

Sygn. akt: KIO 575/14

WYROK

z dnia 8 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 marca 2014 r. przez **wykonawcę Instal C..... Sp. j. Pierściec, ul. Graniczna 22, 43-430 Skoczów** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Suszec, ul. Lipowa 1, 43-267 Suszec**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: ZRIB Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz Z..... S....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Robót Inżynieryjno-Budowlanych ZRIB Z..... S..... z siedzibą dla Lidera Konsorcjum: ul. Szkolna 6, 34-312 Międzybrodzie Bialskie**, zgłaszającego swoje przystąpienie

do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Instal C..... Sp. j. Pierściec, ul. Graniczna 22, 43-430 Skoczów** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Instal C..... Sp. j. Pierściec, ul. Graniczna 22, 43-430 Skoczów** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od **wykonawcy Instal C..... Sp. j. Pierściec, ul. Graniczna 22, 43-430 Skoczów** na rzecz **Gminę Suszec, ul. Lipowa 1, 43-267 Suszec** kwotę **568 zł 34 gr** (słownie: pięćset sześćdziesiąt osiem złotych trzydzieści

cztery grosze), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed Izbą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 poz. 907) 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

Gmina Suszec (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Budowę kanalizacji sanitarnej w sołectwie Kryry - II etap - zlewnia przepompowni P1 (odcinki pozostałe) i zlewnia przepompowni P2”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 6 lutego 2014 r. pod nr 24519.

W postępowaniu tym wykonawca Instal C..... Sp. j. z siedzibą w Pierścju (dalej: „Odwołujący”) w dniu 24 marca 2014 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Informacja o czynnościach Zamawiającego stanowiących podstawę odwołania została przekazana przez Zamawiającego Odwołującemu faksem w dniu 19 marca 2014 r.

Zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do niniejszego postępowania przekazał wykonawcom w dniu 24 marca 2014 r. Do postępowania odwoławczego swoje zgłoszenie przystąpienia po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Konsorcjum firm w składzie: ZRIB Sp. z o.o. (Lider Konsorcjum) oraz Z..... S....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Robót Inżynieryjno-Budowlanych ZRIB Z..... S..... z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Międzybrodziu Bialskim (dalej: „Przystępujący”). Kopia zgłoszenia przystąpienia została przekazana stronom postępowania odwoławczego.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 7 kwietnia 2014 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła co następuje.

Odwołujący podniósł w odwołaniu następujące zarzuty:

1. Dokonanie wadliwej czynności odrzucenia jego oferty, przez co naruszono art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.
2. Dokonanie wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przystępującego, co powoduje naruszenie art. 7 ust. 3 Pzp, w związku z zarzutem nr 1, 3,4 i 5 odwołania oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.
3. Zaniechanie czynności wyboru oferty Odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert, które nie podlegają odrzuceniu w niniejszym postępowaniu, co powoduje naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z zarzutem nr 1, 2, 4 i 5.
4. Dokonanie wadliwej, bo nieuprawnionej czynności odrzucenia oferty Odwołującego - bez wcześniejszego unieważnienia rozstrzygnięcia, w tym czynności wyboru z 4 marca 2014 r., przez co naruszono art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 181 ust. 2 ustawy Pzp.
5. Nierówne traktowanie wszystkich wykonawców w trakcie prowadzonego postępowania, w szczególności podczas badania złożonych ofert, co powoduje naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przystępującego,
- 3) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 4) nakazanie Zamawiającemu, aby ponownie dokonał czynności polegających na badaniu i ocenie ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nieodrzuconych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 5) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

W uzasadnienie odwołania Odwołujący podniósł co następuje.

Wskazał, że Zamawiający dokonał pierwotnie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej (informacja o wynikach postępowania z dnia 4 marca 2014 r.), a w wyniku *quasi* protestu (informacja złożona na podstawie art. 181 ust. 1 ustawy Pzp o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez Zamawiającego) złożonego przez

Przystępującego w piśmie z dnia 19 marca 2014 r. poinformował o wyborze oferty Przystępującego i odrzuceniu oferty Odwołującego. Zamawiający poinformował Odwołującego, że odrzucił jego ofertę z uwagi na brak wskazania w formularzu 1C na stronie 33 oferty wymaganych narzutów, zgodnie z postanowieniami SIWZ w pkt 16.3.f. co wypełnia dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający jednocześnie odniósł się do drugiego zarzutu *quasi* protestu Przystępującego wskazując, że brak złożonego oświadczenia w treści oferty Odwołującego, czy wykonawca zamówienie wykona sam, nie ma znaczenia, gdyż zgodnie z utrwaloną linią orzecznictwa KIO, Zamawiający zobowiązany jest w takiej sytuacji przyjąć, bez dodatkowych wyjaśnień, że zamówienie wykonawca wykona sam, bez udziału podwykonawców. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w informacji o wynikach postępowania z dnia 19 marca 2014 r. nie odniósł się do zarzutu naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, tj., iż oferta Odwołującego zawiera rzekomo błąd w obliczeniu ceny.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający, uznając za zasadne niektóre zarzuty podniesione w *quasi* proteście, nie uczynił jednak zadość nieodłącznie z nimi związanemu żądaniu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołującego dokonanego 4 marca 2014 r.

W związku z powyższym jego zdaniem doszło w tym przypadku do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp także w związku z art. 181 ust. 2 ustawy Pzp, który to przepis stanowi, iż w przypadku uznania zasadności przekazanej informacji Zamawiający powtarza czynność albo dokonuje czynności zaniechanej, informując o tym wykonawców w sposób przewidziany w ustawie dla tej czynności. Według Odwołującego czynnością zaniechaną jest w tym wypadku czynność unieważnienia dokonanego już wcześniej wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 4 marca 2014 r.

Odwołujący podkreślił, że uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutu z *quasi* protestu Przystępującego nie było zasadne, bowiem w tym zakresie Przystępujący nie określił konkretnych zarzutów tylko oparł się na przywołaniu i cytowaniu wyroku KIO 1727/12, które to orzeczenie dotyczyło innego stanu faktycznego. Zamawiający nie wykazał odrzucając ofertę Odwołującego podstaw faktycznych i merytorycznych uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego. Podkreślił, że tylko porównanie zaofertowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ. Takiego zaś porównania i zarazem analizy zaofertowanego przez Odwołującego świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego w ogóle nie dokonał. Jego zdaniem fakt niezamieszczenia przez Odwołującego w formularzu 1C na stronie 33 oferty

wymaganych wprowadzając postanowieniami SIWZ w pkt 16.3.f. narzutów nie stanowi faktycznie o niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

Według Odwołującego analiza SIWZ, w tym wzoru umowy, prowadzi do wniosku, iż do zakresu wiążącej treści oferty wchodzi jedynie ryczałtowe ceny jednostkowe dla całych pozycji kosztorysowych wskazanych w załącznikach nr 1A, 1B, 1C - a nie uwzględnione już przy kalkulowaniu tych cen jednostkowych stawki roboczogodziny czy narzuty. Parametry wyceny jego zdaniem mają wyłącznie walor orientacyjny, informacyjny, który został zaspokojony w ofercie Odwołującego, gdyż w załącznikach 1A, 1B określono poziom, jaki przyjęto do kalkulacji cen jednostkowych. Jego zdaniem potwierdza to treść specyfikacji, gdyż nie można w niej znaleźć zapisu, mówiącego o istotnym charakterze informacji o parametrach wyceny, a co za tym idzie, ich brak w załączniku nr 1C oferty Odwołującego nie stanowi o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Wskazał na pkt 16.3 SIWZ, z którego w jego opinii wynika, że podstawą rozliczeń będą ryczałtowe ceny jednostkowe dla całych pozycji kosztorysowych wskazanych w załącznikach nr 1A, 1B, 1C, które mają uwzględniać określone koszty. W jego ocenie oczekiwane przez Zamawiającego narzuty mają faktycznie jedynie walor informacyjny i ich nie podanie nie stanowi o niezgodności oferty z treścią SIWZ. Przywołał podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy określoną przez Zamawiającego w SIWZ w pkt 16.3.d), gdzie Zamawiający określił, co w ofercie wykonawców ma wymiar merytorycznie istotny i skutkuje odrzuceniem oferty - a co ma charakter informacyjny. Według pkt 16.3. d) SIWZ Zamawiający wskazał, że brak wyceny jakiegokolwiek pozycji w formularzu, w tym brak określenia ceny/cen jednostkowej/ych nie będzie uznane za możliwe do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp i skutkować będzie odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem pkt 16.9 SIWZ. Podanie informacji o narzutach nie jest brakiem wyceny, więc sytuacja przewidziana w przywołanym pkt 16.3.d) SIWZ – jego zdaniem - nie będzie tutaj miała zastosowania. Zgodnie zaś z pkt 16.3 f SIWZ wykonawca miał podać informacyjnie narzuty, gdyż zgodnie z 16.3 SIWZ narzuty są uwzględnione w wycenie cen jednostkowych w formularzach nr 1A, 1B, 1C. Podkreślił, że za brak określenia narzutów: koszty pośrednie, zysk kalkulacyjny i stawka roboczogodziny, Zamawiający nie przewidział sankcji skutkującej odrzuceniem oferty. Jego zdaniem Zamawiający poprzez określenie, co będzie skutkowało odrzuceniem oferty podniósł do rangi istotnych dla niego, obligatoryjnych elementów treści oferty, określenie ryczałtowych cen jednostkowych w formularzach nr 1A, 1B, 1C, ma zaś charakter informacyjny, gdyż wykaz danych o zastosowanych narzutach nie określał sposobu wykonania zamówienia, stąd też nie można stwierdzić sprzeczności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

Według niego jeżeli zarzut dotyczy czynników cenotwórczych, tj. narzutów, to żadne inne postanowienia SIWZ, w tym wzór umowy, nie pozwalają na przypisanie informacjom o narzutach waloru treści oferty wywiedzionego przez Zamawiającego i nie wskazują na to postanowienia części SIWZ zawarte w pkt 16 SIWZ („Sposób obliczenia ceny oferty. Informacje dotyczące wynagrodzenia wykonawcy”). Podkreślił, że zgodnie z pkt 16.3 SIWZ do oferty należało dołączyć wypełnione formularze przedmiaru robót, stanowiące załączniki 1A, 1B i 1C do SIWZ, które będą zawierać wyliczenie ceny ofertowej i tym samym będą stanowić kosztorys ofertowy wykonawcy. Jego zdaniem ryczałtowa cena jednostkowa podana z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, będzie podstawą do obliczenia wynagrodzenia wykonawcy, a zgodnie z pkt 16.3 SIWZ Zamawiający zaznaczył, że ryczałtowe ceny jednostkowe winny obejmować m.in. wszystkie narzuty stosowane przy obliczaniu wynagrodzenia za roboty budowlane. Odwołujący wskazał też na § 8 ust. 9 wzoru umowy, gdzie określono skorelowane odpowiednio z postanowieniami SIWZ, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia ustalone będzie w oparciu o obmiary faktycznie wykonanych robót potwierdzonych przez Inspektora Nadzoru, przy zastosowaniu, przyjętych w ofercie ryczałtowych cen jednostkowych robót. Postanowienia te wskazują, że w zakres wiążącej treści oferty wchodzi jedynie ryczałtowe ceny jednostkowe dla całych pozycji kosztorysowych, a nie uwzględnione przy ich kalkulowaniu stawki roboczogodziny, czy narzutów. Wskazał, że zarówno cena oferty, jak i rozliczenie wykonania umowy, opiera się wyłącznie na tych ryczałtowych cenach jednostkowych wynikających z uproszczonego kosztorysu ofertowego. Według niego na informacyjny i pomocniczy charakter stawki roboczogodzin, narzutów wskazuje również to, że miały one służyć na potrzeby ewentualnych przyszłych negocjacji przy udzielaniu zamówienia dodatkowego. Odwołujący podkreślił jednak, że Zamawiający w żaden sposób nie określił w SIWZ, że ustalenia te będą miały wiążący na przyszłość charakter. Według niego analiza zapisu wzoru umowy § 8 ust. 8 i 12 przekonuje, że te informacje to tylko punkt wyjścia, czy argument w przyszłych rokowaniach, w dodatku z możliwością wykorzystania cennika SEKOCENBUD - w razie braku takich informacji.

W ocenie Odwołującego informacje dotyczące stawki roboczogodzin, narzutów nie mają więc waloru treści oferty dotyczącej udzielanego aktualnie zamówienia, w którym o wszystkim decydują ryczałtowe ceny jednostkowe za poszczególne pozycje kosztorysowe. Powołując się na § 8 ust. 8 pkt b) wzoru umowy wskazał, że sam Zamawiający przewidział, tj. dopuścił w kontekście takiego zapisu w umowie, brak podania przez wykonawców składników cenotwórczych, co spójne jest z zapisami, które zastrzegają odrzucenie tylko w sytuacji, kiedy brak danych lub błędy dotyczyłyby wyspecyfikowania cen jednostkowych w nr 1A, 1B, 1C (pkt 16.3 c i d SIWZ). Tym samym w jego ocenie Zamawiający naruszył też

zasadę równego traktowania wykonawców wyartykułowaną w rozdziale 2 ustawy Pzp. Przywołał tu przede wszystkim art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp.

Poza argumentami merytorycznymi Odwołujący podkreślił ponownie, że nieuprawniona była czynność odrzucenia oferty Odwołującego bez wcześniejszego unieważnienia rozstrzygnięcia, w tym czynności wyboru z 4 marca 2014 r., przez co – jego zdaniem - naruszono art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 181 ust. 2 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego powrót do fazy badania oferty Odwołującego nie jest możliwy bez uprzedniego unieważnienia czynności kończącej postępowanie z dnia 4 marca 2014 r.

Odwołujący złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym podtrzymał zarzuty odwołania. W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o uwzględnienie odwołania oraz o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Odwołujący jako dowód w sprawie w toku rozprawy przedłożył symulacje sporządzone przez siebie dla jednej pozycji kosztorysu z branży elektrycznej, gdzie przyjął on, przy braku materiałów i sprzętu, jedynie stawkę roboczogodziny w dwóch wariantach – pierwszy 11,00 złotych, zaś drugi 110,00 złotych - celem wykazania, iż przyjęcie innych poziomów stawki roboczogodziny pozostaje bez znaczenia dla wyceny jednej, tej samej pozycji kosztorysowej.

Zamawiający, przedkładając do akt sprawy pisemną odpowiedź na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania. W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc także o zasądzenie na jego rzecz kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę Izby.

Przystępujący złożył do akt sprawy swoje zgłoszenie przystąpienia, popierając stanowisko Zamawiającego. Swoje stanowisko podtrzymał w toku rozprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania w całości. Izba oddaliła w tym względzie wnioski Zamawiającego o odrzucenie w całości bądź w części odwołania, z uwagi na podnoszenie przez Odwołującego

zarzutów wykraczających poza katalog czynności podlegających zaskarżeniu w trybie odwoławczym w zamówieniach poniżej wartości progów unijnych. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy złożone odwołanie wartość szacunkowa zamówienia dla robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia wynosiła równowartość 1 975 783,24 euro, tym samym faktycznie mamy w tym przypadku do czynienia z tzw. zamówieniem podprogowym, w którym zaskarżeniu w trybie odwoławczym podlegają jedynie czynności określone ściśle w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Z pewnością w katalogu tych czynności mieści się zaskarżona w odwołaniu czynność odrzucenia oferty Odwołującego (art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp). Pozostałe zarzuty podniesione przez Odwołującego w odwołaniu (dokonanie wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, zaniechanie wyboru oferty Odwołującego i nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu) są jedynie konsekwencją podniesionego zarzutu nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego. Z tych też względów Izba nie rozpoznawała tych zarzutów odrębnie, uwzględniając przy tym dyspozycję art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, a traktując je jedynie jako argumentację Odwołującego co do zarzutu nieuprawnionego odrzucenia jego oferty.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Zaskarżone czynności Zamawiającego, polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego, w sposób bezpośredni pozbawiały uzyskania przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego. Tym samym Odwołujący wykazał swój uszczerbek (szkodę) w interesie, co stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono oddaleniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający wszczął przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i opublikował ogłoszenie o zamówieniu w dniu 6 lutego 2014 r.

Zamawiający, zgodnie z pkt 16.10 SIWZ, określił jako wiążące w niniejszym postępowaniu wynagrodzenie kosztorysowe. Jednocześnie też wymagał od wykonawców złożenia wraz z ofertą wypełnionych formularzy przedmiarów robót, które przygotował w formie załączników nr 1A, 1B i 1C do SIWZ, które po wypełnieniu miały stanowić kosztorysy ofertowe wykonawców (pkt 14 lit. c oraz pkt 16.1 SIWZ). W załącznikach tych wymagał wskazania odrębnie dla każdego kosztorysu wartości: stawki roboczogodziny, narzutów:

kosztów pośrednich (KP), zysku (Z) i podatku VAT (V). Zamawiający w sposób szczegółowy określił sposób wyliczenia ceny oferty, wskazując na konieczność wyliczenia wszystkich cen jednostkowych z narzutami i wskazując minimalne koszty jakie powinny być ujęte przez wykonawców w ramach wyceny poszczególnych cen jednostkowych (pkt 16.3 lit a SIWZ). W pkt 16.3 lit. d SIWZ Zamawiający zastrzegł, że brak wyceny jakiegokolwiek pozycji w formularzu, w tym również brak określenia ceny czy cen jednostkowych nie będzie uznany za możliwość poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp i skutkować będzie odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W pkt 16.3 lit. f SIWZ Zamawiający zastrzegł, że w każdym formularzu przedmiaru robót oddzielnie, tj. w załącznikach 1A, 1B i 1C wykonawca jest zobowiązany:

- określić cenę jednostkową netto w każdej pozycji przedmiarowej,
- wyliczyć wartość netto robót dla każdej pozycji przedmiarowej,
- wyliczyć wartość netto robót ogółem,
- określić narzuty: koszty pośrednie, zysk kalkulacyjny i stawkę roboczogodziny.

Zamawiający w Istotnych postanowieniach umowy (załącznik nr 2 do SIWZ) określił również odrębne postanowienia dotyczące wynagrodzenia umownego. W § 8 ust. 4 Zamawiający określił, że wartość robót objętych umową będzie rozliczona obmiarowo, w ust. 5 zaś podkreślił, że projekt budowlany ma charakter nadrzędny nad projektem wykonawczym i przedmiarami robót, więc roboty opisane projekcie budowlanym wchodzi w zakres zamówienia podstawowego i nie stanowią robót dodatkowych, nawet jeśli nie zostały ujęte w projekcie wykonawczym i/lub w przedmiarze robót, bądź też zachodzą rozbieżności pomiędzy tymi dokumentami a projektem budowlanym. W § 8 ust. 8 Istotnych postanowień umowy Zamawiający określił zasady wyceny robót, które zostały ujęte w projekcie budowlanym a nie zostały uwzględnione w przedmiarze. Przyjął tam, że:

- a) ceny jednostkowe przyjęte do rozliczania tych robót nie mogą być wyższe niż ceny jednostkowe przyjęte w formularzach przedmiaru robót,
- b) do rozliczenia robót, dla których nie zostały określone w formularzu przedmiaru robót ceny jednostkowe, wykonawca zastosuje składniki cenotwórcze do kosztorysowania nie większe, jak przy opracowywaniu oferty oraz ceny jednostkowe sprzętu i materiałów, nie wyższe od średnich cen rynkowych dla okresu wykonywania tych robót, a w razie ich braku – nie wyższe od średnich cen SEKOCENBUD.

W § 8 ust. 12 Istotnych postanowień umowy Zamawiający wprowadził postanowienia dotyczące sposobu realizacji i rozliczania robót dodatkowych nie przewidzianych w ramach niniejszego zamówienia.

Do upływu terminu składania ofert (tj. do dnia 25 lutego 2014 r.) w przedmiotowym postępowaniu wpłynęło 13 ofert, w tym oferta Odwołującego i Przystępującego.

Do oferty Odwołującego zostały dołączone wymagane trzy przedmiary robót wypełnione przez Odwołującego (przedmiar dotyczący robót instalacyjnych, przedmiar dotyczący robót budowlano-drogowych oraz przedmiar dotyczący robót elektrycznych). W przedmiarze dotyczącym robót elektrycznych na ostatniej stronie podpisanej przez wykonawcę zostały pozostawione puste miejsca w zakresie wskazania stawki roboczogodziny, narzutów, w tym kosztów pośrednich, zysku i Vat-u. W pozostałych dwóch kosztorysach Odwołujący wypełnił te informacje, wpisując w obydwu kosztorysach jednakowe dane.

Zamawiający po dokonaniu badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu w dniu 4 marca 2014 r. poinformował Odwołującego o wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Następnie w wyniku uwzględnienia zarzutów zawartych w *quasi* proteście Przystępującego złożonym do Zamawiającego dokonał on ponownej czynności badania i oceny ofert. W ramach tej czynności w dniu 24 marca 2014 r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że brak wskazania w formularzu nr 1C na str. 33 oferty Odwołującego wymaganych narzutów, zgodnie z postanowieniami pkt 16.3 lit. f SIWZ, stanowi podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o wskazany przepis ustawy Pzp.

Wskazana czynność została zaskarżona przez Odwołującego w ramach rozpoznawanego aktualnie przez Izbę odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, co następuje.

Odnosząc się do zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego z postępowania z powodu niezgodności treści oferty tego wykonawcy z treścią SWIZ Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Zgodnie z ustaleniami Izby, których nie kwestionował także w toku rozprawy Odwołujący, Zamawiający przyjął jako wiążące w niniejszym postępowaniu rozliczenie

kosztorysowe z wykonawcami za realizację przedmiotu zamówienia. Wynagrodzenie kosztorysowe zgodnie z art. 629 KC oznacza, że jest to wynagrodzenie ustalane na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów. Z tych też względów istotne dla rozliczenia wynagrodzenia kosztorysowego, które – jak wskazał Zamawiający – miało być rozliczane obmiarowo, są elementy kalkulacyjne dla przyszłych przewidywanych kosztów określonych prac według planowanego przez Zamawiającego zakresu prac. Skoro Zamawiający przyjął określonego rodzaju prace konieczne do wykonania w ramach niniejszego zamówienia i określił je w ramach dokumentacji projektowej, a wykonawca miał je wycenić, rozliczenie obmiarowe następować będzie w oparciu o tę wycenę. W ramach tej wyceny wykonawcy mieli obowiązek ująć wszystkie związane z poszczególnymi jednostkowymi pracami koszty wyspecyfikowane przez Zamawiającego.

Zamawiający jednak w tym postępowaniu żądał również określenia przez wykonawców, niezależnie od wyceny poszczególnych cen jednostkowych, w ramach poszczególnych kosztorysów według określonych przez Zamawiającego formularzy przedmiarowych (załącznik nr 1A, 1B i 1C), wskazania odrębnie dla każdego z nich: narzutów, kosztów pośrednich, zysku kalkulacyjnego oraz stawki roboczogodziny. Powyższych elementów dla jednego z kosztorysów (dla branży elektrycznej) Odwołujący nie określił w treści swojej oferty. Powyższe – zdaniem Izby – wskazuje wprost na niezgodność merytoryczną oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Wymogi w tym zakresie były jasne i w sposób precyzyjny określone przez Zamawiającego w SIWZ. Odwołujący zresztą nie kwestionował jako takiego wymogu SIWZ – konieczności wskazania w ofercie narzutów: kosztów pośrednich, zysku kalkulacyjnego oraz stawki roboczogodziny. Odwołujący wywodził tylko, że wskazany wymóg ma jedynie walor informacyjny dla Zamawiającego i nie stanowi treści oferty, a w związku z tym nie spełnienie tego wymogu nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego. Izba nie mogła zgodzić się z takim twierdzeniem Odwołującego. Wskazany wymóg, określenia w ofercie wykonawcy odrębnie dla każdego z kosztorysów ofertowych sporządzonych w oparciu o przedmiary przygotowane przez Zamawiającego, elementów kalkulacyjnych (narzutów: kosztów pośrednich, zysku kalkulacyjnego oraz stawki roboczogodziny), biorąc pod uwagę charakter kosztorysowego wynagrodzenia w niniejszym postępowaniu, jak również szczególne postanowienia SIWZ w tym zakresie przewidziane przez Zamawiającego, ma niewątpliwie charakter merytoryczny. Zamawiający w postanowieniach umownych przewidział bowiem taką sytuację, w której będzie dokonywał rozliczenia wykonanych prac (które wedle projektu są niezbędne do wykonania robót budowlanych, natomiast w samym przedmiarze zostały pominięte) w oparciu o składniki cenotwórcze do kosztorysowania nie większe jak przyjęte przy opracowaniu oferty wybranego wykonawcy. Te elementy cenotwórcze zatem powinny być

określone przez wykonawcę w treści oferty (odrębnie dla każdego z kosztorysów) tak, aby w razie potrzeby wykonywania robót, które są objęte zamówieniem (zostały ujęte w projekcie budowlanym), a nie zostały przez wykonawców wycenione w kosztorysie z racji pominięcia tych prac przez Zamawiającego w przedmiarze, Zamawiający mógł dokonać właściwego rozliczenia obmiarowego z wykonawcą. Przy braku tych elementów kalkulacyjnych w ofercie Odwołującego w sytuacji konieczności wykonania robót elektrycznych określonych w projekcie, a nie ujętych w przedmiarze wykonawca, byłby w dogodnej dla siebie pozycji i mógłby w sposób dowolny ustalać poziom wynagrodzenia za wykonanie takich robót dopiero na etapie realizacji umowy.

