

Sygn. akt: KIO 908/15

WYROK
z dnia 14 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **14 maja 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 04 maja 2015 r. przez wykonawcę **W. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Jawał-Bruk W. C., ul. Marii Konopnickiej 15A, 72-100 Goleniów** w postępowaniu prowadzonym przez **Sąd Apelacyjny w Szczecinie, ul. Mickiewicza 163, 71-165 Szczecin**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budowlano Handlowe PERFEKT sp. z o.o., ul. Smolańska 3, 70-026 Szczecin** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 908/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **W. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Jawał-Bruk W. C., ul. Marii Konopnickiej 15A, 72-100 Goleniów** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **W. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Jawał-Bruk W. C., ul. Marii Konopnickiej 15A, 72-100 Goleniów** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **W. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Jawał-Bruk W. C., ul. Marii Konopnickiej 15A, 72-100 Goleniów** na rzecz **Sądu Apelacyjnego w Szczecinie, ul. Mickiewicza 163, 71-165 Szczecin** kwotę **4 758 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące siedemset pięćdziesiąt osiem złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu oraz noclegu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Szczecinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *„Sukcesywne wykonywanie robót budowlanych z zakresu konserwacji bieżącej w roku 2015 w Sądzie Apelacyjnym w Szczecinie w celu utrzymania dobrego stanu technicznego i estetycznego budynku sądu i jego otoczenia.”* Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 kwietnia 2015 r. pod numerem 47127-2015.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i wnosząc o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego twierdząc, że Odwołujący zaoferował koszty zakupu, koszty pośrednie i zysk wyższe niż maksymalne wskaźniki kosztów dla województwa zachodniopomorskiego w wydawnictwie Sekocenbud. Odwołujący zwrócił uwagę, że w wymienionym wydawnictwie nie są publikowane narzuty przywołane przez Zamawiającego dla województwa zachodniopomorskiego. Zdaniem Odwołującego, postępowanie Zamawiającego w tym zakresie jest niezgodne z opisem wymagań zawartych w SIWZ w rozdziale X pkt 7, gdzie postanowiono, że: *„Czynniki cenotwórcze nie mogą przekroczyć wartości maksymalnych robót ogólnobudowlanych remontowych dla województwa zachodniopomorskiego publikowanych w informacjach o stawkach robocizny kosztorysowej oraz pracy sprzętu budowlanego „sekocenbud” wydawanych przez ośrodek wdrożeń ekonomiczno-organizacyjnych budownictwa „promocja” w I kwartale 2015 r.”*

Odwołujący podniósł, że wymagania Zamawiającego zawarte w pkt. 7. rozdziału X SIWZ jednoznacznie określały, że czynniki cenotwórcze nie mogą przekroczyć wartości maksymalnych robót ogólnobudowlanych - remontowych dla województwa zachodniopomorskiego podanych w wydawnictwie „Sekocenbud” dla I kwartału 2015 r. Zaś powołane wydawnictwo tylko w części 1 w rozdziale 2. podaje dane dla czynników cenotwórczych w województwach (stawka robocizny kosztorysowej netto i brutto). W tabeli nr 1.2. Stawki robocizny kosztorysowej w robotach ogólnobudowlanych - remontowych w poz.16 województwo zachodniopomorskie w kolumnie 11 podano, że stawka max robocizny netto (bez narzutów) wynosi 14,80 zł /r-g, a max stawka robocizny brutto (z narzutami) wynosi 28,50 zł/r-g.

Dalej Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z ofertą cenową Odwołującego stawka robocizny kosztorysowej netto wynosi 10,90 zł /r-g, a stawka robocizny brutto z narzutami 24,852 zł/r-g i nie przekracza stawek maksymalnych (wyliczono zgodnie z zasadami zawartymi na str. 6 zeszytu, że „Stawki robocizny kosztorysowej brutto obejmują wartość stawek kosztorysowych netto powiększonych o narzut kosztów pośrednich i zysk kalkulacyjny”. Kp wynosi 90 % a zysk z = 20%, stawka robocizny kosztorysowej brutto wynosi więc $10,90 \text{ zł /r-g} \times 1,90 \times 1,2 = 24.852 \text{ zł/r-g.}$)

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt. 7. rozdziału X SIWZ „czynniki cenotwórcze nie mogą przekroczyć wartości maksymalnych robót ogólnobudowlanych remontowych dla województwa zachodniopomorskiego publikowanych w informacjach o stawkach robocizny kosztorysowej oraz pracy sprzętu budowlanego „sekocenbud” wydawanych przez ośrodek wdrożeń ekonomiczno-organizacyjnych budownictwa „promocja” w I kwartale 2015 r.”

Jednocześnie Zamawiający zastrzegł (pkt 5 rozdziału X SIWZ), że „ocenie podlegać będzie wartość robót ogółem brutto (po zsumowaniu pozycji), godzinowa stawka robocizny kosztorysowej netto bez narzutów [zł/r-g], koszty pośrednie [Kp] od (R, S) [%], koszty zakupu [Kz] od (M) [%], zysk [Z] od (R + Kp(R), S + Kp(S)) [%] określone w zał. nr 1A, które należy przenieść do formularza oferty cenowej (zał. nr 1 siwz).”

Oprócz wskazanych wartości, wśród kryteriów oceny ofert wyróżniono również wysokość kary umownej (pkt rozdziału XII SIWZ), z zastrzeżeniem, że „w przypadku podania przez Wykonawcę, w ofercie kary umownej poniżej określonego przez zamawiającego minimum, zamawiający przyjmie, że wykonawca oferuje karę umowną o wartości minimalnej dopuszczonej przez zamawiającego, jeśli zaś wykonawca wskaże w ofercie karę umowną powyżej wskazanego limitu, zamawiający przyjmie, że wykonawca oferuje karę umowną o wartości maksymalnej dopuszczonej przez zamawiającego w danym przypadku.”

Jednocześnie Zamawiający wskazał (§ 10 ust. 1 projektu umowy), że: „Wynagrodzenie Wykonawcy za poszczególne zadania zostanie określone w oparciu o:

a) dla robót ujętych w zał. nr 1A na podstawie uproszczonego kosztorysu powykonawczego obejmującego obmiar wykonanych robót i oferowanych w zał. 1A cen jednostkowych,

b) dla robót nie ujętych w wykazie cen jednostkowych zał. nr 1A na podstawie kosztorysu powykonawczego w oparciu o oferowane składniki cenotwórcze wynoszące:

1) godzinowa stawka robocizny kosztorysowej netto bez narzutów [zł/r-g]:

2) koszty pośrednie [Kp] od (R, S) [%]:

3) koszty zakupu [Kz] od (M) [%]:

4) *zysk [Z] od (R + Kp(R), S + Kp(S)) [%]:*”

Wymienione wyżej wielkości (wskaźniki), które każdy z wykonawców winien określić, miały być przedstawione w Formularzu cenowym (projekt załącznika nr 1 do SIWZ).

Odwołujący w złożonej Ofercie cenowej podał, iż godzinowa stawka robocizny kosztorysowej netto bez narzutów wynosi 10,90 zł/r-g, koszty pośrednie wycenił na poziomie 90%, zaś koszty zakupu i zysk na poziomie 20%.

Wydawnictwo Sekocenbud, zawierające „Informację o stawkach robocizny kosztorysowej oraz cenach pracy sprzętu budowlanego” za pierwszy kwartał 2015 r. prezentuje w części I stawki w układzie: stawki minimalne, maksymalne, i średnie, zarówno w skali kraju, jak i w poszczególnych województwach, a także wybranych większych miastach, przy uwzględnieniu podziału robót (rodzaju robót). W części II podane są kalkulacyjne wskaźniki narzutów: kosztów pośrednich, kosztów zakupu oraz zysku, z uwzględnieniem rodzaju robót i z podziałem na wielkości maksymalne, minimalne i średnie. Z kolei w części III publikowane są ceny pracy i najmu sprzętu budowlanego. Według informacji zawartych w powołanym wydawnictwie (str. 6), w stawkach robocizny kosztorysowej netto uwzględnione są przede wszystkim wynagrodzenia robotników, płace uzupełniające, obligatoryjne obciążenia płac oraz odpisy na zakładowy fundusz świadczeń socjalnych. Zaś, stawki robocizny kosztorysowej brutto obejmują wartość stawek kosztorysowych netto powiększonych o narzut kosztów pośrednich i zysk kalkulacyjny.

Stawka robocizny kosztorysowej w robotach ogólnobudowlanych - remontowych, według powołanego wydawnictwa, dla województwa zachodniopomorskiego wynosi 14,80 zł netto oraz 28,50 zł brutto (str. 17). Wskaźniki narzutów prezentowane są na str. 34 i wynoszą one dla robót ogólnobudowlanych - remontowych w wartościach maksymalnych 14% dla kosztów zakupu, 80% dla kosztów pośrednich i 18% dla zysku.

Pismem z dnia 29 kwietnia 2015 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty, złożonej przez Odwołującego, z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ. Zamawiający wskazał, że SIWZ w pkt. 7 rozdziału X odwołuje się do ww. wydawnictwa. „Maksymalne czynniki cenotwórcze w I kwartale 2015 r. dla województwa zachodniopomorskiego publikowane w Informacjach o stawkach robocizny kosztorysowej oraz pracy sprzętu budowlanego Sekocenbud wynosiły odpowiednio: S – 14,80 PLN/rg, WKp-80%, Wz-18%, Wkz-14%. Wykonawca w czynnikach cenotwórczych:

- wskaźnik narzutu kosztów pośrednich podając wartość – 90%

- wskaźnik narzutów zysku podając wartość – 20%

- wskaźnik narzutu kosztów zakupu podając wartość – 20% przekroczył ich maksymalny wymiar dla województwa zachodniopomorskiego naruszając tym, wymagania postawione przez Zamawiającego w obowiązującej w niniejszym postępowaniu SIWZ.”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Istotą sporu między stronami jest rozstrzygnięcie, czy ograniczenia wynikające z pkt. 7. rozdziału X SIWZ dotyczą wszystkich czynników cenotwórczych składających się na wartość robót ogólnobudowlanych – remontowych, będących przedmiotem zamówienia, czy też wyłącznie robocizny.

Odwołujący stoi na stanowisku, że skoro prezentacji wartości maksymalnych w powołanym przez Zamawiającego wydawnictwie Sekocenbud z podziałem na województwa dokonano jedynie w odniesieniu do stawki robocizny, to ustanowione przez Zamawiającego ograniczenie o nieprzekraczaniu wartości maksymalnych czynników cenotwórczych dla województwa zachodniopomorskiego może dotyczyć jedynie przedmiotowego czynnika, bowiem tylko on jest przedstawiony w układzie uwzględniającym poszczególne województwa.

Z zaprezentowaną przez Odwołującego interpretacją nie można się jednak zgodzić. W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że w spornym postanowieniu SIWZ mowa jest o czynnikach cenotwórczych robót ogólnobudowlanych - remontowych. Zamawiający nie wskazał więc na jeden konkretny czynnik, do którego sporny wymóg miałby się odnosić, ale posługując się zwrotem „czynniki cenotwórcze” przesądził, że chodzi o wszystkie elementy składające się na cenę kalkulowanych robót.

Niezależnie od tego, że profesjonalny wykonawca nie powinien mieć wątpliwości, jakie czynniki cenotwórcze decydują o cenie konkretnej roboty, to dodatkowo Zamawiający wskazał, jakie to czynniki cenotwórcze wykonawca winien określić, zwrócił uwagę na ich znaczenie przy wyborze oferty najkorzystniejszej (kryteria oceny ofert) i obliczeniu wynagrodzenia należnemu wykonawcy (§ 10 projektu umowy). W tych okolicznościach, w ocenie Izby, nie powinno budzić wątpliwości, że Zamawiający ustanowił określony limit wartości dla wszystkich czynników cenotwórczych, wymienionych w pkt. 5. rozdziału X SIWZ oraz w projekcie Oferty cenowej. Zgodnie z wymaganiem Zamawiającego limitu tego należało poszukiwać w Informacji o stawkach robocizny kosztorysowej oraz cenach pracy sprzętu budowlanego, wydawanej przez Sekocenbud, obejmującej I kwartał 2015 r.

Bez znaczenia dla powyższej oceny pozostaje argumentacja Odwołującego, że wspomniane wydawnictwo prezentuje spośród czynników cenotwórczych jedynie dla robocizny stawki maksymalne z podziałem na województwa. Nie można bowiem pomijać, że powołana publikacja zawiera również maksymalne wielkości wskaźników narzutów, wymaganych przez Zamawiającego, jakie odnotowano w kraju. Zaprezentowanie maksymalnych wielkości jedynie dla kraju nie modyfikuje obowiązku wykonawcy, wyrażonego w pkt. 7. rozdziału X SIWZ. Skoro bowiem ustalono maksymalne stawki narzutów zakupu, kosztów pośrednich i zysku występujące w kraju, to nie sposób

zaprzeczyć, że wartość maksymalna, którą określono dla kraju nie dotyczy danego województwa. Stąd też, w ocenie Izby, nie budzi wątpliwości, że w sytuacji, w której Zamawiający odwołał się do wartości maksymalnych czynników cenotwórczych dla województwa zachodniopomorskiego, w przypadku braku podziału tych wskaźników w odniesieniu do województw należy zastosować ograniczenie (wartość maksymalną) ustalone dla kraju. Skoro bowiem desygnatem pojęcia „kraj” jest każde z województw to wartości, ustalenia, wskaźniki odnoszące się do kraju dotyczą również województwa.

Bez wpływu na powyższą ocenę pozostaje stanowisko Odwołującego, że zaproponowana przez niego stawka robocizny netto i stawka robocizny brutto nie przekracza wartości określonych we wskazanej publikacji. Po pierwsze bowiem, Odwołujący pomija, że stawkę robocizny brutto określono z przekroczeniem maksymalnych limitów narzutów zysku i kosztów pośrednich zaprezentowanych dla kraju w powołanej publikacji Sekocenbud. Z tych przyczyn stawka ta nie może być brana pod uwagę, bowiem nie uwzględnia wymagań Zamawiającego co do limitów narzutów. Po drugie, w stawce robocizny brutto nie uwzględnia się narzutów kosztów zakupu, które również zostały określone w sposób niezgodny z wymaganiami Zamawiającego. Po trzecie wreszcie, ocenie podlegały wymienione przez Zamawiającego czynniki cenotwórcze i nie była to tylko stawka robocizny, nawet w ujęciu brutto i netto. Stąd też Zamawiający nie może poprzestać jedynie na ocenie rzeczonych stawek i stwierdzeniu, że nie przekraczają limitów wskazanych w wydawnictwie Sokocenbud, skoro równoważne znaczenie miała wielkość poszczególnych narzutów.

Okoliczność, że Zamawiający przewidział pewien mechanizm naprawczy wobec przekroczenia w ofercie limitów ustanowionych przez Zamawiającego dla kary umownej nie powoduje, że rozwiązanie to należy zastosować wobec przekroczenia wartości maksymalnych dla wskaźników narzutów. Skoro Zamawiający tego nie przewidział, to nie można domagać się jego zastosowania. Oczekiwanie wyrażone przez Odwołującego mogło być ewentualnie artykułowane na etapie SIWZ.

Bez znaczenia pozostaje również okoliczność, że Zamawiający ustanowił pewne limity dla czynników cenotwórczych, skoro nie było to skutecznie kwestionowane na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający skorzystał z uprawnienia do określenia sposobu obliczenia cena, a skoro Odwołujący oceniał, że ustanowienie limitów dla wszystkich czynników nie pozwoli mu na realną wycenę prac konserwatorskich, to winien to kwestionować. Skoro tego zaniechał, to sporne postanowienia SIWZ musi uznać za obowiązujące.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. a i b i § 5 ust. 2 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 10.000,00 zł, wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł, koszty dojazdu na rozprawę w kwocie 400,00 zł oraz koszty noclegu w kwocie 758,00 zł.

Przewodniczący: