

**WYROK**  
**z dnia 11 czerwca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska-Maziarz

**Protokolant:** Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2013 r. przez wykonawcę **Road Systems s.c. J..... N....., R..... C.....** **33-100 Tarnów, ul. Żwirowa 16** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wojnicz, 32-830 Wojnicz, ul. Rynek 1**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnić czynność odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzyć czynność badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Wojnicz, 32-830 Wojnicz, ul. Rynek 1**  
i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: **dziesięć tysięcy złotych zero groszy**) uiszczoną przez **Road Systems s.c. J..... N....., R..... C....., 33-100 Tarnów, ul. Żwirowa 16** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2 zasądza od **Gminy Wojnicz, 32-830 Wojnicz, ul. Rynek 1** na rzecz **Road Systems s.c. J..... N....., R..... C....., 33-100 Tarnów, ul. Żwirowa 16** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: **trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy**), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczzonego wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Tarnowie**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Przebudowę i remont drogi w strefie aktywności gospodarczej Zielony Park Przemysłowy w Wojniczu - remont drogi na odcinku 500 mb.”, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Gminę Wojnicz (dalej „zamawiający”), wykonawca Road Systems s.c. J..... N....., R..... C..... (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.).

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej i w jej trakcie nieodrzucaenia oferty odwołującego oraz wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 23 kwietnia 2013 r. pod numerem 61701.

Odwołujący podał, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), w tym we wzorze umowy zamawiający zawarł m.in. informacje:

1. *„W związku z faktem, iż cena ofertowa ma charakter ryczałtowy, przed złożeniem oferty, zaleca się, aby każdy Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego dokonał wizji lokalnej terenu, na którym będą realizowane roboty i jego otoczenia, oraz obiektu, którego dotyczy niniejsze postępowanie w celu zapoznania się z warunkami realizacji przedmiotu zamówienia. Zaleca się również, aby każdy Wykonawca zdobył, na swoją własną odpowiedzialność i ryzyko, wszelkie dodatkowe informacje, które mogą być konieczne do przygotowania oferty oraz zawarcia umowy i wykonania zamówienia. Wyklucza się możliwość roszczeń Wykonawcy z tytułu błędnego skalkulowania ceny lub pominięcia elementów niezbędnych do prawidłowego wykonania niniejszego zamówienia. Wizja lokalna przeprowadzona będzie na koszt Wykonawcy” (Rozdział 3 pkt 6 SIWZ),*
2. *W przypadku niejasności, co do treści złożonych oświadczeń i dokumentów Zamawiający wezwie Wykonawców do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu” (Rozdział 5 pkt 11 SIWZ),*

3. *„UWAGA: Cena podana w ofercie przez Wykonawcę traktowana jest jako cena ryczałtowa. Kosztorys ofertowy Wykonawcy przy cenie ryczałtowej ma zaznaczenie pomocnicze i informacyjne” (Rozdział 10 pkt 2 ppkt 4 SIWZ),*
4. *„Cenę oferty należy podać w formie ryczałtu zgodnie z art. 632 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny - (Dz. U. z 1964 r. nr 16, poz. 93 ze zm.). W cenie oferty należy skalkulować wszelkie koszty i czynności związane z realizacją przedmiotu zamówienia, między innymi: koszty wszelkich robót przygotowawczych oraz porządkowych, koszty wykonania oznakowania i zabezpieczenia ruchu oraz robót na czas prowadzenia robót (wg opracowanego przez Wykonawcę projektu organizacji ruchu) wraz z bieżącym utrzymaniem tego oznakowania i jego likwidacją po zakończeniu robót, koszty obsługi geodezyjnej, koszty wykonania w 3 egz. dokumentacji powykonawczej, koszty badań laboratoryjnych, jak również inne koszty i opłaty, które będą związane z realizacją przedmiotu zamówienia” (Rozdział 12 pkt 1 SIWZ),*
5. *„Podstawą do obliczenia ceny ryczałtowej jest przedmiar robót i Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych. Załączony przedmiar robót służy tylko do uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia i nie jest podstawą wyliczenia ceny” (Rozdział 12 pkt 4 SIWZ),*
6. *„Przy cenie ryczałtowej odstępstwa kosztorysu ofertowego od przedmiaru robót - nie będą powodować odrzucenia oferty Wykonawcy” (Rozdział 12 pkt 9 SIWZ),*
7. *„Strony ustalają, że wynagrodzenie za realizację przedmiot umowy płatne będzie na podstawie jednej faktury końcowej” (§ 4 pkt 1 wzoru umowy).*

