

WYROK

z dnia 18 grudnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska – Romek

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2013 r. przez wykonawcę **Infrakom Sp. z o.o., Słodowa 1, 64-200 Wolsztyn** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Kórnik, Pl. Niepodległości 1, 62-035 Kórnik,**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe B..... S....., ul. Ruszkowo 7A, 63-000 Środa Wielkopolska** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty odwołującego i nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Kórnik, Pl. Niepodległości 1, 62-035 Kórnik i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Infrakom Sp. z o.o., Słodowa 1, 64-200 Wolsztyn tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od Gminy Kórnik, Pl. Niepodległości 1, 62-035 Kórnik na rzecz Infrakom Sp. z o.o., Słodowa 1, 64-200 Wolsztyn kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i 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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2813/13

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Kórnik prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest rewitalizacja płyty rynku w Kórniku w zakresie remontu i przebudowy Placu Niepodległości polegających na wykonaniu nawierzchni wraz z zielenią, instalacji elektroenergetycznej, kanalizacji deszczowej, sieci wodociągowej, przyłączy wodociągowych oraz elementów małej architektury. Zamówienie zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 189557-2913.

W dniu 6 grudnia 2013 roku odwołujący – Infrakom Sp. z o.o. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na: 1. czynność odrzucenia przez zamawiającego jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na to, że w ocenie zamawiającego była ona niezgodna z treścią siwz, 2. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i uznanie za taką oferty Przedsiębiorstwa Wielobranżowego Bolesław Spochacz.

Wskazując na powyższe, odwołujący podniósł naruszenie”

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp – zasady równego traktowania oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty z naruszeniem tego przepisu,
3. ewentualne art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia w trybie tego przepisu zestawień/ materiałów/ robocizny/sprzętu,
4. art. 91 ustawy Pzp przez wybór oferty która nie jest ofertą najkorzystniejszą przy uwzględnieniu zastosowanego w postępowaniu jedynego kryterium oceny ofert w postaci ceny oferty, w sytuacji gdy ofertę najtańszą złożył w postępowaniu odwołujący.

W uzasadnieniu odwołujący podkreślił ryczałtowy charakter wynagrodzenia tego kontraktu oraz wskazał, że złożył wraz z ofertą uproszczone kosztorysy ofertowy, sporządzone w oparciu o udostępnione wykonawcom przedmiary robót. Wskazując na udzieloną w dniu 26.09.2013 roku odpowiedź na pytanie nr 5, podniósł, że z jej treści wynikało iż zamawiający oczekuje złożenia poza kosztorysem ofertowym uproszczonym zestawienia, dla każdego z kosztorysów z osobna i w jego zakresie, odpowiednich zestawień robocizny, materiałów oraz sprzętu. Odwołujący złożył wypełniony formularz Cena Oferty zawierający zarówno samą cenę oferty jak również wymagane składniki cenotwórcze w postaci ceny roboczogodziny bez narzutów, kosztów pośrednich, zysku oraz kosztów zakupów materiałów. Zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami do siwz, wykonawca złożył kosztorysy uproszczone sporządzone na podstawie przedmiarów i konsekwentnie do każdego z nich dołączył zestawienie kosztów robocizny, materiałów oraz sprzętu w odniesieniu do każdego z kosztorysów.

Ponadto, odwołujący podniósł że informacje zawarte w treści zestawień, o ile traktować je jako konieczne do złożenia wraz z ofertą w skali każdej z pozycji tabel załączonych do książek przedmiarów, nie miały charakteru treści oferty. Kosztorys ofertowy, stanowił treść oferty i on istotnie nie podlegałby uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Skoro dane zawarte w zestawieniach miały być opracowanie na podstawie kosztorysu wykonawcy, to nie stanowiły one podstawy do oceny zgodności treści oferty z treścią siwz. W ocenie odwołującego, w sytuacji niezłożenia, o ile istotnie wymaganego, zestawienia RMS dla każdego kosztorysu wykonawcy i każdej pozycji – zestawienia robocizny, materiałów i sprzętu w ocenie odwołującego brak ten byłby sanowalny w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na to, że dokument ten miałby potwierdzać że zaoferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania zamawiającego.

Odnosząc się do ustalonego wynagrodzenia ryczałtowego, wskazał, że zgodnie z mechanizmem rozliczania nawet w przypadku wystąpienia robót dodatkowych czy też zamiennych umowa określa mechanizm rozliczenia stron. Podkreślił wyjątkowy charakter takich robót do przyjętego sposobu rozliczenia umowy w postaci wynagrodzenia ryczałtowego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. dokonanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i uznania za taką oferty Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Bolesław Spochacz,
2. dokonanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
3. powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego z ewentualnym wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia w innej formie zestawień robocizny, materiału i sprzętu, co winno w konsekwencji skutkować uznaniem jego oferty za najkorzystniejszą.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc po uwagę stanowiska stron i uczestników postępowania zgłoszone do protokołu rozprawy, Izba ustaliła co następuje:

W rozdziale VIII Opis sposobu obliczania ceny oferty, zamawiający podał: „W każdej podlegającej rozpatrywaniu ofercie Wykonawca zgodnie z Formularzem ofertowym zobowiązany jest cenę oferty netto, brutto oraz podatek VAT (cyfrowo i słownie) w formie ryczałtu w rozumieniu art. 632 Ustawy Kodeks Cywilny. Zamawiający wymaga przedłożenia uproszczonego kosztorysu ofertowego (...)”. W pkt 5 tego działu zamawiający wskazał, że wykonawca zobowiązany jest podać w ofercie wartość cen czynników produkcji – R, Kp, Kz, Z na podstawie których zostały sporządzone kosztorysy ofertowe oraz ceny materiałów i sprzętu.

