

Sygn. akt: KIO 1516 /10

**WYROK**  
**z dnia 2 sierpnia 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Rzońca**

**Protokolant: Patrycja Kaczmarska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **„Heilit + Woerner” Budowlana Wysoka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 52 – 200 Wrocław, ul. Lipowa 5a**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Powiatowych w Lubinie, 59 – 300 Lubin, ul. Odrodzenia 26**.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonanie ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Zarząd Dróg Powiatowych w Lubinie, 59 – 300 Lubin, ul. Odrodzenia 26 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10 000,00 zł 00 gr.(słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **„Heilit + Woerner” Budowlana Wysoka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością , 52 – 200 Wrocław, ul. Lipowa 5a,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 10 000,00 zł 00 gr.(słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) przez **Zarząd Dróg Powiatowych w Lubinie, 59 – 300 Lubin, ul. Odrodzenia 26** na rzecz „**Heilit + Woerner**” **Budowlana Wysoka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 52 – 200 Wrocław, ul. Lipowa 5a** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Legnicy**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Powiatowych w Lubinie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na "Remont byłej drogi wojewódzkiej nr 292, która od 1 stycznia 2010 roku zmieniła kategorię drogi na powiatową nr 1220D na odcinku od obwodnicy Rudnej do skrzyżowania z drogą krajową nr 3 (od km 66+353 do km80+379)". Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku Nr 223, poz. 1655 ze zmianami), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto w dniu 14 czerwca 2010 roku. Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Pismem z dnia 12 lipca 2010 roku - doręczonym wykonawcy Heilit + Woerner Budowlana Wysoka Sp. z o. o. , ul. Lipowa 5 A, 52-200 Wrocław (*dalej: Odwołujący*) w dniu 13 lipca 2010 r. drogą faxową - Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, ponieważ oferta nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych Warunków Zamówienia (*dalej: specyfikacja lub SIWZ*). Zamawiający wskazał, że zgodnie z rozdziałem XIII pkt 5 SIWZ do oferty należało dołączyć kosztorys w formie uproszczonej. Oferta Odwołującego kosztorysu takiego nie zawierała, a tym samym treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

W dniu 19 lipca 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Heilit + Woerner Budowlana Wysoka Sp. z o. o. z siedzibą we Wrocławiu .

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że jej treść odpowiada treści SIWZ;
2. Art. 87 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie czynności wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty w trybie przewidzianym w tym przepisie;

3. Art. 7 ustawy poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję i narusza zasady równego traktowania wykonawców.

Odwołujący żądał:

1. Uwzględnienie odwołania.
2. Unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego.
3. Unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Drogowego Sp. z o.o. w Głogowie.
4. Nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert.
5. Dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania podnosił, że zgodnie w SIWZ, w szczególności w rozdziale XIII, Zamawiający zdefiniował cenę jednostkową, jako jednostkową cenę ryczałtową obejmującą wszystko to, co konieczne do należytego wykonania przedmiotu umowy. Konsekwencją przyjęcia wynagrodzenia ryczałtowego jest zobowiązanie wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia w sposób określony przez zamawiającego, tj. m.in. zgodnie z przedmiarem robót, projektem wykonawczym i SST. Odwołujący wskazywał, że to powyższe dokumenty określają treść i przedmiot zamówienia, a nie uproszczony kosztorys ofertowy, o którym mowa w pkt 5 Rozdziału XIII SIWZ. W jego opinii, żądany przez Zamawiającego kosztorys ofertowy w formie uproszczonej ma zatem charakter wyłącznie pomocniczy a jego brak w żaden sposób nie rzutuje na zgodność oferty z SIWZ. Odwołujący podkreślał, że sam Zamawiający wskazał w pkt 7 Rozdziału XIII, SIWZ, że ryzyko prawidłowego skalkulowania wynagrodzenia obciąża wyłącznie wykonawcę. To wykonawca, składając ofertę, ponosi ryzyko prawidłowego skalkulowania ceny natomiast przedkładając ofertę składa jednocześnie oświadczenie o zapoznaniu się z warunkami i ich akceptacji SIWZ bez zastrzeżeń. Odwołujący podnosił, że błąd czy luka kosztorysu nie może być więc rozpatrywany w kontekście wadliwości treści oferty wykonawcy w stosunku do SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, skoro jest on zobowiązany do wykonania całego przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentami odniesienia, niezależnie od błędów, pomyłek, czy braku uszczegółowienia pozycji kosztorysowych, których Zamawiający nie zamierzał nawet weryfikować, co wynika wprost z pkt 5 rozdziału XIII SIWZ. W ocenie

Odwołującego, brak złożenia uproszczonego kosztorysu ofertowego nie ma znaczenia dla oceny merytorycznej zawartości oferty. Co najwyżej może on być traktowany jako brak formalny oferty, który nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP. Wskazał, że w przypadku wątpliwości, co do treści oferty Zamawiający mógł zwrócić się do wykonawcy o ich wyjaśnienie w trybie art. 87 ust. 1 PZP, czego nie uczynił. Ponadto podkreślał, że brak dodatkowego kosztorysu uproszczonego nie ma też żadnego wpływu na możliwość dokonania rozliczenia za wykonanie przedmiotu zamówienia. Zgodnie z warunkami SIWZ jak i wzorem umowy (§ 9 ust. 2 w zw. z § 8 ust. 1 oraz § 3 ust. 1 i 2 wzoru umowy) Zamawiający przewidział rozliczenie z wykonawcą na podstawie faktury wystawionej po wykonaniu całego przedmiotu umowy.

**Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, ofertę oraz stanowiska stron przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.**

W rozdziale IV i VIII SIWZ Zamawiający określił katalog dokumentów jakie wykonawcy winni dołączyć do oferty, w którym brak wskazania żądania załączenia kosztorysów uproszczonych.

Zgodnie z pkt 1 rozdziału VIII SIWZ Zamawiający żądał aby do oferty załączono Formularz ofertowy z ceną i gwarancją – Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SIWZ i Zbiorcze Zestawienie Kosztów zgodnie z Załącznikiem nr 1A do SIWZ. Izba stwierdziła, że Odwołujący załączył do oferty powyższe dokumenty żądane przez Zamawiającego.

W Rozdziale XIII SIWZ – Opis sposobu obliczenia ceny ofertowej - Zamawiający podał m. in. :

- w pkt 2 - w cenie jednostkowej należy ująć wszystkie roboty, dostawy i usługi niezbędne do wykonania przedmiotu umowy oraz warunki wynikające z projektu umowy (załącznik nr 7 do SIWZ). Zakres robót określają m. in.: przedmiar robót (załącznik nr 8 do SIWZ), projekt wykonawczy i SST (załącznik nr 9 do SIWZ);

- w pkt 3 - jednostkowa cena ryczałtowa oferty powinna stanowić sumę cen wynikającej ze wskazanego wyżej pkt 2 oraz ceny prac nieujętych w pkt 2, a określonych na podstawie ewentualnych ustaleń, przedmiarów własnych, uwzględniając wszystkie składniki określające przedmiot zamówienia;

- w pkt 7 - ustalona w umowie wysokość wynagrodzenia ryczałtowego jest ostateczna, niezależnie od rozmiaru robót budowlanych i innych świadczeń oraz ponoszonych przez wykonawcę kosztów ich realizacji. Za ustalenie ilości robót oraz za sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji wynagrodzenia ryczałtowego odpowiada wyłącznie wykonawca.

- w pkt 8 - wykonawca został zobowiązany do zdobycia wszelkich informacji, które mogą być konieczne do wykonania prawidłowej wyceny.

- w pkt 9 – Zamawiający od Wykonawcy, który przedstawi najkorzystniejszą ofertę zażąda w dniu podpisania umowy kosztorysu wykonanego metodą szczegółowej kalkulacji.

- w pkt 11 – roboty dodatkowe i uzupełniające będą rozliczane według a) powtarzające się pozycje z kosztorysu ofertowego będą rozliczane według cen jednostkowych ujętych w kosztorysie szczegółowym przekazanym przez Odwołującego przed podpisaniem umowy., b) pozycje nie ujętych w kosztorysie ofertowym będą one rozliczane w oparciu o stawki ceny roboczogodziny (R) oraz wskaźniki do kosztorysowania: Kp, Kz, Z – zastosowane w kalkulacji ceny do oferty złożonej przez wykonawcę - ceny jednostkowe materiałów i sprzętu do rozliczenia przyjmowane będą ze średnich stawek wydawnictwa SEKOCENBUD w kwartale poprzedzającym kwartał, w którym zlecono wykonanie robót dodatkowych lub uzupełniających.

Ponadto we wzorze umowy Zamawiający podał m. in.:

- w § 3 ust. 1 i 2 Zamawiający określił wynagrodzenie jako wynagrodzenie ryczałtowe obejmujące wszystkie koszty niezbędne do wykonania przedmiotu umowy, w tym także koszty robót nieobjętych dokumentacją o której mowa w § 1 ust.2.

- w § 4 ust. 3 w zakresie rozliczania robót dodatkowych i uzupełniających zawarto treść tożsamą z treścią pkt. 11 rozdziału XIII SIWZ.

### **Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż jego oferta po zsumowaniu punktów przyznawanych w ramach określonych przez Zamawiającego kryteriów, tj. cena i gwarancja, uzyskałaby najwyższą ilość punktów w porównaniu do ofert innych wykonawców. Wobec czego w razie uwzględnienia jego oferty uznana zostałaby ona za najkorzystniejszą w tym postępowaniu.

Skład orzekający Izby stwierdził również, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania wskazane w art. 189 ust. 2 ustawy, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przyjął ryczałtowy charakter wynagrodzenia. Wskazuje na to treść rozdziału XIII SIWZ oraz § 3 ust. 1 i 2 wzoru umowy. Konsekwencją przyjęcia wynagrodzenia ryczałtowego jest zobowiązanie wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia w sposób określony przez Zamawiającego, tj. zgodnie z przedmiarem robót, projektem wykonawczy i SST.

Izba zwraca uwagę, że w obowiązującym stanie prawnym nie została określona legalna definicja „ceny ryczałtowej”, jednak orzecznictwo sądowe pozwala na zdefiniowanie tego pojęcia. Zdaniem Sądu Najwyższego (wyrok z dnia 20 listopada 1998 r. sygn. akt II CKN 913/97) ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać wynagrodzenia wyższego.

Jak zauważył Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 6 marca 2001 roku IV Ca 1147/00, jeżeli za wykonane dzieło strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, dołączenie przez wykonawcę do umowy kosztorysu nie ma znaczenia, a dokument ów uznać należy jedynie za uzasadniający merytorycznie oferowaną przez przyjmującego zamówienie (wykonawcę) kwotę wynagrodzenia ryczałtowego.

Wobec powyższego Izba uznała za prawidłową i zasadną argumentację Odwołującego dotyczącą pomocniczego charakteru kosztorysu oferowanego w formie uproszczonej. W przedmiotowym postępowaniu cena ryczałtowa to cena za całość zamówienia, ustalona na podstawie: przedmiaru robót, projektu wykonawczego i SST a kosztorysy ofertowe mają znaczenie jedynie pomocnicze.

Z tego też powodu w sytuacji gdy wykonawca nie dołączył do oferty kosztorysu ofertowego uproszczonego nie można uznać, że wykonawca złożył ofertę niezgodną z

treścią SIWZ, bowiem to przedmiary robót oraz dokumentacja projektowa określają treść i przedmiot zamówienia. Brak kosztorysu nie uzasadnia odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w przypadku, gdy cena za wykonanie zamówienia jest ceną ryczałtową, a przedmiot zamówienia, do wykonania którego będzie zobowiązany wykonawca, został opisany poprzez odwołanie do dokumentacji technicznej, a nie do kosztorysu ofertowego.

Ponadto, bezsporne jest, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest tym dokumentem w postępowaniu, który ma decydujące znaczenie dla wykonawców, ponieważ określa stawiane im wymagania, zawiera opis przedmiotu zamówienia, który wyznacza zakres ich obowiązków na etapie wykonania zamówienia. To powoduje, że winna ona być traktowana w sposób dosłowny, zaś wszelkie nieścisłości na jej tle nie mogą w sposób negatywny obciążać wykonawców.

W związku z tym, że w przedmiotowej specyfikacji w rozdziałach dotyczących dokumentów, które należy załączyć do oferty (rozdziały IV i VIII) Zamawiający nie zawarł zapisu o wymogu załączenia do oferty kosztorysów ofertowych uproszczonych, a jedynie w pkt 5 rozdziału XIII – opis sposobu obliczania ceny ofertowej – zamieścił wzmiankę na ten temat, Izba stwierdza, że ww. braki i nieścisłości nie mogą rzutować na ważność oferty złożonej przez Odwołującego. Ponadto, jak podkreślał Odwołujący na rozprawie, co również znajduje odzwierciedlenie w przywołanych powyżej zapisach SIWZ (pkt. 5 rozdział XIII), złożonych wraz z ofertą kosztorysów ofertowych uproszczonych Zamawiający nie zamierzał weryfikować. Wyjaśnienia złożone na rozprawie, iż Zamawiający nie zamierzał weryfikować kosztorysów jedynie pod względem formalnym i rachunkowym nie znajdują odzwierciedlenia w treści SIWZ. Wobec tego, że Zamawiający nie zawarł w SIWZ jasnych i przejrzystych zapisów w zakresie obowiązku załączenia do oferty kosztorysów ofertowych uproszczonych a także, iż złożonych kosztorysów nie zamierzał weryfikować, Izba uznała, iż odrzucenie oferty Odwołującego z powodu ich braku jest niedopuszczalne.

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego w kwestii konieczności załączenia kosztorysów uproszczonych do oferty, gdyż jest to konieczne do właściwego rozliczenia robót dodatkowych i uzupełniających, które mają być zlecane wykonawcy wybranemu w niniejszym postępowaniu w trybie art. 67 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy. Izba podkreśla, iż Zamawiający w treści specyfikacji oraz we wzorze umowy jasno sprecyzował, że w takim przypadku powyższe roboty będą rozliczane według cen jednostkowych ujętych w kosztorysie szczegółowym przekazanym przez Odwołującego przed podpisaniem umowy a w przypadku pozycji nie ujętych w kosztorysie będą one rozliczane w oparciu o stawki ceny



roboczogodziny (R) oraz wskaźniki do kosztorysowania: Kp, Kz, Z – zastosowane w kalkulacji ceny do oferty złożonej przez wykonawcę - ceny jednostkowe materiałów i sprzętu do rozliczenia przyjmowane będą ze średnich stawek wydawnictwa SEKOCENBUD w kwartale poprzedzającym kwartał, w którym zlecono wykonanie robót dodatkowych lub uzupełniających.

Reasumując, Izba potwierdza naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 Pzp w związku z odrzuceniem oferty Odwołującego. Takie zachowanie Zamawiającego miało wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Naruszenie pozostałych przepisów wskazywanych w odwołaniu jest wtórne do naruszenia przepisów wyżej wymienionych, w związku z czym zarzuty ich dotyczące nie były przez Izbę rozpatrywane.

Izba wskazuje, iż nakazanie Zamawiającemu przywrócenia oferty Odwołującego do postępowania jest równoznaczne z koniecznością powtórzenia wszelkich niezbędnych czynności w postępowaniu, które wiążą się z pozostawieniem w postępowaniu ważnej oferty, która według kryteriów oceny ofert pozostaje ofertą najkorzystniejszą, typu: powtórzenie oceny ofert i ewentualny wybór tej oferty, chyba, że znajdą przesłanki unieważnienia postępowania lub wykluczenia wykonawcy albo odrzucenia jego oferty w związku z wystąpieniem innych okoliczności niż rozpatrywane w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i art. 192 ust. 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 § 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).

**Przewodniczący:**

.....

