

WYROK

z dnia 27 lipca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant : Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 27 lipca 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lipca 2012 r. przez wykonawcę **Bronisława Gawrylczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „ELLA” Zakład Remontowo-Budowlany Bronisław Gawrylczyk z siedzibą w Sochaczewie, ul. Wróblewskiego 4** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Kowiesy, Kowiesy 85**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwa Instalacyjno Budowlanego INSBUD Krzesińscy spółka jawna z siedzibą w Skierniewicach, ul. Kozińskiego 40** zgłaszającego przystąpienie do udziału w postępowaniu odwoławczym sygn. akt KIO 1493/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie w całości,
2. Kosztami postępowania obciąża **Bronisława Gawrylczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „ELLA” Zakład Remontowo-Budowlany Bronisław Gawrylczyk z siedzibą w Sochaczewie, ul. Wróblewskiego 4** i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Bronisława Gawrylczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „ELLA” Zakład Remontowo-Budowlany Bronisław Gawrylczyk z siedzibą w Sochaczewie, ul. Wróblewskiego 4** 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 Łodzi Wydział Cywilny Zamiejscowy w Skierniewicach.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę świetlicy wiejskiej wraz z częścią OSP w Woli Pękoszewskiej zostało wszczęte przez zamawiającego Gminę Kowiesy, Kowiesy 85 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17 maja 2012r. za numerem 2012-160366.

W dniu 9 lipca 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej tj. oferty Przedsiębiorstwa Instalacyjno-Budowlanego „INSBUD” Krzesińscy spółka jawna oraz o odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) oferty Bronisława Gawrylczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „ELLA” Zakład Remontowo-Budowlany Bronisław Gawrylczyk z siedzibą w Sochaczewie, ul. Wróblewskiego 4 (odwołujący) z uwagi na niedołączenie do oferty kosztorysu ofertowego. W uzasadnieniu zamawiający podał, że w siwz określił formę wynagrodzenia jako kosztorysową. Brak kosztorysu ofertowego uniemożliwił mu dokonanie oceny zgodności zakresu robót budowlanych oferowanych przez wykonawcę z robotami określonymi przez zamawiającego w przedmiarze robót i kosztorysie ofertowym stanowiącym załączniki do siwz – dział 12 pkt. 12.4 siwz. Zamawiający wskazał, że w jego ocenie kosztorys nie jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ustawy i dlatego odstąpił od zatrzymania wadium.

W dniu 13 lipca 2012r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający dokonał badania i oceny ofert z rażącym naruszeniem przepisów ustawy. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego, która nie podlegała odrzuceniu, była bowiem w pełni zgodna z treścią siwz. W przypadku, gdyby zamawiający nie dokonał tej czynności - oferta odwołującego zostałaaby uznana za najkorzystniejszą. Zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez odrzucenie oferty odwołującego, która nie podlegała odrzuceniu, art. 7 ust. 1 ustawy, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienie czynności badania i oceny ofert -

w tym wyborze oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego. W uzasadnieniu podniósł, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie żądał dołączenia do oferty kosztorysów ofertowych. Odwołujący nie złożył w ofercie kosztorysów ofertowych. Zamawiający w trakcie pierwszego badania i oceny oferty poprosił odwołującego o złożenie kosztorysu (pomimo, że nie wynikało to z treści siwz), a odwołujący ten kosztorys dostarczył. Po wyjaśnieniu kwestii spornych - odwołujący został wybrany. Następnie zamawiający (zapewne po otrzymaniu pisma od konkurencji) - unieważnił czynność badania i oceny ofert oraz powtórzył badanie i ocenę ofert - odrzucając ofertę odwołującego. Odwołujący uważa, że zamawiający rażąco naruszył podstawowe zasady badania i oceny ofert, w tym przede wszystkim zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. W ocenie odwołującego nie było podstaw do odrzucenia jego oferty, gdyż zamawiający uzasadnił obowiązek dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego jedynie faktem, że w siwz określono wynagrodzenie jako kosztorysowe (m.in. Pkt 3.6 SIWZ). Jednakże w siwz w żadnym miejscu nie wskazano, że na etapie składania ofert wymagane jest dołączenie do oferty kosztorysu ofertowego. Wręcz przeciwnie, w ocenie odwołującego, istnieją postanowienia siwz określające, że obowiązek złożenia kosztorysu ofertowego dotyczy etapu realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego, czyli już po badaniu i ocenie ofert oraz wyborze oferty najkorzystniejszej. Świadczy o tym pkt 3.4 ppkt 8) lit. A), zgodnie z którym „Wykonawca którego oferta zostanie wybrana do realizacji zadania, jest zobowiązany do przedłożenia zamawiającemu - w dniu podpisania umowy - kosztorysów ofertowych z podziałem na część kwalifikowaną (finansowaną w ramach działania „Odnowa i rozwój wsi”) i niekwalifikowaną (finansowaną przez zamawiającego) - w rozbiciu na poszczególne branże”.

Jest to jedyne postanowienie siwz dotyczące obowiązku złożenia kosztorysów ofertowych. Wynika z niego wprost, że obowiązek złożenia tych dokumentów dotyczył tylko i wyłącznie etapu po badaniu i ocenie ofert oraz wyborze oferty najkorzystniejszej. A contrario, odwołujący uważa, że obowiązek ten nie rozciągał się na etap składania ofert. Na tym etapie załączone kosztorysy ofertowe powinny być traktowane przez zamawiającego jako dokumenty pomocnicze. Uważa także, iż brak tych kosztorysów lub stwierdzenie ich wadliwości nie mogły stanowić przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp. Powołał również to, że w punkcie 3.6 SIWZ stwierdzono, że : „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w projektach budowlanych i przedmiarach robót, na podstawie których (Wykonawca) określi wynagrodzenie kosztorysowe za przedmiot zamówienia”. Z powyższego według odwołującego wynika, że w przedmiotowym postępowaniu kosztorys ofertowy nie służył określeniu wynagrodzenia kosztorysowego, która

to czynność następuje na etapie składania ofert. Wynagrodzenie kosztorysowe miało być bowiem ustalone wyłącznie na podstawie projektów budowlanych i przedmiarów robót. Nie można więc stwierdzić, że kosztorys ofertowy na etapie składania ofert był elementem niezbędnym ze względu na konieczność ustalenia na jego podstawie wynagrodzenia. Co więcej, z postanowień siwz w zasadzie nie wynika, czemu miał służyć zamawiającemu ten kosztorys na etapie składania ofert. Odwołujący podniósł także, że pomimo nazwania wynagrodzenia „kosztorysowym” - w niniejszej sytuacji zamawiający w istocie dopuścił do tego, że z całokształtu siwz wynika, że na etapie oceny ofert - ceny wynikające z kosztorysów - nie miały dla niego żadnego znaczenia. W ocenie odwołującego - w przedmiotowym postępowaniu wynagrodzenie nie miało charakteru czysto „kosztorysowego” pomimo nazwania tak ceny. W szczególności zwrócił uwagę na postanowienia umowy stanowiącej załącznik do SIWZ tj. §5, który stanowi, że cena kosztorysowa oferty obejmuje koszty związane z realizacją przedmiotu umowy określonego w dokumentacji przetargowej, jak również nie ujęte, a niezbędne do wykonania zadania, a w szczególności wszelkie roboty przygotowawcze, porządkowe, zagospodarowanie placu budowy, koszty utrzymania zaplecza budowy w tym m.in.: zabezpieczenia wynikające z przepisów BHP i p.poż, oznakowanie robót, uzyskanie wymaganych decyzji, utrzymywanie w dobrym stanie i porządku dróg przyległych do placu budowy, naprawą szkód powstałych w wyniku realizacji robót, segregowania, składowania i utylizacji odpadów oraz gruzu budowlanego, przeprowadzania wszelkich wymaganych przepisami prób, sprawdzeń i odbiorów przewidywanych warunkami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlano-montażowych oraz instalacyjnych, obsługi archeologicznej i geodezyjnej wraz z wykonaniem inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej, oznakowania budynku zgodnie z przepisami p-poż i bhp oraz ponoszenie kosztów badań i opinii związanych z odbiorem technicznym przedmiotu umowy, ubezpieczenia oraz koszty usuwania wad i usterek gwarancyjnych i wynikających z rękojmi.”. Odwołujący uważa, że cena zawarta w ofercie - obejmować ma cały przedmiot wynikający z dokumentacji projektowej a ponadto - elementy nie ujęte, to nie jest ceną kosztorysową, a ponadto zamawiający nie żądał w siwz dołączenia kosztorysów ofertowych do oferty, w wyniku powyższego - nie mógł odrzucić oferty odwołującego. Odwołujący odwołał się do praktyki orzeczniczej Izby wskazującej na to, że niejasne postanowienia siwz nie mogą wywoływać negatywnych skutków dla wykonawców – w tym na wyrok z dnia 17 lutego 2011r. – sygn. akt KIO 218/11, wyrok z dnia 14 września 2009r. - sygn. KIO/ UZP 1086/09 . Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 11 lipca 2012r. udzielonego przez właściciela firmy odwołującej się. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 13 lipca 2012r.

W dniu 13 lipca 2012r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię, oraz wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 16 lipca 2012r. wpłynęło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia po stronie zamawiającego dokonane przez Przedsiębiorstwo Instalacyjno Budowlane INSUB Krzesińscy spółka jawna z siedzibą w Skierniewicach, ul. Kozińskiego 40. Wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została wybrana. Wniósł o oddalenie odwołania w całości. W uzasadnieniu podniósł, że cena określona przez zamawiającego została wskazana jednoznacznie jako cena kosztorysowa, stąd istotne dla zamawiającego są ceny jednostkowe poszczególnych rodzajów robót i są one elementem stałym w czasie trwania umowy. Powołał się na wyrok Izby z dnia 12 listopada 2009r. sygn. akt KIO/UZP 1396/09. Wskazał na dział 10n pkt. 6 siwz, z którego wynikał nakaz załączenia do oferty wszystkich wymaganych dokumentów, oświadczeń, załączników i innych dokumentów, o których mowa w siwz i na pkt. 7 z którego wynika, że jedynym dokumentem, co do którego zamawiający dopuścił możliwość modyfikacji przez wykonawców były przedmiary robót. W ocenie przystępującego świadczy to jednoznacznie, że zamawiający wymagał załączenia kosztorysów ofertowych. Wskazał także na pkt. 3.6. siwz, z którego wynikał obowiązek określenia wynagrodzenia kosztorysowego za przedmiot zamówienia na podstawie opisu tego przedmiotu znajdującego się w projektach budowlanych i przedmiarach robót. Wskazał także, że niezłączenie do oferty kosztorysu stanowi naruszenie art. 66 § 1 kc, gdyż oferta nie określa istotnych postanowień przyszłej umowy. Wskazał także na pkt. 4.1. działu 12, zgodnie z którym zamawiający żądał, aby zakres robót, który jest podstawą do określenia ceny był zgodny z zakresem robót określonym w przedmiarach robót i kosztorysach ofertowych (Załączniki do siwz). Z tego postanowienia siwz w ocenie przystępującego wynikało, że zamawiający badając i oceniając oferty musi porównywać załączone go ofert kosztorysy z przedmiarami, aby porównać zakres robót i rodzaj użytych materiałów. Podkreślił, że zamawiający w całym siwz posługuje się pojęciem kosztorysu ofertowego, a więc kosztorysu składanego w ofercie przed uzyskaniem zamówienia. W pkt. 3.4. zamawiający zobowiązał wykonawcę wybranego, aby w dniu podpisania umowy przedstawił kosztorys ofertowy (a więc ten załączony do oferty) w rozbiciu na część kwalifikowaną i niekwalifikowaną. Zgłoszenie zostało podpisane przez dyrektora. Kopia zgłoszenia została przekazana odwołującemu faksem i zamawiającemu osobiście w dniu 16 lipca 2012r.

W dniu 16 lipca 2012r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie i obciążenie odwołującego kosztami postępowania, także o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania. Zamawiający ponad argumentację zawartą w informacji o wyniku postępowania podniósł, że w dziale 12 siwz w sekcji 12.4.1 wskazał, iż zakres robót, który jest podstawą do określenia ceny, musi być zgodny z zakresem robót określonym w przedmiarach robót, kosztorysach ofertowych (załączniki do siwz). Ponadto w dziale 22 w pkt. 10, 14, 19,23 wskazano, że jednym z załączników do siwz są kosztorysy ofertowe w poszczególnych branżach. Formularze kosztorysów ofertowych (tzw. kosztorysy ślepe) zawierają podstawę wyceny, opisy robót, jednostki obmiaru oraz do uzupełnienia przez wykonawców – cenę jednostkową i wartość. Przeciwno obowiązkowi załączenia do oferty wypełnionych kosztorysów ofertowych, w ocenie zamawiającego nie przeczy pkt. 3.4 ppkt. 8 lit. a siwz, w którym doprecyzowano, że w dniu podpisania umowy wykonawca, którego oferta zostanie wybrana do realizacji zadania, jest zobowiązany przedstawić kosztorys ofertowy z podziałem na część kwalifikowaną (finansowaną w ramach działania „Odnowa i rozwój wsi) oraz niekwalifikowaną (finansowaną przez zamawiającego), w rozbiciu na poszczególne branże. Według zamawiającego jest to dodatkowy wymóg w stosunku do wykonawcy wybranego i oznacza nowy kosztorys na etapie podpisania umowy. Jednocześnie podkreślił zamawiający, że zgodnie z postanowieniem § 2 ust. 5 projektu umowy integralną częścią umowy jest siwz, a załącznikami do siwz są kosztorysy ofertowe, a więc one także są integralną częścią umowy. W toku postępowania zamawiający uznał, że niezłączenie przez odwołującego do oferty kosztorysu stanowi przesłankę odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z siwz. Kosztorys nie stanowi dokumentu, który może podlegać uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Stanowi on natomiast element oferty w rozumieniu art. 66 kc jako podstawa kalkulacji ceny oferty tj. jednego z postanowień przyszłej umowy. Kosztorys nie jest także dokumentem wymienionym w katalogu dokumentów w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226 poz. 1817). Zamawiający wskazał także na wyrok Izby z dnia 21 lipca 2009r. sygn. akt KIO/UZP 879/09.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Pomiędzy stronami sporna jest okoliczność, czy zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu, siwz lub załącznikach do siwz postawił wymóg załączenia do oferty wypełnionych przez wykonawców kosztorysów ofertowych stanowiących załączniki do siwz.

W zakresie spornym w ogłoszeniu o zamówieniu brak jest postanowień rozstrzygających wskazaną wyżej kwestię.

W siwz zawarto następujące postanowienia w dziale 3. „Opis przedmiotu zamówienia” w pkt. 3.4. „Dodatkowe informacje dot. realizacji przedmiotu zamówienia” zamawiający wskazał, że

1) Jeżeli w przedmiarach robót, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz dokumentacji architektoniczno-budowlanej pojawią się ewentualne wskazania znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, to określają one minimalny standard jakości materiałów lub urządzeń przyjętych przykładowo do wyceny. Zamawiający dopuszcza zastosowanie materiałów innego producenta o parametrach równoważnych lecz nie gorszych, niż przyjęto w dokumentacji technicznej. Wskazanie równoważności zaoferowanego przedmiotu spoczywa na wykonawcy.

2) Użyte materiały i urządzenia winny być w I gatunku jakościowym i wymiarowym, posiadające odpowiednie dopuszczenia do stosowania w budownictwie i zapewniające sprawność eksploatacyjną.

3) Przed wbudowaniem materiałów wykonawca jest zobowiązany uzyskać na nie pisemną akceptację inspektora nadzoru i upoważnionego przedstawiciela zamawiającego.

4) Wykonawca jest zobowiązany dostarczyć deklaracje zgodności na użyte materiały z wymaganymi załącznikami przed ich wbudowaniem oraz karty przekazywanych odpadów, w przypadku ich wystąpienia.

5) Ewentualne odstępstwa od dokumentacji technicznej mogą być wprowadzone pod warunkiem uzyskania pisemnej zgody projektanta, inspektora nadzoru i zamawiającego.

6) Wykonawca zapewnia obsługę archeologiczną i geodezyjną dotyczącą przedmiotu zamówienia (wytyczenie budynku, zbiornika na ścieki, przyłączy, itp, inwentaryzację powykonawczą oraz nadzór archeologiczny, w tym sprawozdanie z prowadzenia nadzoru).

7) Kolorystyka elewacji, ścian wewnętrznych, okładzin, płytek ceramicznych – w uzgodnieniu z zamawiającym.

8) Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana do realizacji zadania, jest zobowiązany do przedłożenia zamawiającemu:

a) w dniu podpisania umowy – kosztorysów ofertowych z podziałem na część kwalifikowaną (finansowaną w ramach działania „Odnowa i rozwój wsi”) i niekwalifikowaną (finansowaną przez zamawiającego) – w rozbiciu na poszczególne branże;

b) harmonogramu rzeczowo-finansowego z określeniem terminu wykonania robót, z podziałem na dwa etapy: I etap – stan surowy zamknięty – do 15.10.2012 r, II etap – zakończenie całego zadania – do 09.08.2013 r.

c)w dniu odbioru - kosztorysów powykonawczych: całkowity oraz z podziałem na część kwalifikowaną (finansowaną w ramach działania „Odnowa i rozwój wsi”) i niekwalifikowaną (finansowaną przez zamawiającego) – w rozbiciu na poszczególne branże;

W dziale 3 w pkt. 3.6. siwz zamawiający określił, że w ramach zadania wykonawca wykona pełen zakres robót określony w projektach budowlanych i przedmiarach robót, jak również wszelkie zobowiązania wynikające z wzoru umowy, SIWZ i STWiOR. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w projektach budowlanych i przedmiarach robót, na podstawie których określi wynagrodzenie kosztorysowe za przedmiot zamówienia.

W dziale 3 w pkt 3.13. siwz zamawiający uregulował sposób zapłaty wynagrodzenia za wykonanie zamówienia stanowiąc, iż wypłata wynagrodzenia kosztorysowego za wykonanie przedmiotu umowy – na podstawie faktury końcowej, po całkowitym zakończeniu i odbiorze robót. Faktura końcowa wystawiona będzie na podstawie protokołu odbioru końcowego. Termin płatności faktury wynosi 30 dni od daty jej otrzymania przez zamawiającego.

W dziale 10. „Opis sposobu przygotowywania ofert” w pkt. 2) siwz zamawiający wskazał, że oferta musi uwzględniać wszystkie koszty związane z prawidłową realizacją zamówienia. Przyjmuje się, że wykonawca upewnił się co do prawidłowości i kompletności oferty, która powinna pokryć wszystkie jego zobowiązania umowne, a także wszystkie elementy niezbędne do właściwego wykonania robót oraz usunięcia usterek.

W dziale 10 pkt 6) siwz określił, że oferta powinna zawierać wszystkie wymagane dokumenty, oświadczenia, załączniki i inne dokumenty, o których mowa w treści niniejszej specyfikacji, zaś w pkt 7) siwz podał, że dokumenty winny być sporządzone zgodnie z zaleceniami oraz przedstawionymi przez zamawiającego wzorami (załącznikami do SIWZ), zawierać informacje i dane określone w tych dokumentach. Zamawiający dopuścił zastąpienie formularzy załączonych do SIWZ, przeznaczonych do sporządzenia przez wykonawcę dokumentów wchodzących w skład oferty, ich odpowiednikami opracowanymi przez wykonawcę, pod warunkiem niedokonywania w nich żadnych zmian w treści poszczególnych pozycji, kolumn i wierszy w stosunku do formularzy załączonych do SIWZ. Jedynym załącznikiem, w którym zamawiający dopuścił wprowadzanie zmian jest przedmiar robót. Zmiany te mogą dotyczyć jedynie występujących w przedmiarze nazw własnych producentów, które nie są wiążące dla wykonawcy. Należy je traktować jako materiały przykładowe do określenia parametrów i wymogów technicznych. Zamawiający dopuścił zastosowanie materiałów o parametrach nie gorszych niż wskazane przez zamawiającego. Wykonawca, który powoływał się na rozwiązania równoważne z opisywanym przez

zamawiającego, był zobowiązany wskazać, że oferowane przez niego materiały i roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego w załączonej specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz dokumentacji projektowej.

W dziale 12. „Opis sposobu obliczenia ceny” w pkt 12.1. zamawiający wskazał na charakter ceny tj. cenę kosztorysową za wykonanie przedmiotu zamówienia, którą należy przedstawić na załączonym do niniejszej SIWZ formularzu ofertowym, a w pkt 12.2. podał, że cena podana w ofercie obejmuje wszystkie koszty związane z terminowym i prawidłowym wykonaniem przedmiotu zamówienia oraz warunkami i wytycznymi stawianymi przez zamawiającego, odnoszące się do przedmiotu zamówienia, zysk wykonawcy oraz wszystkie wymagane przepisami podatki i opłaty, w tym podatek VAT.

W pkt. 12.4 siwz określił także, iż cena oferty musi być podana w złotych polskich (PLN) cyfrowo i słownie, z wyodrębnieniem podatku VAT do dwóch miejsc po przecinku, przy zachowaniu następujących założeń:

- 1)zakres robót, który jest podstawą do określenia ceny, musi być zgodny z zakresem robót określonym w przedmiarach robót i kosztorysach ofertowych (załączniki do SIWZ),
- 2)cena musi zawierać wszelkie koszty związane z realizacją robót wynikające wprost z przedmiaru robót,
- 3)koszt wykonania robót, w tym urządzenia, materiały, sprzęt, robocizna,
- 4) narzuty i dodatki dla wykonawcy,
- 5)koszt wszystkich obowiązków kierownika budowy,
- 6)koszt transportu, montażu i dostaw,
- 7) pełen zakres robót objętych projektem podstawowym i wykonawczym, przedmiarem specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, innymi warunkami i wymaganiami zawartymi w niniejszej SIWZ,
- 8)sporządzenie planu Bezpieczeństwa i ochrony zdrowia,
- 9)koszty organizacji i zabezpieczenia placu budowy,
- 10)koszty wszelkich robót przygotowawczych, porządkowych i odtworzeniowych,
- 11)koszty związane z odbiorami wykonanych robót,
- 12)opracowanie pełnej dokumentacji powykonawczej, w tym: inwentaryzacja geodezyjna, nadzór archeologiczny, protokoły o sprawności przewodów wentylacyjnych i kominowych, pomiarów instalacji elektrycznej i odgromowej, wodociągowej, świadectwo energetyczne,
- 13)ewentualne opłaty za składowanie gruzu i ziemi,
- 14)koszty dostawy energii elektrycznej i wody oraz ogrzewanie budynku w okresie jesienno-zimowym (w okresie realizacji zadania),
- 15)sporządzenie instrukcji bezpieczeństwa pożarowego, ustalającej wymogi ochrony p-poż.

oraz oznakowanie i wyposażenie obiektu zgodnie z przepisami p-poż. i bhp.

W pkt 12.5. siwz zamawiający określił, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia uwzględniony jest w projekcie budowlanym. Zakres robót przewidzianych do wykonania zamówienia określają załączone do SIWZ przedmiary robót, ułatwiające skalkulowanie ceny. Wykonawca powinien dokładnie zapoznać się z dokumentacją techniczną i przygotować ofertę cenową w oparciu o własną analizę oraz przedmiar robót

W pkt. 12.9 siwz podał również, że w celu rozliczenia wykonanych robót zostanie zastosowane wynagrodzenie kosztorysowe.

W załącznik nr 1 formularz ofertowy pkt. 1.2 wskazał także na cenę kosztorysową za całe zadanie, a w pkt 2.1 oczekiwał złożenia oświadczenia, że kwoty określone w pkt 1 oferty uwzględniają wszelkie koszty, okoliczności i ryzyka niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia dla osiągnięcia zamierzonego efektu rzeczowego.

W załączniku nr 5 do siwz – projekt umowy zamawiający określił następujące istotne postanowienia umowne :

W §2 pkt. 5 podał, że szczegółowy zakres robót określają Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót oraz dokumentacje projektowe, stanowiące integralną część niniejszej umowy.

W §2. Pkt 6 wymagał, aby wykonawca przedłożył zamawiającemu:

1)kosztorysy ofertowe z podziałem na część kwalifikowaną (finansowaną w ramach działania „Odnowa i rozwój wsi”) i niekwalifikowaną (finansowaną przez zamawiającego) – w rozbiciu na poszczególne branże;

2)harmonogram rzeczowo-finansowego z określeniem terminu wykonania robót, z podziałem na dwa etapy: zakończenie I etapu –stanu surowego zamkniętego – do 15.10.2012 r, zakończenie całego zadania – do 09.08.2013 r.

3)w dniu odbioru - kosztorysy powykonawcze: całkowity oraz z podziałem na część kwalifikowaną (finansowaną w ramach działania „Odnowa i rozwój wsi”) i niekwalifikowaną (finansowaną przez zamawiającego) – w rozbiciu na poszczególne branże;

W §3 wskazał, że za wykonanie przedmiotu umowy, o którym mowa w §2 zamawiający zapłaci wykonawcy wynagrodzenie kosztorysowe w wysokości:

1.cena netto: zł (słownie:.....) plus% podatek VAT
w wysokościzł.

2.cena brutto: zł. (słownie:)

W §5 pkt 1.określił, że cena kosztorysowa oferty obejmuje koszty związane z realizacją przedmiotu umowy określonego w dokumentacji przetargowej, jak również nie ujęte, a

niezbędne do wykonania zadania, a w szczególności wszelkie roboty przygotowawcze, porządkowe, zagospodarowanie placu budowy, koszty utrzymania zaplecza budowy, w tym m.in.: zabezpieczenia wynikające z przepisów BHP i p.poż, oznakowanie robót, uzyskanie wymaganych decyzji, utrzymywanie w dobrym stanie i porządku dróg przyległych do placu budowy, naprawą szkód powstałych w wyniku realizacji robót, segregowania, składowania i utylizacji odpadów oraz gruzu budowlanego, przeprowadzania wszelkich wymaganych przepisami prób, sprawdzeń i odbiorów przewidywanych warunkami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlano-montażowych oraz instalacyjnych, obsługi archeologicznej i geodezyjnej wraz z wykonaniem inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej, oznakowania budynku zgodnie z przepisami p-poż i bhp oraz ponoszenie kosztów badań i opinii związanych z odbiorem technicznym przedmiotu umowy, ubezpieczenia oraz koszty usuwania wad i usterek gwarancyjnych i wynikających z rękojmi.

W § 5 pkt 2 podał, że postawą do wystawienia faktury będzie zatwierdzony przez zamawiającego protokół odbioru przedmiotu zamówienia zgodnie z zasadami określonymi w §7 umowy.

Do siwz załączono także kosztorysy nazwane przez zamawiającego jako ofertowe dla poszczególnych branż, które stanowią załączniki nr 10, 14, 19 i 23. W załącznikach brak jest wytycznych zamawiającego, co do obowiązku ich załączenia do siwz czy też wypełnienia.

Izba oceniała opinię przedłożoną przez odwołującego jako opinię prywatną i przyjęła ją jako rozszerzenie argumentacji odwołującego zawartej w odwołaniu.

Izba zażyła, co następuje :

Izba nie dopatrzyła się okoliczności, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie po stronie zamawiającego spełnia wymagania art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Jego oferta została odrzucona. Jego odwołanie zmierza do przywrócenia jego oferty do postępowania. Oferta ta jest korzystniejsza od oferty wybranej pod względem bilansu kryteriów ceny i gwarancji, a zatem w przypadku jego uwzględnienia ma szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku, jaki zakładał na realizacji zamówienia. W ocenie Izby przesłanka z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez jego zastosowanie wobec oferty odwołującego pomimo tego, że oferta ta odpowiada w swojej treści - treści siwz.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Nie ma racji odwołujący w swoim twierdzeniu, że zamawiający nie wymagał załączenia do oferty wypełnionych kosztorysów ofertowych, a wymóg ich złożenia określił na dzień podpisania umowy o zamówienie publiczne. Twierdzenie to pozostaje bowiem w sprzeczności z postanowieniem działu 10 „Opis sposobu przygotowania ofert” pkt. 7 począwszy od zdania ”Zmiany te mogą dotyczyć (...)” do końca tego punktu. Z ustaleń stanu faktycznego wynika, że zamawiający przede wszystkim w pkt. 10.6 siwz wskazał, co należy załączyć do oferty, a w pkt. 10.7 siwz określił, że pod pojęciem dokumenty rozumie dokumenty sporządzone przez wykonawcę zgodnie z przedstawionymi przez zamawiającego wzorami. Pojęcie „wzoru” zamawiający zdefiniował jako załącznik do siwz. Odwołujący nie przeczył temu, że załącznikami do siwz były kosztorysy zawarte w załącznikach 10, 14, 19 i 23. Tym samym uwzględniając polecenie zamawiającego z pkt. 10.6 siwz wykonawcy powinni byli sporządzić dokument według załącznika do siwz i załączyć go do oferty. Potwierdzeniem tego toku myślenia jest wyraźne postanowienie pkt. 10.7 siwz, zgodnie z którym zamawiający jasno i jednoznacznie określił, że dopuszcza zmiany w treści załączników do siwz, ale jedynie w zakresie przedmiaru robót i to wyłącznie w odniesieniu do występujących w przedmiarze nazw własnych producentów, które nie są dla wykonawców wiążące. Nielogiczne i zbędne byłoby to postanowienie siwz z pkt. 10.7 o zmianach nazw produktów, gdyby wykonawcy nie mieli załączyć wypełnionych cenami jednostkowymi i wartościami kosztorysów ofertowych. Jedyna logiczna wykładnia postanowień pkt. 10.6 i 7 siwz prowadzi do wniosku, że zamawiający oczekiwał załączenia do oferty wypełnionych załączników do siwz, w tym kosztorysów ofertowych. W ocenie Izby wbrew stanowisku zamawiającego i przystępującego, zamawiający nie wskazał w siwz, iż celem załączenia do oferty kosztorysów ofertowych jest ocena sposobu kalkulacji ceny i zgodności zakresu robót z dokumentacją techniczną. Cel przedłożenia kosztorysów ofertowych przez wykonawców do ofert, który został przez zamawiającego wskazany w siwz, wynika z pkt. 10.7 siwz. Zamawiający wyraźnie bowiem wskazał, że będzie badał czy zastosowano te same materiały, które on wskazał w opisie przedmiotu zamówienia, czy też materiały równoważne i czy wskazane materiały równoważne są nie gorsze od wskazanych przez zamawiającego. Aby takiego badania dokonać musiał dysponować wiedzą, jakie materiały wykonawcy proponują, tym samym musiał posiadać wypełnione kosztorysy ofertowe, w których albo wykonawca pozostawił wskazane przez zamawiającego nazwy, albo w myśl pkt. 10.7 siwz nazwy te zmienił podając materiały równoważne. Z tego względu

po analizie treści siwz Izba doszła do przekonania, że zamawiający w siwz wymagał załączenia do oferty kosztorysów ofertowych. Sam zamawiający w toku postępowania, przy pierwotnej ocenie ofert dał także wyraz swojej woli i ujawnił sposób wykładni treści siwz wzywając odwołującego do uzupełnienia kosztorysów. Odwołujący tego wezwania nie kwestionował. Izba zauważa, że załączenie kosztorysów ofertowych do ofert i późniejsze ich złożenie przy podpisaniu umowy miało służyć różnym celom. W pierwszym przypadku badaniu równoważności przedmiotu zamówienia, w drugim określeniu zakresu wydatków kwalifikowalnych i niekwalifikowanych w ramach działania „Odnowa i rozwój wsi”. W tej sytuacji podnoszone przez odwołującego wątpliwości, co do charakteru wynagrodzenia w przedmiotowym postępowaniu nie mają znaczenia dla rozstrzygnięcia. Izba uznała za prawidłowe stanowisko zamawiającego, że kosztorysy ofertowe nie są dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt. 1 lub 2 ustawy i nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Z tych względów należało uznać, że zamawiający prawidłowo zastosował art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy wobec oferty odwołującego, która nie zawierała dokumentu wymaganego przez zamawiającego w siwz i niepodlegającego uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. W tym stanie rzeczy podniesiony przez odwołującego zarzut nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania w działaniu zamawiającego upatrywał w niezgodnym z ustawą odrzuceniu jego oferty. Izba uznała, że zamawiający prawidłowo wykonał czynność odrzucenia oferty odwołującego, w tym stanie rzeczy nie doszło do naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy.

Zarzut ewentualnego naruszenia innych przepisów ustawy wynikających pośrednio lub bezpośrednio z uzasadnienia.

Izba nie stwierdziła, aby z uzasadnienia odwołania pośrednio lub bezpośrednio wynikały zarzuty naruszenia innych przepisów postępowania. Odwołujący nie podniósł na rozprawie jakiegokolwiek argumentacji w tym zakresie, z tego względu Izba uznała, że zarzuty naruszenia innych przepisów nie zostały przez odwołującego postawione, a powyższe sformułowanie znalazło się w odwołaniu jedynie z tzw. „ostrożności procesowej” odwołującego.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało oddalone przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć odwołującego. Izba obciążyła odwołującego kosztami postępowania w wysokości uiszczanego wpisu oraz kosztów zastępstwa prawnego z ograniczeniem do kwoty 3 600zł. 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 rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238) .

Przewodniczący