W rozdziale IV pkt 3 „Inne dokumenty wymagane od wykonawcy” zamawiający podał m.in. kosztorys ofertowy uproszczony.

Zgodnie z formularzem ofertowym, stanowiącym załącznik nr 1 do siwz, wykonawcy mieli podać cenę ryczałtową netto, brutto wraz z podatkiem VAT. Ponadto wykonawcy mieli podać, składniki cenotwórcze, które przyjęli do określenia ceny oferty: cenę roboczogodziny bez narzutów, koszty pośrednie % od R, S oraz zysk % od R, S i Kp a także koszty zakupu materiałów % od M.

W odpowiedzi na pytanie z dnia 26 września 2013 roku o treści „Zamawiający wymaga przedłożenia uproszczonego kosztorysu ofertowego” – „Czy Zamawiający wymaga wypełnienia Zestawień robocizny, materiałów i sprzętu załączonych do każdego przedmiaru robót”, zamawiający podał „Do kosztorysu ofertowego uproszczonego wykonawca powinien załączyć zestawienia robocizny, materiałów i sprzętu (z własnego kosztorysu).”

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Wypełnione zostały przesłanki materialnoprawne, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniające do wniesienia odwołania tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Izba nie podzieliła argumentacji zamawiającego, który podnosił w toku rozprawy, że z uwagi na nieprawidłowe złożenie przez odwołującego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, odwołujący utracił interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia publicznego. Interes w uzyskaniu zamówienia stanowi materialnoprawną przesłankę wniesienia odwołania, ocenianą na moment jego wniesienia. Oznacza to, że ewentualne późniejsze czynności odwołującego,

dokonane już po dniu wniesienia odwołania, nie mogą przyczynić się do utraty interesu w korzystaniu ze środka ochrony prawnej jakim jest odwołanie.

Podkreślić także należy, że Izba, wydając wyrok jest związana zarzutami zawartymi w treści odwołania. Zatem wszelkie zarzuty nie podniesione przez odwołującego w rozpatrywanym odwołaniu, nie mogą być przedmiotem rozpoznania w tym postępowaniu odwoławczym.

Odnosząc się merytorycznie do istoty sporu, Izba uznała, że czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego narusza przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby zarówno z treści przywołanych wyżej postanowień siwz jak i udzielonej odpowiedzi na pytanie nr 5 z dnia 26 września 2013 roku, wynika, że zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą kosztorysów uproszczonych sporządzonych w oparciu o przekazane wykonawcom przedmiary robót oraz wymagał załączenia zestawienia robocizny, materiału i sprzętu. Odwołujący załączył do swojej oferty kosztorysy uproszczone dla każdej branży, zgodnie z wymogiem określonym w rozdziale IV pkt 3 siwz. W formularzu ofertowym podał, zgodnie z rozdziałem VIII pkt 5 siwz, wartość cen czynników produkcji na podstawie których zostały sporządzone kosztorysy ofertowe. Podał także w odniesieniu do każdego z kosztorysów uproszczonych zestawienia cen materiałów(M), sprzętu (S) i robocizny (R), co było wymagane w rozdziale VIII pkt 5 in fine oraz w udzielonej odpowiedzi na pytanie z dnia 26 września 2013 roku.

Podane przez odwołującego informacje wypełniają wszelkie wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie można mówić w tym zakresie o niezgodności treści oferty z treścią siwz. Podkreślić należy, że zamawiający w żadnym postanowieniu siwz czy udzielonych wyjaśnieniach nie wymagał, aby dane dotyczące cen materiałów, sprzętu i robocizny odnosiły się do każdej pozycji kosztorysowej. Wymóg taki, przy żądaniu złożenia kosztorysu uproszczonego, który ze swej istoty określa jedynie ilości, ceny jednostkowe i wartość, byłby nieuzasadniony. Zatem załączone do oferty odwołującego zestawienia RMS należy uznać za wystarczające.

Dodatkowo wskazać należy, że przy ustalonym przez zamawiającego wynagrodzeniu ryczałtowym, załączenie kosztorysów ofertowych, zestawienia materiałów, sprzętu i robocizny ma jedynie charakter pomocniczy, co oznacza że ich ewentualny brak nie mógłby powodować odrzucenia oferty. Konsekwencją przyjęcia wynagrodzenia ryczałtowego jest zobowiązanie wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia w sposób określony przez zamawiającego w dokumentacji projektowej, przedmiarze robót. To te dokumenty, a nie uproszczony kosztorys ofertowy, czy dodatkowy załącznik do niego w postaci zestawienia R,M,S określają treść i przedmiot zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, 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, zgodnie z § 1 ust.1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 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).

Przewodniczący: