

**Sygn. akt: KIO 650/13**

**WYROK**

**z dnia 4 kwietnia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 marca 2013 r. przez wykonawcę: **S..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Stanpol” S..... P....., ul. Dostatnia 8/6, 02-991 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Ministerstwo Środowiska, ul. Wawelska 52/54, 00-922 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „PROBUD” s.c. S..... Z....., B..... Z....., Władysławów 11A, 96-500 Sochaczew** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 650/13 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **S..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Stanpol” S..... P....., ul. Dostatnia 8/6, 02-991 Warszawa, i:**
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **S..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Stanpol” S..... P..... ul. Dostatnia 8/6, 02-991 Warszawa** tytułem 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 **Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Ministerstwo Środowiska w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Remont klatki schodowej „C”, „K”, pomieszczeń I piętra, sali konferencyjnej Nr 357 w budynku Ministerstwa Środowiska, przy ul. Wawelskiej 52/54 w Warszawie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP nr 1 pod nr 24557 w dniu 15 lutego 2013 r.

Pismem z dnia 15 marca 2013 r. wykonawca: S..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Stanpol” S..... P..... z siedzibą w Warszawie otrzymał informację o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej „Pzp”. Zamawiający uznał, iż treść złożonej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż wykonawca przedstawił w ofercie kosztorysy, w których nie uwzględnił podstawy wyliczenia kosztów pośrednich, zysku i stawki roboczogodziny.

Wykonawca P.W. „Stanpol” S..... P..... wniósł odwołanie wobec powyższych czynności. Odwołujący zarzucił rażące naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp i wniósł

o uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz wyboru najkorzystniejszej oferty i zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt. IV „Wykaz dokumentów i oświadczeń wymaganych w ofercie” w ust. 2 wskazał na konieczność załączenia do oferty kosztorysu ofertowego, opracowanego na podstawie kosztorysu przetargowego/ślepego, przygotowanego zgodnie z załącznikami nr 2,3,4, 5 siwz. Równocześnie w pkt. IX. „Opis i sposób obliczenia ceny” w ust. 1a, zamawiający wskazał, że wykonawca obowiązany jest podać w formularzu ofertowym cenę całkowitą netto za realizację całości przedmiotu zamówienia, stawkę i kwotę podatku od towarów i usług - VAT oraz cenę brutto. Odwołujący zauważył, że zamawiający nie wskazał w siwz jakie elementy winien zawierać kosztorys ofertowy, w szczególności nie wymagał by w załączonych kosztorysach wyszczególnić i dokonać wyceny wszystkich składników cenotwórczych, na podstawie których została skalkulowana cena.

Odwołujący podniósł, że z treści postanowień ogłoszenia, siwz oraz projektu umowy wywieść można, iż zamawiający w przedmiotowym postępowaniu przewidział

wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie przedmiotu umowy. Na powyższe wskazuje postanowienie w pkt. IX ust. 9 siwz „ceny podane w ofercie nie podlegają zmianom przez cały okres obowiązywania umowy”, a ponadto zawarte w treści formularza ofertowego oświadczenie, iż „w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia i realizacji przyszłego świadczenia umownego”. Podobnie w stanowiącym załącznik do siwz projekcie umowy zawarto zapis, iż „wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, pokrywa wszelkie roszczenia Wykonawcy z tytułu wykonania niniejszej umowy”. Odwołujący podniósł, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego kosztorys ma jedynie charakter pomocniczy, informacyjny i jego brak bądź błędy nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt.2 Pzp.

Niezależnie od powyższego odwołujący podkreślił, że postanowienia siwz dotyczące sposobu obliczenia ceny oferty są nieprecyzyjne, gdyż zamawiający nie sprecyzował jakie elementy winny zawierać kosztorysy ofertowe, odsyłając przedmiarów stanowiących załączniki do siwz.

Odwołujący wyjaśnił, że sporządził kosztorysy ofertowe w oparciu o wskazane wyżej postanowienia siwz. W formularzu oferty podał cenę za realizację przedmiotu zamówienia, a w załączonych kosztorysach dokonał szczegółowego wyliczenia prac z podaniem jednostki, ilości, ceny i wartości. Wskazane w kosztorysach wartości zostały zsumowane i podane jako ostateczna cena oferty. Odwołujący podniósł, iż elementy cenotwórcze, które wskazał zamawiający zostały skalkulowane i wliczone do poszczególnych cen jednostkowych zawartych w kosztorysie, a brak odrębnego wyszczególnienia elementów cenotwórczych nie powoduje niezgodności treści złożonej oferty z treścią siwz.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „PROBUD” s.c. S..... Z....., B..... Z..... zgłosił w dniu 25 marca 2013 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w toku rozprawy podtrzymał stanowisko, jak w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 15 marca 2013 r. i wniósł o oddalenie odwołania.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący posiada legitymację materialno-prawną, o której mowa w art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania. W przypadku potwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu oferta odwołującego podlegałaby uznaniu za najkorzystniejszą.

Izba uznała, że wykonawca Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „PROBUD” s.c. S..... Z....., B..... Z..... skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w terminie, określonym w art. 185 ust. 2 Pzp.

Przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych polegających na remoncie klatki schodowej „C” i „K”, pomieszczeń I piętra, Sali konferencyjnej Nr 357 w budynku Ministerstwa Środowiska przy ul. Wawelskiej 52/54 w Warszawie. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt. IV ust. 2 zamawiający wymagał załączenia do oferty kosztorysu ofertowego, opracowanego na podstawie kosztorysu przetargowego/ślepego, przygotowanego zgodnie z załącznikami nr 2,3,4, 5 do siwz. W pkt. IX. Opis i sposób obliczenia ceny w ust. 1a, zamawiający wskazał, że wykonawca obowiązany jest podać w formularzu ofertowym cenę całkowitą netto za realizację całości przedmiotu zamówienia, stawkę i kwotę podatku od towarów i usług - VAT oraz cenę brutto, natomiast w ust. 1b zamawiający wymagał złożenia kosztorysów ofertowych zawierających szczegółową kalkulację cenową, zgodnie z załącznikami nr 2, nr 3, nr 4 i nr 5 do siwz. Zgodnie z ust. 3 cena netto musiała stanowić sumę pozycji kosztorysów ofertowych, przygotowanych zgodnie z załącznikami nr 2, nr 3, nr4 i nr 5 do siwz. Zgodnie z pkt XIV ust. 3 siwz zamawiający postanowił, że „końcowe rozliczenie robót dokonane będzie na podstawie kosztorysów powykonawczych”. W projekcie umowy zamawiający wskazał w § 4 ust.1, że „za wykonanie robót Zamawiający zobowiązuje się zapłacić Wykonawcy wynagrodzenie w wysokości nie wyższej niż ...”. Ponadto zamawiający dopuścił częściowe rozliczenie robót oraz zapłatę wynagrodzenia w częściach. Zgodnie z brzmieniem ust. 3 ww. paragrafu „Odbiory częściowe będą dokonywane na podstawie poszczególnych kosztorysów powykonawczych i protokołów częściowych odbioru robót ...” natomiast zgodni z ust. 4 „Odbiór końcowy nastąpi na podstawie branżowych kosztorysów powykonawczych i protokołu końcowego odbioru robót ...”.

W świetle powyższych postanowień Izba stwierdziła, że wbrew twierdzeniu odwołującego z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz projektu umowy wynika, że zamawiający przewidział w przedmiotowym postępowaniu wynagrodzenie kosztorysowe jednocześnie wskazując, że nie może ono przekraczać wartości maksymalnej - ceny oferty. Postanowienie zawarte w pkt. IX ust. 9 siwz, iż „ceny podane w ofercie nie podlegają zmianom przez cały okres obowiązywania umowy” nie świadczy o wynagrodzeniu ryczałtowym. Wskazuje natomiast, że ceny podane w kosztorysach ofertowych przez wykonawcę są stałe w czasie realizacji zamówienia i nie podlegają zmianom (np. w przypadku wzrostu cen na rynku). Postanowienie, iż „w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia i realizacji przyszłego świadczenia umownego” oznacza, że to na wykonawcy spoczywa ryzyko uwzględnienia w cenie oferty wszystkich

kosztów wykonania przedmiotu zamówienia, w szczególności z tego względu, że ceny kosztorysowe nie mogą ulec zmianie, a cena oferty jest ceną maksymalną.

Izba nie podzieliła twierdzenia odwołującego, że zapisy siwz w części dotyczącej sposobu obliczenia ceny oferty są nieprecyzyjne. Zamawiający w specyfikacji podał jednoznacznie, że do oferty należy załączyć kosztorysy ofertowe według wzoru załączonego do siwz, które zawierają ceny robót składające się na cenę oferty. W sposób spójny zostały też opracowane w siwz, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz projekcie umowy zasady dotyczące sposobu dokonywania rozliczenia za wykonane prace. Podkreślić należy, że postanowienia te wprowadzają kosztorysowy sposób rozliczenia wykonanych robót z ograniczeniem jedynie maksymalnej wysokości ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy. Na marginesie należy wskazać, że spośród 13 wykonawców, którzy złożyli oferty w 12 ofertach wykonawcy załączyli kosztorysy szczegółowe, umożliwiające, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, dokonanie rozliczeń według zasad określonych w dokumentacji przetargowej.

Odwołujący złożył w ofercie kosztorysy ofertowe, w których nie zawarł podstawy wyliczenia, kosztów pośrednich, zysku i stawki roboczogodziny, zgodnie z wymaganiami pkt IV ppkt 2 siwz i wzorami kosztorysów opracowanymi przez zamawiającego i załączonymi do siwz (załączniki nr 2, nr 3, nr 4 i nr 5).

W przypadku dokonywania rozliczeń za wykonane prace na podstawie kosztorysów powykonawczych (częściowych i ostatecznego) szczegółowe kosztorysy ofertowe mają istotne znaczenie i w tym zakresie stanowią istotną treść oferty. Kosztorys uproszczony przedstawiony w ofercie przez odwołującego nie zawiera wszystkich informacji koniecznych do dokonania rozliczenia według zasad określonych w siwz, dlatego też należy uznać, że w tym zakresie treść oferty odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Brak podania przez odwołującego w ofercie podstawy wyliczenia kosztów pośrednich, zysku i stawki roboczogodziny (elementów cenotwórczych) nie może podlegać wyjaśnieniu, w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, gdyż prowadziłoby to do uzupełnienia oferty o nową treść, której nie można wywieść z treści złożonej oferty. Z tego względu nie jest możliwe także dokonanie poprawy treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Stwierdzony brak (niezgodność z siwz) w treści oferty odwołującego stanowi zatem podstawę do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 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 i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....