

Sygn. akt: KIO 2714/11

WYROK
z dnia 3 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 grudnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Seweryna Respondka, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Wielobranżowa „Zebra2”, Seweryn Respondek w Bytomiu oraz Danutę Respondek, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Wielobranżowa „Zebra Max” Danuta Respondek w Bytomiu w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Lubliniec****

przy udziale wykonawcy **Małgorzaty Nowary, prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą PPUH „Perfekt”, Małgorzata Nowara w Bytomiu** zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Seweryna Respondka, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Wielobranżowa „Zebra2”, Seweryn Respondek w Bytomiu oraz Danutę Respondek, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Wielobranżowa „Zebra Max” Danuta Respondek w Bytomiu i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Seweryna Respondka, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Wielobranżowa „Zebra2”, Seweryn Respondek w Bytomiu oraz Danutę Respondek, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą

Firma Wielobranżowa „Zebra Max” Danuta Respondek w Bytomiu tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Częstochowie**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Miasto Lubliniec prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów 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 naprawa i montaż oznakowania pionowego oraz odnowa oznakowania poziomego ulic w Lublińcu.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 listopada 2011 r., pod poz. 393112.

W dniu 14 grudnia 2011 r. zamawiający za pośrednictwem faksu zawiadomił wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Seweryna Respondka, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Wielobranżowa „Zebra2”, Seweryn Respondek w Bytomiu oraz Danutę Respondek, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Wielobranżowa „Zebra Max” Danuta Respondek w Bytomiu zwanych dalej „odwołującym” o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Małgorzatę Nowarę, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą PPUH „Perfekt”, Małgorzata Nowara w Bytomiu, zwaną dalej „przystępującym” oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący wniósł w dniu 19 grudnia 2011 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia odwołania, w szczególności poprzez odrzucenie złożonej przez odwołującego oferty, pomimo, iż jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zaniechanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że nie zgadza się z decyzją zamawiającego dotyczącą odrzucenia złożonej przez niego oferty, oferta złożona przez odwołującego nie zawiera błędów w obliczeniu ceny, a jej treść odpowiada treści SIWZ. Zarzuty dotyczące oferty odwołującego podniesione w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty są bezpodstawne, a decyzja o odrzuceniu oferty odwołującego nie znajduje uzasadnienia tak faktycznego jak i prawnego. Wskazywał, iż zgodnie z SIWZ, „Wykonawca powinien sporządzić kosztorys ofertowy podając ceny jednostek obmiarowych i ceny kosztorysowe dla wszystkich asortymentów robót ujętych w przedmiarze robót. Zamawiający podaje w przedmiarze robót podstawę nakładów stawek i cen w postaci odpowiednich Katalogów Nakładów Rzeczowych jedynie w celu pełniejszego opisu robót. Podane przez Zamawiającego podstawy nie stanowią obowiązującej bazy dla dokonania wyceny przez oferenta. Podstawą wyceny dla Wykonawcy winna być jego własna, oparta na rachunku ekonomicznym kalkulacja”. Podnosił, iż sporządził kosztorys ofertowy zgodnie z

zaleceniami zamawiającego, a podstawą wyceny była jego własna, oparta na rachunku ekonomicznym kalkulacja. Tym samym, kwestionowanie przez zamawiającego podanych przez odwołującego w kosztorysie ofertowym cen jednostkowych jest nieuzasadnione. Jednocześnie podkreślał, iż formułując zarzuty dotyczące błędów w obliczeniu ceny zawartych w ofercie odwołującego, zamawiający powołał się na konkretne wyliczenia. Nie wskazał jednak w jaki sposób dokonał przedmiotowych obliczeń, przede wszystkim zaś nie wskazał wzoru według którego zostały one dokonane. Tym samym odwołujący nie mógł odnieść się do zastosowanego przez zamawiającego wzoru i zweryfikować dokonane przez niego obliczenia, co znacznie utrudniło odwołującemu ustosunkowanie się do podniesionych przez zamawiającego zarzutów. Dodatkowo zwracał uwagę, iż ciężar dowodu zaistnienia niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ spoczywa na zamawiającym, gdyż to on ze swoich twierdzeń wywodzi skutek prawny w postaci odrzucenia oferty. Ponadto, nawet gdyby uznać, że treść oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu przez odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ to jej odrzucenie winno zostać poprzedzone wezwaniem odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. W ocenie Odwołującego, zamawiający, na gruncie przedmiotowego postępowania zaniechał dokonania czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp czym w rażący sposób naruszył przepisy ustawy. W omawianym zakresie przywoływał wyroki Izby wydane w sprawach o sygn. akt KIO 1002/10, KIO 1076/11, KIO 1327/09, KIO 1443/09, KIO 2145/10, a także wyrok Sądu Okręgowego w Białymstoku, sygn. akt II Ca 803/10.

