

Sygn. akt: KIO/UZP 388/09

WYROK
z dnia 8 kwietnia 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

**Członkowie: Izabela Kuciak
Emil Kuriata**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie* w dniu 07.04.2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Jacek Sztolcman MEGA BRUK Usługi w Zakresie Budownictwa Drogowego, 42-100 Kłobuck, ul. Górnicza 1** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina i Miasto Kozięgłowy, 42-350 Kozięgłowy, PI. Moniuszki 14** protestu z dnia 12.03.2009r.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

2. kosztami postępowania obciąża Gmina i Miasto Kozięgłowy, 42-350 Kozięgłowy, PI. Moniuszki 14 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Jacek Sztolcman MEGA BRUK Usługi w Zakresie Budownictwa Drogowego, 42-100 Kłobuck, ul. Górnicza 1,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 174 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gmina i Miasto Kozięgłowy, 42-350 Kozięgłowy, Pl. Moniuszki 14** na rzecz **Jacek Sztolcman MEGA BRUK Usługi w Zakresie Budownictwa Drogowego, 42-100 Kłobuck, ul. Górnicza 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 5 426 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Jacek Sztolcman MEGA BRUK Usługi w Zakresie Budownictwa Drogowego, 42-100 Kłobuck, ul. Górnicza 1.**

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

STAN FAKTYCZNY

W prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, postępowaniu o udzielenie zamówienia na „Przebudowę drogi gminnej Krusin-Rzeniszów”, zamawiający, Miasto i Gmina Kozięgłowy, w dniu 09.03.2009 poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez Jacka Sztolcmana prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Usługi w zakresie budownictwa drogowego MEGA BRUK” z siedzibą w Kłobucku, ul. Górnicza 1.

Jako podstawę prawną odrzucenia oferty wskazano art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, natomiast jako okoliczności faktyczne uzasadniające zastosowanie ww. przepisu podano fakt, iż zgodnie z pkt 12 ppkt 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia kosztorys ofertowy powinien

zawierać wyszczególnioną stawkę roboczogodziny oraz wielkość narzutów czego brak w ofercie wykonawcy.

Odrzucony nie zgodził się z wynikiem postępowania i w dniu 12.03.2009 wniósł protest na ww. czynność zamawiającego.

W proteście Jacek Sztolcman wystąpił o:

1. Unieważnienie decyzji o odrzuceniu jego oferty oraz o wyborze oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowo-Mostowych Myszków SA
2. Ponowną ocenę złożonych ofert
3. Wybór jego oferty jako najkorzystniejszej

W uzasadnieniu protestu nie wskazano naruszenia konkretnych przepisów ustawy. Protestujący w uzasadnieniu protestu przedstawił jednak stanowisko, iż jego oferta jest zgodna z siwz i w związku z powyższym nie ma podstaw do jej odrzucenia.

W dniu 20.03.2009 r. zamawiający ww. protest oddalił. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu wskazano, iż postanowienia i wymogi siwz w zakresie zawartości kosztorysu ofertowego były jasne i wyraźne. Oferta protestującego nie odpowiada w zakresie wskazanym w piśmie informującym o odrzuceniu, wymaganiom siwz, tym samym zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy było w tym przypadku konieczne i uzasadnione.

Ponadto zamawiający wskazał, iż wobec braku jakichkolwiek informacji odnośnie zastosowanych stawek i narzutów nie mógł zastosować art. 87 ust. 1 lub 2 ustawy

W dniu 25.03.2009 r. MEGA BRUK wniósł odwołanie od ww. rozstrzygnięcia protestu.

Odwołujący wniósł o:

1. Unieważnienie decyzji o odrzuceniu jego oferty oraz o wyborze oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowo-Mostowych Myszków SA,
2. Ponowną ocenę ofert,
3. Wybór jego oferty jako najkorzystniejszej i zawarcie umowy o wykonanie przedmiotu zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono:

„Zamawiający w swojej decyzji z dnia 9.03.2009 r. odrzucił ofertę składającego odwołanie uzasadniając to faktem niezgodności oferty z treścią SIWZ, a w szczególności fakt, iż składający protest w swojej ofercie (kosztorysie ofertowym) nie uwzględnił stawki roboczogodziny i wielkości narzutów.

Składający odwołanie w swoim proteście wskazał, iż:

- 1) kosztorys ofertowy sporządzony w formie uproszczonej nie wymaga w swojej treści wykazywania stawki roboczogodziny i wysokości narzutów ponieważ ceny jednostkowe w swojej treści obejmuje wszystkie te pozycje;
- 2) podana cena jednostkowa nie może ulec zmianie w trakcie realizacji zamówienia;
- 3) SIWZ wskazuje, iż Zamawiający może w każdym czasie zażądać stosownych wyjaśnień dotyczących składników ceny jednostkowej;
- 4) w przypadku braku składników oferty nie mających wpływu na jej treść Zamawiający w trybie art. 87 ustawy przed odrzuceniem protestu winien zażądać od wykonawcy wyjaśnień w przypadku powstania wątpliwości co do treści oferty zwłaszcza w świetle treści zapisu pkt. 12 ppkt. 14 SIWZ, który mówi, iż przyczyną odrzucenia oferty mogą być jedynie błędy w zakresie ujęcia w kosztorysie ofertowym błędnych zapisów dotyczących przedmiaru robót.

Zamawiający odrzucił jednak protest uzasadniając to następującymi przesłankami:

- 1) zapis SIWZ co do uwzględnienia stawki za roboczogodzinę i wysokości narzutów jest jasny i nikt nie zgłosił protestu co do zapisów SIWZ i wobec powyższego zapisy SIWZ są obligatoryjne;
- 2) zapis SIWZ w pkt. 12 ppkt 14 określa tylko dodatkowe podstawy odrzucenia oferty a w pozostałym zakresie obowiązują przepisy ustawy;
- 3) zamawiający nie miał obowiązku w przedmiotowej sprawie skorzystać z uprawnień przysługujących mu w trybie art. 87 ust. 1 czy 2 ustawy, ponieważ nie zachodzą przesłanki w niej określone.

Z takim stanowiskiem nie sposób się jednak zgodzić, a to z następujących przyczyn:

1) Zamawiający określając, iż kosztorys ma być sporządzony w formie kosztorysu uproszczonego sam określił, iż kosztorys ten powinien zawierać jedynie nazwę pozycji, ilość, cenę jednostkową i ogólną wartość pozycji. Czytając ppkt 6w związku z ppkt 7 pkt 12 SIWZ należy stwierdzić, iż oferent dochował wszelkich wymogów SIWZ, ponieważ w cenie jednostkowej ujął zarówno stawkę roboczogodziny, jak i wysokość narzutów i jest to cena

ryczałtowa zawierająca wszystkie niezbędne elementy wymagane do zrealizowania zadania. Brak jednego stwierdzenia w ppkt 6 pkt 12 SIWZ, iż kosztorys uproszczony winien zawierać stawkę roboczogodziny i wysokość narzutów, tak jak w przypadku stwierdzenia, iż kosztorys winien zawierać min. cenę jednostkową pozwala na domniemanie zwłaszcza w świetle ppkt 7, iż stawka za roboczogodzinę jest elementem ceny jednostkowej i nie należy umieszczać go jako odrębnej pozycji kosztorysu. Niejednoznaczność SIWZ nie może narażać wykonawcy na odrzucenie jego oferty i to na Zamawiającym ciąży obowiązek takowego ukształtowania zapisów SIWZ, aby nie budził on wątpliwości przy sporządzaniu oferty a przerzucanie tego obowiązku na wykonawców, aby oni w trakcie rozpatrywania warunków SIWZ składali ewentualne protesty narusza podstawowe zasady dotyczące zamówień publicznych;

2) Zamawiający pragnąc, aby pkt 12 ppkt 14 SIWZ określał dodatkowe przyczyny odrzucenia oferty użyłby sformułowań „dodatkowo” lub innych równoznacznych. Zamawiający używając sformułowania „oferta będzie odrzucona jako niezgodna z SIWZ” w sposób jednoznaczny stwierdził, iż tylko błędy dotyczące obmiarów i pozycji kosztorysu będą stanowiły podstawę do odrzucenia oferty a w pozostałych przypadkach błędy lub braki mogą zostać poprawione lub uzupełnione. I znowu należy zwrócić Zamawiającemu uwagę, iż zapisy SIWZ powinny być jednoznaczne i nie budzić żadnych wątpliwości, jednakże Zamawiający ustalając warunki udziału wykonawców w sposób niejednoznaczny sam w trakcie wyboru ofert nie może ich precyzować bez umożliwienia wykonawcom zapoznania się z nimi przed złożeniem ofert;

Nawet przy uznaniu, iż Odwołujący popełnił błąd w sporządzaniu swojej oferty, Zamawiający w trybie art. 87 winien dokonać samodzielnej poprawy tego błędu lub wezwać Odwołującego do jego poprawy, ponieważ błąd Odwołującego nie ma istotnego wpływu na treść oferty ani na jej wartość. Poprawienie błędu nie spowoduje zmiany w treści kosztorysu ofertowego – nie zmienia ilości i opisu pozycji, nie zmienia cen pozycji, nie zmienia wartości pozycji, a w konsekwencji nie zmienia ogólnej wartości oferty. Podstawą twierdzeń Odwołującego jest fakt, iż jedynym kryterium wyboru oferty jest cena i tylko jej zmiana może wpłynąć na treść oferty. Odwołujący spełnia wszelkie inne wymagania dotyczące prowadzonego postępowania przetargowego i odrzucenie jego oferty w aspekcie ewentualnych błędów (braków) w jego ofercie, które mogą być usunięte w trybie przepisów ustawy narusza podstawową zasadę prowadzenia postępowania w trybie ustawy. W trybie art. 87 ustawy Zamawiający może żądać stosownych wyjaśnień i dokonywać poprawy omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią SIWZ niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. W świetle powyższych rozważań o kryterium wyboru oferty wg ceny dokonanie uzupełnienia

poprzez wykazanie stawki roboczogodziny i wysokości narzutów przy zachowaniu ceny jednostkowej z oferty nie ma istotnego wpływu na jej treść.”

Uwzględniając dokumentację postępowania, w tym w szczególności specyfikację istotnych warunków zamówienia i ofertę odwołującego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż w pkt 12 ppkt 6 siwz zamawiający zawarł wymagania, iż w kosztorysie ofertowym sporządzonym metodą uproszczoną powinien zawierać wyszczególnioną stawkę roboczogodziny oraz wielkość narzutów. W ocenie Izby sformułowanie ww. jednostki redakcyjnej siwz nie pozostawia wątpliwości, iż zamawiający konsekwentnie posługuje się i odnosi do wymagań związanych z kosztorysem uproszczonym – wbrew supozycjom odwołującego, iż nie jest jasne o jaki kosztorys w ostatnim zdaniu ppkt 6 chodzi.

Nie jest przedmiotem sporu fakt, iż odwołujący w przedstawionym formularzu ofertowym nie zawarł informacji o przyjętej stawce roboczogodziny oraz wielkości narzutów. Natomiast jak podaje w proteście i odwołaniu oraz czego można domniemywać w związku z istotą i sposobem kalkulowania wynagrodzenia kosztorysowego, wielkości powyższe uwzględnił w cenach jednostkowych podanych w kosztorysie. Z powyższych okoliczności strony wywodzą odmienne skutki prawne – opisane w stanie faktycznym niniejszego uzasadnienia.

W ocenie składu orzekającego Izby w przypadku będących przedmiotem orzekania, niepodanie wielkości narzutów oraz ogólnej stawki roboczogodziny, nie przesądza o niezgodności treści oferty z treścią siwz w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i tym samym nie uprawnia do zastosowania tego przepisu. Ponadto Izba stwierdza, iż również przyjęcie formalnego, szerokiego rozumienia zawartości treści oferty i zagadnienia jej zgodności do treści siwz, jako konieczności podania w ofercie wszystkich informacji wymaganych przez zamawiającego, a nie tylko informacji pozwalających zweryfikować zgodność oferty z siwz (zgodności rozumianej jako zgodność treści zobowiązania

wykonawcy z wymogami zamawiającego) w zakresie elementów składających się na treść zobowiązania wykonawcy, nie wyklucza zastosowania przepisów art. 87 ust. 1 i 2 Pzp w przedmiotowym przypadku.

Informacje żądane przez zamawiającego, a pominięte w ofercie (kosztorysie ofertowym) przez odwołującego, nie wpływają na rozpoznanie i przyjęcie przez zamawiającego jednego z elementów *essentialae negotii* oferty jakim jest jej cena, a konkretnie nie odnoszą się do pozycji kosztorysu, według których wynagrodzenie z tytułu umowy zostanie ostatecznie ustalone. W związku z kosztorysowym charakterem wynagrodzenia umownego zawartego w projekcie umowy załączonej do siwz wynagrodzenie wyliczone zostanie w oparciu – jak można wnosić z istoty tego typu wynagrodzenia – o obmiary rzeczywiście wykonanych robót oraz przedstawione w kosztorysie ofertowym ceny jednostkowe w poszczególnych pozycjach przedmiarowych.

Proponowana według pozycji kosztorysu ofertowego zapłata powinna zawierać i zaspakajać wszystkie roszczenia wykonawcy związane z wykonaniem umowy, w tym również elementy w kosztorysie nie ujęte, a także wszystkie koszty pośrednie i bezpośrednie, które wykonawca poniesie. Nie budzi więc wątpliwości, iż zakładany zysk czy koszty robocizny zostały przez wykonawcę wliczone i skalkulowane w poszczególnych cenach jednostkowych zawartych w kosztorysie. Natomiast zamawiający nie dysponuje żadną możliwością sprawdzenia i zweryfikowania prawidłowości wyliczenia poszczególnych cen jednostkowych nawet gdy przyjęta i podana w kosztorysie średnia stawka roboczogodziny czy ogólne wielkości narzutów zostaną podane – w tym zakresie informacje takie należy uznać za zbędne z punktu widzenia możliwości zweryfikowania zgodności oferty z siwz czy ustawą.

Ponadto ww. informacje żądane przez zamawiającego nie dotyczą również innych istotnych elementów treści oferty dotyczących oferowanego zakresu wykonania robót będących przedmiotem zamówienia czy sposobu ich wykonania.

W ofercie odwołującego podano natomiast wszystkie wymagane przez zamawiającego informacje niezbędne do stwierdzenia, iż oferta (rozumiana jako zobowiązanie do wykonania zamówienia wraz ze wszelkimi wiadomościami i zapisami, które to zobowiązanie dookreślają i precyzują) jest zgodna z treścią siwz.

Zamawiający w pkt. 12 ppkt 14 prawidłowo rozpoznał i wskazał przypadki niezgodności kosztorysu ofertowego z wymaganiami siwz, które stanowią o niezgodności oferty z siwz i pociągają konieczność zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (pominięcie pozycji z przedmiaru lub dopisanie dodatkowej pozycji nieprzewidzianej w przedmiarze). Natomiast pominięcie w przedmiarze informacji na temat stawki roboczogodziny czy narzutów, czyli informacji

zupełnie nieistotnych z punktu widzenia oceny zgodności oferty z treścią siwz w przedstawionym powyżej i poniżej wąskim rozumieniu, niezgodności tego typu nie stanowi.

W ocenie Izby stosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp winno odnosić się do zgodności treści oferty, czyli zobowiązania wykonawcy i sposobu jego formalnego wyrażenia, które stanowi materialny substrat oferty (składane formularze ofertowych, kosztorysy, projekty ... etc...) z wymaganiami siwz, a nie podstawę do bezwzględnego – bez możliwości skorzystania z przewidzianego w art. 87 wyjaśniania i poprawiania ofert – egzekwowania podawania wszystkich informacji, które dla weryfikacji czy zobowiązanie wykonawcy odpowiada przedmiotowi zamówienia są zupełnie zbędne i relewantne.

W ocenie Izby nie zostało wykazane przez zamawiającego w jaki sposób brak przedmiotowych informacji może wpływać na zakres, wartość i sposób wykonania zamówienia wynikające z oferty, czyli na jej najbardziej istotne elementy.

W związku z powyższym dokonanie ewentualnego poprawienia treści oferty (tu w rozumieniu *sensu largo* – uzupełnienia nieistotnych informacji w niej zawartych) będzie w pełni wyczerpywało dyspozycję art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, tj. nie dojdzie w tym przypadku do istotnych zmian w treści oferty. Natomiast informacje, co do wartości stawki za roboczogodzinę przyjętą przez wykonawcę czy wysokości zastosowanych narzutów, zamawiający może uzyskać w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, co wbrew obawom zamawiającego nie będzie stanowiło zakazanych ww. przepisach, negocjacji czy modyfikacji oferty.

Na marginesie rozważań w odniesieniu do zamiarów zamawiającego, wskazać można, iż podawane w ofercie dla zamówienia podstawowego stawki, narzuty czy ceny, w żadnym razie nie są wiążące dla wykonawców przy zawieraniu umów na roboty dodatkowe czy uzupełniające.

W odniesieniu do żądań odwołania, Izba wskazuje, iż zgodnie z art. 191 ust. 5 ustawy, nie może nakazać zamawiającemu zawarcia umowy w sprawie zamówienia.

Ponadto w proteście ani w odwołaniu wprost nie zarzucono zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jednakże z uzasadnień przedstawianych przez odwołującego można wnosić, iż kwestionował poprawność zastosowania właśnie tego przepisu, którego naruszenie Izba uznała za potwierdzone.

W związku z powyższym zasadne stało się nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, po uprzednim zastosowaniu art. 87 ust. 1 i 2 ustawy we wskazanym wyżej zakresie.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania. Uwzględniono koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600,00 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy – zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Częstochowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....