

Sygn. akt KIO/UZP 1393/09

WYROK
z dnia 19 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska
Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo BEGIER Henryk Begier i Synowie sp. j., ul. Obornicka 8a, Jelonek, 62-002 Suchy Las** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zakład Leczenia Uzależnień w Charcicach, Charcice 12, 64-412 Chrzypsko Wielkie** protestu z dnia 31 sierpnia 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Zakład Leczenia Uzależnień w Charcicach, Charcice 12, 64-412 Chrzypsko Wielkie i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 462 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo BEGIER Henryk Begier i Synowie sp. j., ul. Obornicka 8a, Jelonek, 62-002 Suchy Las,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 647 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sześćset czterdzieści siedem złotych zero groszy) przez **Zakład Leczenia Uzależnień w Charcicach, Charcice 12, 64-412 Chrzypsko Wielkie** na rzecz **Przedsiębiorstwo BEGIER Henryk Begier i Synowie sp. j., ul. Obornicka 8a, Jelonek, 62-002 Suchy Las** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kwoty zaliczonej w poczet kosztów postępowania z wpisu uiszczanego przez Odwołującego się, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu;
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 538 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo BEGIER Henryk Begier i Synowie sp. j., ul. Obornicka 8a, Jelonek, 62-002 Suchy Las.**

U z a s a d n i e n i e

Odwołujący – Przedsiębiorstwo „Begier” Henryk Begier i Synowie sp. j. w Jelonku, uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Rozbudowę i adaptację budynku administracyjno – hotelowego o klatkę schodową z jednoczesną zmianą sposobu użytkowania tego budynku na oddział łóżkowego leczenia uzależnień”, zarzucił Zamawiającemu, którym jest Zakład Leczenia Uzależnień w Charcicach bezzasadne odrzucenie jego oferty i wybór oferty złożonej przez konkurencyjnego wykonawcę.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę, którym jest Firma Architektoniczno – Budowlana Restauracji Zabytków „ARCHITEKTON” Leszek Peljan, Leszek Link sp. j. z siedzibą w Głogowie, a także powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert.

Uzasadniając stanowisko wskazał, że w prowadzonym postępowaniu jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, lecz wskutek uwzględnienia protestu innego wykonawcy, Zamawiający odrzucił ofertę i dokonał nowego wyboru oferty. W proteście tym wskazywano, że Zamawiający wymagał, aby do wyliczenia ceny ofertowej metodą kalkulacji uproszczonej zastosować formułę z „Polskich standardów kosztorysowania robót budowlanych”, co miało oznaczać, że w kosztorysach należało obowiązkowo zamieścić

zastosowane stawki i narzuty. Protestujący powoływał się także na zapisy § 3 ust. 6 a wzoru umowy, wg których „wysokość wynagrodzenia wykonawcy za roboty konieczne/zamienne ustalona zostanie kosztorysem zamiennym ... przyjmując do jego obliczenia ceny, stawki i narzuty zastosowane w kosztorysie ofertowym”.

Odwołujący w swoim przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu uznał zarzuty protestu za bezzasadne. Wskazał, że w SIWZ nie zawarto jednoznacznie wymogu podania w kosztorysach stawek i narzutów stosowanych do wyliczenia ceny, a zarzut protestu był oparty na subiektywnej interpretacji SIWZ. Podniósł także, że rzekoma wada kosztorysów ofertowych nie stanowi o niezgodności oferty z treścią SIWZ, a brakujące stawki i narzuty być może nigdy nie będą Zamawiającemu przydatne.

Zamawiający uwzględnił protest i odrzucił ofertę Odwołującego wybierając inną ofertę.

Wskazując na to Odwołujący stwierdził, że czynności Zamawiającego nie miały podstaw prawnych, a niejednoznaczne zapisy SIWZ nie mogą być dowolnie interpretowane. Wykonawca nie może ponosić konsekwencji niejednoznacznych postanowień SIWZ. Odwołujący stwierdził, że w cenach jednostkowych podanych w załączonych do oferty kosztorysach uwzględnił stawki i narzuty, co wynika z istoty i sposobu kalkulowania wynagrodzenia kosztorysowego, a nie podanie ich wielkości nie przesądza o niezgodności treści oferty z SIWZ. w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Za nieistotny uznał także Odwołujący argument wg którego nie będzie możliwe rozliczenie robót zamiennych w trakcie realizacji zamówienia, gdyby roboty takie wystąpiły.

Stwierdził, że Zamawiający nie wykazał, w jaki sposób brak przedmiotowych informacji może wpływać na zakres, wartość i sposób wykonania zamówienia wynikające z oferty. Wskazał przy tym, że możliwe jest uzupełnienie nieistotnych informacji w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, a informacje co do zastosowanych stawek i narzutów Zamawiający mógłby uzyskać w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, co nie stanowiłoby zakazanych negocjacji czy modyfikacji oferty. Ponadto Odwołujący złożył wniosek o zajęcie przez KIO stanowiska w sprawie terminu, jaki pozostał na realizację zamówienia wskazując, iż zgodnie z wymaganiami SIWZ Zamawiającego roboty należy wykonać i ostatecznie rozliczyć do dnia 11 grudnia 2009 r., co oznacza, że należałoby nakazać Zamawiającemu wydłużenie tego terminu w taki sposób, aby świadczenie było możliwe do wykonania.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości podtrzymując stanowisko zawarte w rozstrzygnięciu protestu. Zamawiający pismem z dnia 8.09.2009 r. zawiadomił o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp uznając, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. W rozstrzygnięciu protestu z dnia 8.09.2009 r. oraz wskazanym wyżej piśmie jako podstawę faktyczną odrzucenia Zamawiający podał fakt, że wykonawca nie wskazał w kosztorysie ofertowym stawek i narzutów zastosowanych przy obliczaniu ceny ofertowej. Wskazał, że wymóg taki wynikał z treści SIWZ: „Ceny

jednostkowe i stawki określone przez Wykonawcę w wycenionych Kosztorysach ofertowych nie będą zmieniane w toku realizacji przedmiotu zamówienia i nie będą podlegały waloryzacji (pkt 11.8 – opis sposobu obliczenia ceny). Wskazał też, że obowiązek taki został również zapisany w załączniku nr 5 do SIWZ – wzór umowy: „Wysokość wynagrodzenia Wykonawcy za roboty konieczne/zamienne ustalona zostanie kosztorysem zamiennym /kalkulacja dla ustalenia zmiany ceny umownej, jako propozycja zmian kosztorysu ofertowego z uwagi na zmiany pierwotnie przewidzianych ilości jednostek przedmiarowych , robót/, metodą kalkulacji szczegółowej, zgodnie z zasadami „Polskich standardów kosztorysowania robót budowlanych – wydanie SKB z 2005 r., przyjmując do jego obliczenia ceny, stawki i narzuty, zastosowane w kosztorysie ofertowym i ilości robót niezbędne do wykonania przedmiotu umowy (§ 3 ust. 6a). Zamawiający uznał, że nie ma podstaw do zastosowania w sprawie przepisu art. 87 ust. 1 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał również na brak podstaw prawnych do ustalania przez Izbę terminu realizacji umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Uwzględniając dokumentację postępowania, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i oferty odwołującego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o których stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, iż w pkt 11.2 siwz zamawiający zawarł wymagania sporządzenia kosztorysu ofertowego metodą kalkulacji uproszczonej, której formułę należy przyjąć wg „Polskich standardów kosztorysowania robót budowlanych” Stowarzyszenia Kosztorysantów Budowlanych, wydanie z 2005 r., ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w kosztorysach ofertowych. Ponadto stwierdzono, że „Wykonawca określi ceny jednostkowe netto (bez VAT) oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w kosztorysach ofertowych.”

SIWZ nie zawiera przy tym jednoznacznego stwierdzenia o powinności wyszczególnienia stawki roboczogodziny oraz wielkości narzutów. Zamawiający bowiem w punkcie 11.2. siwz posłużył się określeniem „formuła”, która, według słownika (www.sjp.pwn.pl) oznacza 1. konwencjonalny tekst, 2. zwięzłe sformułowanie przekazujące jakąś myśl, ideę itp., 3. ciąg symboli będący zapisem twierdzenia matematycznego, związku chemicznego itp., 4. zasada powstawania i działania czegoś, 5. zasada organizacji i charakter jakiejś imprezy, partii

politycznej itp.” W niniejszym kontekście do określenia „formuła” można odnieść definicje sformułowane w punkcie 2, 4. i 5., czyli ogólne zasady sporządzania kosztorysu uproszczonego. Jednocześnie Zamawiający w punkcie tym wskazał, że wykonawca w sporządzanym kosztorysie ma określić ceny jednostkowe netto (bez VAT) oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w kosztorysach ofertowych. Ponieważ jest to standardowa treść kosztorysu i istota jego tworzenia, odwołując się do formuły tworzenia kosztorysu, zamieszczanie takiego wymogu w siwz byłoby kompletnie zbędne. Jednak równocześnie postanowienie to czytane jako polecenie, jakie informacje mają być zawarte w kosztorysie, można z tego wnioskować, iż są to jedyne wymagane przez Zamawiającego informacje, a zatem, *a contrario*, nie muszą być podane informacje inne, które zazwyczaj lub w niektórych kosztorysach uproszczonych są podawane, czyli, w niniejszym przypadku, stawki roboczogodziny i narzutów.

Nie jest przedmiotem sporu fakt, iż odwołujący w przedstawionym formularzu ofertowym nie zawarł informacji o przyjętej stawce roboczogodziny oraz wielkości narzutów. Natomiast, jak podaje w treści przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu oraz treści odwołania, wielkości powyższe uwzględnił w cenach jednostkowych podanych w kosztorysie stwierdzając, że prawidłowo skalkulował cenę.

Należy przy tym wskazać, że również Zamawiający nie zanegował prawidłowości obliczenia ceny.