W oparciu o przytoczoną argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

ewentualnie:

- 1) unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień;
- 4) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
- 5) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego, odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do

postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, zaś odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie rozstrzygnięcia wyniku postępowania, odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę, która na podstawie kryteriów oceny ofert jest korzystniejszą od oferty wybranej prowadzi do powstania szkody po stronie odwołującego w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego prowadziłoby do uchylecia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny. Stosownie do postanowień SIWZ *Cena za wykonania zamówienia powinna zostać określona na podstawie załączonego zakresu przewidywanych do wykonania prac i powinna obejmować wszystkie prace oraz usługi, własne i obce, niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia (zabezpieczenie istniejącej infrastruktury, organizacja ruchu na cza sprowadzenia prac, podatek VAT, itp.). Wykonawca powinien sporządzić kosztorys ofertowy podając ceny jednostek obmiarowych i ceny kosztorysowe dla wszystkich asortymentów robót ujętych w przedmiarze robót. Zamawiający podaje w przedmiarze robót podstawę nakładów stawek i cen w postaci odpowiednich Katalogów Nakładów Rzeczowych jedynie w celu pełniejszego opisu robót. Podane przez zamawiającego podstawy nie stanowią obowiązującej bazy dla dokonania wyceny przez oferenta. Podstawą wyceny dla wykonawcy winna być jego własna, oparta na rachunku ekonomicznym kalkulacja. Jeżeli w trakcie realizacji zamówienia zostaną wykonane roboty ujęte w przedmiarze robót, dla których wykonawca nie wpisał ceny jednostki obmiarowej, zamawiający nie będzie płacił za takie roboty zakładając, że są one ujęte w cenach pozostałych jednostek obmiarowych w zaakceptowanym kosztorysie ofertowym. W przypadku, gdy ilość faktycznie wykonanych robót będzie odbiegała od ilości robót przedstawionej w przedmiarze robót, wynagrodzenie zostanie proporcjonalnie zmniejszone*

lub zwiększone przy zachowaniu cen jednostkowych przedstawionych w ofercie. W przypadku gdy wystąpią roboty innego rodzaju niż przedstawione w przedmiarze robót, a niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, roboty te rozliczone będą na podstawie kosztorysów powykonawczych przygotowanych przez wykonawcę zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju regionalnego i Budownictwa z dnia 13.07.2001 r. w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych (Dz.U. nr 80, poz. 867) wg stawek i wskaźników podanych w załączniku do kosztorysu ofertowego.

Zgodnie z SIWZ oferta powinna również obejmować załącznik do kosztorysu ofertowego przedstawiający dane przyjęte w kalkulacji ofertowej: wysokość stawki roboczogodziny kosztorysowej, wysokość wskaźnika kosztów ogólnych, wysokość wskaźnika kosztów zakupu materiałów, wysokość stawki zysku, wykaz kosztorysowych cen najmu sprzętu budowlanego, wykaz kosztorysowych cen materiałów budowlanych.

Ustalono również, iż odwołujący złożył wraz z ofertą kosztorys ofertowy sporządzony metodą uproszczoną. Kosztorys ofertowy zawierał odniesienie do nazwy i pozycji Katalogu Nakładów Rzeczowych, zaś w przypadku kilku pozycji jako podstawę wyceny wskazano kalkulację własną. Tak określone podstawy wyceny były tożsame z podstawami wyceny opisanymi w przedmiarze robót, załączonym do SIWZ. Kalkulacja cen w kosztorysie ofertowym nie uwzględniała nakładów wynikających z przyjętych przez wykonawcę podstaw katalogowych KNR jak również stawek i wskaźników cenotwórczych wynikających ze sporządzonego przez niego załącznika do kosztorysu ofertowego.

