

WYROK

z dnia 4 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2012 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Hawex W..... C....., ul. Toruńska 104a, 87-800 Włocławek** w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Gminy Topólka, Topólka 22, 87-875 Topólka,**

przy udziale wykonawcy **FHU KRZYŚ K..... W....., ul. Kwiatowa 17, 87-700 Aleksandrów Kujawski** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie dokonanie ponownej oceny złożonych ofert,
2. kosztami postępowania obciąża **Urząd Gminy Topólka, Topólka 22, 87-875 Topólka** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Hawex W..... C....., ul. Toruńska 104a, 87- 800 Włocławek** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Urzędu Gminy Topólka, Topólka 22, 87-875 Topólka** na rzecz **Przedsiębiorstwa Handlowo Usługowego Hawex W..... C....., ul. Toruńska 104a, 87- 800 Włocławek** kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć

tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 we Włocławku.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Topólka wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na budowę przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Topólka.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 14 sierpnia 2012r. pod pozycją 301170.

W toku przedmiotowego postępowania Zamawiający stwierdził, że Odwołujący: Wiesław Chrzanowski, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe Hawex W..... C....., Włocławek, ul. Toruńska 104 a złożył kosztorys ofertowy w postaci niepozwalającej na weryfikację poprawności przyjętych zakresów robót i z tego powodu pismem z dnia 3 września 2012r. wezwał go do przedłożenia kosztorysu ofertowego na zasadzie art.26 ust.3 oraz art.87 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Wykonując powyższe wezwanie Zamawiającego Odwołujący przy piśmie z dnia 7 września 2012r.załączył szczegółowy kosztorys ofertowy.

W dniu 18 września 2012r. Odwołujący powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy FHU Krzyś K..... W..... z siedzibą w Aleksandrowie Kujawskim i odrzuceniu oferty Odwołującego.

W swoim uzasadnieniu Zamawiający przyznał, że Odwołujący uzupełnił ofertę o żądane dokumenty, jednak wskazał, że o takim negatywnym rozstrzygnięciu zdecydował pierwotny brak w ofercie właściwego kosztorysu ofertowego.

Jako motywację własnej czynności Zamawiający podał między innymi wymaganie załączenia do oferty wypełnionych załączników SIWZ, w tym kosztorysu ofertowego.

Wskazał przy tym, że Zamawiający, dla celów porównawczych czy też w celu badania równoważności przedmiotu zamówienia miał prawo żądać uzupełnienia oferty o kosztorys ofertowy na podstawie art.87 ust.1 ustawy Pzp.

Zaznaczył także, że kosztorysy ofertowe nie są jednak dokumentami, o których mowa w art.26 ust.3 ustawy Pzp i wobec tego ofertę należało odrzucić na zasadzie art.89 ust.1 pkt.2 ustawy Pzp.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego, a także, z ewentualnym zaniechaniem wezwania go w trybie art. 87 ust.1 ustawy Pzp oraz wezwania go w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp do poprawienia oferty, w dniu 21 września 2012r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, 87 ust.1 i 87 ust.2 pkt 3 oraz art. 26 ust 3 i 4 w zw. z art. 25 ust 1 pkt 1 i 2 i art. 7 ust 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie wnosił o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania powtórnego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a także nakazanie Zamawiającemu wezwania odwołującego do wyjaśnienia oferty oraz jej poprawienia,
2. zasądzenie na rzecz Odwołującego od Zamawiającego kosztów postępowania według norm przepisanych w tym wpisu od odwołania w kwocie 10 000 zł oraz kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Według Odwołującego w wyniku naruszenia zasad zamówień określonych w ustawie Pzp, do których przestrzegania był zobowiązany Zamawiający, naraża on na uszczerbek interes prawny Odwołującego ubiegającego się o udzielenie niniejszego zamówienia, gdyż oferta Odwołującego według kryterium oceny zawartej w SIWZ była najkorzystniejszą spośród ofert biorących udział w przetargu i w przypadku uznania niezasadności odrzucenia tej oferty Odwołujący winien być wybrany, jako składający najkorzystniejszą ofertę do realizacji przedmiotu zamówienia.

Wskazał, że na wezwanie Zamawiającego złożył kosztorys szczegółowy, a wcześniej do oferty został złożony kosztorys uproszczony, który zawierał wszelkie pozycje katalogowe zawarte w przedmiarze robót, stanowiącym załącznik do zamówienia, polegający na obliczeniu wartości kosztorysowej robót objętych przedmiarem robót, jako sumy iloczynów ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych i ich cen jednostkowych.

Według Odwołującego ujęte w tym kosztorysie ceny jednostkowe przy tych samych pozycjach katalogowych są jednakowe i w oparciu o tak przedstawiony kosztorys nie ma wątpliwości zarówno, co do zakresu przedmiotu umowy, ilości poszczególnych robót, czy użytych materiałów, cen jednostkowych na daną jednostkę czy zastosowanych kosztów robocizny i kosztów pośrednich.

Zwrócił uwagę, że różnica między żądanym kosztorysem a złożonym jest tylko formalna, a polega na rozbiciu jednostkowym ujętych pozycji katalogowych na 119 pozycji oczyszczalni, co nie służy żadnym celom porównawczym.

Wywodził także, że przyjmując sumowane wartości, ujęte w kosztorysie uproszczonym, można rozdzielić te wartości na poszczególne oczyszczalnie i odwrotnie można sumować te wartości i uzyskać się dokładnie te same dane sumaryczne, co w kosztorysie uproszczonym, a taką operację rachunkową może również samodzielnie dokonać zamawiający.

Podkreślił, że forma sporządzonego i załączonego kosztorysu nie ma żadnego wpływu na merytoryczną ocenę oferty, a przedmiotem zamówienia i oferty jest wykonanie 119 oczyszczalni, a nie pojedynczej oczyszczalni.

Poza tym wskazał, że zgodnie z pkt IV 1.1.2 SIWZ szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia opisany jest w dokumentacji projektowej oraz przedmiarze robót.

Zatem, w ocenie Odwołującego, jeżeli złożony do oferty kosztorys uproszczony zawiera wszystkie elementy katalogowe przedmiaru to nie może być wątpliwości, że oferta obejmuje cały zakres zadania.

Zauważył także, że złożył wraz z ofertą kosztorys ofertowy, a więc nie może być mowy o sprzeczności oferty z specyfikacją zamówienia.

Poza tym wskazał, że z tegoż kosztorysu wynika również cena oferty, a w SIWZ Zamawiający nie określił żadnych wymogów i warunków, co do rodzaju kosztorysu (szczegółowy czy uproszczony), zarówno w pozycji IX pkt 3 jak i poz. XIII pkt. 1 SIWZ określono jedynie na konieczność załączenia kosztorysu ofertowego.

W ocenie Odwołującego wskazany kosztorys nie jest częścią oferty ani nie stanowi o zakresie przedmiotu umowy, gdyż ten określają dokumenty opisane w pkt IV 1.1.2 SIWZ.

Brak, więc takiego kosztorysu czy inny jego rodzaj nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty, gdyż dokument ten jest jedynie dokumentem pomocniczym.

Wskazał, że przyjęte w specyfikacji wynagrodzenie jest wynagrodzeniem za cały przedmiot zamówienia i uwzględnia wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia (pkt XV.I SIWZ), a zatem wynagrodzenie zostało ujęte w sposób ryczałtowy.

Reasumując stwierdził, że składniki cenotwórcze zostały zawarte w cenach jednostkowych kosztorysu ofertowego w formie uproszczonej, który zawiera wszystkie sumowane pozycje katalogowe z dokumentacji przedmiaru, a ich niewyszczególnienie nie wpływa na merytoryczną treść oferty, wobec oparcia kosztorysu ofertowego o przygotowane przez Zamawiającego przedmiary, czyli zgodnie z SIWZ.

Niezależnie od powyższego podniósł, że żądanie wyszczególnienia i wyceny czynników cenotwórczych w rozbiciu na poszczególne oczyszczalnie bez uzasadnienia konieczności określenia tych danych w ofercie nie ma podstaw prawnych i może być traktowane, jako wymóg czysto formalny, który nie może skutkować odrzuceniem oferty.

Nie zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego, że oferta Odwołującego zawierająca kosztorys uproszczony nie zapewniała wykonania zadania pod względem przedmiotowym czy też uniemożliwiała porównanie ofert, bowiem Zamawiający w żaden sposób nie określił, w jaki sposób i dla jakich celów miałby porównywać te oferty pod innym względem niż kryteriów wyboru tj. ceny, a także nie wyjaśnił, dlaczego złożony kosztorys przez Odwołującego na takie porównanie nie pozwala.

Wskazał, że Zamawiający uznał, iż uzupełnienie w trybie art. 26 ustawy Pzp nie jest możliwe, gdyż kosztorys nie jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ustawy Pzp.

Jednakże zauważył, że Zamawiający w pkt IX 4. Specyfikacji w tytule wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie należy dostarczyć wskazał kosztorys ofertowy, a więc wskazał, że jest to dokument, o którym mowa w art. 25 ustawy Pzp i tak też go traktował, skoro wezwał Odwołującego do złożenia nowego kosztorysu, lecz później inaczej ocenił dopuszczalność takiego wezwania.

Dodatkowo podniósł, że Zamawiający przed odrzuceniem oferty z powodu, zdaniem zamawiającego, niewłaściwego kosztorysu ofertowego winien zwrócić się do odwołującego w trybie art. 87 ust 1 Pzp ustawy o złożenie wyjaśnień.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający, uznając, że założony kosztorys ofertowy jest nieprawidłowy winien wyraźnie i konkretnie sprecyzować, jakich elementów ten kosztorys nie zawiera istotnych z punktu widzenia oceny oferty czy porównania ofert i dać możliwość Odwołującemu zajęcia stanowiska w tym względzie.

W ocenie Odwołującego kosztorys przedłożony przez niego zawiera wszystkie dane pozwalające zarówno na ocenę oferty jak i porównanie ofert, a poprzez proste czynności rachunkowe, możliwe do wykonania samodzielnie przez Zamawiającego, możliwe jest rozbitcie pozycji kosztorysowych na poszczególne jednostki oczyszczalni, uzyskując takie same wartości, niemające wpływu ani na cenę ani na zakres.

Jeżeli natomiast Zamawiający nie potrafił takiej operacji rachunkowej wykonać lub miał w tym względzie wątpliwości, to miał obowiązek skorzystać z procedury określonej w art. 87 ust 1 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego Zamawiający miał możliwość również w trybie art. 87 ust 2 pkt.3 ustawy Pzp dokonać we własnym zakresie lub po wyjaśnieniu Odwołującego zmian czy poprawek w złożonym kosztorysie, gdyż proste rachunkowe rozbitcie zbiorczych pozycji nie ma żadnego wpływu na treść oferty zakres zamówienia czy cenę.

W dniu 27 września 2012r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca: FHU Krzyś K..... W..... z siedzibą w Aleksandrowie Kujawskim, zwany dalej Przystępującym.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, w tym dokumentacji prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w szczególności w oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty Odwołującego, wezwania Zamawiającego z dnia 3 września 2012r., odpowiedzi Odwołującego z dnia 7 września 2012r. na powyższe wezwanie wraz z załączonym kosztorysem szczegółowym, zawiadomienia Zamawiającego z dnia 18 września 2012r. o wyborze najkorzystniejszej oferty, pisma Zamawiającego z dnia 27 września 2012r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony i uczestnika wyjaśnień, Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

W przedmiotowej sprawie Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający i Przystępujący zgodnie wnosili o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisu art.7 ust.1, art.26 ust.3, art.87 ust.1, art.89 ust.1 pkt.2, art.91 ust.1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Przedmiotem rozstrzygnięcia niniejszego postępowania odwoławczego było zagadnienie czy Zamawiający dokonał czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Pzp.

Materiał dokumentacyjny przedmiotowej sprawy skłania Izbę do przyjęcia zapatrywania, iż zarówno czynność badania i oceny ofert, jak również wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty Odwołującego została dokonana z naruszeniem prawa.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że Zamawiający sam zaliczył kosztorys ofertowy do kategorii dokumentów, o których mowa w art.25 ust.1 pkt. 1 i 2 ustawy Pzp, co wynika z treści IX pkt. 3 SIWZ i z treści wezwania z dnia 3 września 2012r., gdzie konsekwentnie żądał on uzupełnienia tego dokumentu w trybie przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp, co wykonawca uczynił.

Izba uznała, że skoro Zamawiający kosztorysowi ofertowemu nadał określone znaczenie prawne, to takie reguły w zakresie rozumienia tego pojęcia obowiązują wszystkich uczestników przetargu, w tym i samego Zamawiającego, inne podejście oznaczałoby naruszenie fundamentalnej zasady zachowania równości i konkurencyjności uczestników przetargu na gruncie Prawa zamówień publicznych.

Pomimo jednak prawidłowego wezwania Odwołującego do uzupełnienia wcześniej złożonego kosztorysu, Zamawiający dokonał oceny jego oferty w sposób sprzeczny z ustaleniami wynikającymi z zastosowanej przez siebie procedury z art.26 ust.3 ustawy Pzp, w warunkach przedłożenia przez wykonawcę żądanego dokumentu.

Zdaniem Izby przewidziane wynagrodzenie umowne za wykonanie przedmiotu zamówienia miało charakter ryczałtowy, co wynika jednoznacznie z § 9 ust.3 załącznika nr 6 wzoru umowy, zatem sam kosztorys posiada znaczenie jedynie pomocnicze.

Wymaga przy tym wskazania, że powyższe postanowienie umowne przewiduje, że kwota określona w ust.1(wynagrodzenie) jest stała zawiera wszelkie koszty związane z realizacją zadania wynikające wprost z dokumentacji technicznej, jak również nieujęte w dokumentacji technicznej a niezbędne do wykonania zadania, w szczególności podatek VAT, wszelkie roboty przygotowawcze, porządkowe, zagospodarowanie placu budowy, koszty utrzymania zaplecza budowy, próby, sprawdzenia, uzgodnienia, zezwolenia, dokumentację powykonawczą.

Jednocześnie należy wskazać, że komentowany wzór umowy nie przewiduje zapłaty wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy na podstawie kosztorysu ofertowego.

Wprawdzie w odpowiedzi na pytanie do SIWZ: „jak zamawiający ma rozliczyć inwestycję...”, udzielił on odpowiedzi, że rozliczenie nastąpi na podstawie kosztorysu różnicowego, jednak powyższe pojęcie nie oznacza – w ocenie Izby - kosztorysu ofertowego.

Zatem w kontekście wyraźnej treści postanowienia § 9 ust.3 załącznika nr 6 wzoru umowy Izba doszła do przekonania, że kosztorys ofertowy miał znaczenie jedynie akcesoryjne przy dokonywaniu rozliczenia inwestycji, ułatwiające Zamawiającemu jedynie sprawdzenie wykonania przedmiotu zamówienia.

Nie jest trafna również argumentacja Zamawiającego wskazująca, że z faktu załączenia kosztorysu ofertowego do umowy na zasadzie jej § 20 należy wyprowadzić wniosek o kosztorysowym charakterze wynagrodzenia, bowiem w SIWZ Zamawiający nie określił jednoznacznie znaczenia przedmiotowego dokumentu, a wyartykułował on w SIWZ inne powołane wyżej postanowienia decydujące – według uznania Izby - o ryczałtowym charakterze wynagrodzenia.

Należy również stwierdzić, że Zamawiający przyjmując w rozdziale XV ust.1 SIWZ, że cena ma wynikać z kosztorysu ofertowego, nie udowodnił w zaskarżonej czynności odrzucenia oferty Odwołującego braku korelacji pomiędzy zaoferowaną ceną a złożonym kosztorysem ofertowym.

Nadto wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie przewidział on w SIWZ wzoru szczegółowego kosztorysu ofertowego, lecz jedynie wskazał, jakie elementy powinien on zawierać poprzez opisanie ogólnej charakterystyki obiektów i robót, założeń wyjściowych do kosztorysowania, klauzulę o uzgodnieniu kosztorysu i przedmiar robót, jednak w żaden sposób nie uzasadnił przy dokonywanej czynności odrzucenia oferty Odwołującego, które z żądanych elementów nie zostały zawarte w złożonym kosztorysie.

Wobec powyższego Izba reprezentuje zapatrywanie, że oferta Odwołującego zawierała wszystkie niezbędne elementy cenowe pozwalające na zaciągnięcie przez strony zobowiązania w zakresie przedmiotowego zamówienia publicznego.

Jednocześnie należy wskazać, że Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego nie wykazał w ogóle sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ, bowiem nie powołał on jakiegokolwiek jej postanowienia, a tylko istnienie takiej kolizji może motywować odrzucenie oferty wykonawcy na zasadzie art.89 ust.1 pkt.2 ustawy Pzp.

Nie można się również zgodzić ze stanowiskiem Zamawiającego zawartym w rozstrzygnięciu przetargu, iż Zamawiający w ramach wyjaśnień w trybie przepisu art.87 ust.1 ustawy Pzp może żądać od wykonawcy określonych dokumentów.

Cytowany wyżej przepis ustawy pozwala jedynie Zamawiającemu na żądanie wyjaśnień dotyczących treści oferty, lecz nie zabrania on wykonawcom przedłożenia dokumentów w celu uwiarygodnienia składanych przez nich wyjaśnień.

W tym stanie rzeczy, przyjmując, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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: