

WYROK

z dnia 29 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Ewa Sikorska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Korporację Budowlaną DORACO Sp. z o.o. ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Zachodniopomorski Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych w Szczecinie

al. Papieża Jana Pawła II 42, 70-415 Szczecin

protestu z dnia 20 listopada 2009 r.

przy udziale: **Warbud S.A. Al. Jerozolimskie 162A, 02-342 Warszawa**

zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Korporację Budowlaną DORACO Sp. z o.o. ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Korporację Budowlaną DORACO Sp. z o.o. ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Korporacji Budowlanej DORACO Sp. z o.o. ul. Opacka 12, 80-338 Gdańsk.**

U z a s a d n i e

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych „Zabezpieczenie przeciwpowodziowe doliny rzeki Regi ze szczególnym uwzględnieniem miasta Trzebiatów” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z 3 września 2009 r. pod numerem 2009/S 169-243643. Wartość zamówienia przekracza tzw. progi unijne.

Zgodnie z rozdziałem XII specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Opis sposobu obliczenia ceny” wykonawca zobowiązany był podać w ofercie cenę ryczałtową brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia uwzględniającą podatek od towarów i usług, z wyszczególnieniem tego podatku i kwoty bez podatku. Cenę oferty należało skalkulować w kosztorysie ofertowym sporządzonym metodą szczegółową w oparciu o przedmiar robót stanowiący załącznik nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia z podaniem cen jednostkowych. Cena ryczałtowa powinna uwzględniać wszystkie czynności, wymagania i badania składające się na wykonanie zamówienia, wzorze umowy i dokumentacji projektowej.

Zamawiający ustosunkował się do tej kwestii w wyjaśnieniach treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 5 października 2009 r. (pytanie II) i z 16 października 2009 r. (pytanie VIII i IX). W odpowiedzi na pytanie II wyrażające wątpliwości co do potrzeby żądania kosztorysu szczegółowego oraz kalkulacji w oparciu o przedmiary, a nie dokumentację projektową i doświadczenie wykonawcy, Zamawiający stwierdził, iż ma prawo do takiego żądania, a żądanie to zapewnia prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia. W odpowiedzi na pytanie VIII i IX Zamawiający wyjaśnił, iż w rozdziale XII pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia żąda skalkulowania ceny oferty w kosztorysie ofertowym, sporządzonym metodą szczegółową w oparciu o przedmiar robót z podaniem cen jednostkowych, w istocie żąda załączenia do oferty kosztorysu szczegółowego obejmującego czynniki cenotwórcze oraz nakłady R, M, S.

9/10 listopada 2009 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania, w tym o uznaniu oferty Odwołującego za najkorzystniejszą. 20 listopada 2009 r. protest wniosła Warbud S.A. zarzucając Zamawiającemu naruszenie polegające na niewłaściwej ocenie oferty złożonej przez Odwołującego, zaniechaniu odrzucenia tej oferty jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz uznaniu tej oferty za najkorzystniejszą, a tym samym naruszenie art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz „innych przepisów” żądając unieważnienia czynności wyboru oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z uzasadnieniem protestu zarzut ten wynikał z odstąpienia przez Zamawiającego od wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dotyczących konieczności przedstawienia kosztorysu szczegółowego i uznania za najkorzystniejszą oferty, w której przedstawiono kosztorys uproszczony.

23 listopada 2009 r. Odwołujący zgłosił przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu żądając jego oddalenia jako bezzasadnego.

Zamawiający uwzględnił powyższy protest w całości 23 listopada 2009 r. przyznając, iż Odwołujący dołączył do oferty kosztorys sporządzony metoda uproszczoną i zapowiadając unieważnienie czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz ponowny wybór oferty najkorzystniejszej. Informację o rozstrzygnięciu Odwołujący otrzymał 27 listopada 2009 r.

Od tego rozstrzygnięcia 7 grudnia 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na uznaniu, iż oferta Odwołującego nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co w konsekwencji skutkowało jej bezpodstawnym odrzuceniem przez Zamawiającego,

2. art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezażądanie od Odwołującego złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w szczególności treści kosztorysu ofertowego,

3. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 87 i art. 89 ust. 1 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego doszło do odrzucenia oferty Odwołującego, odpowiadającej specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ustawie oraz wyboru oferty wykonawcy oferującego wyższą cenę za wykonanie zadania niż Odwołujący, a tym samym zamówienie zostało udzielone wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy,

4. art. 15 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez ograniczanie wykonawcy dostępu do rynku, wnosząc o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

2. unieważnienia czynności wyboru oferty Warbud S.A.,

3. wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do kwestionowanego przez Zamawiającego kosztorysu ofertowego,

4. ponownego przeprowadzenia czynności badania ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty z udziałem oferty Odwołującego,
5. równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie tego zamówienia w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

Zdaniem Odwołującego jego oferta w obecnej formie jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a złożony kosztorys ofertowy został sporządzony metodą szczegółową w oparciu o przedmiar robót z podaniem cen jednostkowych, tj. zgodnie z rozdziałem XII pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym wszystkie zarzuty i argumentacja wskazana dla ich poparcia są całkowicie bezzasadne.

Zgodnie z postanowieniami rozdziału XII specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz § 15 wzoru umowy Zamawiający w sposób nie budzący wątpliwości ustalił, iż cena za realizację przedmiotu zamówienia będzie ceną ryczałtową, zatem jest stała w trakcie wykonywania umowy, a jakiegokolwiek ewentualne rozbieżności kosztorysu ofertowego załączonego do oferty pozostają bez wpływu na ocenę zgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Twierdzenie Zamawiającego, iż kosztorys szczegółowy ma bardzo istotne znaczenie oraz że odzwierciedla rzetelność i uczciwość wykonania zamówienia jest nieuprawnione, bowiem nawet ewentualny brak rozbitcia cen na robociznę (R), materiały (M) i sprzęt (S) nie ma najmniejszego znaczenia dla ceny oferty, sposobu i metod rozliczeń z Zamawiającym oraz nie niweczy uczciwości wykonania zamówienia. A zatem nie stanowi podstaw do uznania, że treść oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nie daje podstaw do odrzucenia takiej oferty. Zgodnie z niekwestionowanym orzecznictwem i poglądami doktryny przesłanki odrzucenia oferty powinny być bowiem interpretowane ściśle, tzn. podstawą odrzucenia winna być tylko jednoznacznie wykazana niezgodność czy też sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji.

Przed wszystkim jednak złożony przez Odwołującego kosztorys ofertowy został sporządzony metodą szczegółową w oparciu o przedmiar robót z podaniem cen jednostkowych tj. zgodnie z rozdziałem XII pkt 2 specyfikacji istotnych

warunków zamówienia oraz obejmuje czynniki cenotwórcze, jak też nakłady R, M, S, a także został sporządzony w pełnym zakresie w oparciu o przedmiar stanowiący załącznik nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zawiera on wszystkie pozycje wymienione w przedmiarze, ma niemalże identyczną formę co przedmiar oraz podaje ceny jednostkowe wszystkich pozycji. Z uwagi na odpowiedź poczynioną przez Zamawiającego Odwołujący złożył oświadczenie (strona 18 oferty), w którym wskazał wszystkie dodatkowe wymagane przez Zamawiającego elementy kosztorysu tj. czynniki cenotwórcze obejmujące: koszty pośrednie, koszty zakupu oraz zysk, jak też nakłady R, M i S. Odwołujący oświadczył, że kosztorys ofertowy skalkulował w oparciu o: R – 15zł/rbg, M – wg cennika Sekocenbud III kwartał 2009 r., S – wg cennika Sekocenbud – III kwartał 2009 r., Kp – 65%, Kz – 10% i Z – 10%. Z tego względu niezrozumiałe są zarzuty Zamawiającego, iż kosztorys ofertowy Odwołującego nie zawierał przedmiotowych elementów. Niezależnie od faktu, iż Odwołujący nie podziela stanowiska Zamawiającego, że kosztorys szczegółowy jest odzwierciedleniem uczciwości wykonania zamówienia, Zamawiający na podstawie złożonego szczegółowego kosztorysu ofertowego sporządzonego w oparciu o przedmiar, jak i na podstawie ww. czynników cenotwórczych oraz nakładów R, M, S, mógł dokonać szczegółowej analizy oferty Odwołującego i uzyskać pełny obraz złożonej oferty. Pomimo jednak złożenia wymaganego kosztorysu ofertowego oferta została bezpodstawnie odrzucona, co skutkowało rażącym naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 w zw. art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przy tym Zamawiający nie wskazuje, na jakiej podstawie dokumentów złożonych przez Odwołującego (kosztorysu ofertowego i oświadczenia wykonawcy zawierających czynniki cenotwórcze i nakłady R, M i S) nie uznał za kosztorys szczegółowy.

Z treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak i z odpowiedzi nie wynika, jaka ma być dokładnie forma kosztorysu szczegółowego. Istotnym jest przy tym, że zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, kosztorys ofertowy miał być sporządzony metodą szczegółową w oparciu o przedmiar robót stanowiący załącznik nr 6 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia z podaniem cen

jednostkowych. Nieprecyzyjne zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy.

Dodatkowo, jeżeli Zamawiający miał wątpliwości co do treści kosztorysu ofertowego, powinien skorzystać z regulacji art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz mógł skorzystać z instytucji poprawek – chociaż w ocenie wykonawcy taka konieczność nie istniała – uregulowanych w art. 87 ust. 2 pkt 1 i pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zatem w przypadku hipotetycznego przyjęcia, że nawet złożony przez wykonawcę kosztorys ofertowy w części był sporządzony niezgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający naruszył dyspozycję art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie zastosowania tego przepisu.

Na podstawie ustalonego powyżej stanu faktycznego, dokumentacji postępowania i oświadczeń Odwołującego i Przystępującego złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, iż odwołanie nie podlega odrzuceniu. Rzeczywiście nie zostało ono poprzedzone protestem Odwołującego, lecz zostało złożone od rozstrzygnięcia protestu wniesionego przez Warbud S.A., do którego Odwołujący skutecznie przystąpił, o której to sytuacji traktuje art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty, a także innych wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba nie stwierdziła takiego naruszenia.

Zgodnie z wymaganiami zawartymi w przywołanych powyżej: rozdziale XII pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wyjaśnieniach z 5 i 16 października 2009 r. bezsporne jest, iż Zamawiający, wymagał od

wykonawców złożenia w ofercie kosztorysu sporządzonego metodą kalkulacji szczegółowej. Zdaniem Odwołującego wymóg ten nie jest na tyle jasny, by wykonawcy mogli jednoznacznie zrozumieć, jakiego kosztorysu Zamawiający wymagał. Izba nie podziela tego poglądu. Zamawiający użył sformułowania „kosztorys ofertowy sporządzony metodą szczegółową”. Określenie to, jak i inne oświadczenia woli, podlega wykładni zgodnie z dyspozycją art. 65 § 1 kodeksu cywilnego, czyli „jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje”. A więc, tłumacząc je wedle zwyczajów ustalonych w środowisku zawodowym osób zajmujących się projektowaniem, kosztorysowaniem i wykonywaniem robót budowlanych, a także znaczeniu powszechnie przyjętym, należy je odnieść do „kosztorysu sporządzonego metodą kalkulacji szczegółowej” zwanego też „kosztorysem szczegółowym”, które są powszechnie używane i niosą za sobą określone treści odróżniające taki kosztorys od kosztorysu uproszczonego, które profesjonalście w tej dziedzinie powinny być znane.

Nie formułując szczególnych definicji można stwierdzić, że kosztorys uproszczony to – jak często jest nazywany – „wypełniony przedmiar”, czyli polega zasadniczo na dodaniu do opisów pozycji przedmiarów cen jednostkowych i wartości pozycji. Czasem również, w zależności od zwyczaju kosztorysanta lub wymogów inwestora – zamawiającego może on zawierać na początku lub końcu zestawień koszty robocizny, materiałów i pracy sprzętu i inne czynniki cenotwórcze, zestawienie sprzętu i materiałów itp. elementy. Natomiast kosztorys sporządzany metodą kalkulacji szczegółowej posiada opisy uzyskania wskazanej w danej – każdej pozycji ceny jednostkowej poprzez podanie elementów mających wpływ na wysokość skalkulowanej ceny. Kosztorysy sporządzane obiema metodami mogą się różnić między sobą, ale porównując otrzymane kosztorysy łatwo rozróżnić, którą z metod został dany kosztorys opracowany. Porównując kosztorysy złożone w ofertach Odwołującego i Przystępującego wyraźnie widoczne jest, iż Przystępujący złożył kosztorys szczegółowy, a Odwołujący uproszczony. Samo zawarcie na stronie 18. oferty Odwołującego wskazanego oświadczenia w sposób bardzo ogólny informującego o przyjętych do obliczeń wartościach robocizny,

materiałów, pracy sprzętu, kosztów pośrednich, zakładowych i zysku nie pozwala na zakwalifikowanie kosztorysu jako szczegółowego. Po pierwsze bowiem, jak wskazano powyżej – takie elementy, w takiej formie mogą się znajdować również w kosztorysie uproszczonym. Co ważniejsze jednak, wykonawca zastosował do całości kosztorysu „kalkulację indywidualną”, przy dodatkowym założeniu, że Zamawiający – zamiast kierować się oświadczeniem w tym zakresie złożonym przez wykonawcę w kosztorysie – musiałby sam ustalać poszczególne ceny odnajdując je w katalogu Sekocenbudu. A więc takie działanie w żadnym przypadku nie jest równoznaczne ze wskazaniem określenia ceny w sposób stosowany w kosztorysie szczegółowym, w którym dokładnie są opisane elementy cenotwórcze dla każdej pozycji.

Ponieważ metoda sporządzenia kosztorysu wyraźnie wynika z jego treści i wyglądu, zbyteczne, zdaniem Izby, było proszenie wykonawcy o jakiegokolwiek wyjaśnienia w tym zakresie. Niemożliwe jest również w niniejszym przypadku zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 66 § 1 kodeksu cywilnego oferta jest oświadczeniem drugiej stronie woli zawarcia umowy określającym istotne postanowienia tej umowy, a więc treść oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, to treść tego oświadczenia. Jaka ma być ta treść, ustala zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia – przy cenie ryczałtowej może on, przykładowo, poprzestać na żądaniu podania ceny globalnej wykonania robót, samych tabel elementów scalonych lub też żądać kosztorysu uproszczonego albo szczegółowego – i to wymaganie wykonawcy muszą spełnić. Kosztorys ofertowy jest bezspornie częścią oferty, gdyż zawiera w sobie określenie przedmiotu tej oferty oraz cen, a więc dwa najważniejsze elementy oferty i dlatego nie można powiedzieć, że dana treść kosztorysu jest tylko wymogiem formalnym. Uchybieniem formalnym w takim wypadku byłoby np. sporządzenie kosztorysu zawierającego wymaganą treść, ale w innym układzie niż przewidziany we wzorze przygotowanym przez zamawiającego albo zawarcie tej treści w innym

miejscu niż tabele kosztorysu (pod warunkiem jednak, że taka treść by się rzeczywiście w ofercie znajdowała).

Przedstawiony w odwołaniu pogląd, iż niezgodnością treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest rozbieżność w zakresie przedmiotu zamówienia, terminu wykonania itp. jest prawidłowy, jednak jest to tylko częściowe znaczenie pojęcia „treść oferty”. Jeśli zamawiający wymaga złożenia oświadczenia o pewnej treści, tj. zawierającego dane informacje, powinno ono być tak złożone, aby te informacje zawierać. Zamawiający w swoim wymogu może poprzestać na żądaniu ogólnego oświadczenia typu „oferuję wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia za cenę...”, jak i dokonania szczegółowego opisu poszczególnych czynności i dokładnego wskazania elementów obliczonej ceny – i w obu przypadkach będzie to treść oferty. Nie zmienia tego charakter ceny.

Z wyjaśnień Zamawiającego z 5 października 2009 r. wynika, iż uznał, że żądanie przez niego kosztorysu szczegółowego, pomimo wynagrodzenia o charakterze ryczałtowym, będzie z jego strony najlepszym środkiem do uzyskania możliwie dokładnej wyceny oferowanych robót, co pozwoli mu zminimalizować ryzyko związane z niedotrzymaniem umowy z powodu niedoszacowania wartości robót przez wykonawcę. Jest to działanie nie pozbawione logiki, jednak na obecnym etapie postępowania (po złożeniu ofert), motywy takiego żądania mają znaczenie drugorzędne, gdyż jest to wymóg specyfikacji istotnych warunków zamówienia, którego dotrzymania zamawiający musi wymagać dla zachowania przejrzystości postępowania oraz równego traktowania wykonawców. Pomijając fakt, iż jest to zarzut spóźniony, gdyż powinien być podniesiony w terminie określonym dla protestów na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Izba nie znajduje również podstaw do uznania, że takie żądanie utrudnia wykonawcy dostęp do rynku.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 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, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

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 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Szczecinie.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....