

**WYROK**

**z dnia 18 października 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 października 2012 r. przez **MOSTY KATOWICE Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Ogrodzieniec w Ogrodzieńcu**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **MOSTY KATOWICE Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **MOSTY KATOWICE Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach** 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) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Częstochowie**.

.....

### Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Ogrodzieniec w Ogrodzieńcu – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na przygotowanie terenów inwestycyjnych w centrum Jury Krakowsko-Częstochowskiej.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 5 października 2012 roku wykonawca Mosty Katowice Sp. z o.o. w Katowicach (dalej: odwołujący się) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego zarzucając zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na błędnym przyjęciu, że oferta odwołującego była niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty;
- 3) art. 7 w zw. z art. 91 ustawy Pzp poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na wyborze oferty spółki cywilnej pod firmą An Archi Group s.c. T. K....., K. K....., R. Z....., K. O..... na skutek błędnego przyjęcia, że oferta odwołująca była niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący się wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spółki cywilnej pod firmą An Archi Group s.c. T. K..... K. K....., R. Z....., K. O.....;
- 3) nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego

się;

- 4) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego i wezwaniem go do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- 5) przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu pisma;
- 6) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że zamawiający, że odrzucił ofertę odwołującego ze względu na brak wymaganej przez SIWZ wyceny zamówienia. Ponadto, zamawiający zaznaczył, że wobec dokonania czynności odrzucenia, nie wezwał Odwołującego do uzupełnienia zobowiązania do udostępnienia zasobów' oraz wykazu wykonanych robót.

Odwołujący się wskazał, że wymóg dołączenia do oferty wyceny zamówienia rzeczywiście wynikał z rozdziału XIV pkt 2 SIWZ. Niemniej jednak zamawiający nie określił ani w SIWZ, ani w wyjaśnieniach do SIWZ, szczegółowego trybu sporządzenia wyceny, a zaznaczył jedynie, że ma być ona oparta na własnym rachunku ekonomicznym kalkulacji ceny. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający ustalił, iż wynagrodzenie za wykonanie zamówienia ma charakter ryczałtowy i obejmuje wszystkie koszty związane z wykonaniem oraz przekazaniem przedmiotu zamówienia do zamawiającego (rozdział XIV pkt 1 i 4 SIWZ - str. 22). Niezależnie od tego zamawiający zaakcentował fakt, iż cena podana przez wykonawcę nie będzie podlegała zmianom niezależnie od wszystkich czynników (rozdział XIV pkt 5 SIWZ - str. 22). Powyższe zapisy SIWZ znajdują pełne odzwierciedlenie w postanowieniach wzoru umowy (np. § 9 ust. 1 i ust. 2 wzoru umowy). Wydaje się, że wnioskując *per analogiam*, ze względu na funkcję i istotę wyceny zamówienia w tym przetargu (informacyjna - wobec braku wprowadzenia wymogów dotyczących jej sporządzenia i ustalenia wynagrodzenia ryczałtowego) dokument ten można potraktować jako formę kosztorysu ofertowego, nieistotnego z punktu widzenia treści oferty. Tym bardziej, że zamawiający w żaden sposób nie nadał szczególnej rangi wycenie zamówienia. Dlatego też, w ocenie odwołującego, do zaistniałego stanu faktycznego (m.in. wymóg dołączenia wyceny zamówienia o charakterze kosztorysu ofertowego, przy jednoczesnym ustaleniu wynagrodzenia ryczałtowego) w całej rozciągłości można odnieść wyrok KIO z dnia 18.08.2011 r., w sprawie o sygn. akt KIO 1673/11, zgodnie z którym: „Zasadą jest, iż przy wynagrodzeniu ryczałtowym kosztorysy załączane do oferty mają charakter informacyjny, a braki w nich nie są podstawą do jej odrzucenia. Zasady tej zamawiający nie wyłączył ani w żaden sposób nie zmodyfikował - przeciwnie, podkreślił ją, stosując postanowienia typowe dla wynagrodzenia ryczałtowego.

Skoro przy tak ustalonym typie wynagrodzenia wykonawca w cenie oferty zobowiązany jest ująć wszelkie koszty, składające się na cenę realizacji przedmiotu zamówienia, nawet wówczas, jeżeli nie wynikały by z przedmiarów robót, to oznacza to, że ryzyko związane z kalkulacją ceny za przedmiot zamówienia przerzucone jest w całości na wykonawcę. W rezultacie, choćby wykonawca nie ujął w cenie wszystkich kosztów, i tak zobowiązany jest wykonać przedmiot zamówienia w całości, zgodnie z dokumentacją projektową". Jak było to wskazane powyżej, w przedmiotowym postępowaniu zamawiający określił wynagrodzenie jako ryczałtowe oraz nałożył na wykonawców obowiązek załączenia do oferty wyceny zamówienia. Nie sprecyzował jednak charakteru powyższej wyceny (celu, dla którego należy je przedłożyć), ani nie zawarł szczegółowej instrukcji co do sposobu jej sporządzenia. Odwołujący się wskazał, że co do zasady wycena zamówienia (kosztorys ofertowy) nie służy weryfikacji zadeklarowanego przez wykonawcę zakresu robót objętych przedmiotem zamówienia i w przedmiotowym postępowaniu zasada ta nie uległa żadnej modyfikacji. Zamawiający bowiem w ogóle nie określił charakteru wyceny, ani wiążącego sposobu jej sporządzenia. Tym samym, brak wyceny potraktować trzeba jako formalną niezgodność z SIWZ, która nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty. W orzecznictwie, tak Izby, jak sądów powszechnych, ukształtował się pogląd, iż odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, Zamawiający może dokonać jedynie w sytuacji, gdy niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji ma charakter merytoryczny oraz niemożliwy do usunięcia. O niezgodności o charakterze merytorycznym można mówić w sytuacji, gdy zaoferowane przez wykonawcę świadczenie nie odpowiada opisanym w specyfikacji wymaganiom zamawiającego w szczególności, co do zakresu, ilości. Tymczasem, odwołujący zaoferował wykonanie świadczenia zgodnie z wszystkimi wymaganiami zamawiającego. Dlatego też czynność odrzucenia oferty odwołującego naruszyła przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W zakresie naruszenia art. 7 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący się podniósł, że zamawiający nie podjął jakichkolwiek działań w celu wyjaśnienia zaistniałego braku, choć zdaniem odwołującego, w zaistniałej sytuacji winien uprzednio wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a dopiero potem odrzucić ofertę. Według ugruntowanego poglądu zarówno doktryny, jak i orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej (a wcześniej Zespołu Arbitrów) w razie jakichkolwiek obiekcji co do treści złożonej oferty Zamawiający winien w pierwszym rzędzie żądać złożenia wyjaśnień przez wykonawcę, zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zaniechania zamawiającego w zakresie skorzystania z przyznanych mu przepisami prawa możliwości dokonania wszystkich działań zmierzających do wyboru najkorzystniejszej oferty nie powinny podlegać ochronie, a jednocześnie są nie do pogodzenia z art. 87 ust.

1 ustawy Pzp

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 w zw. z art. 91 ustawy Pzp odwołujący się wskazał, że na skutek błędnego odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający uchybił art. 91 ustawy Prawo zamówień publicznych, bezprawnie dokonując wyboru oferty spółki cywilnej pod firmą An Archi Group s.c. T. K..... K. K....., R. Z....., K. O....., mimo iż oferta odwołującego się nie podlegała odrzuceniu, a nadto była najkorzystniejsza cenowo w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający oświadczeniem złożonym na rozprawie w dniu 18 października 2012 roku wniósł o oddalenie odwołania.

**Izba stwierdziła, że stan faktyczny sprawy opisany w odwołaniu odpowiada ustaleniom dokonany przez Izbę.**

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, iż odwołujący się jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Podstawą odrzucenia oferty odwołującego się jest art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z siwz musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w siwz oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również

tradycyjnie zamieszczane w siwz); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami siwz.