Odwołujący podał także, że w dniu 24 maja 2013 r. zamawiający przesłał odwołującemu pismo informujące o rozstrzygnięciu postępowania, w którym poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, podając w uzasadnieniu faktycznym, że *„Wykonawca w Swojej ofercie zamiast wykonania ułożenia siatki z włókna szklanego Glasster kompozyt 120/120W2 na asfalcie modyfikowanym w ilości 3000 m<sup>2</sup> - ujęli wykonanie tylko 154 m<sup>2</sup> - co automatycznie spowodowało obniżenie ceny netto złożonej oferty o 38 988 zł”.*

W ocenie odwołującego przywołane fragmenty SIWZ oraz wzoru umowy przesądzają, jaki charakter mają zarówno kosztorys jak i przedmiary robót i na jakiej podstawie wykonawcy mają podać cenę ofertową. Odwołujący wskazał, że zamawiający „odżegnuje” się wyraźnie od wiążącego charakteru przedmiarów, nie chcąc narazić się na dodatkowe koszty i nieprzewidziane okoliczności w trakcie realizacji umowy. Dodał, że temu służy zastosowanie ceny ryczałtowej. Odwołujący podniósł, że zamawiający nie jest jednak konsekwentny i w ocenie ofert kosztorys (uproszczony), a zarazem i przedmiary (na ich

podstawie kosztorys jest sporządzany) podnosi do rangi, której nie nadał w SIWZ.

Odwołujący wskazał nadto, że sposób rozliczania robót wskazany we wzorze umowy zdaje się potwierdzać okoliczność, że dokładne ilości zastosowanych materiałów, inne okoliczności cenotwórcze nie mają wymiernego znaczenia w kontekście ceny, jaką zamawiający zapłaci wykonawcy, zaś rolą wykonawcy jest prawidłowe wykonanie robót budowlanych w szczególności pod kątem efektu końcowego, a rolą zamawiającego zapłata ustalonego wynagrodzenia.

Zdaniem odwołującego wskazane argumenty przesądzają, że kosztorys nie stanowił i nie stanowi oświadczenia woli odwołującego co do zakresu przedmiotu umowy, ani też oświadczenia woli w przedmiocie zryczałtowanej ceny. W tym kontekście – ocenił odwołujący – nieprawidłowe są „próby” zamawiającego, podjęte w piśmie rozstrzygającym, obliczania cen siatki w metrażu nieujętych w kosztorysie uproszczonym odwołującego – okoliczność ta nie ma wiążącego charakteru, ani w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, ani treści oferty, ani sposobu rozliczenia zamawiającego z wykonawcą.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający nie ma podstaw, przy cenie ryczałtowej, do wyciągania negatywnych konsekwencji wobec ofert (i wykonawców) w przypadku spostrzeżonych nieścisłości, ponieważ żądany od wykonawców kosztorys jest w istocie dokumentem o charakterze pomocniczym i informacyjnym.

Dodał, że zamawiający nie skorzystał w toku postępowania z możliwości zażądania od odwołującego złożenia wyjaśnień w przedmiocie złożonej oferty.

**Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, odwołania wykonawcy z dnia 27 maja 2013 r. (wpływ do Prezesa KIO w dniu 28 maja 2013 r.), odpowiedzi zamawiającego na odwołanie z dnia 10 czerwca 2013 r., a także stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego.

Na podstawie pkt 9 *Zestawienie ofert* Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego skład orzekający Izby ustalił bowiem, iż odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę z najniższą

ceną, co biorąc pod uwagę fakt, że cenie zamawiający przypisał 100% znaczenie (Rozdział 13 pkt 1 SIWZ), a zarzuty odwołania zmierzają do unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oznacza, że uwzględnienie odwołania doprowadziłoby do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz poddania oferty odwołującego ponownemu badaniu, a zatem dałoby mu szansę na uzyskanie tego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego:

1. Protokołu postępowania w trybie przetargu nieograniczonego – druk ZP-PN,
2. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej nadal „SIWZ”),
3. Oferty odwołującego,
4. Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 24 maja 2013 r.,
5. Załącznika nr 1 do SIWZ – Oferta (wzór formularza), złożonego przez zamawiającego na rozprawie w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem (ze względu na jego pominięcie w przekazanej do Izby dokumentacji).

Zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego z tego powodu, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił:

1. Zamawiający w Rozdziale 3 *Opis przedmiotu zamówienia* SIWZ wskazał, że w zakres robót wchodzi ułożenie siatki z włókna szklanego Glasster – kompozyt 120/120W2 na asfalcie modyfikowanym w ilości 3000 m<sup>2</sup> (pkt 3 ppkt 12).
2. W tym samym Rozdziale w pkt. 6 SIWZ zamawiający wskazał, że „W związku z faktem, iż cena ofertowa ma charakter ryczałtowy, przed złożeniem oferty, zaleca się, aby każdy Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego dokonał wizji lokalnej terenu, na którym będą realizowane roboty i jego otoczenia, oraz obiektu, którego dotyczy niniejsze postępowanie w celu zapoznania się z warunkami realizacji zamówienia. Zaleca się również, aby każdy Wykonawca zdobył na swoją własną odpowiedzialność i ryzyko, wszelkie dodatkowe informacje, które mogą być konieczne do przygotowanie oferty oraz zawarcia umowy i wykonania zamówienia. Wyklucza się możliwość roszczeń Wykonawcy z tytułu błędnego skalkulowania ceny lub pominięcia elementów niezbędnych do prawidłowego wykonania niniejszego zamówienia. Wizja lokalna przeprowadzona będzie na koszt

Wykonawcy”.

3. W Rozdziale 10 *Opis sposobu przygotowania oferty* w pkt. 2 SIWZ zamawiający wskazał, że na ofertę wykonawcy składa się w szczególności kosztorys ofertowy sporządzony metodą uproszczoną, który powinien być sporządzony wg opisu znajdującego się w Rozdziale 12 pkt 8-11 SIWZ. W uwadze dotyczącej tego punktu zamawiający wskazał także, że cena podana w ofercie traktowana jest jako cena ryczałtowa, kosztorys ofertowy ma znaczenie pomocnicze i informacyjne.
4. W Rozdziale 12 *Opis sposobu obliczenia ceny* w pkt. 2 SIWZ zamawiający wskazał, że mimo, iż cena ofertowa jest ceną ryczałtową, to wymaga sporządzenia przez wykonawcę kosztorysu ofertowego uproszczonego. W pkt. 3 Rozdziału 12 zamawiający wskazał, że kosztorys ofertowy stanowi kalkulację ceny oferty, za jaką wykonawca jest gotów wykonać przedmiot zamówienia na warunkach określonych w SIWZ, zaś w pkt. 4, iż podstawą obliczenia ceny ryczałtowej jest przedmiar robót i STWiOR. Zamawiający przesądził tam także, że przedmiar robót służy do uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia i nie jest podstawą wyliczenia ceny. W pkt. 5 zamawiający podał, że za ustalenie ilości robót oraz sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji wynagrodzenia ryczałtowego odpowiada wykonawca, który musi przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia, w związku z czym zalecił sprawdzenie w terenie warunków wykonania zamówienia. W pkt. 6 zamawiający podał, że cena ofertowa jest ceną ryczałtową, traktowana będzie jako ostateczna i nie będzie podlegać żadnym zmianom. W pkt. 9 zamawiający określił, że odstępstwa kosztorysu ofertowego od przedmiaru robotnie nie będą powodować odrzucenia oferty wykonawcy.
5. W § 3 ust. 5 wzoru umowy zamawiający wskazał, że niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu zamówienia nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego”.

Z rozdziału 18 *Spis załączników* pkt 10 i 11 SIWZ wynika, że integralną częścią SIWZ jest przedmiar robót (załącznik nr 9) oraz STWiOR (załącznik nr 10).

W złożonej ofercie, w kosztorysie ofertowym (str. 54) odwołujący ujął pozycję – wzmocnienie nawierzchni siatką z włókna szklanego Glasster 120/120W2 na asfalcie modyfikowanym w ilości 154 m<sup>2</sup> o wartości całkowitej 2 106,72 zł. W zestawieniu materiałów (str. 56) odwołujący ujął siatkę z włókna szklanego Glasster 120/120W2 w ilości 161,7 m<sup>2</sup>.

Skład orzekający Izby ustalił także, że:

1. w ofercie odwołujący ujął ułożenie siatki z włókna szklanego Glasster – kompozyt 120/120W2 12,
2. odrzucając ofertę odwołującego, zamawiający nie miał wątpliwości co do tego, że odwołujący na etapie przed złożeniem oferty dokonał wizji lokalnej terenu, na którym

będą realizowane roboty i jego otoczenia, oraz obiektu, którego dotyczy postępowanie, jak też że odwołujący zdobył na swoją własną odpowiedzialność i ryzyko wszelkie dodatkowe informacje, które mogą być konieczne do przygotowanie oferty oraz zawarcia umowy i wykonania zamówienia,

3. odrzucając ofertę odwołującego, zamawiający nie miał również wątpliwości co do tego, że odwołujący sporządził kosztorys ofertowy metodą uproszczoną zgodnie z opisem znajdującym się w Rozdziale 12 pkt 8-11 SIWZ.

Odrzucając ofertę odwołującego z powołaniem się na przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający podał, że odwołujący ujął ułożenie siatki w ilości 154 m<sup>2</sup>, zamiast 3000 m<sup>2</sup>, wskazanych w pkt 12 Rozdziału 3 pkt 3 SIWZ, co spowodowało obniżenie ceny netto o 38 988 zł.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Bezsporny między stronami był fakt, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający przewidział cenę ryczałtową.

W pierwszej kolejności wskazać zatem należy, że zastrzeżenie wynagrodzenia ryczałtowego w umowie o roboty budowlane oznacza, że jeśli wykonawca jakiś robót nie wycenił lub je pominął, a ich wykonanie wynikało z dokumentacji projektowej, to wykonawca nie ma prawa żądać za nie wynagrodzenia.

Bezsporne między stronami było także to, że odwołujący zaoferował ułożenie siatki z włókna szklanego Glasster kompozyt 120/120W2, tj. siatki wskazanej w SIWZ.

Ilość ww. siatki zamawiający przewidział w Rozdziale 3 pkt 2 ppkt 12 SIWZ, a także w przedmiarze robót stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ w poz. 3.5.

Informację co do ilości siatki ujętej przez odwołującego zamawiający uzyskał z kosztorysu ofertowego odwołującego – poz. 13.

Kwestią wymagającą rozstrzygnięcia Izby było to, czy ujęcie w kosztorysie ofertowym siatki w ilości mniejszej niż wskazana w SIWZ (w Rozdziale 3, w przedmiarze robót) uzasadniało odrzucenie oferty odwołującego.

W ocenie składu orzekającego Izby na postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi negatywnej ze względu na następujące postanowienia opracowanej przez zamawiającego SIWZ:

1. kosztorys ofertowy ma jedynie znaczenie pomocnicze i informacyjne,
2. za ustalenie ilości robót oraz sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji wynagrodzenia ryczałtowego odpowiada wykonawca,
3. odstępowstwa kosztorysu ofertowego od przedmiaru robót nie będą powodować



odrzućenia oferty wykonawcy,

4. niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu zamówienia nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego.

Z przewidzianą przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ceną ryczałtową należy powiązać zobowiązanie odwołującego się wykonawcy do wykonania całości przedmiotu zamówienia, tj. Przebudowy i remontu drogi w strefie aktywności gospodarczej Zielony Park Przemysłowy w Wojniczu na odcinku 500 mb w określonej cenie ofertowej, tj. 344 400,18 zł, niezależnie od tego, czy odwołujący dokonał wyceny wszystkich pozycji przedmiaru w ilościach w nim wskazanych, przewidzianych przez zamawiającego, ponieważ odwołujący nie będzie mógł domagać się od zamawiającego dodatkowego wynagrodzenia za wykonanie prac, które nie zostały przez niego wycenione w kosztorysie. Podkreślić należy, że odwołujący nie przewidział ułożenie innej siatki niż ta, której oczekiwał zamawiający, a przywołane powyżej postanowienie SIWZ potwierdzają, że ryzyko związane z kalkulacją ceny za przedmiot zamówienia przerzucone zostało w całości na wykonawcę.

W ppkt. 12 pkt. 2 Rozdziału 3 SIWZ zamawiający powielił opis zawarty w przedmiarze, jednocześnie wykluczył, aby odstępstwa kosztorysu ofertowego od przedmiaru robót powodowało odrzućenia oferty. Konsekwentnie uznać należy, że skutek w postaci odrzućenia oferty nie może powodować ujęcie w kosztorysie ofertowym innej ilości siatki niż w ppkt. 12 pkt. 2 Rozdziału 3 SIWZ, tym bardziej że w postanowieniach SIWZ brak jest postanowienia, które przypisywałoby kosztorysowi ofertowemu znaczenie inne niż dla celów obliczenia ceny ofertowej. Postanowienia SIWZ nie przypisały w szczególności kosztorysowi ofertowemu znaczenia z punktu widzenia oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ co do ilości materiałów czy robót.

W tym stanie rzeczy skład orzekający Izby uznał, że brak było podstaw do odrzućenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz stosownie do postanowień § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....