej pojedynczej operacji spowoduje rozszerzenie tabeli załącznika 5 do około 2000 pozycji”. W punkcie 38 wskazanego pisma, **zamawiający** udzielił następującej odpowiedzi, cyt. „Ze względu na zasady sporządzania **WNP** jak również wewnętrzne resortowe przepisy **zamawiający** nie wyraża zgody na dokonanie zmian w zakresie załącznika nr 5 pt. „Zestawienie kosztów”.

W piśmie nr XI/14567/14 z **27.11.2014 r.** wzywającym wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty w pkt 2 **zamawiający** po raz kolejny potwierdził konieczność wypełnienia tego załącznika zgodnie z jego wzorem, powołując się na postanowienia **specyfikacji** i wskazane powyżej wyjaśnienia treści **specyfikacji**.

Wymagana treść załącznika do umowy „**Zestawienie kosztów**” jest dla **zamawiającego** istotna, a niezgodność oferty z treścią specyfikacji w tym zakresie powoduje istotną rozbieżność oświadczenia woli wykonawcy od treści specyfikacji.

Liczba błędnie wypełnionych pozycji zestawienia kosztów, tj. 57 pozycji, wskazuje, że przedmiotowe niezgodności nie mogą być odczytane jako oczywista omyłka pisarska ani inna omyłka polegająca na niezgodności oferty ze specyfikacją, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty, które **zamawiający** poprawia w ofercie na mocy **art. 87 ust. 2 Pzp**. Tym bardziej, że pozostałe pozycje zestawienia wykonawca sporządził właściwie. Należy zatem uznać, że jest to celowe działanie **konsorcjum**, powodujące niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji, która to niezgodność musi, zgodnie z **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** skutkować odrzuceniem oferty przez **zamawiającego**.

II. Po pierwsze rozdz. IX pt. Opis sposobu przygotowania ofert pkt 1 specyfikacji brzmi: „Oferta musi odpowiadać treści i wymaganiom określonym w SIWZ”.

Po drugie **rozd. XI pt. Opis sposobu obliczenia ceny pkt 1 specyfikacji** brzmi: „Ceny zawarte w ofercie należy określić w złotych polskich (PLN) z dokładnością do pełnych groszy według zasad określonych w **załączniku nr 3 do specyfikacji**.”

Załącznik nr 3 do specyfikacji stanowi formularz ofertowy. Sposób obliczania cen w ofercie powinien zatem odpowiadać wymaganiom zawartym w formularzu ofertowym.

Ponadto formularz ofertowy zawiera uwagę, opatrzoną gwiazdką, w której to uwadze wytłuszczonym i podkreślonym drukiem **zamawiający** zawarł następujące wymaganie: „* Wykonawca jest zobowiązany do wpisania wartości brutto zgodnej z zestawieniem kosztów wykonania poszczególnych pozycji wykazu prac naprawczych – załącznik nr 1 OPZ dla etapu I i II”.

Wymaganie to odnosi się do cen etap I i etap II. Tym sposobem **zamawiający** zobowiązał wykonawców, w sposób jednoznaczny do określenia cen etapów I i II zgodnie z wartością ich prac zaoferowanych w zestawieniu kosztów.

Zestawiając ze sobą powyższe wymagania **zamawiającego** należy zauważyć, że w celu określenia wartości etapów, koniecznym jest zestawienie ze sobą dwóch załączników tj. „Zestawienia kosztów” (Załącznik do Umowy) oraz „Etapowego harmonogramu prac” (Załącznik do Umowy).

Ceny I i II etapu muszą stanowić sumy cen (wpisanych do kolumny 8 Zestawienia kosztów) dla poszczególnych pozycji wskazanych w Etapowym harmonogramie prac.

Innymi słowy, wartość I etapu jest sumą cen pozycji zakwalifikowanych do I etapu (kolumna 2 tabeli harmonogramu), a wartość II etapu jest sumą cen pozycji zakwalifikowanych do II etapu (kolumna 3 tabeli harmonogramu).

Inny sposób określenia cen stanowi naruszenie obowiązków nałożonych przez **zamawiającego** na wykonawców w **specyfikacji**, a tym samym powoduje błąd w obliczeniu ceny jak również niezgodność treści oferty z treścią **specyfikacji**.

Co więcej zakres prac poszczególnych etapów wynikający z harmonogramu stanowi element konstrukcyjny umowy, gdyż w **§ 1 istotnych postanowień umowy zamawiający** formułuje przedmiot zamówienia oparty na omawianych załącznikach.

Konsorcjum nie zastosowało się do przedstawionych wymagań i przez nieprecyzyjne sporządzenie Zestawienia kosztów i Etapowego harmonogramu prac uniemożliwiło prawidłowe obliczenie ceny.

W załączniku nr 1 do odwołania **odwołująca** przedstawia stosowne obliczenia cen etapów wskazanych w ofercie **konsorcjum**, wykonane przez **odwołującą**. W tabeli wskazano (kolumna 3 i 5), ceny wynikające wprost z zestawienia kosztów i (kolumna 7) ceny, których nie można zakwalifikować do poszczególnych etapów. Analizując ofertę **konsorcjum odwołującej** nasuwa się wniosek, że wartości etapów tam wskazane są nierzetelne lub też błędnie obliczone.

Dla zobrazowania istoty błędu w obliczenia ceny, **odwołująca** przedstawia pozycje WPN oferty **konsorcjum** i ich analizę, wskazującą na brak możliwości określenia dla nich cen każdego z etapów z osobna.

Poz. 1 „Zestawienia Kosztów”

W tej pozycji **konsorcjum** wskazało w etapowym harmonogramie prac wykonanie:

- w I etapie: Zadokowanie i wydokowanie okrętu i asysta holowników, postój w doku/SL. zabezpieczenie ciągów komunikacyjnych;
- w II etapie: Pozostałe prace z WPN.

Uwaga: określenie **SL oznacza plac manewrowy SMW S.A.**, który służy do ustawienia na nim statku po podniesieniu go z wody, podobnie jak w doku.

Analizując poszczególne podpunkty „Zestawienia kosztów” widać jasno, że w ppkt 2 omawianej pozycji wpisano „Postój okrętu w stoczni 300 dni: – przy nabrzeżu 210 dni; – w doku 90 dni”. Podpunkt ten wyceniony został na **530 285,10 zł**.

Jak widać jedna cena dotyczy postoju przy nabrzeżu i w doku/SL.

W sytuacji, w której **konsorcjum** wskazuje postoi w doku w I etapie, a postój przy nabrzeżu (jako pozostałe prace z WPN) w II etapie, podając jednocześnie jedną cenę za obie operacje, pojawia się pytanie jaki udział w cenie **530 285,10 zł** ma 210 dni postoju przy nabrzeżu, a jaki 90 dni postoju w doku/SL. Brak możliwości znalezienia odpowiedzi na to pytanie i wskazania ceny za każdą z tych operacji z osobna, uniemożliwia wykonanie działania arytmetycznego polegającego na zsumowaniu cen pozycji zakwalifikowanych do I i II etapu, co stoi w sprzeczności do wyraźnych wymagań **zamawiającego** w sprawie obliczenia cen.

Poz. 3 „Zestawienia kosztów”

W tej pozycji **konsorcjum** wskazało w etapowym harmonogramie prac wykonanie:

- w I etapie: Demontaż siatek zabezpieczających, weryfikacja silników elektrycznych, pomiar rezystancji, drenaż oleju;
- w II etapie Pozostałe prace z WPN.

Analizując zakres prac zawarty w ppkt 2 tej pozycji WPN, a dotyczącej silników elektrycznych widać, że zawiera on wykonanie remontu głównego silników elektrycznych, przeprowadzenia weryfikacji oraz pomiarów rezystancji. Podpunkt ten ma łączną cenę **22 801,00 zł**.

Analogicznie do wcześniejszej pozycji, jeśli **konsorcjum** wskazuje weryfikacje silników elektrycznych w I etapie, a remont główny (wchodzący w pozostałe prace) w II etapie, podając jednocześnie jedną cenę obejmującą obie te operacje pojawia się pytanie jak określić udział w cenie **22 801,00 zł** weryfikacji silników elektrycznych a jaki udział ich remontu głównego. Odpowiedzi na to pytanie nie ma w innych dokumentach oferty, stąd próba poprawy przez **zamawiającego** i podziału tej ceny we właściwy sposób nie jest możliwa bez udziału wykonawcy.

Poz. 50

W tej pozycji **konsorcjum** wskazało w etapowym harmonogramie prac wykonanie

- w etapie I: Demontaż i weryfikacja;
- w etapie II: Pozostałe prace z WPN.

Analizując treść podpunktów pozycji 50 brak jest jednoznacznej ceny za prace zakwalifikowane do I etapu. Jedna cena podpunktów 1 i 2 uniemożliwia jednoznaczne stwierdzenie czy jest to cena, którą należy dodać do wartości I etapu prac czy do II etapu prac.

Poz. 60 „Zestawienia kosztów”

W tej pozycji **konsorcjum** wskazało w etapowym harmonogramie prac wykonanie

- w etapie I: Demontaż i weryfikacja;
- w etapie II: Pozostałe prace z WPN.

Analizując treść podpunktu 1 tej pozycji to jego zakres zawiera zdemontowanie z jednostki zaworów oraz wymianę wskazanych zaworów na nowe. Nie wiadomo jaki jest udział w kwocie **111 450,00 zł** demontażu ujętego w I etapie, a jaki montażu zaworów, rozumianego jako pozostałe prace, ujętej w II etapie. Brak tej wiedzy uniemożliwia podliczenie wartości każdego z etapów.

Poz. 115 „Zestawienia kosztów”

W tej pozycji **konsorcjum** wskazało w etapowym harmonogramie prac wykonanie

- w etapie I: Demontaż i weryfikacja;
- w etapie II: Pozostałe prace z WPN.

Z analizy zakresu prac tej pozycji nie jest jasne jaka cena dotyczy demontażu i weryfikacji, ponieważ w ppkt 1 widnieje postanowienie: przeprowadzić wymianę, która z definicji zawiera w sobie demontaż starego i montaż nowego. Wskazanie w I etapie demontażu bez wskazania jego ceny uniemożliwia obliczenie wartości etapów. Co więcej pozycja w ogóle nie zawiera weryfikacji, które to **konsorcjum** zakwalifikowało do I etapu prac.

Kolejne, wskazane poniżej pozycje posiadają błędy w postaci podania łącznej ceny, za poszczególne podpunkty, co w przypadku braku wskazania przez **konsorcjum** cen każdego podpunktu z osobna uniemożliwia obliczenie zaoferowanej wartości etapów.

Poz. 43 „Zestawienia Kosztów”

W tej pozycji **konsorcjum** wskazało w etapowym harmonogramie prac wykonanie:

- w I etapie: Demontaż i weryfikacja;
- w II etapie: Pozostałe prace z WPN.

Jak widać z analizy zakresu prac w tej pozycji podpunkty 1.1, 1.2 1.3 i 1.4 zostały opatrzone jedną wspólną ceną **229 020,00 zł**. Podpunkty te definiują zakres prac

zakwalifikowany jednocześnie do I i II etapu. Zawierają się w nich m.in.: demontaże, weryfikacje, montaż, prace dodatkowe oraz wszystkie czynności przeglądu.

Chcąc określić cenę prac zakwalifikowanych do I etapu należałoby najpierw określić udział wszystkich wskazanych powyżej prac w cenie **229 020,00 zł** i wyodrębnić kwoty za demontaże i weryfikacje, które umieszczono w I etapie.

Poz. 44 „Zestawienia Kosztów”

W tej pozycji **konsorcjum** wskazało w etapowym harmonogramie prac wykonanie

- w etapie I: Demontaż i weryfikacja;
- w etapie II: Pozostałe prace z WPN.

Tak jak powyżej, w przypadku tej pozycji podpunkty 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 i 1.5 mają jedną cenę **16 970,00 zł**. Pozycja ta zawiera m.in.: demontaże, transport na warsztat, weryfikację, dostarczenie na okręt i montaż. Jedna cena za wszystkie wymienione prace uniemożliwia wyodrębnienie cen demontaży i weryfikacji. Ten sam błąd dotyczy podpunktów 3.1, 3.2, 3.3, 3.4 i 3.5. Nie jest jasne, która cena została zaliczona do sumy prac zakwalifikowanych do I, a która do II etapu.

Podobne wątpliwości dotyczą poz. 45-51, 61, 103-110, 116, 117, 162, 181-185.

W ocenie **odwołującej**, mając na uwadze ilość i charakter niezgodności, trudno jest je zakwalifikować jako omyłki.

W świetle powyżej przytoczonych argumentów i przykładów – niezgodności w obliczeniu wartości etapów, jeżeli **zamawiający** uznałby, wbrew swojemu wcześniejszemu, wyraźnemu zobowiązaniu wykonawców do określonego sposobu wyliczenia cen, że zaoferowana cena I i II etapu wynika z oczywistej omyłki rachunkowej lub innej omyłki, musiałby samodzielnie pokusić się o prawidłowe obliczenie tych cen.

Jest to operacja niemożliwa do przeprowadzenia, gdyż wymagałaby ona zmiany treści zestawienia kosztów w zakresie zaoferowanych przez wykonawcę cen poszczególnych podpunktów. Taka ingerencja **zamawiającego** w treść oświadczenia woli wymagałaby udziału wykonawcy i zakazana jest przez **art. 87 ust. 1 Pzp**.

III. Zgodnie z orzecznictwem, **zamawiający** jest zawsze zobowiązany do traktowania na równych prawach wszystkich oferentów ubiegających się o zamówienie publiczne oraz do prowadzenia postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji, a celem przetargu pozostaje wybór najkorzystniejszej oferty spośród tych, które już na starcie będą spełniały podstawowe wymagania określone w **specyfikacji** (vide: wyrok SO w Szczecinie

z 30 maja 2011 r. sygn. C 317/09 oraz wyrok SO w Krakowie z 6 listopada 2009 r. sygn. XII Ga 317/09).

W postępowaniu wykonawcy nie byli traktowani w jednakowy sposób.

Świadczy o tym chociażby nieudzielenie zgody **odwołującej** na łączną wycenę niektórych pozycji (wspomniane w części I pismo **zamawiającego** nr XI/12256/14 z **10.10.2014 r.**), przy jednoczesnym dopuszczeniu oferty **konsorcjum**, która takie łączne wyceny zawierała.

Sporządzenie oferty **odwołującej** – oferty, która spełnia wszystkie wymagania **zamawiającego** zawarte w treści **specyfikacji** – wymagało znacznego nakładu pracy i wykonania wielu rzetelnych obliczeń. W ofercie **odwołującej** można, w sposób jednoznaczny potwierdzić zaoferowane ceny na podstawie prostych rachunków opartych o stosowne załączniki sporządzone w sposób zgodny z wymaganiami **zamawiającego**.

Porównanie obu złożonych w postępowaniu ofert, w zakresie sporządzenia załączników do istotnych postanowień umowy, nie pozostawia wątpliwości do braku zgodności oferty **konsorcjum** z treścią **specyfikacji**. Pomimo tego, to właśnie oferta **konsorcjum** została wybrana jako najkorzystniejsza, chociaż powinna zostać odrzucona.

Odwołująca przesłała w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 23.12.2014 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **23.12.2014 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

23.12.2014 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **[1] Stocznia Marynarki Wojennej S.A. w upadłości likwidacyjnej, ul. Śmidowicza 48, 81-127 Gdynia [pełnomocnik], [2] Stocznia Remontowa „NAUTA” SA, ul. Waszyngtona 1, 81-342 Gdynia** złożyli (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w **art. 179 ust. 1 Pzp**, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut pierwszy naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** – przez zaniechanie odrzucenia oferty **konsorcjum** z powodu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji w zakresie wyceny wszystkich podpunktów zestawienia kosztów, której **konsorcjum** nie wykonało, a było do tego przez **zamawiającego** zobowiązane treścią specyfikacji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający nie określił wprost w specyfikacji ani innych dokumentach, które zamawiający przekazywał wykonawcom przed upływem terminu składania ofert jaką metodą będzie rozliczane wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie określił wprost jakie wynagrodzenie będzie obowiązywać w postępowaniu ryczałtowe czy kosztorysowe. Również wykonawcy w terminie przed składaniem ofert nie występowali do zamawiającego o wyjaśnienie tej istotnej kwestii. Jednak zwykle takie przemilczenie nie jest przyczyną stwierdzenia nieprzezwycięzalnych trudności w realizacji zamówienia, gdyż zwykle z całości dokumentów można wyinterpretować jakiego rodzaju wynagrodzenie obowiązuje w postępowaniu. Podobnie w rozpoznawanym postępowaniu można i należy dookreślić jaki rodzaj wynagrodzenia obowiązuje w rozpoznawanym postępowaniu: ryczałtowy czy kosztorysowy.

Odwołująca przedstawiła na rozprawie argumenty za kosztorysowym charakterem wynagrodzenia, które ma obowiązywać w postępowaniu:

- 1) wymaganie **zamawiającego** załączenia do oferty kosztorysów bez doprecyzowania, że kosztorysy są potrzebne np. do celów informacyjnych, to nawet bez użycia sformułowania o stosowaniu wynagrodzenia kosztorysowego, należy takie wymaganie odczytywać jako zapowiedź zastosowania wynagrodzenia kosztorysowego, podobnie przykładanie przez **zamawiającego** dużej wagi do załączenia do oferty kosztorysów, pismo **zamawiającego** z **27.11.2014 r.**, w którym

zamawiający nie zgodził się na łączną wycenę w ofercie różnych pozycji wyceny wynagrodzenia;

- 2) określenie ceny jednostkowej za malowanie 1 m² kadłuba jako jedno z kryteriów oceny ofert [rozd. XIII ust. 1 pkt 2 specyfikacji];
- 3) postanowienie **rozd. XI ust. 4 specyfikacji** o wynagrodzeniu kosztorysowym z zastrzeżeniem nieprzekraczania określonej wartości przedstawionej w ofercie;
- 4) w przypadku ryczałtowego charakteru wynagrodzenia nie jest istotny rozmiar przedmiotu zamówienia, gdyż cena obejmuje całość zamówienia, natomiast w rozpoznawanym postępowaniu w **pkt 7.4 do 8 OPZ zamawiający** przewidział możliwość wykonania prac nieprzewidzianych w specyfikacji i sporządzenia do tego typu prac kosztorysu przez **wykonawcę**;
- 5) postanowienie **§ 14 IPU** dotyczące kar umownych za niezrealizowane części zamówienia, a tych wartość można obliczyć tylko na podstawie kosztorysów;
- 6) postanowienie **§ 11 IPU** jest przewidziana możliwość naliczania kar umownych ze względu na niewykonanie w terminie prac należących do I bądź II etapu; w związku z tym zamawiający musiał żądać szczegółowego wykazu prac w poszczególnych etapach i wycenienia tych prac; **poz. 60 „Zestawienia kosztów”**, gdzie **zamawiający** żądał podania wartości w I etapie wynikającym z sumy cen w tej pozycji, prac wykonanych w I etapie; w związku z tym trudno byłoby naliczać kary odnośnie niezrealizowanych części prac w odpowiednich etapach bez sporządzenia odpowiednich kosztorysów;
- 7) orzecznictwo KIO wskazuje, że ryczałtowe wynagrodzenie lub uwzględnianie kosztorysu ofertowego, jako elementu informacyjnego, musi być wyraźnie wskazane w specyfikacji;
- 8) **art. 629 Kc** mówi o cechach wynagrodzenia kosztorysowego, a w zamówieniach występuje mieszany sposób wyznaczania wynagrodzenia, jednak musi on być wyraźnie określony przez zamawiającego w specyfikacji;
- 9) **art. 632 § 2 Kc** wskazuje na niezmiennosc ceny umowy mimo zmiany rozmiarów lub kosztów prac, natomiast zamawiający w postępowaniu przewidział możliwość podwyższenia ceny w **§ 6 ust. 6 istotnych postanowień umowy**, w przypadku zwiększenia nakładów kosztów remontu sprzętu wojskowego w systemach przeznaczonych do naprawy, a także w **rozd. XVI ust. 11 pkt 2 specyfikacji zamawiający** przewidział możliwość zmiany w cenie umowy w przypadku zmiany stawek VAT.

Art. 629 Kc brzmi »Jeżeli strony określiły wynagrodzenie na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów (wynagrodzenie kosztorysowe), a w toku wykonywania dzieła zarządzenie właściwego organu państwowego zmieniło wysokość cen

lub stawek obowiązujących dotychczas w obliczeniach kosztorysowych, każda ze stron może żądać odpowiedniej zmiany umówionego wynagrodzenia. Nie dotyczy to jednak należności uiszczonych za materiały lub robociznę przed zmianą cen lub stawek«.

Art. 632 § 2 Kc brzmi » Jeżeli jednak wskutek zmiany stosunków, której nie można było przewidzieć, wykonanie dzieła groziłoby przyjmującemu zamówienie rażącą stratą, sąd może podwyższyć ryczałt lub rozwiązać umowę«.

Skład orzekający Izby stwierdza, że wynagrodzenie kosztorysowe jest częściej stosowane w skomplikowanych zamówieniach na roboty budowlane, rzadziej na dostawy czy usługi, które to zamówienia zwykle są mniej złożone. Przedmiotem rozpoznawanego postępowania nie są roboty budowlane, co przemawiałoby za ryczałtowym charakterem wynagrodzenia. Również argumenty przedstawione przez **odwołującego** nie mogą przemawiać za tym, że **zamawiający** ustanowił wynagrodzenie kosztorysowe.

Ad 1. Brak wyraźnego stwierdzenia **zamawiającego** w specyfikacji o charakterze wynagrodzenia musi przemawiać za traktowaniem wynagrodzenia, jako wynagrodzenia ryczałtowego, gdyż to jest względniejsze dla **wykonawców** zwłaszcza z takich powodów: **[a]** w kosztorysowym wynagrodzeniu wykonawca musi poświęcić wiele energii na właściwe sporządzenie kosztorysów, gdyż pominięte elementy finalnie nie będą opłacone, a w ryczałcie takie pominięcie nie będzie miało wpływu na wynagrodzenie; **[b]** w wynagrodzeniu kosztorysowym omyłki w kosztorysach mogą doprowadzić do odrzucenia oferty, a w wynagrodzeniu ryczałtowym zwykle nie mają wpływu na ważność oferty; **[c]** w wynagrodzeniu kosztorysowym wykonawca będzie musiał poświęcać wiele energii (częstokroć nawet zatrudniać specjalnego pracownika) na sporządzanie kosztorysów powykonawczych, aby otrzymać właściwe wynagrodzenie, a w wynagrodzeniu ryczałtowym wykonawca może zaoszczędzić na sporządzaniu kosztorysu.

Ponadto zwracanie nawet najwyższej uwagi przez **zamawiającego** na obowiązek sporządzania kosztorysów ofertowych czy innych tego typu dokumentów, bez wskazania do czego będą **zamawiającemu** takie opracowania służyć, jest uchybieniem specyfikacji. Skoro **wykonawcy** nie mogą ponosić konsekwencji za niedopracowania specyfikacji, co jest ogólną regułą praktyki stosowania ustawy oraz orzecznictwa i doktryny, to wszelkie niedociągnięcia w sporządzaniu kosztorysów przez **wykonawców** nie mogą być przyczyną stosowania negatywnych skutków wobec **wykonawców**, a więc brak stwierdzenia w specyfikacji do czego będą służyć kosztorysy ofertowe wskazuje na informacyjny charakter tych kosztorysów, a nie na przewidywanie zastosowania wynagrodzenia kosztorysowego.

Ad 2-4. Zastrzeżenie przez **zamawiającego** dotyczące stosowania kosztorysu powykonawczego w pewnym fragmencie zamówienia bez uogólniania na całość zamówienia nie może być traktowane jako reguła obowiązująca w całym zamówieniu, ale należy z właściwej

ostrożności traktować takie zastrzeżenie jako wyjątek, a wyjątków nie należy interpretować rozszerzająco (*exceptiones non sunt extentendae*). Podobnie określenie w specyfikacji możliwości wykonania prac nieprzewidzianych i zażądanie sporządzenia do tego typu prac kosztorysu przez wykonawcę wskazuje na wyjątkowość prac nieprzewidzianych w stosunku do całego zamówienia i wprost podkreśla charakter wynagrodzenia ryczałtowego całego zamówienia, a wskazuje na kosztorysowy charakter wynagrodzenia tylko w stosunku do prac ściśle wskazanych.

Ad 5 i 6. Istotą ustanawiania kar umownych jest prostota ich stosowania i naliczania. W rozpoznawanym przypadku **odwołująca** niewłaściwie odczytała postanowienia specyfikacji jakoby **zamawiający** ustanawiał skomplikowany sposób naliczania kar umownych (jest to możliwe, jednak w rozpoznawanej sprawie nie miało miejsca). Zamawiający zaproponował naliczanie kar w stosunku do wartości całego I lub II etapu, a nie jak wydedukowała **odwołująca** w zależności od wartości niezrealizowanych części zamówienia. Także brak w rozpoznawanej specyfikacji, a w tym w istotnych postanowieniach umownych, wskazania sposobu obliczania wysokości kar umownych przemawia za tym żeby uznać, że **zamawiający** nie zaproponował tak skomplikowanego sposobu wyliczania wysokości kar umownych. W związku z tym argument **odwołującej** w wykazaniu naliczania kar umownych w stosunku do bardzo skomplikowanych podstaw nie może się utrzymać.

Ad 7. Orzecznictwo KIO odnosi się do konkretnie rozpoznawanych spraw z precyzyjnie określonymi stanami faktycznymi. Dlatego nie można generalizować, jakie jest podejście Izby do stwierdzania czy w postępowaniu obowiązuje wynagrodzenie ryczałtowe czy kosztorysowe w przypadkach, gdy zamawiający nie dał wskazówek jak będzie rozliczane wykonanie przedmiotu zamówienia. Również **odwołująca** nie wykazała takiego podejścia Izby.

Ad 8 i 9. Przytaczanie przepisów Kodeksu cywilnego regulujących wynagrodzenie kosztorysowe i ryczałtowe bez wskazania odpowiednich postanowień specyfikacji, które można byłoby przyporządkować do odpowiednich przepisów nie może stanowić argumentu za stwierdzeniem, że zamawiający w konkretnej sprawie wybrał ten lub inny sposób wynagrodzenia.

Przepisy dotyczące sposobu wynagrodzenia (ryczałtowego czy kosztorysowego) nie ograniczają stronom w postanowieniach umownych zawierania klauzul dotyczących możliwości zmian wynagrodzenia na skutek określonych w umowie zmian niezależnych od stron umowy. W szczególności takie postanowienia mogą dotyczyć zmiany podatku od towarów i usług bądź zmiany zakresu przedmiotowego umowy np. ze względu na możliwość sprecyzowania zakresu umowy dopiero po dokonaniu oględzin remontowanej jednostki

plywającej po jej osuszeniu. Takie klauzule dotyczące płatności za fragmentaryczne części wykonywanej umowy często nie rzutują na sposób wynagrodzenia za wykonanie umowy, a w rozpoznawanym przypadku skład orzekający Izby nie może stwierdzić, że miały wpływ na sposób rozliczania umowy. Zmiany stawek podatkowych wpływają na ceny wszystkich umów, rozliczanych kosztorysowo, a szczególnie rozliczanych ryczałtowo, gdzie – bez takiej klauzuli – nie ma możliwości wprowadzenia zmian ceny. Klauzula o szczególnym rozliczaniu ceny oferty w przypadku zmian stawek podatkowych powoduje, że wykonawca nie wkalkulowuje tego ryzyka w cenę, co w efekcie daje potanie ofert. Jednak i taka klauzula wskazuje na zastosowanie w postępowaniu wynagrodzenia ryczałtowego.

Ważne jest postanowienie **rozd. XI ust. 4 specyfikacji**, gdzie **zamawiający** ustanowił, że cena ofertowa nie będzie podlegała negocjacom i jest ceną ostateczną, która zostanie wprowadzona do umowy. W wynagrodzeniu kosztorysowym cena za wykonanie umowy musi zależeć od kosztorysu powykonawczego sporządzonego zgodnie ze standardami określonymi w umowie. W takim kosztorysie powinny być wykazane np. nakłady pracy, ilości zużytych materiałów, koszty zakupu itd. W rozpoznawanym postępowaniu o niczym takim nie było mowy w specyfikacji, a szczególnie w IPU, także wykonawcy nie żądali żadnych wyjaśnień odnośnie tego ewentualnego braku postanowień w specyfikacji, co wskazuje, że wykonawcy zdawali sobie sprawę z ryczałtowego charakteru wynagrodzenia.

Odwołująca nie wykazała, że w postępowaniu zamawiający ustanowił kosztorysowy sposób wynagrodzenia. Wprost przeciwnie, skład orzekający Izby stwierdza w rozpoznawanym postępowaniu, że brak w specyfikacji postanowień dotyczących sposobu rozliczenia i dokonania obliczeń wysokości wynagrodzenia po wykonaniu całości czy części umowy wskazuje na wynagrodzenie ryczałtowe.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut drugi naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** – przez zaniechanie odrzucenia oferty **konsorcjum** z tego powodu, że zawiera ona błędy w obliczeniu ceny, wynikające z niespełnienia przez **konsorcjum** wymagań **zamawiającego** zawartych w specyfikacji – nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby stwierdza, że wobec ustanowienia przez **zamawiającego** wynagrodzenia ryczałtowego i związanego z tym informacyjnego charakteru wykazów kosztorysowych zał. o nrach 5 i 6 wszelkie zarzuty zawierania błędów w tych dokumentach nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty. W związku z tym działanie **zamawiającego** było podstawne, natomiast zrealizowanie sugestii **odwołującej** odrzucenia oferty konsorcjum nie miałyby podstaw prawnych.

W tych względów skład orzekający Izby nie może przychylić się do zarzutu drugiego naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp**.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut trzeci naruszenia **art. 7 ust. 1 Pzp** – przez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji polegające na niejednakowym traktowaniu wykonawców i stosowaniu odmiennych kryteriów oceny ofert – nie zasługuje na uwzględnienie.

Również zarzut trzeci nie został wykazany przez **odwołującą**. **Zamawiający** mógł w specyfikacji, ogłoszeniu czy wyjaśnieniach specyfikacji stawiać różnorakie wymagania, ale bez wskazania konsekwencji naruszenia tych wymagań bądź bez możliwości powołania się na ustawowe sankcje **zamawiający** nie może np. odrzucić oferty, jeżeli **wykonawca** nie dostosuje swojej oferty do takich wymagań. Takie nieodrzućenie oferty nie może być potraktowane jako naruszenie zasady zamówień publicznych zawartej w art. 7 ust. 1 Pzp, ale wprost nieodrzućenie oferty zawierającej nieistotne odstępstwa od wymagań (jak w rozpoznawanym postępowaniu) jest realizacją przytoczonej zasady i powinno się odnosić do wszystkich ofert, tak jak tego w rozpoznawanym postępowaniu dokonał **zamawiający**.

Samo badanie ofert przez **zamawiającego** różnych ofert z różnym nasileniem nie może być uznane za naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Dopiero różne potraktowanie tych ofert znajdujących się w takiej samej sytuacji bądź zastosowanie różnych unormowań bądź różne zaniechania zastosowania przepisów może być uznane za złamanie zasady równego traktowania wykonawców, ale niczego takiego nie wykazała **odwołująca**.

Wobec powyższego odwołująca nie wykazała naruszenia przez zamawiającego zasady równego traktowania wykonawców i dlatego Izba nie może przychylić się do zarzutu trzeciego.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez **odwołującą** przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z **§ 3 pkt 1 i 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: