

WYROK

z dnia 24 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2014 r. przez wykonawcę L..... T....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe SAN-MET L..... T.....Technika Grzewcza, Sanitarna i Gazowa, ul. Powstańców Wielkopolskich 6, 89-100 Nakło nad Notecią** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Nakielski, ul. Gen. H. Dąbrowskiego 54, 89-100 Nakło nad Notecią**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
2. kosztami postępowania obciąża **Powiat Nakielski, ul. Gen. H. Dąbrowskiego 54, 89-100 Nakło nad Notecią** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę L..... T....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe SAN-MET L..... T..... Technika Grzewcza, Sanitarna i Gazowa, ul. Powstańców Wielkopolskich 6, 89-100 Nakło nad Notecią** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Powiatu Nakielskiego, ul. Gen. H. Dąbrowskiego 54, 89-100 Nakło nad Notecią** na rzecz wykonawcy L..... T....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe SAN-MET L..... T..... Technika Grzewcza, Sanitarna i Gazowa, ul. Powstańców Wielkopolskich 6, 89-100 Nakło nad Notecią** kwotę **13 600 zł 00 gr**

(słownie: trzynaście tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Powiat Nakielski w Nakle nad Notecią (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego na przebudowę systemu grzewczego polegającej na likwidacji podgrzewaczy gazowych i budowie kotłowni gazowej oraz instalacji centralnego ogrzewania w budynku Starostwa Powiatowego w Nakle nad Notecią przy ul. Gen. H. Dąbrowskiego 54, w ramach modernizacji przestarzałego systemu ogrzewania.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 16 kwietnia 2014 r. L..... T....., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe SAN-MET L..... T..... Technika Grzewcza, Sanitarna i Gazowa w Nakle nad Notecią (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zakwestionował odrzucenie własnej oferty z postępowania i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych poprzez uznanie, że treść złożonej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ);
2. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z zamiarem udzielenia zamówienia wybranemu wykonawcy z naruszeniem wymienionych przepisów;
3. art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i wnosił o jego oddalenie. Potwierdzał stanowisko Odwołującego, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, jednak wymagał kosztorysu szczegółowego, ponieważ skłaniały go do tego dotychczasowe doświadczenia. Odwołujący nie zgłaszał ani uwag ani pytań do SIWZ. Zamawiający podnosił, iż przedmiotem zamówienia jest remont starej instalacji, a więc różne rzeczy mogą się wydarzyć w trakcie prac. Zauważał, że w przypadku zejścia wykonawcy z roboty bądź odstąpienia od umowy, wobec braku kosztorysu szczegółowego, nie będzie mógł dokonać rozliczenia. W projekcie umowy wskazano, że może być konieczność wykonania elementów zamiennych. Wskazywał, że kosztorys ofertowy załączony do oferty

Odwołującego jest kosztorysem uproszczonym, który nie zawiera rozbicia pozycji na poszczególne elementy. Dodatkowo elementy kosztorysu Odwołującego zostały wycenione na wyjątkowo niskim poziomie – zaniżone o 500 - 1000 zł w stosunku do kosztorysu inwestorskiego bądź kosztorysów pozostałych wykonawców (przykładowo pozycja warta około 1000 zł została wyceniona na 9 zł). Wobec tego, że był to jedynie kosztorys uproszczony, nie miał podstaw, aby dopytywać o sposób wyceny danej pozycji.

Na pytanie przewodniczącej, czy wobec tego odrzucił ofertę w związku z rażąco niską ceną Zamawiający odpowiada, że nie, odrzucił Odwołującego z przyczyn formalnych z powodu braku kosztorysu szczegółowego. Podnosił że część wykonawców złożyła wymagany kosztorys, a część nie. Wszystkich w takiej samej sytuacji potraktował jednakowo.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art, 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych ponieważ, jak stwierdził Zamawiający, treść oferty nie odpowiadała treści specyfikacji. Podstawą odrzucenia oferty był brak kosztorysu ofertowego szczegółowego wraz z tabelą elementów scalonych. W ocenie Odwołującego nie jest to uzasadnione, ponieważ wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy zostało określone jako ryczałtowe, a kosztorys ofertowy załączony do oferty był wystarczający.

W związku z powyższym Odwołujący wnosil o:

1. uwzględnienie odwołania oraz
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Odwołującego.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, wówczas Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Nie był sporny ryczałtowy charakter zamówienia za wykonanie przedmiotu umowy.
2. W rozdziale II SIWZ w pkt. Uwaga wskazano:
„W niniejszej specyfikacji przedmiar robót jest traktowany, jako materiał pomocniczy do dokumentacji projektowej, z tym że wykonawca powinien zapoznać się z przedmiarami robót.”
3. Zamawiający w SIWZ w rozdziale XV. Opis sposobu obliczenia ceny oferty określił, że:
 - a) Cenę oferty należy podać w formie ryczałtu. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964r. - Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964r. Nr 16, poz. 93 ze zm.) ten rodzaj wynagrodzenia określa w art. 632, cytując brzmienie tegoż artykułu;
 - b) W związku z powyższym cena oferty musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające wprost z dokumentacji projektowej, jak również w niej nieujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia, np, podatek VAT, wszelkie roboty przygotowawcze, porządkowe, zagospodarowanie placu budowy, koszty utrzymania zaplecza budowy, ewentualne wykonanie rusztowań, zysk, itp. Wykonawca winien przewidzieć wszelkie okoliczności mogące wpłynąć na kształtowanie się ceny zamówienia.
 - c) Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu zamówienia nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego,
 - d) skutki finansowe jakichkolwiek błędów w dokumentacji projektowej obciążają wykonawcę zamówienia, a zatem musi on przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia.
4. W Rozdziale VIII SIWZ zatytułowanym „Inne dokumenty wymagane od wykonawców” Zamawiający wymagał złożenia „szczegółowego kosztorysu ofertowego wraz z tabelą elementów scalonych”. Brak w SIWZ przypisania jakiegokolwiek znaczenia temu dokumentowi, które mogłoby wskazywać na skutki jego złożenia/niezłożenia wraz z ofertą. Brak również określenia, co Zamawiający rozumie pod pojęciem „kosztorys szczegółowy”.

5. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ treść oferty nie odpowiadała treści specyfikacji. Podstawą odrzucenia oferty był brak kosztorysu ofertowego szczegółowego wraz z tabelą elementów scalonych.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszeń przepisów wskazywanych w odwołaniu, w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada SIWZ. Utrwalony jest w orzecznictwie pogląd, że podstawą faktyczną odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ może być tylko rzeczywista treść oferty, o ile nie odpowiada wymogom jasno w SIWZ określonym. Przy czym nie chodzi o jakiegokolwiek wymogi Zamawiającego, ale wymogi odnoszące się do ukształtowania przyszłego świadczenia – przedmiotu umowy. Zatem podstawą odrzucenia oferty nie mogą być jakiegokolwiek wymogi Zamawiającego, zawarte w SIWZ, które nie mają bezpośredniego związku z treścią oferty rozumianą wąsko, jako zakres przyszłego świadczenia. Oczywiście jest, że kosztorys, co do zasady, określa elementy i prace, które zostaną wykonane w ramach robót budowlanych. Jednak znaczenie kosztorysu nie jest jednakowe we wszystkich okolicznościach – zależy od ukształtowania przez Zamawiającego postanowień SIWZ, projektu umowy, a w szczególności – od charakteru wynagrodzenia (czy jest to wynagrodzenie ryczałtowe czy kosztorysowe).

W niniejszym zamówieniu wynagrodzenie określone jako ryczałtowe (art. 632 Kodeksu cywilnego). Brak w SIWZ i projekcie umowy jakichkolwiek postanowień, które przypisywałyby kosztorysowi załączonemu do oferty jakiegokolwiek znaczenie. Jest to konieczne przy wynagrodzeniu ryczałtowym, ponieważ – odmiennie niż przy wynagrodzeniu kosztorysowym - brak jakiegokolwiek „naturalnego” powiązania pomiędzy kosztorysem a wynagrodzeniem czy sposobem realizacji umowy. Kosztorys w takim przypadku (przy wynagrodzeniu ryczałtowym) nie określa treści świadczenia – zakres robót budowlanych określony jest w dokumentacji projektowej (nawet Zamawiający w § 7 ust. 3 projektu umowy wskazuje, że „wynagrodzenie obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia, wynikające wprost z dokumentacji projektowej, a jak również nieujęte, bez których nie można wykonać realizacji zamówienia”); przedmiar załączony do SIWZ miał charakter jedynie pomocniczy, co wyraźnie w SIWZ zaznaczono. Już sam ten fakt uniemożliwiałby porównanie Zamawiającemu złożonych w postępowaniu kosztorysów z zachowaniem równego traktowania wykonawców.

Postanowienia umowne w żaden sposób nie odwołują się do kosztorysu ofertowego – rozliczenia (fakturowanie) będzie następować na podstawie protokołów odbioru sporządzonych zgodnie z harmonogramem. Co prawda mowa w postanowieniach umownych o robotach zamiennych i zaniechanych, jednak w ich kontekście również nie przywoływano kosztorysu ofertowego. W konsekwencji trzeba przyjąć, że kosztorys załączony do oferty w tymże postępowaniu miał charakter jedynie informacyjny, i jako taki nie mógł być podstawą odrzucenia oferty.

Reasumując, nie da się z postanowień SIWZ i projektu umowy wywieść, że kosztorys załączony do oferty miał jakiegokolwiek znaczenie przekładające się na zakres przyszłego zobowiązania, które powinno znaleźć odzwierciedlenie w treści oferty. Tym samym brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na brak załączenia do jego oferty kosztorysu szczegółowego z tabelą elementów scalonych. Niezależnie od powyższej argumentacji, należy zauważyć, że o ile Zamawiający oczekiwał skonkretyzowanej formy kosztorysu ofertowego (z wypowiedzi Zamawiającego na rozprawie wynikało, że oczekiwał on załączenia do oferty „kosztorysu sporządzonego metodą kalkulacji szczegółowej”), to powinien oczekiwaną przez siebie formę zdefiniować w SIWZ, a nie pozostawiać domysłem wykonawców (Odwołujący mógłby twierdzić, że jego kosztorys ofertowy jest wystarczająco „szczegółowy”, a żadna metoda kalkulacji w SIWZ nie została przecież wskazana).

Reasumując, wobec braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego w związku z załączonym przez niego do oferty kosztorysem ofertowym, stwierdzono w czynnościach podjętych przez Zamawiającego naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu, w szczególności art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

.....