Ogólnie wskazać tu należy, dzielając w tym zakresie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 maja 2010 r., sygn. akt KIO 868/10, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70<sup>1</sup> § 3 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że obok ogłoszenia zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to siwz należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie siwz jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w siwz. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm siwz, jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowego postępowania Izba uznała, że brak wymaganej przez zamawiającego wyceny stanowi niezgodność polegającą na sporządzeniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz, co uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Izba wskazuje, że zamawiający uprawniony był do żądania od wykonawców złożenia wyceny niezależnie od tego, że umówione przez strony wynagrodzenie miało być wynagrodzeniem ryczałtowym. W opozycji do takiego żądania nie stoi bowiem żaden z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, w szczególności przepis ustawy Pzp ani Kodeksu cywilnego.

A zatem uznać należy, iż odwołujący się, decydując się na złożenie oferty w przedmiotowym postępowaniu, winien był respektować ustalone przez zamawiającego zasady i złożyć wszystkie wymagane dokumenty, w tym również dokument zawierający wycenę. Z kolei zamawiający, który zobligowany jest egzekwować od wykonawców

dostosowanie się do warunków przetargu, nie może odstąpić od tego obowiązku wobec niektórych z wykonawców, uznając, iż brak wymaganego dokumentu nie stanowi uchybienia postanowieniom siwz.

Izba nie zgadza się z odwołującym się, iż brak wyceny jest jedynie uchybieniem formalnym, a zatem nie powinien skutkować odrzuceniem jego oferty. O niezgodności formalnej możemy bowiem mówić wówczas, gdy oferta nie odpowiada przyjętemu przez zamawiającego szablonowi, np. nie jest sporządzana na przygotowanym przez zamawiającego formularzu ofertowym, niemniej jednak zawiera wszystkie wymagane przez zamawiającego elementy, nie ma ponumerowanych stron bądź też jej strony są podpisane a nie parafowane. Brak jednego z wymaganych dokumentów stanowi uchybienie nie dające się zakwalifikować jako uchybienie formalne.

Izba przeanalizowała również orzeczenia, na które odwołujący się powoływał w treści uzasadnienia odwołania oraz na rozprawie, tj. wyrok z dnia 9 grudnia 2011 roku, sygn. akt: KIO 2553/11 oraz wyrok z dnia 27 marca 2012 roku, sygn. akt: KIO 490/12, gdzie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż przy zastosowaniu wynagrodzenia ryczałtowego kosztorys nie wpływa na zgodność oferty z SIWZ. Izba podziela stanowisko wyrażone we wskazanych orzeczeniach, niemniej jednak stwierdza, iż nie mogą one znaleźć zastosowania przedmiotowej sprawie, nawet *per analogiam*, zostały bowiem wydane w odmiennych stanach faktycznych. Zamawiający w postępowaniach, na kanwie których zostały wydane wskazane wyroki, żądali złożenia kosztorysów i takie kosztorysy zostały im przedłożone. W złożonych kosztorysach stwierdzono natomiast rozbieżności względem przedmiarów robót. Błędy w kosztorysie stanowią o innego rodzaju uchybieniach niż brak kosztorysu, czy – jak to ma miejsce w niniejszym przypadku – wyceny. W niniejszym przypadku nie złożono bowiem w ogóle wymaganego dokumentu i to stanowi o niezgodności treści oferty z treścią siwz. Natomiast błędy w złożonym dokumencie każdorazowo stanowią przedmiot badania przez KIO i w zależności od danego stanu faktycznego mogą być różnie ocenione.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego się, jakoby zamawiający winien był w tej sytuacji wezwać go do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Procedura wyjaśniania treści oferty nie może skutkować wprowadzeniem jakichkolwiek zmian w treści



oferty, z wyjątkiem poprawiania omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Wyjaśnienia muszą więc ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie.

Biorąc pod uwagę treść art. 87 ust. 1 ustawy Pzp niezrozumiałym jest żądanie odwołującego się, by zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty. Wyjaśniać można bowiem to, co w ofercie już się znajduje, nie zaś to, czego w ofercie nie ma. Jakikolwiek wyjaśnienia złożone w danym stanie faktycznym prowadziłyby w istocie do uzupełnienia brakującego dokumentu zawierającego wycenę. Izba zwraca uwagę, że art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie może być podstawą do uzupełnienia jakiegokolwiek brakującego dokumentu

W ocenie Izby wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących brakującego dokumentu wykracza poza wykazanie, w jaki sposób należy rozumieć treść oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....