Oferta obejmowała również załącznik do kosztorysu ofertowego przedstawiający dane przyjęte w kalkulacji ofertowej. Wskazano w nim składniki cenotwórcze w wysokości: stawka roboczogodziny kosztorysowej 8 zł /h, wskaźnik kosztów ogólnych – 65%, wskaźnik kosztów zakupu materiałów – 10%, stawkę zysku – 15%. Zamieścił w nim również wykaz kosztorysowych cen niektórych materiałów budowlanych.

Zamawiający w dniu 14 grudnia 2011 r. zawiadomił o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp i art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp. Uznał, że oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny, jednocześnie treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przedmiotem sporu pomiędzy odwołującym, a zamawiającym była czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego z uwagi na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz błąd w obliczeniu ceny.

Nie było sporne pomiędzy Stronami, że wynagrodzenie za wykonanie zamówienia miało charakter wynagrodzenia kosztorysowego. Zamawiający zastrzegł bowiem w postanowieniach SIWZ, że *w przypadku, gdy ilość faktycznie wykonanych robót będzie odbiegała od ilości robót przedstawionej w przedmiarze robót, wynagrodzenie zostanie*

proporcjonalnie zmniejszone lub zwiększone przy zachowaniu cen jednostkowych przedstawionych w ofercie. Taka forma wynagrodzenia znalazła również odzwierciedlenie w postanowieniach wzoru umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ (§ 5 ust. 3 wzoru umowy). Określona przez Zamawiającego w treści SIWZ forma wynagrodzenia kosztorysowego determinowała znaczenie przedmiarów robót i sposobu sporządzenia kosztorysów ofertowych, jak również funkcję jaką pełnią te ostatnie. W takim wypadku, aby zapewnić porównywalność cenową ofert warunkiem koniecznym jest wycena przez każdego wykonawcę tego samego zakresu przedmiotowego. Zamawiający uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazał, że w załączniku do kosztorysu nie zawarł on cen jednostkowych wszystkich materiałów budowlanych, jakie wynikają z kosztorysu ofertowego, tj.:

1. masa chemoutwardzalna oraz rozpuszczalnik do mas chemoutwardzalnych – niezbędne do wykonania czynności wskazanych w pozycjach 36 i 37 kosztorysu;
2. farba chlorokauczukowa oraz rozcieńczalnik – niezbędne do wykonania czynności wskazanych w pozycjach 28, 29 i 30 kosztorysu.

Stosownie do przywołanych powyżej postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca powinien dołączyć do oferty niezależnie od kosztorysu także załącznik do niego przedstawiający dane przyjęte w kalkulacji ofertowej, obejmujący m.in. wykaz kosztorysowych cen materiałów budowlanych. Nie było sporne pomiędzy Stronami, że odwołujący w wykazie nie ujawnił cen jednostkowych ww. materiałów. Tym niemniej materiały te zostały wycenione w odpowiednich pozycjach kosztorysu ofertowego, na co wskazał zresztą sam zamawiający w decyzji o odrzuceniu pisząc, że „wynikają one z kosztorysu ofertowego”. Na uwagę zasługiwał fakt, że kosztorys ofertowy sporządzony przez wykonawcę obejmował wszystkie pozycje przedmiaru robót. A więc nie można było twierdzić, że ww. materiały nie zostały zaoferowane przez wykonawcę. Fakt nie podania cen jednostkowych w dodatkowym dokumencie jakim jest zestawienie materiałów nie powodował stanu nieporównywalności ofert albowiem ceny jednostkowe materiałów w załączniku do kosztorysu służyć miały jedynie rozliczeniu ewentualnych robót nie ujętych w przedmiarze. Takie znaczenie tego dokumentu w sposób jednoznaczny wynikało z postanowień SIWZ. Powyższe prowadziło do wniosku, że zakres zobowiązania wykonawcy ustalony w kosztorysie ofertowym składający się na treść oferty odpowiadał zakresowi robót określonymu w SIWZ. W tym miejscu wskazać należy, że odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp następuje co do zasady w razie braku spełnienia przez oferowane świadczenie (treść oferty) opisanych w siwz wymagań merytorycznych zamawiającego (treść siwz). Stanowisko takie znajduje odzwierciedlenie w ugruntowanym orzecznictwie, w którym podkreśla się, że „Użyte przez ustawodawcę w treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy sformułowania „treść oferty” i „treść siwz” jednoznacznie wskazują na aspekt

merytoryczny obu dokumentów. (por. wyrok KIO z dnia 8 września 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 883/08). Treść siwz to, przede wszystkim, zawarty w opisie przedmiotu zamówienia opis potrzeb i wymagań zamawiającego, które mają być zaspokojone w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia przez zawarcie i zrealizowanie z należytą starannością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Treść oferty to jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego.” (por. wyrok KIO z dnia 8 września 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 883/08).

Tym niemniej niepodanie cen jednostkowych materiałów w załączniku do kosztorysu ofertowego wbrew wymaganiu SIWZ mogło być zakwalifikowane jako niezgodność treści oferty w znaczeniu sensu largo z treścią SIWZ. Dostrzeżenia wymagało, że dane te miały służyć kosztorysowemu rozliczeniu innych robót niż ujętych w przedmiarze, a których konieczność wykonania pojawi się w trakcie realizacji robót. Niewątpliwie zatem niezastosowanie się do wymogu podania cen jednostkowych materiałów, nie mogło być poczytywane jedynie jako formalne uchybienie postanowieniom SIWZ. Brak ww. cen jednostkowych uniemożliwił bowiem rozliczenie kosztorysem powykonawczym ww. robót. Poprawienie ww. niezgodności z treścią SIWZ nie mogło być poprawione na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Poprawa taka musiałaby być bowiem poprzedzona ustaleniem wysokości tych stawek, czego zamawiający nie mógł uczynić we własnym zakresie, na podstawie danych znajdujących się w ofercie. Wyjaśnienie w omawianym zakresie treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp było niemożliwe, albowiem doprowadziłoby do naruszenia zakazu prowadzenia negocjacji z wykonawcą (zd. 2 art. 87 ust. 1 ustawy Pzp) poprzez wykreowanie oświadczenia wykonawcy obejmującego cenę jednostkową materiałów.

Reasumując Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp potwierdził się.

Określona przez Zamawiającego w treści SIWZ forma wynagrodzenia kosztorysowego oznaczała także, że istotnym był sposób obliczenia cen w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego, zaś prawidłowość tej wyceny powinna być zbadana przez zamawiającego. Przy tak ustalonej formie wynagrodzenia kosztorysy ofertowe stanowią istotny element treści oferty.

Zamawiający uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wskazał, że w jego ocenie skalkulowanie cen jednostkowych, uwzględniając podstawę wyceny w postaci przyjętych przez wykonawcę pozycji

katalogowych KNR oraz wskaźniki cenotwórcze wskazane w ofercie daje w efekcie ceny inne od cen jednostkowych podanych przez wykonawcę. Zamawiający wskazał na:

1. poz. nr 1 kosztorysu ofertowego – Słupki do znaków drogowych z rur stalowych o sr.70 mm – cena jednostkowa wskazana w ofercie - 90,00 zł netto. Skalkulowanie ceny, przyjmując podstawę wskazaną przez wykonawcę oraz ceny jednostkowe podane w ofercie, daje wynik 87,71 zł netto;

2. poz. nr 2 kosztorysu ofertowego – Przymocowanie tablic znaków drogowych zakazu, nakazu, ostrzegawczych, informacyjnych o powierzchni ponad 0,3 m² – okrągłe typ folii 2 – cena jednostkowa wskazana w ofercie – 135,00 zł netto. Skalkulowanie ceny, przyjmując podstawę wskazaną przez wykonawcę oraz ceny jednostkowe podane w ofercie, daje wynik 131,09 zł netto;

3. poz. nr 8 kosztorysu ofertowego – Pionowe znaki drogowe – drogowaskazy jednoramienne o pow. ponad 0,3 m² – cena jednostkowa wskazana w ofercie – 30,00 zł netto, podczas gdy cena jednostkowa materiału wynikająca z załącznika do kosztorysu ofertowego wynosi 50,00 zł netto/1 szt. Skalkulowanie ceny, przyjmując podstawę wskazaną przez wykonawcę oraz ceny jednostkowe podane w ofercie, daje wynik 82,66 zł netto;

4. poz. nr 10 kosztorysu ofertowego – zdejmowanie znaków drogowych zakazu, nakazu, ostrzegawczych, informacyjnych demontaż – znaku wraz z utylizacją materiału – cena jednostkowa wskazana w ofercie – 100,00 zł netto. Skalkulowanie ceny, przyjmując podstawę wskazaną przez wykonawcę oraz ceny jednostkowe podane w ofercie, daje wynik 11,72 zł netto.

Ponadto zamawiający wywodził, iż:

1. w pozycji nr 21 kosztorysu ofertowego – Znak aktywny D-6 konstrukcja wsporcza tablicy - cena jednostkowa wskazana w ofercie to 200,00 zł netto, podczas gdy cena jednostkowa materiału wykazana w zestawieniu cen materiałów wynosi 200,00 zł netto. Po dodaniu narzutów wskazanych w załączniku do kosztorysu ofertowego cena jednostkowa powinna wynosić co najmniej 220,00 zł bez uwzględnienia kosztów robocizny i najmu sprzętu;

2. w pozycji nr 24 kosztorysu ofertowego – Znak aktywny D-6 akumulator żelowy – cena jednostkowa wskazana w ofercie to 700,00 zł netto, podczas gdy cena jednostkowa materiału wykazana w zestawieniu cen materiałów wynosi 700,00 zł netto. Po dodaniu narzutów wskazanych w załączniku do kosztorysu ofertowego cena jednostkowa powinna wynosić co najmniej 770,00 zł bez uwzględnienia kosztów robocizny i najmu sprzętu.

Jak wynika z uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego w tym zakresie, zamawiający błędów w obliczeniu ceny upatrywał w niezgodności pomiędzy cenami jednostkowymi materiałów i stawkami narzutów przedstawionymi w załączniku do kosztorysu ofertowego a cenami wynikającymi z kosztorysu ofertowego. Zgodzić się należy z

zamawiającym, że możliwość uwzględnienia przez wykonawców przy obliczeniu ceny ofertowej ich własnej kalkulacji nie oznacza jeszcze jej dowolności, w tym niezastosowania się do innych postanowień SIWZ w zakresie sposobu obliczenia ceny czy ogólnych zasad kosztorysowania. Ceny jednostkowe powinny zatem wynikać z przyjętej przez wykonawcę podstawy wyceny i ujawnionych przez niego samego wskaźników cenotwórczych. Wynikało to w sposób jednoznaczny z postanowień SIWZ w zakresie sposobu obliczenia ceny, w których zamawiający zastrzegł, iż załącznik do kosztorysu ofertowego ma przedstawiać dane przyjęte w kalkulacji ofertowej: wysokość stawki roboczogodziny kosztorysowej, wysokość wskaźnika kosztów ogólnych, wysokość wskaźnika kosztów zakupu materiałów, wysokość stawki zysku, wykaz kosztorysowych cen najmu sprzętu budowlanego, wykaz kosztorysowych cen materiałów budowlanych. Sformułowanie „dane przyjęte w kalkulacji ofertowej” świadczyło o tym, że stawki i wskaźniki znajdujące się w załączniku do kosztorysu służyć miały do kalkulacji ofertowej. Z kolei konieczność uwzględnienia podstawy wyceny w postaci nakładów wynikających z określonych pozycji katalogowych KNR (w przypadku niektórych pozycji – kalkulacji własnej) wynikała z kosztorysu ofertowego złożonego przez odwołującego. Izba nie podzieliła stanowiska przedstawionego na rozprawie przez odwołującego, iż nie wiązały go wskazane przez niego samego w kosztorysie podstawy wyceny. Zamawiający zastrzegł w SIWZ wprawdzie, iż używa tych podstaw jedynie w celu opisu robót, co oznaczało, że wykonawca przygotowując kalkulację mógł, ale nie musiał się do nich zastosować. Skoro jednak wykonawca sporządził kosztorys w którym podstawy te wskazał, to winien je w kalkulacji uwzględnić. Wbrew twierdzeniom odwołującego zamawiający w omawianym zakresie nie kwestionował sposobu kalkulacji przyjętej przez odwołującego w ofercie. Wykonawca sam wybrał podstawy wyceny w poszczególnych pozycjach, a także sam ustalił wysokość składników cenotwórczych, a zamawiający próbował jedynie zweryfikować poprawność wyliczenia ceny w oparciu o przedstawione przez samego wykonawcę dane.

Izba nie podzieliła także stanowiska przedstawionego przez odwołującego na rozprawie, iż stawki i wskaźniki podane przez niego w załączniku do kosztorysu ofertowego różniły się w zależności od pozycji kosztorysu ofertowego. Okoliczność taka w żaden sposób nie wynikała z załącznika do kosztorysu ofertowego, w którym nie wskazano kilku stawek i wskaźników cenotwórczych danej kategorii różniących się w zależności od rozpatrywanej pozycji kosztorysowej.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, iż wskazane przez zamawiającego błędy świadczyły o niezastosowaniu się odwołującego do postanowień SIWZ w zakresie sposobu obliczenia ceny. Wzorzec obliczenia ceny w sposób jednoznaczny wynikał z SIWZ i ogólnych zasad kosztorysowania. Obliczając ceny w poszczególnych pozycjach wyceny należało uwzględnić przyjętą przez siebie podstawę wyceny tj. pozycje katalogowe KNR, wynikające z

pozycji katalogowych KNR nakłady, a także ujawnione przez siebie w załączniku do kosztorysu stawki i wskaźniki: roboczogodziny kosztorysowej, wskaźnik kosztów ogólnych, kosztów zakupu materiałów, zysku, cen najmu, sprzętu budowlanego, cen materiałów budowlanych, zaś uzyskany wynik podać w odpowiednich pozycjach kosztorysu ofertowego.

Tymczasem oczywistym jest, że ceny materiałów ujawnione w załączniku do kosztorysu w niektórych przypadkach przewyższały lub wyczerpywały wartość całej pozycji kosztorysowej (pozycja nr 8, 21, 24), pomimo że na wartość pozycji miały się składać ponadto koszty niezbędnej robocizny, narzuty kosztów pośrednich i zakupu materiałów. Nie sposób założyć, że w tych pozycjach odwołujący przyjął ujemne wielkości robocizny i narzutów, skoro w załączniku do kosztorysu wyraźnie podał wartości użyte przy sporządzaniu kalkulacji ofertowej.

Oczywistym jest także, że wielkości narzutów wskazane w załączniku do kosztorysu w żaden sposób nie posłużyły do wyliczenia wartości poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego tj. pozycji 1, 2, 3, 4, 11,12, 18, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, co wynikało z symulacji, jakie do odpowiedzi na odwołanie załączył zamawiający.

Nie można również uznać za uzasadniony zarzut, że zamawiający nie zwrócił się w omawianym zakresie o wyjaśnienia treści oferty. W zakresie wskazania podstaw wyceny, stawek i wskaźników narzutów służących do wyliczenia ceny, oferta odwołującego była była jednoznaczna. Wyjaśnienia wykonawcy nie wniosłyby niczego do postępowania. Ewentualna próba usunięcia błędów w obliczeniu ceny miałyby prowadzić do zmiany treści oferty poprzez próbę zmiany cen materiałów, pracy sprzętu, czy zmianę sposobu kalkulacji cen jednostkowych. Z kolei nieusunięcie błędów prowadzić mogło do niemożliwości prawidłowego rozliczenia wykonanych przez wykonawcę robót ujętych w przedmiarze robót jak również robót w tym przedmiarze nieprzewidzianych.

Reasumując Izba stwierdziła, że decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp była prawidłowa.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Przewodniczący: