

Sygn. akt KIO 407/11

WYROK
z dnia 9 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 28 lutego 2011 r. przez **Inwestycje Usługi Remonty „DEK” J. Deszcz J. Karcz Sp. Jawna, ul. Pogorska 26B, 32-500 Chrzanów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Gmina Liszki, 32-060 Liszki 230**

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, dokonanie powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.**

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Liszki, 32-060 Liszki 230** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Inwestycje Usługi Remonty „DEK” J. Deszcz J. Karcz Sp. Jawna, ul. Pogorska 26B, 32-500 Chrzanów** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Gminę Liszki, 32-060 Liszki 230** na rzecz **Inwestycje Usługi Remonty „DEK” J. Deszcz J. Karcz Sp. Jawna, ul. Pogorska 26B, 32-500 Chrzanów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Liszki, 32-060 Liszki 230 prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Przebudowę drogi gminnej nr G000001 w zakresie: remont jezdni drogi gminnej wraz z budową chodnika, wraz z odwodnieniem w miejscowości Rączna, Ściejowice, Jeziorzany gm. Liszki”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 20 stycznia 2011 r. pod pozycją 9668.

Dnia 22 lutego 2011 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej, która została złożona przez Zakład Gospodarki Komunalnej sp. z o.o., ul. Wodna 4; 30-556 Kraków oraz o odrzuceniu, na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych – m.in. oferty wykonawcy Inwestycje Usługi Remonty DEK J. Deszcz J. Karcz sp. j., ul. Pogórska 36B, 32-500 Chrzanów.

Zdaniem Zamawiającego, oferta wykonawcy DEK nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ nie zawiera w kosztorysie ofertowym zmiany dotyczącej pozycji 50 i 51 przedmiaru robót.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się wykonawca Inwestycje Usługi Remonty DEK

J. Deszcz J. Karcz sp. j., ul. Pogórska 36B, 32-500 Chrzanów (zwany dalej „Odwołującym”) i dnia 28 lutego 2010 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego się. Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

1. Art. 87 ust 1 ustawy Pzp, przez niezastosowanie instytucji wyjaśnień w sytuacji, gdy Zamawiający powziął jak wynika z rozstrzygnięcia, wątpliwość co do treści kosztorysu ofertowego.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego się pomimo, że oferta Odwołującego się odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w żadnym miejscu nie pozostaje z s.i.w.z. ani z późniejszymi odpowiedziami sprzeczna.
3. Art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, przez wybór oferty, która nie była najkorzystniejsza w oparciu o ustalone kryterium ceny.

W związku z powyższymi naruszeniami Odwołujący wniósł o:

1. Uwzględnienie odwołania w całości.
2. Nakazanie Zamawiającemu:
 - a) równego traktowania wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji,
 - b) unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp,
 - c) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Zakład Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. jako, że nie jest to oferta najkorzystniejsza,
 - d) dokonania ponownej oceny oferty Odwołującego się jako ważnej i zgodnej z s.i.w.z.,
 - e) dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej przy uwzględnieniu jednego kryterium to jest ceny.

3. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Odwołujący wskazał, iż ma interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ jego interes w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku na skutek odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu. Oferta złożona przez Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą, według kryteriów oceny ofert wskazanych w s.i.w.z., a zatem w przypadku uwzględnienia odwołania Odwołujący winien zostać wybrany do realizacji przedmiotu zamówienia.

Uzasadniając Odwołujący podniósł, co następuje.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, gdyż nie zastąpił wprowadzonego przez Zamawiającego w pozycji 50 i 51 zapisu bliżej nieokreślonym zwrotem wskazującym wprost na zastosowanie frezu, a nie o fakt, iż pozycja ta w cenie nie zawiera uwzględnienia użycia frezu.

Odwołujący stwierdził, iż jego oferta odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a także uwzględnia wnioski płynące z udzielonych odpowiedzi, pomimo że były one nieprecyzyjne. Nadto z ostrożności podniósł, iż nawet w przypadku nieuwzględnienia określonych zmian w kosztorysie ofertowym, które nie wpływają na cenę, to nie może dojść do odrzucenia oferty.

W pierwszej kolejności Odwołujący odniósł się do faktu, iż Zamawiający nie zakomunikował swojego zamiaru zmiany kosztorysu ofertowego w sposób prawidłowy. Po pierwsze już w samym rozstrzygnięciu Zamawiający podpierał się dwoma zestawami odpowiedzi, co utrudnia ocenę zamiaru Zamawiającego.

Jako podstawową wskazuje Zamawiający odpowiedź na pytanie 7. W odpowiedzi tej Zamawiający wskazywał jedynie, iż: „korę asfaltową należy wykorzystać do utwardzenia pobocza”.

W odpowiedzi zaś na pytanie 9 dotyczącego jedynie określenia, która pozycja kosztorysu dotyczy poboczy odpowiedź brzmiała: „Zamiast wykonania poboczy ze żwiru należy je umocnić materiałem z frezowania. Ilość materiału z frezowania jest równa ilości materiału potrzebnego do umocnienia pobocza podanego w poz. 50 i 51”.

Żaden z powyższych zapisów nie nakazuje zmiany nazwy lub treści kosztorysu, a jedynie wykorzystanie w trakcie faktycznej realizacji prac kory asfaltowej, a także uwzględnienia wartości (jako że chodzi o kosztorys) tej zmiany w kosztorysie ofertowym. Odwołujący stwierdził, że takiej czynności dokonał, a jego oferta uwzględnia wykorzystanie kory asfaltowej.

W trakcie postępowania Zamawiający zmieniał i załączał na stronie nowe treści kosztorysu ofertowego i pomimo własnych odpowiedzi, treści tej w przedmiotowym zakresie nie dostosował. Załączając zaś kolejne formularze omyłkowo umieszczał stary wzór, by dopiero w terminie przed składaniem ofert, zamieścić aktualny kosztorys także nie zawierający opisanej pozycji.

Konsekwencją nieprawidłowej komunikacji informacji przez Zamawiającego, a następnie także ścisłej interpretacji jego zamiarów jest z pewnością tak duża ilość ofert odrzuconych. Zamawiający nie wskazywał, na czym ta zmiana miała polegać, nie nakazywał dopisywania pozycji w kosztorysie, a jedynie uwzględnić fakt wykorzystania frezu.

Na podstawie zapisów zawartych w s.i.w.z. Zamawiający, jako istotny wprowadził wykonawcom wymóg podania kwoty całkowitej wynagrodzenia mającej charakter ceny kosztorysowej, natomiast brak było szczegółowej instrukcji do wypełnienia kosztorysu w tym do nakazania, aby zmienić nazwy pozycji.

Konieczność naniesienia dodatkowej pozycji lub zmiany jej treści w kosztorysie ofertowym nie stało się elementem s.i.w.z., w efekcie brak zmiany jej treści nie skutkuje niezgodnością z s.i.w.z.

Kopię odwołania, Odwołujący przekazał Zamawiającemu w dniu 25 lutego 2011 roku.

Zamawiający, dnia 2 marca 2011 roku wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego – po stronie Zamawiającego - dnia 7 marca 2011 roku zgłosił przystąpienie wykonawca: Zakład Gospodarki Komunalnej sp. z o.o., ul. Wodna 4; 30-556 Kraków.

Zamawiający, dnia 9 marca 2011 roku wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła nie dopuścić Zakładu Gospodarki Komunalnej sp. z o.o., ul. Wodna 4; 30-556 Kraków w charakterze przystępującego do postępowania odwoławczego - po stronie Zamawiającego z uwagi na niedochowanie terminu określonego przepisem art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Istotnym dla rozstrzygnięcia w przedmiotowym postępowaniu jest ustalenie charakteru wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia, w ocenie Izby, wskazuje na ryczałtowy charakter wynagrodzenia. Za takim rozumowaniem przemawiają następujące postanowienia s.i.w.z.:

- oferowana cena powinna być sporządzona w oparciu o niniejszą s.i.w.z. i winna obejmować wszystkie koszty związane z realizacją całego przedmiotu zamówienia (dział XII ust. 1 s.i.w.z.),
- cena powinna obejmować wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotowego zamówienia (dział XII ust. 2 s.i.w.z.),
- cenę ofertową należy wyliczyć według kalkulacji własnej. [...]. Tak więc kwota winna zawierać wszystkie nieprzewidziane wydatki oraz różnorakie ryzyko związane z koniecznością wykonania całości prac objętych umową (dział XII ust. 6 s.i.w.z.),
- [...]. Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności względem wykonawcy z tytułu błędnego skalkulowania ceny lub pominięcia elementów niezbędnych do wykonania umowy. [...] (dział XII ust. 7 s.i.w.z.).

Zamawiający we wzorze umowy zawarł stwierdzenia, iż „*Strony ustalają wynagrodzenie wykonawcy, jako wynagrodzenie kosztorysowe w kwocie: [...]*” (§ 6 ust. 1) oraz „*Wynagrodzenie zostanie zapłacone w oparciu o faktury częściowe za wykonanie robót zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym*” (§ 6 ust. 4) i „*Podstawą do wystawienia faktury jest protokół częściowego odbioru robót potwierdzony przez Kierownika Budowy i Inspektora Nadzoru*” (§ 6 ust. 5), które mogłyby wskazywać na charakter kosztorysowy wynagrodzenia, jednakże w ocenie Izby charakter wynagrodzenia jest ryczałtowy.

Określenie przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego rodzaju wynagrodzenia: ryczałtowego albo kosztorysowego, ma niezwykle istotne znaczenie szczególnie w umowach o roboty budowlane. Zapłata wynagrodzenia stanowi bowiem jeden z głównych obowiązków Zamawiającego. Instytucja wynagrodzenia jest elementem przedmiotowo istotnym umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na podstawie przepisu art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93 ze zm.). W umowie o dzieło uregulowanej w k.c. wskazano dwa podstawowe rodzaje wynagrodzenia: wynagrodzenie ryczałtowe (art. 628 k.c.), oraz wynagrodzenie kosztorysowe (art. 629-631 k.c.).

Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Wynagrodzenie to jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztu prac. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r., sygn. akt: II CRN 913/97, ryczałt polega na

umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego. Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Rozliczenia stron w przypadku zastosowania ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w żaden sposób nie opierają się na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach. Zatem jeżeli cena, jaka została zastosowana w postępowaniu jest ceną ryczałtową - to wykonawca, a nie Zamawiający ponosi ryzyko, co do poprawności kalkulacji ceny adekwatnej do rozmiaru przedmiotu zamówienia. Z charakteru wynagrodzenia ryczałtowego wynika bowiem, że uwzględnia ono wszystkie koszty związane z wykonaniem robót określonych dokumentacją przetargową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót. Należy przyjąć, że ryczałt należy się w umówionej wysokości i uprawniony do jego otrzymania w zasadzie nie może żądać jego podwyższenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

Natomiast wynagrodzenie kosztorysowe *de facto* ustalane jest dopiero na podstawie kosztorysu powykonawczego, a więc po zakończeniu i odbiorze robót zleconych w umowie.

Tym samym, w ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu mamy doczynienia z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia, a co za tym idzie kosztorys ofertowy, stanowi jedynie materiał pomocniczy i informacyjny. Błędy zawarte w kosztorysie ofertowym nie stanowią podstawy do odrzucenia oferty. Istotne jest bowiem oświadczenie wykonawcy, złożone w ofercie, iż wykonawca oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w pełnym rzeczowym zakresie objętym specyfikacją istotnych warunków zamówienia (pkt 1 Oferty).

W zakresie obejmującym powyższe oświadczenie znajdują się również modyfikacje treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonane przez Zamawiającego, jak i wyjaśnienia, co do treści s.i.w.z., jako obowiązujące, zgodnie z działem XIV pkt 3 s.i.w.z., w którym Zamawiający wskazał, iż *„W przypadku rozbieżności pomiędzy treścią niniejszej s.i.w.z., a treścią udzielonych odpowiedzi, jako obowiązującą należy przyjąć treść pisma zawierającego późniejsze oświadczenie zamawiającego.”*

W ocenie Izby odpowiedzi, których udzielił Zamawiający na etapie ogłoszenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, powodowały konieczność zastosowania określonego, innego niż pierwotnie, rozwiązania. W treści udzielonych odpowiedzi Zamawiający jednakże nie nałożył obowiązku zmodyfikowania przedmiaru, a co za tym idzie kosztorysu (poz. 50 i 51), wskazywał jedynie na konieczność zastosowania innego rozwiązania. Ewentualne

wątpliwości Zamawiającego, co do treści kosztorysu mogły powodować wszczęcie procedury określonej przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, chociaż kosztorys traktowany jako dokument o charakterze informacyjnym takiej procedury nie wymaga. Wyjaśnienia uzyskane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp mogłyby stanowić podstawę do dokonania poprawy kosztorysu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jednakże jak już wcześniej to zostało stwierdzone, kosztorys nie posiada statusu oferty, tym samym takich czynności Zamawiający wykonywać nie musiał.

W wyroku z dnia 16 marca 2010 roku o sygn. akt KIO/UZP 139/10 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, z czym należy się zgodzić, iż *„W umowie na roboty budowlane przy ustaleniu wynagrodzenia umownego, jako wynagrodzenia ryczałtowego, kosztorysy ofertowe pełnią jedynie charakter pomocniczy i informacyjny. Jeżeli zamawiający wyraźnie wskazał, że cena ofertowa powinna uwzględniać wszelkie niezbędne koszty do wykonania zamówienia, a ofertę należy opracować „w oparciu o dokumentację techniczną i opis przedmiotu zamówienia” - brak załączenia do oferty kosztorysu dla części branży drogowej - jest uchybieniem wyłącznie co do formy, a nie co do treści oferty, a w konsekwencji oferta nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W sytuacji, gdy cena oferty jest ceną ryczałtową, kosztorys, który należy załączyć do oferty, co do zasady nie jest treścią oferty - bowiem nie wynika z niego zakres świadczenia wykonawcy.”*.

Reasumując, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej Zamawiający bezpodstawnie dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym, na podstawie przepisu art. 192 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 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), uwzględniając koszty Odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł.

Przewodniczący:

.....