Nie można zgodzić się z Odwołującym, że Zamawiający przyjął, że w takiej sytuacji będzie stosował składniki cenotwórcze nie wyższe od średnich cen SEKOCENBUD. W ocenie Izby odwołanie się w § 8 ust. 8 lit. b. istotnych postanowień umowy do cen SEKOCENBUDU dotyczy wyłącznie wyceny cen jednostkowych sprzętu i materiałów w pozostałym zaś zakresie Zamawiający wskazał w sposób wyraźny, iż przy rozliczeniu takich prac będzie odwoływał się do składników cenotwórczych do kosztorysowania określonych w ofercie. Z tych też względów – zdaniem Izby – nie można pominąć braku określenia w ofercie Odwołującego w kosztorysie robót elektrycznych określenia niezbędnych narzutów: kosztów pośrednich, zysku kalkulacyjnego oraz stawki roboczogodziny jako elementu oferty przedmiotowo nieistotnego.

Izba w niniejszym stanie faktycznym nie stwierdziła za zasadne uznać, iż określone przez Odwołującego w pozostałych dwóch kosztorysach (roboty instalacyjne i drogowe) elementy kalkulacyjne należy przyjąć w kosztorysie dla robót elektrycznych. Nie przekonała Izby podnoszona również w tym zakresie argumentacja Odwołującego, że przedmiary przygotowane przez Zamawiającego nie miały charakteru branżowego. Zamawiający przygotował trzy przedmiary, w których odrębnie określił roboty konieczne do wykonania w ujęciu technologicznym. Okoliczność, iż w ramach poszczególnych kosztorysów niektóre konkretne roboty budowlane się powielają jako konieczne do realizacji w ramach danego rodzaju robót budowlanych (np. roboty drogowe - wedle Odwołującego - są ujęte tak w ramach kosztorysu dotyczącego robót drogowych, jak i kosztorysu dotyczącego prac instalacyjnych), nie może deprecjonować branżowego charakteru przedmiaru robót. Przygotowany przez Zamawiającego odrębnie dla każdego rodzaju robót budowlanych przedmiar ma szczególny charakter i wedle wymogu SIWZ dla każdego z nich należało odrębnie wskazać narzuty: koszty pośrednie, zysk kalkulacyjny oraz stawkę roboczogodziny. Nie można w sposób automatyczny jedynie dla uznania oferty jakiegoś wykonawcy za prawidłową przyjmować, że ustalone przez niego elementy kalkulacyjne w ofercie dla innych kosztorysów mają zastosowanie dla innego kosztorysu, w którym ujęte zostały odmienne

rodzaje robót budowlanych. Dodatkowo, jak wskazywał Zamawiający w toku rozprawy, co wynika też z treści oferty Odwołującego, wycena przez niego kosztorysu na roboty elektryczne była ustalona na znaczącym poziomie w stosunku do pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Tym samym zatem bezwzględnie dla wypełnienia wymogów SIWZ i możliwości wyceny w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia robót nie ujętych przedmiarze metodą obmiarową konieczne było wskazanie odrębnie tych elementów kalkulacyjnych w ofercie wykonawcy.

