

Sygn. akt KIO 717/10

**WYROK**  
**z dnia 12 maja 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 23 kwietnia 2010 r. przez **Zakład Instalatorstwa i Teletechniki „Łączbud” Sp. z o.o., ul. 3-go Maja 33,35-030 Rzeszów** od czynności zamawiającego, którym jest **Gmina Stalowa Wola, ul. Wolności 7, 37-450 Stalowa Wola**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Dariusz Kaszuba, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą FIRMA KASZUB Dariusz Kaszuba (pełnomocnik; adres: ul. Rzemieśnicza 3 83-307 Kiełpino) oraz Wroński Spółka Jawna** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**

**2. kosztami postępowania obciąża Gminę Stalowa Wola i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Zakład Instalatorstwa i Teletechniki „Łączbud” Sp. z o.o.** stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **13 556 zł 04 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych cztery grosze) przez **Gminę Stalowa Wola** na rzecz **Zakładu Instalatorstwa i Teletechniki „Łączbud” Sp. z o.o.**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Tarnobrzegu**.

**Przewodniczący Składu Orzekającego:**

.....

## UZASADNIENIE

I. Gmina Stalowa Wola (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego *na przebudowę Stadionu (areny sportowej) oraz trybuny dla 800 osób wraz z infrastrukturą techniczną przy ul. Staszica w Stalowej Woli*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 marca 2010 r. pod nr 47959 - 2010. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 19.04.2010 r. wykonawca - Zakład Instalatorstwa i Teletechniki „Łączbud” Sp. z o.o. (dalej: Odwołujący) powziął informację o wyniku postępowania – za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Dariusz Kaszuba, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą FIRMA KASZUB Dariusz Kaszuba (pełnomocnik; adres: ul. Rzemieślnicza 3 83-307 Kiełpino) oraz Wroński S.J. Oferta złożona przez Odwołującego (z najniższą ceną), została odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ jego oferta „nie zawiera wyceny sprzętu sportowego” (pismo Zamawiającego z dn. 19.04.2010 r., strona 3 bez numeracji).

Od tej czynności Odwołujący wniósł w dn. 23.04.2010 r. odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przez nieprawidłowe odrzucenie jego oferty z postępowania, a tym samym nierówne traktowanie wykonawców i nieprawidłowy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazywał, że cena oferty została określona w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) jako cena ryczałtowa, a więc sposób jej obliczenia nie powinien mieć dla Zamawiającego znaczenia, tym bardziej, że podał on w załączonym do oferty kosztorysie globalną cenę za wyposażenie sportowe, a z żadnego postanowienia SIWZ nie wynikał obowiązek podania wyceny poszczególnych elementów - w konsekwencji brak w ofercie zestawienia wyposażenia sportowego nie powinien skutkować odrzuceniem oferty. Ponadto podniósł, że z SIWZ wynika wyraźnie, iż przedmiary mają charakter pomocniczy przy określeniu ceny ofertowej (pkt 1.6 SIWZ). Niezależnie od powyższego, na rozprawie wskazał, że co prawda w wersji elektronicznej SIWZ zestawienie wyposażenia sportowego znajdowało się w tym samym folderze, co przedmiar robót, lecz z tego faktu nie można wyciągać wniosku, że zestawienie to ma charakter przedmiaru robót, bo nie ma właściwie żadnego atrybutu przedmiaru robót, o którym mowa w przepisach wykonawczych.

Zamawiający odpowiadając na odwołanie (odpowiedź na odwołanie złożono ustnie do protokołu), stwierdził, że nie kwestionuje, że wynagrodzenie za przedmiot umowy jest wynagrodzeniem ryczałtowym, jednak stoi na stanowisku, że braki w wycenach jednostkowych nie mają znaczenia tylko wówczas, jeżeli Zamawiający zdefiniuje przedmiot zamówienia przez odwołanie do dokumentacji technicznej. Tymczasem w niniejszym postępowaniu, Zamawiający w sposób wyraźny, jednoznaczny zdefiniował przedmiot umowy przez odwołanie do przedmiarów.

Zamawiający przytoczył postanowienia SIWZ, m.in. pkt 16.6 (dla każdej pozycji wyszczególnionej w przedmiarze należy podać swoją cenę jednostkową oraz kolejność pozycji działów, które są wyszczególnione w przedmiarze, muszą odpowiadać pozycjom, udziałom w kosztorysie ofertowym). Wskazał, że w sposób jednakowy potraktował wszystkich 12 wykonawców, którzy złożyli oferty, a spośród nich tylko jeden, tj. Odwołujący nie załączył do oferty zestawienia wyposażenia sportowego z rozbiciem na poszczególne elementy. Z powodu braków w zestawieniu zostali odrzuceni dwaj inni wykonawcy, jeden, ponieważ zmienił kolejność wyspecyfikowanego sprzętu, a drugi, ponieważ jego opis wyposażenia nie odpowiadał literalnie opisowi specyfikacji.

Zamawiający podkreślił, że bezwzględnie zależało mu na szczegółowym zestawieniu wyposażenia sportowego, ponieważ umowa będąca skutkiem niniejszego postępowania będzie rozliczana ze środków unijnych, w związku z czym brak zestawienia i wyceny sprzętu w ofercie Odwołującego, może spowodować uznanie wydatków w tym zakresie za niekwalifikowane.

Zamawiający zwrócił uwagę (na dowód czego przedłożył plik dokumentów związanych z dofinansowaniem środków z UE), że zestawienie wyposażenia sportowego znalazło się już w studium wykonalności, a był wzywany do uzupełnienia tego elementu przez Urząd Marszałkowski (pismo Urzędu Marszałkowskiego z dnia 05.05.2010 r. strona 2, pkt 2 zestawienia).

Przywołał również postanowienia projektu umowy stanowiącego załącznik do SIWZ, z którego z § 1 ust. 1 wynika odwołanie do przedmiarów robót, jako sposobu opisu przedmiotu umowy, a także wskazuje na § 4 ust. 5, zgodnie z którym będzie mógł udzielić zamówień uzupełniających na podstawie danych zawartych w ofercie wykonawcy.

Powołał się także na § 14 projektu umowy, z którego wynika, że w razie odstąpienia od umowy, zobowiązany będzie dokonać odbioru robót przerwanych oraz do zapłaty wynagrodzenia za roboty wykonane do dnia odstąpienia, czego nie można byłoby zrealizować wobec braku wyceny zestawienia sprzętu.

**II.** Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołujący ma interes we wnoszeniu środków ochrony prawnej, ponieważ w konsekwencji uwzględnienia odwołania, i powtórnej oceny ofert, jego oferta miałaby szansę zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. Bezsporne było, że wynagrodzenie za przedmiot umowy ma charakter ryczałtowy.
2. Wykonawcy, zgodnie z ust. 9.1 a) SIWZ mieli do oferty załączyć kosztorysy ofertowe sporządzone metodą uproszczoną, przy czym w pkt. 16.6 SIWZ Zamawiający zastrzegł, że przedmiar robót – będący podstawą sporządzenia kosztorysu – ma charakter pomocniczy, i ma ułatwić wykonawcy przygotowanie kosztorysu.
3. Zamawiający wskazał w pkt 16.4 SIWZ określone prace i zakres obowiązków, które wchodziły w zakres przedmiotu umowy, ale nie zostały określone w dokumentacji projektowej.
4. Zamawiający załączył do oferty przedmiary robót. W folderze nazwanym „przedmiar robót” znalazło się zestawienie wyposażenia sprzętu sportowego, przy czym brak w SIWZ wytycznych co do tego dokumentu.
5. Odwołujący do oferty nie załączył zestawienia wyposażenia sportowego z rozbiciem na poszczególne elementy, natomiast podał globalną cenę za wyposażenie sportowe (strona 45 oferty, pozycja 11).

Wobec tak ustalonego stanu faktycznego, skład orzekający przyznał rację Odwołującemu, i uznał, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych.

Izba w pełni podziela stanowisko Odwołującego, iż w umowie na roboty budowlane przy ustaleniu wynagrodzenia umownego jako wynagrodzenia ryczałtowego, kosztorysy ofertowe pełnią jedynie charakter pomocniczy i informacyjny, co zresztą sam Zamawiający wyraźnie wskazał w SIWZ.

Słusznie zauważył Odwołujący na rozprawie, że przedmiar robót, zgodnie z § 6 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. z dnia 16 września 2004 r.), powinien zawierać zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz z ich szczegółowym opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z wyliczeniem

i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych. Wobec takiej definicji legalnej przedmiaru robót, zgodnej zresztą z powszechnym rozumieniem tego pojęcia, nie może ulegać wątpliwości, że zestawienie wyposażenia sportowego przedmiarem robót nie jest. Zawiera ono bowiem jedynie katalog wyposażenia sportowego oczekiwany przez Zamawiającego, a nie jest – tak jak przedmiar – kalkulacją ceny wykonania robót budowlanych z uwzględnieniem użytych materiałów i zastosowanego sprzętu.

Niezależnie od powyższego, nawet gdyby zestawienie wyposażenia uznać za przedmiar robót – to i tak, wobec takich postanowień SIWZ, jak zastosowane w niniejszym postępowaniu, nie można byłoby odrzucić oferty Odwołującego, jeżeli nie załączył do oferty kosztorysu odpowiadającego jednemu z przedmiarów, o ile nie byłoby wątpliwości, że w wycenie ofertowej uwzględnił cenę wyliczoną na podstawie tego dokumentu. Jak już zauważono wcześniej, nie było żadnych wątpliwości, że Odwołujący wyposażenie sportowe wycenił w swojej ofercie. Ponadto Izba porównała wycenę zestawienia wyposażenia sportowego z oferty Odwołującego z wyceną zestawienia wyposażenia sportowego w ofercie Przystępującego, i ceny te (globalna wartość wyposażenia sportowego) są na tym samym poziomie.

Zamawiający argumentował, że brak zestawienia wyposażenia sportowego spowoduje rozmaitego rodzaju utrudnienia na etapie realizacji umowy, poczynając od uznania wydatków w tym zakresie na niekwalifikowane (zamówienie jest współfinansowane ze środków Unii Europejskiej), aż do niemożliwości udzielenia zamówień uzupełniających i rozliczenia umowy na wypadek odstąpienia.

Z taką argumentacją Zamawiającego nie można się zgodzić. Jeżeli intencją Zamawiającego było żądanie załączenia do oferty zestawienia wyposażenia sportowego, powinien był to wyrazić wyraźnie w SIWZ. Na obecnym etapie postępowania nie może wywodzić tej okoliczności z innych dokumentów, i w ocenie Izby wnioski dowodowe Zamawiającego w tym zakresie są całkowicie chybione. Nie można przeprowadzić dowodu z innych dokumentów, nie będących częścią SIWZ, na okoliczność, co powinno z SIWZ wynikać, nawet jeżeli te dokumenty mają z punktu widzenia Zamawiającego kluczowe znaczenie wobec sposobu finansowania inwestycji.

Co do trudności w udzieleniu zamówień uzupełniających, jak trafnie zauważył Odwołujący, udzielenie zamówień uzupełniających w zakresie wyposażenia sportowego jest wątpliwe. Zamawiający tak sformułował § 4 ust. 5 projektu umowy, że dotyczy on wyłącznie robót budowlanych, a w konsekwencji – ustalenie wynagrodzenia za te zamówienia (roboty budowlane) zostanie obliczone na podstawie „stawek robocizny, pracy sprzętu, kosztów

oraz narzutów według oferty wykonawcy”, czego w ocenie Izby nie da się zastosować do wyposażenia sportowego, niezależnie od zagadnienia, czy zamówienie w tym zakresie byłoby robotą budowlaną czy dostawą.

Natomiast w razie odstąpienia od umowy, zgodnie z art. 494 Kodeksu cywilnego, strona, która odstępuje od umowy wzajemnej, obowiązana jest zwrócić drugiej stronie wszystko, co otrzymała od niej na mocy umowy (zamawiający powoływał się na trudności w ewentualnych rozliczeniach w razie konieczności odstąpienia przez niego od umowy na podstawie § 14 projektu umowy), zatem problem z rozliczeniem za ewentualnie dostarczone już wyposażenie sportowe w ogóle nie istnieje (Zamawiający zobowiązany byłby je zwrócić).

Reasumując, skoro brak w SIWZ jakiegokolwiek wskazówki co do załączenia do oferty zestawienia wyposażenia sportowego, Odwołujący nie miał obowiązku załączać takiego zestawienia w ofercie. Należy zauważyć, że nawet gdyby Zamawiający taki wymóg w SIWZ zawarł, nie przesądzałoby on o konieczności odrzucenia oferty w razie braku załączenia takiego dokumentu. Na treść oferty nie wpływa bowiem sama okoliczność, czy do oferty załączono określony dokument wskazany w SIWZ, lecz należy każdorazowo badać, jaki wpływ ma ten (brakujący) dokument na treść oferty rozumianą jako zakres przyszłego świadczenia wykonawcy. W sytuacji, gdy cena oferty jest ceną ryczałtową, kosztorys, który należy załączyć do oferty, co do zasady nie jest treścią oferty – bowiem nie wynika z niego zakres świadczenia wykonawcy, a zasada ta nie została przez Zamawiającego w żaden sposób zmodyfikowana w SIWZ, mimo takiego stwierdzenia Zamawiającego na rozprawie. Zamawiający argumentował, że jedynie przedmiary określają zakres świadczenia, co jednak jest niezgodne z treścią z SIWZ, z której, co już wyżej opisano, jednoznacznie wynika, że mają one wyłącznie charakter pomocniczy; ponadto Zamawiający w SIWZ określił zakres zamówienia nieobjęty przedmiarami (pkt 16.4 SIWZ).

Pomijając nawet powyższe rozważania, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, jako podstawę faktyczną wskazując brak „wyceny sprzętu sportowego” (pismo Zamawiającego z dn. 19.04.2010 r., strona 3 bez numeracji). Taka podstawa faktyczna jest niezgodna z rzeczywistością, ponieważ nie ulega wątpliwości, że Odwołujący wycenił na stronie 45 oferty, w poz. 11, wyposażenie sportowe.

Reasumując, Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego w konsekwencji uwzględniono zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 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), uwzględniając koszty pełnomocnika Odwołującego zgodnie z rachunkiem złożonym do akt sprawy.

**Przewodniczący Składu Orzekającego:**

.....