

Sygn. akt: KIO 2263/12

## WYROK

z dnia 31 października 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 października 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 października 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **KAN-EKO Sp. z o.o. w Ustroniu (43-450), ul. Katowicka 207 oraz Ekobud Sp. j. A..... R..... i M..... G....., ul. Północna 5, 43-418 Pogwizdów** w postępowaniu prowadzonym

przez **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Wodzisławiu Śląskim (44-300), ul. Markłowska 15**

przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Inżynierii Ochrony Środowiska i Merioracji Hydromel Sp. z o.o., ul. Piłsudskiego 156A, 26-200 Końskie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: **Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Wodzisławiu Śląskim (44-300), ul. Markłowska 15** unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **KAN-EKO Sp. z o.o. w Ustroniu (43-450), ul. Katowicka 207 oraz Ekobud Sp. j. A..... R..... i M..... G....., ul. Północna 5, 43-418 Pogwizdów**, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Wodzisławiu Śląskim (44-300), ul. Marklowicka 15** i:
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **KAN-EKO Sp. z o.o. w Ustroniu (43-450), ul. Katowicka 207** oraz **Ekobud Sp. j. A..... R..... i M..... G....., ul. Północna 5, 43-418 Pogwizdów** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od zamawiającego: **Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Wodzisławiu Śląskim (44-300), ul. Marklowicka 15** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **KAN-EKO Sp. z o.o. w Ustroniu (43-450), ul. Katowicka 207** oraz **Ekobud Sp. j. A..... R..... i M..... G....., ul. Północna 5, 43-418 Pogwizdów** kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego i obejmującą koszty wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 Gliwicach**.

**Przewodniczący:** .....

**Sygn. akt: KIO 2263/12**

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „*