

Sygn. akt: KIO 1929/12

**WYROK**  
**z dnia 21 września 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Łukasz Liskiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 września 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 września 2012 r. przez wykonawcę **W..... T.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **TYM-BUD Zakład Remontowo-Budowlany W..... T.....**, 83-000 Pruszcz Gdański, ul. Komunalna 12 w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Towarzystwo Budownictwa Społecznego „Motława” Sp. z o.o.**, 80-744 Gdańsk, ul. Królikarnia 13

przy udziale wykonawcy **BUDREM-RYBAK Sp. z o.o. Sp. k.**, 84-242 Luzino, ul. Krótka 1 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **W..... T.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **TYM-BUD Zakład Remontowo-Budowlany W..... T.....**, 83-000 Pruszcz Gdański, ul. Komunalna 12 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..... T.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **TYM-BUD Zakład Remontowo-Budowlany W..... T.....**, 83-000 Pruszcz Gdański, ul. Komunalna 12 tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gdańsku**.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez zamawiającego – Towarzystwo Budownictwa Społecznego „Motława” Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku na *wykonanie robót budowlanych obejmujących dokończenie budowy (robót w toku)* – sygn. akt. 01/DI/12/KŁ, wobec czynności oceny, a w konsekwencji odrzucenia oferty W..... T..... (TYM-BUD Zakład Remontowo-Budowlany), wykonawca ten wniósł w dniu 11 września 2012 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1929/12). Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 10 września 2012 r. O czynności wyboru oferty najkorzystniejszej odwołujący poinformowany został w dniu 7 września 2012 r.

Postępowanie ogłoszone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27.07.2012r., poz. 274694 i prowadzone jest według zasad dotyczących postępowań o wartości szacunkowej zamówienia nieprzekraczającej kwoty określonej w przepisach wykonawczych do ustawy dla robót budowlanych.

W odwołaniu postawione zostały zarzuty naruszenia:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez uznanie, iż oferta odwołującego jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, nakazanie powtórzenia czynności badania i wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nieodrzuconych.

W uzasadnieniu stawianych zarzutów i żądań odwołujący odniósł się do podstawy odrzucenia jego oferty wskazanej przez zamawiającego, mającej uzasadniać stwierdzenie wystąpienia niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zamawiający uznał, iż zachodziła rozbieżność pomiędzy treścią oferty, a wymaganiami określonymi w siwz, która nie została wyjaśniona przez wykonawcę, a wynikająca z braku określenia poszczególnych elementów wstępnego harmonogramu robót oraz wystąpiła rozbieżność pomiędzy kosztorysem ofertowym, a złożoną ofertą.

Odwołujący wskazywał, iż treść oferty zawarta w oświadczeniu woli zawarcia umowy potwierdza, że oferent zaoferował pełne wykonanie przedmiotu zamówienia, w sposób wymagany przez zamawiającego, natomiast nie znajduje to odzwierciedlenia *expressis*

*verbis* w „zapisanej” treści oferty. Odrzucenie w takiej sytuacji oferty, w której zaoferowano pełne i prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, w ocenie odwołującego, wydaje się zbytecznym i niepotrzebnym formalizmem. Odwołujący zaoferował pełne wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę ryczałtową, w terminie 10 miesięcy od dnia podpisania umowy, załączył do oferty wstępny harmonogram, zawierający pełen zakres rzeczowy zamówienia. Odwołujący nie wypełnił tabeli w części dotyczącej terminów wykonania poszczególnych prac, co nie zmienia faktu, iż zobowiązał się do wykonania umowy w terminie 10 miesięcy. Jednocześnie uznał, iż dla prawidłowego wypełnienia tej części tabeli niezbędna jest informacja dot. terminu podpisania umowy, bowiem część prac uzależniona będzie np. od warunków pogodowych. W wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień, złożył zamawiającemu w dniu 28 sierpnia b.r. harmonogram uzupełniony o termin realizacji poszczególnych robót. Zdaniem odwołującego, sporny harmonogram nie stanowi treści oferty i ma charakter informacyjny, który dopiero w następstwie szczegółowych uzgodnień po podpisaniu umowy i przyjęciu harmonogramu szczegółowego, będzie rodził między stronami skutki prawne określone umową. Jako sprzeczne odwołujący traktuje stanowisko zamawiającego, w którym zaprzecza on możliwości uzupełnienia harmonogramu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, a jednocześnie w projekcie umowy wprowadza tryb uzgadniania harmonogramu szczegółowego, włącznie z procedurą jednostronnego ustalenia harmonogramu szczegółowego, w przypadku braku uzgodnienia harmonogramu w umownym terminie. Zapisy te sytuują harmonogram jako dokument o charakterze organizacyjno – informacyjnym, który podlegać będzie dopiero dalszym negocjacom. Tym bardziej, że wstępny harmonogram nie podlega żadnej ocenie przez zamawiającego i nie stanowi on kryterium wyboru oferty. Jedynym zastrzeżeniem pozostaje ograniczenie, iż zakres czasowy dla harmonogramu szczegółowego ograniczony jest jedynie umownym okresem 10 miesięcy od dnia podpisania umowy. W tym kontekście dokument ten można uznać za dokument w ogóle zbędny z punktu widzenia prawidłowego przeprowadzonego postępowania przez zamawiającego. Żądanie jego złożenia naruszało art. 25 ust. 1 ustawy, który pozwala żądać jedynie dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Tym bardziej nieścisłości w takim niewiążącym, informacyjnym dokumencie nie mogą spowodować odrzucenia korzystnej dla zamawiającego oferty.

W zakresie rozbieżności, jakie wystąpiły pomiędzy kosztorysem ofertowym, a założoną ofertą, odwołujący wskazał na ustalone w tym postępowaniu wynagrodzenie ryczałtowe, którego istota wyraża się w sposobie ustalenia jego wysokości z góry, bez przeprowadzenia szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Wynagrodzenie to jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztu prac. Taki sposób ustalenia wynagrodzenia prowadzi do stwierdzenia, iż kosztorys mógł jedynie służyć do sprawdzenia, czy wykonawca składając ofertę zaoferował realizację całego przedmiotu zamówienia opisanego w siwz. Faktem jest,

iż doszło do rozbieżności pomiędzy kosztorysem ofertowym, a treścią oferty (na kwotę nie przekraczającą 1 zł.), co zdaniem odwołującego uprawniało zamawiającego do zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy (zgodnie z zapisem w rozdziale XII. Pkt 7 siwz), ewentualnie do przyjęci tak złożone oświadczenie woli jako prawidłowego i uznania potrzeby korekty ceny za zbędną.

W dniu 14.09.2012 r. do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie zamawiającego wykonawca „BUDREM-RYBAK” Sp. z o.o. Sp. k.

### **Stanowisko Izby**

W pierwszej kolejności należało wskazać, iż w przedmiotowej sprawie zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, z uwzględnieniem zmian wprowadzonych dwoma ustawami, tj. z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r., Nr 206, poz. 1591) oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), zwanej dalej „ustawą”.

W toku posiedzenia Izba nie stwierdziła, aby w odniesieniu do przedmiotowego odwołania zachodziła którakolwiek z przesłanek do jego odrzucenia wskazanych w art. 189 ust. 2 ustawy i skierowała odwołanie na rozprawę. W toku posiedzenia odwołujący kwestionował zakres umocowania osoby, która podpisała się pod przystąpieniem wykonawcy BUDREM-RYBAK Sp. z o.o. Sp. k., wnosząc o jego odrzucenie. Izba oddaliła wniosek odwołującego mając na względzie, iż przepisy ustawy nie dają podstawy do formułowania takiego wniosku, a załączone do pisma pełnomocnictwo, w którym zawarto umocowanie do podejmowania czynności przed sądami powszechnymi i innymi organami w nim wymienionymi, w tym organami administracji publicznej, uznała za wystarczające dla skutecznego wniesienia przystąpienia. Pełnomocnictwo to jako procesowe, w ocenie Izby potwierdza umocowanie do podejmowania czynności procesowych i nie musi ich specyfikować, a mając na uwadze odesłanie w przepisach ustawy do przepisów K.p.c., należało uznać je za wystarczające do występowania również przed Izbą.

Na podstawie zebranego materiału, stanowiącego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty wykonawcy W..... T....., a także stanowisk stron prezentowanych w pismach i na rozprawie Izba uznała, iż odwołanie podlegało oddaleniu.

Zarzuty w odwołaniu dotyczą czynności badania i oceny oferty odwołującego, którą zamawiający uznał za niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i w konsekwencji odrzucił na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Odwołujący zakwestionował jako zasadną ocenę zaistniałego braku w treści dokumentu – wstępny harmonogram robót (załączniki nr 3), w części dotyczącej okresu czasu wykonania poszczególnych prac i potraktowanie jej jako niezgodność z treścią specyfikacji oraz przypisanie takiego samego skutku dla stwierdzonej rozbieżności pomiędzy wartością netto oferty, a sumą kwot z kosztorysów.

Izba ustaliła, iż zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał złożenia wraz z ofertą między innymi wstępnego harmonogramu robót (wg wzoru z załącznika nr 3) sporządzonego w oparciu o dokumentację projektową oraz tabele elementów rozliczeniowych (z załącznika nr 4) – pkt. VI.9 lit c. Ponadto zamawiający opisując sposób przygotowania oferty w rozdziale X.2 lit. b wyraźnie wskazał na konieczność wypełnienia wstępnego harmonogramu na druku zamawiającego, bądź innym zawierającym takie same dane. W załączniku nr 3 do siwz, stanowiącym wzór wstępnego harmonogramu, zamawiający wymagał podania informacji o wartości netto i brutto poszczególnych elementów robót, ale także zaznaczenia okresu w jakim wykonawca wstępnie zakłada ich realizację w rozbiciu na miesiące od pierwszego do dziesiątego. Przedmiotowe zamówienie stanowić ma kontynuację przerwanych robót, dla zakończenia których zamawiający przewidział maksymalny okres 10 miesięcy licząc od dnia udostępnienia placu budowy (rozdział IV. Siwz). Oferty, które w swojej treści zawierałyby zobowiązanie do wykonania przedmiotu zamówienia w terminie dłuższym, zgodnie z siwz podlegały odrzuceniu. Zgodnie z paragrafem 11 wzoru umowy, *w terminie 14 dni od daty udostępnienia placu budowy Wykonawca ma obowiązek przedstawić Zamawiającemu szczegółowy harmonogram wykonania zamówienia, z którego powinna wynikać kolejność wykonywania robót, koszty, terminy rozpoczęcia i zakończenia poszczególnych elementów. Szczegółowy harmonogram stanowi rozwinięcie i uszczegółowienie wstępnego harmonogramu stanowiącego załącznik do Oferty przetargowej.*

W swojej ofercie odwołujący na formularzu ofertowym w punkcie 2 zaoferował *wykonanie przedmiotu zamówienia w okresie 10 miesięcy od dnia udostępnienia placu budowy (max 10 miesięcy)*. W odpowiedzi na pismo zamawiającego z dnia 24.08.2012r. w którym wykonawca został między innymi wezwany do wyjaśnienia terminów w jakich będą wykonywane poszczególne roboty, co wynikało z braku określenia w załącznikach od 3/1-3/5 czasu trwania poszczególnych prac, odwołujący przedłożył nowe dokumenty – wstępne harmonogramy prac, na których przyporządkowano poszczególne etapy do miesięcy.

Mając na uwadze przywołane postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia Izba uznała, iż zamawiający prawidłowo ocenił jako niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, brak wypełnienia załącznika nr 3 do siwz – wstępnego harmonogramu robót. Izba uznała, iż dokument ten stanowił treść oferty precyzującą zobowiązanie wykonawcy do realizacji przedmiotu umowy w terminie nie dłuższym niż 10 miesięcy. Wypełnienie harmonogramu stanowiło uszczegółowienie oświadczenia zawartego w formularzu ofertowym, przez określenie przedziału czasowego wykonania poszczególnych etapów prac, jak również identyfikującego maksymalny okres, w jakim wykonawca jest w stanie wykonać zamówienie. Odwołujący z formularza nr 3 wywodził konieczność podania terminów rozpoczęcia i zakończenia prac, co na obecnym etapie postępowania oceniał jako niemożliwe do wykonania i z czego wywodził uzasadnienia dla braku wypełnienia w tej części harmonogramów. Izba uznała, iż taka konstatacja nie wynika z informacji, których podania oczekiwał zamawiający we wstępnym harmonogramie. Wskazanie na miesiąc, w jakim wykonawca przewiduje wykonanie prac, nie jest równoznaczne z żądaniem określenia terminu rozpoczęcia i zakończenia prac, co miało być sprecyzowane dopiero w harmonogramie wykonania zamówienia po udostępnieniu placu budowy wybranemu wykonawcy. Nie budziło wątpliwości, iż dokument należało złożyć i że powinien być on sporządzony na druku przygotowanym przez zamawiającego lub zawierać powinien takie same dane. W zaistniałej sytuacji, odwołujący w ogóle nie wypełnił tej części harmonogramu, która identyfikowała jego istotę, tj. wskazując na założony postęp prac. Zamawiający co najmniej dwukrotnie w specyfikacji wskazywał na konieczność przedłożenia wstępnego harmonogramu prac, w pkt. VI.9 lit c oraz pkt. X.2 lit. b siwz., co nie było na właściwym etapie postępowania zakwestionowane. Wykonawca miał swobodę w określeniu kiedy przewiduje realizację danego etapu, co jednak nie uzasadniało twierdzenia o braku znaczenia tej informacji dla zamawiającego, który zobowiązany jest do przestrzegania ustalonych w postępowaniu wymagań.

W ocenie Izby, dokument ten nie mógł podlegać uzupełnieniu, stąd jego złożenie w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, nie mogło skutkować uzupełnieniem w tym zakresie treści oferty prowadząc do usunięcia niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba uznała, iż druga z okoliczności wskazanych przez zamawiającego, tj. dotycząca rozbieżności pomiędzy wartością netto oferty wskazaną w formularzu, a sumą kwot wynikających z kosztorysów, nie mogła prowadzić do uznania oferty za sprzeczną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba ustaliła, iż wskazana przez zamawiającego rozbieżność w kwotach nie przekraczała kwoty 1 zł. i została przez wykonawcę usunięta w drodze wyjaśnień, w których dokonał on

zmniejszenia wartości jednej z pozycji kosztorysowych – 114 d8 (kosztorysu Bud.1-stan surowy), bez zmiany wartości netto podanej w formularzu ofertowym. W ocenie Izby rozbieżność w kwotach zawartych w ofercie, jakkolwiek oceniać by jej wpływ na treść, nie stanowiła sprzeczności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Stanowiła ona natomiast o wewnętrznej niespójności, na tyle drobnej, iż nie miała ona znaczenia dla treści oferty, tj. zaoferowanej ceny brutto. Należy bowiem zauważyć, iż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający ustalił, jako cenę oferty cenę ryczałtową (rozdział XII.2 siwz). Tym samym należało przyjąć, iż kosztorysy miały charakter pomocniczy dla ustalenia, iż podania w formularzu ofertowym cena obejmuje wycenę wszystkich pozycji kosztorysowych, tj. cały przedmiot zamówienia. Ponadto podawana w kosztorysach ofertowych wartość robót, stanowiła kwotę bez podatku VAT, a zgodnie z przywołanym rozdziałem XII.2 siwz, ostateczną cenę oferty stanowiła suma wartości kosztorysu ofertowego. Stąd dokonana korekta w jednej z pozycji kosztorysowych wyrażonych kwotą netto, nie powodująca zmiany w ostatecznej cenie oferty nie powodowała istotnej zmiany w treści oferty. W ocenie Izby, wystarczającym dla stwierdzenia poprawności oferty było złożenie wyjaśnień przez wykonawcę.

Mając na uwadze pierwszą z omówionych podstaw odrzucenia oferty odwołującego, Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, gdyż czynność zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy W..... T..... nie naruszała przepisów ustawy.



O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu uiszczoną przez odwołującego (15.000,00 zł). Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zasądzenie kosztów poniesionych z tytułu dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i wynagrodzenia, gdyż do czasu zamknięcia rozprawy zamawiający nie przedłożył stosownych rachunków, na podstawie których, zgodnie z § 3 pkt 2 rozporządzenia, Izba może zasądzić koszty strony. Zamawiający przedłożył spis kosztów, na którym nie było żadnego odniesienia do kosztów poniesionych w związku z toczącym się postępowaniem odwoławczym w sprawie oznaczonej sygnaturą akt KIO 1929/12.

**Przewodniczący:** .....