Podana w proteście oraz jego rozstrzygnięciu argumentacja odnosząca się do tego, iż „ceny jednostkowe i stawki określone przez Wykonawcę w wycenionych kosztorysach ofertowych nie będą zmieniane w toku realizacji przedmiotu zamówienia i nie będą podlegały waloryzacji” oraz, iż „wysokość wynagrodzenia Wykonawcy za roboty konieczne/zamienne ustalona zostanie kosztorysem (...) przyjmując do jego obliczenia ceny, stawki i narzuty, zastosowane w kosztorysie ofertowym i ilości robót niezbędne do wykonania przedmiotu umowy”, a więc, iż w punktach tych wspomina się o stawkach i narzutach nie przesądza o błędnym sporządzeniu kosztorysu przez odwołującego. Zasadnicze znaczenie dla oceny poprawności ma bowiem instrukcja sporządzenia oferty (kosztorysu) zawarta w punkcie 11.2 siwz, do której odniesiono się powyżej. Natomiast przytoczone postanowienia, które będą miały znaczenie na etapie realizacji umowy są postanowieniami ogólnymi i odnoszącymi się do przyszłej sytuacji oznaczają, iż przy realizacji umowy strony będą się kierowały ustaleniami zawartymi w ofercie, przy czym zostały sformułowane przez Zamawiającego jeszcze w momencie, w którym nie wiedział on, jakie dokładnie informacje będzie zawierał kosztorys oferenta, z którym zostanie podpisana umowa, a mógł on również takie stawki i narzuty zawierać.

W ocenie składu orzekającego Izby w przypadku będącym przedmiotem orzekania, niepodanie wielkości narzutów oraz ogólnej stawki roboczogodziny, nie przesądza o niezgodności treści oferty z treścią siwz w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i tym samym nie uprawniało zamawiającego do zastosowania tego przepisu w niniejszej sprawie.

Dodatkowo należy stwierdzić, że informacje żądane przez zamawiającego, a pominięte w ofercie (kosztorysie ofertowym) przez odwołującego, nie wpływają na rozpoznanie i przyjęcie przez zamawiającego jednego z elementów *essentialae negotii* oferty jakim jest jej cena, a konkretnie nie odnoszą się do pozycji kosztorysu, według których wynagrodzenie z tytułu umowy zostanie ostatecznie ustalone. W związku z kosztorysowym charakterem wynagrodzenia umownego zawartego w projekcie umowy załączonej do siwz wynagrodzenie wyliczone zostanie w oparciu – jak można wnosić z istoty tego typu wynagrodzenia – o obmiary rzeczywiście wykonanych robót oraz przedstawione w kosztorysie ofertowym ceny jednostkowe w poszczególnych pozycjach przedmiarowych. Powyższe potwierdza również treść pkt 11.3 siwz, zgodnie z którym formą wynagrodzenia przyjętą we wzorze umowy będzie wynagrodzenie kosztorysowe, podlegające rozliczeniu wg obmiaru faktycznie wykonanych robót budowlanych.

Proponowana według pozycji kosztorysu ofertowego zapłata powinna zawierać i zaspakajać wszystkie roszczenia wykonawcy związane z wykonaniem umowy, w tym również elementy w kosztorysie nie ujęte, a także wszystkie koszty pośrednie i bezpośrednie, które wykonawca poniesie. Nie budzi więc wątpliwości, iż zakładany zysk czy koszty robocizny zostały przez wykonawcę wliczone i skalkulowane w poszczególnych cenach jednostkowych zawartych w kosztorysie. Natomiast zamawiający nie dysponuje żadną możliwością sprawdzenia i zweryfikowania prawidłowości wyliczenia poszczególnych cen jednostkowych, nawet gdy przyjęta i podana w kosztorysie średnia stawka roboczogodziny czy ogólne wielkości narzutów zostaną podane – w tym zakresie informacje takie należy uznać za zbędne z punktu widzenia możliwości zweryfikowania zgodności oferty z siwz czy ustawą.

W ofercie odwołującego podano natomiast wszystkie wymagane przez zamawiającego informacje niezbędne do stwierdzenia, iż oferta (rozumiana jako zobowiązanie do wykonania zamówienia wraz ze wszelkimi wiadomościami i zapisami, które to zobowiązanie dookreślają i precyzują) jest zgodna z treścią siwz.

Należy zatem stwierdzić, że pominięcie w przedmiarze informacji na temat stawki roboczogodziny czy narzutów, czyli informacji nieistotnych z punktu widzenia oceny zgodności oferty z treścią siwz w przedstawionym rozumieniu, niezgodności tego typu nie stanowi.

W ocenie Izby nie zostało wykazane przez zamawiającego, w jaki sposób brak przedmiotowych informacji może wpływać na zakres, wartość i sposób wykonania zamówienia wynikające z oferty, czyli na jej najbardziej istotne elementy.

W odniesieniu do kolejnego żądania odwołania Izba stwierdza, że nie ma podstaw prawnych do nakazania zmiany terminu realizacji umowy stron.

W związku z powyższym zasadne stało się nakazanie zamawiającemu dokonania powtórnej oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 191 ust. 1 i 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania. Uwzględniono koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika odwołującego w wysokości 3 600,00 zł oraz uzasadnione koszty dojazdu na posiedzenie, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy – zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....