

WYROK

z dnia 25 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lipca 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2011 r. przez wykonawcę **Kazimierza Lipińskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe PROBUDREM Kazimierza Lipiński w Ogrodzieńcu** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Katowice – Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Katowicach**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu **Miastu Katowice – Miejskiemu Ośrodkowi Sportu i Rekreacji w Katowicach** unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego się i dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego się
2. kosztami postępowania obciąża **Miasto Katowice – Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Katowicach** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Kazimierza Lipińskiego** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Miasta Katowice – Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Katowicach** na rzecz **Kazimierza Lipińskiego** kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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. 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 – Miasto Katowice – Miejski Ośrodek Sportu i Rekreacji w Katowicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie remontu szatni, siłowni, Sali gimnastycznej i pomieszczeń biurowych w kompleksie „Spodek” w Katowicach.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 13 lipca 2011 roku wykonawca Kazimierz Lipiński prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe PROBUDREM Kazimierz Lipiński wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającemu podjętych w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, a w konsekwencji także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego się zamawiający naruszył ww. przepisy poprzez to, że:

1. bezpodstawnie odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 jako nie odpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający w piśmie z dnia 07.07.2011 r. uzasadnił swoją decyzję tym, że:

- w ofercie w pozycji 6 i 81 kosztorysu ofertowego wykonawca „zmniejszył normę robocizny z 0,31 na 0,1 oraz zastosował analizę własną”,
- w ofercie w pozycji 7 i 82 kosztorysu ofertowego wykonawca „zastosował analizę własną i nie uwzględnił krotności - 5 (ilość warstw papy)”.

Rzeczywiście w poz. 6 i 81 kosztorysu ofertowego odwołujący się zmniejszył normę robocizny z 0,31 na 0,1 - czyli w konsekwencji zadeklarował wykonanie objętego nim zakresu w czasie o 2/3 krótszym niż przyjął zamawiający. Tej zmiany dokonał dlatego, że dysponuje sprzętem pozwalającym na takie przyspieszenie prac oraz zatrudnia osoby o bardzo dużym doświadczeniu w zakresie tych prac, które sprawnie i z zachowaniem sztuki budowlanej są w stanie wykonać powierzone czynności z należytą starannością i sztuką budowlaną w tym krótszym czasie. Odwołujący się podkreślił, że zastosowanie krótszej normy wykonania tej pozycji kosztorysowej nie ma wpływu na zakres robót, ponieważ nie zmienił przedmiaru podanego przez zamawiającego. Wykona, zgodnie z poz. 6 kosztorysu zerowego, 748 m² rozbiórki pokrycia z papy tyle, że w krótszym czasie niż przewidział zamawiający i podobnie dla pozycji 81 wykona 1064 m² rozbiórki pokrycia z papy też w czasie krótszym. Przedmiar robót stanowiący podstawę sporządzenia kosztorysu jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektów i specyfikacji technicznych. Zawiera zestawienie przewidywanych robót przygotowane w celu zobrazowania skali zamierzenia

budowlanego i ułatwienia wykonawcom oszacowania kosztów realizacji inwestycji. Dlatego co do zasady pełni funkcję pomocniczą. Przypisywanie mu decydującego znaczenia z punktu widzenia sposobu obliczenia ceny ofertowej jest błędem. Odwołujący się nie naruszył wytycznych siwz podanych przez zamawiającego w pkt. 18.2 - jego kosztorys uwzględnia wszystkie pozycje kosztorysu zerowego, przedmiaru robót również nie zmienił i wykona żądane ilości. Zamawiający również w pkt 18.2 siwz raczył zapisać żądanie, że kosztorys ofertowy musi być „sporządzony zgodnie z kosztorysem zerowym” a zdaniem odwołującego się „zgodnie” nie oznacza „identycznie”.

Zamawiający w § 7 ust. 1 wzoru umowy zapisał, że „Za wykonanie przedmiotu umowy ustala się wynagrodzenie ryczałtowe...”, a w związku z tym odrzucenie oferty odwołującego się jest już bezpodstawne i niezrozumiałe, gdyż zgodnie z pojęciem wynagrodzenia ryczałtowego obojętnym jest w jaki sposób dochodzimy do deklarowanej kwoty wynagrodzenia ryczałtowego, ważne jest, że za taką kwotę wykonamy zamówienie w zakresie określonym kosztorysem zerowym tym samym ofertowym. 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.

Zarzut drugi dotyczący krotności jest bezpodstawny, gdyż w przedłożonym kosztorysie ofertowym odwołujący się zastosował krotność 5, którą podaje w opisie pozycji 7 i 82 kosztorysu ofertowego i obliczenia dokonano dla krotności „5” przy założeniu normy kalkulacji własnej dla robocizny wysokości na jedną warstwę 0,01 roboczogodziny, co przy krotności 5 daje wynik 0,05 roboczogodziny za pięć warstw. Biorąc pod uwagę rodzaj wynagrodzenia - ryczałtowe - przyjętego przez zamawiającego powyższy zarzut zamawiającego również nie ma znaczenia. Za zaproponowaną kwotę odwołujący się wykona całość zamówienia, w tym również 5 warstw papy zgodnie z zapisem w oferowanych pozycjach nr 7 i 82 kosztorysu ofertowego, które to w opisie są zgodne z zapisami kosztorysu zerowego podanego przez zamawiającego.

Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i nie zachowanie zasad uczciwej konkurencji w toku postępowania nastąpiło poprzez to, że zamawiający bezpodstawnie odrzucając ofertę odwołującego się traktuje go w sposób dyskryminujący, w szczególności w sytuacji, gdy jego oferta jest ofertą najkorzystniejszą i z nim powinien zawrzeć umowę.

Odwołujący się wniósł o:

1. unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty,
2. nakazanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego się i podpisania umowy z wybranym zgodnie z przepisami ustawy Pzp wykonawcą.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta odwołującego się zawiera najniższą cenę spośród wszystkich ofert złożonych w postępowaniu, mogłaby zatem uzyskać najwyższą ilość punktów wobec przyjętego kryterium oceny ofert (cena 100%).

Izba ustaliła, że zgodnie z § 7 ust. 1 wzoru umowy wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Zamawiający w pkt. 18 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) „Oświadczenia i dokumenty wymagane od wykonawcy” ppkt 2 wymagał od wykonawców dołączenia do oferty szczegółowego kosztorysu ofertowego, sporządzonego zgodnie z kosztorysem zerowym, stanowiącym załącznik do SIWZ. Kosztorys musi uwzględniać wszystkie pozycje kosztorysu zerowego.

Pismem z dnia 7 lipca 2011 roku zamawiający poinformował odwołującego się o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt ustawy Pzp z uwagi na fakt, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Uzasadniając swą decyzję zamawiający stwierdził, że odwołujący się w kosztorysie ofertowym będącym załącznikiem do oferty:

- w pozycji 6 zmniejszył normę robocizny z 0,31 na 0,1 oraz zastosował analizę własną
- w pozycji 7 zastosował analizę własną i nie uwzględnił krotności – 5 (ilość warstw papy)
- w pozycji 81 zmniejszył normę robocizny z 0,31 na 0,1 oraz zastosował analizę własną
- w pozycji 82 zastosował analizę własną i nie uwzględnił krotności 5 (ilość warstw papy).

W ocenie zamawiającego powyższe powoduje, że złożony kosztorys jest niezgodny z kosztorysem zerowym zamawiającego. W pkt. 18.2 SIWZ zamawiający zastrzegł, iż szczegółowy kosztorys ofertowy należy sporządzić zgodnie z kosztorysem zerowym, stanowiącym załącznik do SIWZ.

Z ustaleń Izby wynika, iż istotnie odwołujący się we wskazanych pozycjach kosztorysu dokonał zmian w sposób opisany przez zamawiającego w piśmie z dnia 7 lipca 2011 roku i jest to okoliczność bezsporna.

Rozpoznając zarzuty odwołania Izba zważyła, że istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia ma fakt, że w wynagrodzenie za wykonanie zamówienia ma być wynagrodzeniem ryczałtowym. Cena ryczałtowa to cena za całość zamówienia, ustalona na podstawie dokumentacji projektowej, a kosztorysy mają znaczenie jedynie pomocnicze. Oznacza to, że dołączenie przez wykonawcę kosztorysu ma znaczenie o tyle, że uzasadnia jedynie merytorycznie oferowaną przez wykonawcę kwotę wynagrodzenia ryczałtowego.

Należy zwrócić uwagę, że przedmiotem niniejszego postępowania są roboty budowlane. W myśl art. 31 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Przedmiar robót, stanowiący podstawę sporządzenia kosztorysu jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektów i specyfikacji technicznych i sam w sobie nie determinuje zakresu prac będących przedmiotem zamówienia. Obowiązek obliczenia ceny oferty na podstawie przedmiaru robót oznacza, przy ryczałtowym charakterze ceny ofertowej, tyle tylko, iż podstawą - bazą wyjściową obliczeń wykonawcy jest przedmiar, co jednocześnie jednak nie może być utożsamione z zakazem uwzględnienia przez wykonawcę jego własnych obmiarów i założeń kalkulacyjnych, których konsekwencjami mogą być odstępstwa (zarówno *in plus*, jak i *in minus*) od założeń wyjściowych - bazowych, zawartych w przedmiarach. Tak też orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30 lipca 2009 roku sygn. akt KIO/UZP 921/09.

Biorąc pod uwagę pomocniczy charakter kosztorysu przy wynagrodzeniu ryczałtowym stwierdzić należy, że rozbieżności w kosztorysie nie uzasadniają odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Nie bez znaczenia jest także fakt, że różnice w kosztorysie odwołującego się dotyczą jedynie zastosowania krótszej normy wykonania niektórych pozycji kosztorysowych, co nie ma znaczenia dla zakresu robót. Odwołujący się nie zmienił w tym zakresie przedmiaru podanego przez zamawiającego.

Izba stwierdziła też, iż bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy jest okoliczność podnoszona przez zamawiającego na sprawie, iż odwołujący się do wykonania zamówienia zaoferował gorszej jakości gips. Okoliczność ta nie była podstawą odrzucenia oferty odwołującego się wskazaną w informacji z dnia 7 lipca 2011 roku. Zamawiający nie może

skutecznie podnosić innych zarzutów co do treści oferty odwołującego się w sytuacji, gdy ofertę odrzucił z innych powodów.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....