

Sygn. akt: KIO 1295/12

**WYROK**

**z dnia 5 lipca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Przemysław Łaciński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 lipca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 czerwca 2012 r. przez wykonawcę **PANORAMA II Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, 81-605 Gdynia, ul. Słoneczna 73** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Lisków, 62-850 Lisków, ul. ks. W.Bliźnińskiego 56,**

**orzeka:**

**1.uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego PANORAMA II Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni oraz ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego PANORAMA II Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni,**

**2.kosztami postępowania obciąża Gminę Lisków, 62-850 Lisków, ul. ks. W.Bliźnińskiego 56 i:**

- 1.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **PANORAMA II Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, 81-605 Gdynia, ul. Słoneczna 73** tytułem wpisu od odwołania,
- 1.2. zasądza od **Gminy Lisków, 62-850 Lisków, ul. ks. W.Bliźnińskiego 56** na rzecz wykonawcy **PANORAMA II Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, 81-605 Gdynia, ul. Słoneczna 73** kwotę **14 636 zł 00 gr** (słownie: czternaście tysięcy sześćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania

odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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 Kaliszu**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Gmina Lisków, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Budowę kompleksu sportowego w ramach programu MOJE BOISKO – ORLIK 2012 w Liskowie”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 9 maja 2012 r., poz. 147054.

W dniu 14 czerwca 2012 r. (pismem z dnia 11 czerwca 2012 r.) zamawiający poinformował wykonawcę PANORAMA II Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwaną dalej „SIWZ”, gdyż wykonawca nie załączył do oferty wypełnionych kosztorysów ofertowych.

W dniu 21 czerwca 2012 r. (pismem z dnia 18 czerwca 2012 r.) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 20 czerwca 2012 r.) wobec czynności polegających na:

1. naruszeniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego przy braku wystąpienia przesłanek dokonania czynności odrzucenia oferty. Ponadto oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert złożonych w postępowaniu, a odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania.
2. w związku z pkt 1 również naruszeniu:
  - a) art. 7 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
  - b) art. 91 ustawy pzp poprzez wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu, (oraz przyznanie ofercie 300 pkt wobec 100 pkt możliwych wg informacji zawartych w SIWZ – rozdział IV),
  - c) oraz wszystkich innych przywołanych w dalszym uzasadnieniu.

Jednocześnie odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie decyzji wyboru oferty wykonawcy SODEX Sp. z o.o. z siedzibą w Złotnikach,
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

3. wybór oferty odwołującego, gdyż jest ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu wg kryteriów określonych w SIWZ

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż z treści SIWZ nie wynikał obowiązek przedłożenia kosztorysu ofertowego, a wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w rozdziale 13 SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny” , pkt 2 zamieścił postanowienie, iż:

„Cenę oferty należy podać w formie wynagrodzenia ryczałtowego (art. 632 kodeksu cywilnego). (...) Podstawą do opracowania ceny ryczałtowej jest dokumentacja projektowa i specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót. Załączone przedmiary robót służą tylko do uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia i nie są podstawą do wyliczenia ceny. Zgodnie z istotą wynagrodzenia ryczałtowego przedmiar robót do wyliczenia ceny oferty winien sporządzić wykonawca na podstawie dokumentacji projektowej lub pomiarów z natury. (...)”.

A ponadto w rozdziale 20 SIWZ „Załączniki do SIWZ” wyspecyfikował „Załącznik Nr 4 Przedmiar robót – kosztorys ofertowy do wypełnienia”.

Odwołujący w załączeniu do oferty nie złożył kosztorysu ofertowego.

Zamawiający, pismem z dnia 11 czerwca 2012 r., poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż wykonawca nie załączył do oferty wypełnionych kosztorysów ofertowych.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła co następuje:

Niewątpliwym jest, iż z treści SIWZ nie wynikał obowiązek złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego. Nie został on bowiem określony w SIWZ, w tym ani w rozdziale 5 SIWZ „Wykaz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków w niniejszym postępowaniu wymaganych od Wykonawców”, ani też w rozdziale 6 SIWZ „Wykaz oświadczeń i dokumentów potwierdzających, że oferowane roboty budowlane odpowiadają wymaganiom zamawiającego”. Takiego obowiązku nie można wywieść również z rozdziału 20 SIWZ „Załączniki do SIWZ”, w którym wyspecyfikowano załączniki do SIWZ, w tym „Załącznik Nr 4 Przedmiar robót – kosztorys ofertowy do wypełnienia”. Użyte w jego treści sformułowanie „Przedmiar robót – kosztorys ofertowy do wypełnienia” nie może być utożsamiane z nałożeniem na wykonawcę takiego obowiązku. Obowiązki ciążące na wykonawcach co do dokumentów, jakie zobowiązani są oni złożyć w danym postępowaniu powinny być bowiem wyraźnie określone. Natomiast załączniki te, w tym także załącznik nr 4, określono jako „szczegółowy opis elementów przedmiotu zamówienia” (str. 7 SIWZ), a więc elementy dotyczące opisu przedmiotu zamówienia. Nie mogły więc stanowić podstawy do uznania, iż mają one inny charakter niż wcześniej im przypisany. Oznacza to, że w niniejszym stanie faktycznym sporny dokument (kosztorys ofertowy) niewątpliwie nie był wymagany. Zamawiający nie zawarł bowiem w treści SIWZ jednoznacznych postanowień dotyczących obowiązku jego złożenia wraz z ofertą. Tym samym odrzucenie oferty wykonawcy, który tego rzekomego obowiązku nie wypełnił jest nieuprawnione. W niniejszym stanie faktycznym wynagrodzenie ma bowiem charakter ryczałtowy. Wykonawca jest więc zobowiązany do wykonania przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z dokumentacją projektową i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót. Natomiast „załączone przedmiary robót służą tylko do uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia i nie są podstawą do wyliczenia ceny”. Podnoszone obecnie przez zamawiającego okoliczności mające uzasadniać jego żądanie, tj. dofinansowanie inwestycji przez Ministerstwo Sportu i Turystyki, jak i Urząd Marszałkowski Województwa Wielkopolskiego i związane z tym obowiązki dotyczące rozliczenia przedmiotowej inwestycji, nie znajdują uzasadnienia. Zamawiający powinien być bowiem zadbać o swoje interesy na wcześniejszym etapie postępowania i stosowne postanowienia zawrzeć w treści SIWZ. SIWZ jest bowiem takim dokumentem w postępowaniu, który ma decydujące znaczenie dla wykonawców, gdyż określa stawiane im wymagania, zawiera opis przedmiotu zamówienia, wyznaczając jednocześnie zakres ich obowiązków na etapie wykonania zamówienia. Dlatego też powinna ona być jednoznacznie sformułowana, zaś wszelkie nieścisłości i braki nie mogą obciążać wykonawców. Tym samym Izba uznała, iż nieuprawnionym było odrzucenie oferty odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty dojazdu na posiedzenie Izby oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego i, ograniczając je do wysokości 3.600,00 zł, stosownie do faktury złożonej do akt sprawy.

**Przewodniczący:** .....