Podnoszona przez Odwołującego okoliczność, iż brak jest możliwości odczytania w poszczególnych wycenach pozycji kosztorysowych poszczególnych elementów kalkulacyjnych oczekiwanych przez Zamawiającego, co miałyby świadczyć jedynie o informacyjnym charakterze danych dotyczących narzutów: kosztów pośrednich, zysku kalkulacyjnego oraz stawki roboczogodziny podawanych odrębnie dla każdego kosztorysu ofertowego, nie zasługuje – zdaniem Izby, na uwzględnienie. Zamawiający nie kwestionował w ofercie sposobu kalkulacji poszczególnych pozycji kosztorysowych w ofercie Odwołującego, lecz brak wyceny odrębnie elementów kalkulacyjnych w kosztorysie nr 1C dla robót elektrycznych. Przywołana przez Odwołującego okoliczność dodatkowo potwierdza, że skoro z poszczególnych pozycji kosztorysu (z całości treści oferty) również brak jest możliwości wyprowadzenia danych co do przyjętych elementów kalkulacyjnych wymaganych odrębnie przez Zamawiającego, to potwierdza to merytoryczną sprzeczność oferty Odwołującego z treścią SIWZ. Zamawiającemu natomiast – jak wskazano powyżej – dane te będą niezbędne do rozliczenia obmiarowego wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji realizacji robót nie objętych wyceną jednostkową w ramach kosztorysu ofertowego (przedmiaru robót).

Odnosząc się do wniosku dowodowego zgłoszonego przez Odwołującego w toku rozprawy, a mianowicie przedłożonych symulacji dla jednej pozycji kosztorysu z branży elektrycznej, gdzie Odwołujący przyjął wycenę w oparciu jedynie stawkę roboczogodziny w dwóch wariantach: 11,00 zł i 110,00 zł, Izba uznała ten dowód za niewiarygodny. Odwołujący przez ten dowód chciał wykazać, że przyjęcie innych poziomów stawki roboczogodziny dla jednej pozycji kosztorysowej pozostaje bez znaczenia dla poziomu wyceny tej samej pozycji kosztorysowej – niezależnie od wysokości przyjętej stawki roboczogodziny wycena tej samej pozycji kosztorysowej jest identyczna. Izba stwierdziła, że przedstawiona symulacja wyceny jednej pozycji kosztorysowej jest niemiarodajna wobec przyjęcia przez Odwołującego do wyceny jedynie tejże stawki roboczogodziny, a pominięcia w wycenie innych elementów kalkulacyjnych. Niezależnie od powyższego w przedstawionej kalkulacji Odwołujący przyjął różne wartości składowe w ramach robocizny – różne wartości nakładów w obydwu kalkulacjach co doprowadziło do uzyskania nieporównywalnych danych.

Izba stwierdziła również, że nie ma znaczenia dla oceny prawidłowości odrzucenia oferty Odwołującego szczególne postanowienie SIWZ zawarte w pkt 16.3 lit. d), gdzie Zamawiający przewidział, że uzna za sprzeczną z treścią SIWZ ofertę wykonawcy i ją odrzuci w sytuacji gdy wykonawca nie wyceni jakiegokolwiek pozycji w formularzu przedmiaru. Z taką sytuacją nie mamy w tym przypadku do czynienia. Natomiast brak wypełnienia przez Odwołującego wymogu merytorycznego SIWZ, określonego przez Zamawiającego odrębnie w pkt 16.3 lit. f SIWZ i opisanego co do sposobu obliczenia ceny wykonawcy oraz zasad obowiązujących przy wypłacie wynagrodzenia za przedmiot zamówienia objęty niniejszym zamówieniem, w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp skutkuje uznaniem oferty takiego wykonawcy za sprzeczną z SIWZ i tym samym koniecznością odrzucenia jego oferty.

Izba stwierdziła, że bez znaczenia merytorycznego dla prawidłowości dokonania czynności odrzucenia oferty Odwołującego jest to, że Zamawiający wprost, literalnie w piśmie z dnia 19 marca 2014 r., nie unieważnił czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty Odwołującego dokonanej w dniu 4 marca 2014 r. Zamawiający, dokonując ponownej czynności badania i oceny ofert w postępowaniu oraz wyboru oferty najkorzystniejszej i informując o powyższym wykonawców *de facto* bowiem unieważnił swoją pierwotną czynności z dnia 4 marca 2014 r.

Z tych też względów Izba stwierdziła, iż nie potwierdziło się naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) 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 w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczanego przez Odwołującego w kwocie 10 000 zł oraz - stosownie

do § 3 pkt 2) lit. a) wskazanego rozporządzenia - koszty dojazdu samochodem osobowym na posiedzenie i rozprawę Izby pełnomocników Zamawiającego w kwocie 568,34 zł, wynikające z rachunku przedłożonego do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący: