

**WYROK**  
z dnia 1 grudnia 2016 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Aleksandra Zielonka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 listopada 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2016 r. przez wykonawcę **KAMARO Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Sopocie, ul. J. Malczewskiego 4, 81-861 Sopot** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Gmina Miasta Sopotu, w imieniu i na rzecz której działa Zarząd Dróg i Zieleni w Sopocie, Al. Niepodległości 930, 81-861 Sopot**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Budowlane TB Invest T. B., ul. Harfowa 34, 80-298 Gdańsk** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2127/16 po stronie **zamawiającego**

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego KAMARO Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Sopocie, ul. J. Malczewskiego 4, 81-861 Sopot

i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę KAMARO Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Sopocie, ul. J. Malczewskiego 4, 81-861 Sopot tytułem wpisu od odwołania;

2.2) zasądza od wykonawcy KAMARO Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Sopocie, ul. J. Malczewskiego 4, 81-861 Sopot na rzecz zamawiającego Gmina Miasta Sopotu, w imieniu i na rzecz której działa Zarząd Dróg i Zieleni w Sopocie, Al. Niepodległości 930, 81-861 Sopot kwotę 3 889 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset osiemdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów związanych z dojazdem.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) 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: .....

## U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Gmina Miasta Sopotu, w imieniu i na rzecz której działa Zarząd Dróg i Zieleni w Sopocie, Al. Niepodległości 930, 81-861 Sopot wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na przebudowę i rozbudowę domu pogrzebowego wraz z infrastrukturą techniczną oraz przebudową ogrodzenia na Cmentarzu Komunalnym w Sopocie, nr ref. 10/TI/2016.

Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych 28.06.2016 r. pozycja 107357.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił 3.11.2016 r. o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane TB Invest T. B., ul. Harfowa 34, 80-298 Gdańsk;
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy KAMARO Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Sopocie, ul. J. Malczewskiego 4, 81-861 Sopot, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji, bo wykonawca nie załączył do oferty wymaganego w SIWZ kosztorysu ofertowego – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawca KAMARO Spółka Z Ograniczoną Odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Sopocie, ul. J. Malczewskiego 4, 81-861 Sopot, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp, wniósł 8.11.2016 r. do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) odrzucenie oferty odwołującego, jako niespełniającej wymagań określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ);
- 2) dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane TB Invest T. B., ul. Harfowa 34, 80-298 Gdańsk bez uwzględnienia oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, wskazując jako podstawę ww. działania niedołączenie

przez odwołującego do oferty kosztorysu ofertowego, co było konsekwencją uznania, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, podczas gdy:

- 1) zgodnie z treścią SIWZ zamawiający ustalił, że wynagrodzenie należne wykonawcy z tytułu udzielenia przedmiotowego zamówienia będzie wynagrodzeniem ryczałtowym, a kosztorys ofertowy, jedynie o charakterze pomocniczym, nie będzie brany pod uwagę przy ocenie ofert;
- 2) niedołączenie do oferty kosztorysu ofertowego nie wpływało na wynik czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego
- 2) powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w uwzględnieniu przy tej czynności oferty odwołującego.

Argumentacja odwołującego

Zamawiający 3.11.2016 r. zawiadomił odwołującego o odrzuceniu oferty, uzasadniając, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ, wobec niedołączenia przez odwołującego do oferty kosztorysu ofertowego. Konsekwencją tego było dokonanie przez zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty, bez uwzględnienia w wyborze oferty odwołującego. Tymczasem zamawiający wskazał wprost w treści SIWZ, że wynagrodzenie należne wykonawcy z tytułu udzielenia przedmiotowego zamówienia będzie wynagrodzeniem ryczałtowym:

- a) ust. 14.1 SIWZ – „podana w ofercie cena jest ceną ryczałtową – kompletną, jednoznaczną i ostateczną, stałą dla okresu realizacji zadania i okresu gwarancji, udzielonej przez wykonawcę robót”;
- b) ust. 14.5 SIWZ – „za ustalenie ilości robót i innych świadczeń oraz sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji ofertowego wynagrodzenia ryczałtowego odpowiada wyłącznie wykonawca. Cena oferowana jest ceną ryczałtową za ustalony w dokumentacji zadania zakres robót zadania inwestycyjnego, jak również w zakresie nie ujętym, a bez którego nie można wykonać zamówienia w zakresie podanym w opisie przedmiotu zamówienia, zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ lub specyfikacja), obowiązującymi przepisami prawa, w tym m.in. Prawa budowlanego, wydanymi decyzjami, pozwoleniami i uzgodnieniami i łącznie z uzyskaniem ostatecznej decyzji o pozwoleniu na użytkowanie obiektu budowlanego oraz należny VAT. Załączone do [...] specyfikacji przedmiary robót należy traktować jako element pomocniczy, informacyjny, a nie służący do obliczenia ceny ofert”;

- c) § 8 ust. 1 załącznika nr 6 do SIWZ – projekt umowy – „Strony ustalają, że za wykonanie całego przedmiotu umowy łącznie ze świadczeniami gwarancyjnymi wykonawcy przysługiwać będzie wynagrodzenie ryczałtowe (...);
- d) § 13 załącznika nr 6 do SIWZ – projekt umowy – „na czas realizacji przedmiotu [...] umowy wykonawca zobowiązany jest do posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej zgodnej z przedmiotem [...] umowy na sumę nie niższą niż 100% wartości wynagrodzenia ryczałtowego brutto, określonego w [...] umowie”.

Jednocześnie zamawiający wskazał w treści ust. 14.5. SIWZ, że „kosztorys ofertowy nie będzie oceniany na etapie oceny ofert, może on mieć zastosowanie przy wycenie ewentualnych robót dodatkowych, uzupełniających lub do obliczenia wynagrodzenia wykonawcy z tytułu wykonania części przedmiotu umowy”. Biorąc pod uwagę powyższe, kosztorys ofertowy, którego dołączenia do oferty żądał zamawiający nie mógł mieć żadnego wpływu na rozstrzygnięcie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jego przedstawienie nie wpływało bowiem na wyłonienie najkorzystniejszej oferty, a taki jest przecież cel postępowania. Biorąc natomiast w szczególności pod uwagę okoliczność, że zamawiający sam wskazał, że kosztorys nie jest mu potrzebny do ustalenia ceny oraz pozostałych kryteriów oceny ofert wskazanych w SIWZ, to niedołączenie kosztorysu ofertowego przez odwołującego do oferty nie mogło rodzić dla odwołującego żadnych negatywnych konsekwencji, a w szczególności odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Na niewiążący charakter kosztorysu ofertowego zwrócił uwagę w SIWZ sam zamawiający. Przesądził on bowiem, że kosztorys ofertowy ma znaczenie jedynie informacyjne i pomocnicze. Zamawiający wyraźnie wskazał, że dokument ten nie będzie weryfikowany w czasie badania i oceny złożonych ofert [...]. Zgodnie bowiem z art. 66 Kc w zw. z art. 14 Pzp, oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z pewnością zaś elementy mające jedynie charakter pomocniczy i informacyjny, które w ogóle nie miały być badane, charakteru istotnego nie posiadają. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp dotyczy wyłącznie niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, a *contrario* przyjąć należy, że nie ma podstaw do odrzucenia oferty, której wyłącznie forma jest niezgodna z postanowieniami zawartymi w SIWZ. W tej sytuacji odrzucenie oferty wykonawcy z powodu braku dokumentu, który zgodnie z SIWZ nie miał być w ogóle weryfikowany, naruszało dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 08.11.2016 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 08.11.2016 r.

14.11.2016 r. (poniedziałek po dniach wolnych) wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane TB Invest T. B., ul. Harfowa 34, 80-298 Gdańsk złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 28.11.2016 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza (dalej KIO lub Izba bez bliższego określenia) ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

W ocenie Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego ze względu na niedołączenie przez odwołującego do oferty kosztorysu ofertowego i uznania przez zamawiającego, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący podniósł, że zgodnie w treścią ust. 14.1, ust. 14.5 SIWZ oraz § 8 ust. 1 i § 13 zał. nr 6 do SIWZ (projekt umowy) zamawiający ustalili, że wynagrodzenie należne

wykonawcy z tytułu udzielenia zamówienia będzie wynagrodzeniem ryczałtowym, a kosztorys ofertowy będzie mieć jedynie charakter pomocniczy i nie będzie brany pod uwagę przy ocenie ofert. Ponadto, zdaniem odwołującego, niedołączenie do oferty kosztorysu ofertowego nie wpływało na wynik czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołujący również wskazał, że elementy oferty *sensu largo* mające jedynie charakter pomocniczy i informacyjny, które w ogóle nie miały być badane, charakteru istotnego nie posiadają. Natomiast przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp dotyczy wyłącznie niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, a *contrario* odwołujący wskazał, że nie ma podstaw do odrzucenia oferty, której wyłącznie forma jest niezgodna z postanowieniami SIWZ. Dlatego odrzucenie oferty odwołującego z powodu braku dokumentu, który zgodnie z SIWZ nie miał być w ogóle weryfikowany, naruszało dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Jednak Izba – nie negując poglądu, że w postępowaniu zamawiający ustanowił ryczałtowy sposób wynagrodzenia – stwierdziła, że zamawiający wymagał dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego w rozdz. 9 ust. 9.10.5 SIWZ cyt. »Kompletna oferta musi zawierać [...] Kosztorys ofertowy«. Również istotne w sprawie dla Izby było postanowienie rozdz. 16 ust. 16.6 lit. c in fine SIWZ, na podstawie tego postanowienia ewentualna cyt. »zmiana wynagrodzenia będzie ustalana na podstawie cen dla każdego elementu robót budowl., zgodnie ze złożonym przez Wykonawcę kosztorysem ofertowym [...]« [pisownia oryginalna]. W związku z tym zamawiający wykazał niezbędność dokumentu do prowadzonego postępowania, co jest wymagane na podstawie art. 25 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp, który to przepis brzmi »W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania«. W tym przypadku Izba nie może uwzględnić odwołania, że wymaganie załączenia kosztorysu jest tylko formalnością. Ponadto Izba zauważa, że zamawiający bezwzględnie wymagał przez użycie wyrazu »musi« w cytowanym wyżej ust. 9.10.5 SIWZ zawarcia w ofercie kosztorysu inwestorskiego. Podobne postanowienia zawiera projekt umowy, który jest załącznikiem nr 6 do SIWZ.

Izba stwierdza, że zamawiający zastosował w postępowaniu wynagrodzenie ryczałtowe, ale tylko w przypadku realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w specyfikacji, natomiast w przypadku dokonywania zmian w przedmiocie umowy, w trakcie jej realizacji, strony będą mogły zmienić kwotę wynagrodzenia właśnie na podstawie kosztorysu ofertowego.

Z przytoczonych względów Izba nie może uwzględnić odwołania.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdza, że przytoczone przez odwołującego orzecznictwo nie mogło być wzięte p[od uwagę ze względu na inny stan faktyczny wskazanych spraw.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600 zł 00 gr i koszty związane z dojazdem w kwocie 289 zł 00 gr uznając razem kwotę 3 889 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset osiemdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów związanych z dojazdem zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. a i b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: .....