

Sygn. akt: KIO 614/13

WYROK

z dnia 2 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2013 r. przez wykonawcę: **H..... M..... S..... - N..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą S..... - N..... H..... M..... Zakład Usługowo-Handlowy BUD-HANEX, ul. Wojska Polskiego 18, 62-035 Kórnik** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Kórnik, Plac Niepodległości 1, 62-035 Kórnik**

przy udziale wykonawcy: **K..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Robót Drogowych K..... K....., Kijewo 36B, 63-000 Środa Wielkopolska** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu: Gminie Kórnik, Plac Niepodległości 1, 62-035 Kórnik unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę: H..... M..... S..... - N..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą S..... - N..... H..... M..... Zakład Usługowo-Handlowy BUD-HANEX, ul. Wojska Polskiego 18, 62-035 Kórnik, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
2. **kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Gminę Kórnik, Plac 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 wykonawcę: **H..... M..... S..... – N..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą S..... - N..... H..... M..... Zakład Usługowo-Handlowy BUD-HANEX, ul. Wojska Polskiego 18, 62-035 Kórnik** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego: **Gminy Kórnik, Plac Niepodległości 1, 62-035 Kórnik** na rzecz wykonawcy: **H..... M..... S..... – N..... prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą S..... – N..... H..... M..... Zakład Usługowo-Handlowy BUD-HANEX, ul. Wojska Polskiego 18, 62-035 Kórnik** kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) obejmującą koszty 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. 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 Poznaniu**.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 614/13

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „*Utrzymanie dróg bitumicznych i poboczy na terenie gminy Kórnik w roku 2013.*” zostało wszczęte przez Gminę Kórnik, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia nie przekraczała kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych (62846-2013) w dniu 15 lutego 2013 r.

Odwołanie w powołanym postępowaniu wniósł wykonawca: H..... M..... S..... - N..... prowadząca działalność gospodarczą pod firmą S..... – N..... H..... M..... Zakład Usługowo-Handlowy BUD-HANEX, zwana dalej Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności wezwania wykonawcy K..... K..... prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Robót Drogowych K..... K..... do złożenia wyjaśnień odnoszących się do dokumentów złożonych przez tego wykonawcę wraz ofertą, co stanowiło naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez odrzucenie złożonej przez niego oferty. Twierdził on, iż kalkulacja szczegółowa KNR, wobec ryczałtowego charakteru ceny ofertowej, posiadała jedynie charakter informacyjny, stąd też jej brak nie mógł przesądzić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wybranie oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, w dniu 21 marca 2013 r., przystąpił wykonawca: K..... K..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Robót Drogowych K..... K....., zwany dalej Przystępującym.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

W toku rozprawy przed Izbą Odwołujący oświadczył, iż nie podtrzymuje sformułowanego w odwołaniu zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, dlatego też zarzut ten nie został objęty rozpoznaniem przez Izbę.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, a także dokumenty złożone przez Odwołującego w toku rozprawy przed Izbą.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że zgodnie z pkt III.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) przedmiotem zamówienia jest utrzymanie dróg bitumicznych i poboczy.

Zgodnie z pkt XII.1 SIWZ obowiązującym rodzajem wynagrodzenia jest wynagrodzenie ryczałtowe. W kolejnych punktach (XII.2 i 3) Zamawiający zobowiązał wykonawców do złożenia wraz z ofertą kalkulacji szczegółowej KNR, a także zawarł pouczenie, iż w cenie stawki mieścić się ma całkowity koszt kompletnego wykonania zadania inwestycyjnego stanowiącego przedmiot zamówienia, w tym również wszelkie inne koszty towarzyszące wykonaniu jak np. zaplecze budowy, oznakowanie tymczasowe miejsca robót. Określone przez wykonawcę w ofercie stawki mają być niezmienniane w toku realizacji przedmiotu zamówienia i nie będą podlegały waloryzacji.

Zgodnie z treścią rozdziału XIII jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej jest cena – poszczególne stawki podane według wzoru stanowiącego załącznik nr 8. Powołany załącznik współbrzmi z treścią formularza oferty (załącznik nr 1 do SIWZ) w części opisanej jako wykaz cen jednostkowych. W obu tych dokumentach zawarte zostało sześć pozycji podlegających odrębnej wycenie w ofercie każdego z wykonawców. Do wyliczenia cen ryczałtowych, zgodnie z pouczeniem zawartym pod tabelą zawierającą wykaz cen jednostkowych, wykonawcy zastosować mieli czynniki cenotwórcze, których stawki zobowiązani byli ujawnić w tabeli opisanej jako dane wyjściowe. Tak w formularzu, jak i załączniku nr 8 do SIWZ, zawarta została informacja, iż cena jednostkowa ujmuje wszystkie składniki, ewentualnie koszty jednorazowe przerzutu sprzętu, a także koszty opłat za środowisko. Zamawiający, poprzez treść formularza oferty (pkt 4), zobowiązał

wykonawców, aby ci złożyli mu oświadczenie, iż oferują mu wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z założeniami SIWZ zgodnie z „wykazem ryczałtowych cen jednostkowych wraz z danymi wyjściowymi. Tabela Narzuty do kosztorysów dla robót nieprzewidzianych ma charakter informacyjny i nie będzie brana pod uwagę przy wyliczeniu cen jednostkowych w ww. tabeli.”

W § 9 ust. 2 wzoru umowy (załącznik nr 6 do SIWZ) Zamawiający postanowił, iż wynagrodzenie Wykonawcy za realizację całości prac objętych zleceniami składanymi wykonawcy „zostanie rozliczone według cen jednostkowych określonych w ofercie przez wykonawcę, stanowiącą integralną część umowy”. W § 9 ust. 3 wzoru umowy zawarte zostało stwierdzenie, iż „ceny jednostkowe za wyszczególnione w ofercie nie mogą ulec zwiększeniu” (pisownia oryginalna).

Przed upływem terminu składania ofert sześciu wykonawców, w tym Odwołujący i Przystępujący, złożyło Zamawiającemu swoje oferty.

Pismem z dnia 13 grudnia 2012 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty złożonej przez Przystępującego, a także o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp oferty złożonej przez Odwołującego.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie, które Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych oraz podtrzymanych w toku rozprawy przed Izbą.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W toku postępowania odwoławczego nie było sporne między Stronami, iż Odwołujący nie złożył wraz z ofertą wymaganej zgodnie z pkt XII.2 SIWZ kalkulacji szczegółowej KNR. Odmiennie jednak oceniały one doniosłość tego faktu. Zdaniem Odwołującego kalkulacja ta miała charakter jedynie informacyjny. Tymczasem w ocenie Zamawiającego jej brak nakładał na niego obowiązek uznania, iż treść oferty złożonej przez Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, to zaś z kolei rodzi obowiązek odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

W ocenie Izby brak podstaw, aby uznać, że w świetle zapisów SIWZ treść żądanej przez Zamawiającego szczegółowej kalkulacji KNR oddziałuje na treść zobowiązania wykonawcy. Zamawiający nie przypisał w SIWZ żadnej roli powołanej kalkulacji, z jej treści nie wywodził żadnych skutków dla zakresu zobowiązania wykonawcy, tak na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej, jak i na etapie realizacji przedmiotu zamówienia. Mając to na uwadze, Izba uznała, iż należy przychylić się do oceny charakteru tejże kalkulacji dokonanej przez Odwołującego, a tym samym przesądzenia, że dokument ten stanowił dla Zamawiającego jedynie źródło dodatkowej informacji, nie wpływającej w jakikolwiek sposób na treść oferty złożonej przez Odwołującego. Tak o zakresie świadczonej na rzecz Zamawiającego pracy, jak również o ostatecznej wycenie tej pracy, decydowały treść SIWZ oraz treść oferty wykonawcy. Żądana kalkulacja nie stanowiła, w świetle SIWZ, źródła pozwalającego ustalić istnienie jakichkolwiek elementów objętych zakresem świadczenia, które nie byłyby objęte treścią SIWZ, czy też ofertą złożoną przez Odwołującego. Stąd też, w ocenie Izby, Zamawiający nie miał powodów, aby uznać, że treść oferty złożonej przez Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, tylko z uwagi na fakt, iż do oferty tej nie została załączona szczegółowa kalkulacja KNR.

Zgodnie z § 9 ust. 2 i 3 wzoru umowy, a także pkt XII.1-3 SIWZ, wynagrodzenie należne wykonawcy ustalane będzie na podstawie określonych w ofercie w wykazie cen jednostkowych. Ceny te są cenami ryczałtowymi, zawierają w sobie wszelkie koszty realizacji przedmiotu zamówienia, są cenami stałymi, nie podlegającymi waloryzacji. To wykonawca został obciążony ryzykiem ustalenia ceny na poziomie określonym w ofercie – w okresie obowiązywania umowy niezależnie od zmiany warunków realizacji przedmiotu zamówienia, w szczególności zmiany kosztów poszczególnych składników wpływających na cenę (w tym danych wyjściowych ujętych w formularzu oferty). Ceny jednostkowe mają pozostać niezmiennie. Co istotne, zgodnie z pkt XIII SIWZ, określone w ofercie ceny jednostkowe podlegały porównaniu z odpowiednimi cenami zaoferowanymi przez pozostałych wykonawców, i to ich wysokość decydowała o ostatecznej klasyfikacji ocenianych ofert.

W świetle powyższego, Izba uznała, iż Odwołujący zasadnie zarzucał Zamawiającemu niesłuszne odrzucenie złożonej przez niego oferty.

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

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 5 ust. 2 pkt 1) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia odwołania, właściwym jest zasądzenie kosztów od Zamawiającego na rzecz Odwołującego.

Przewodniczący: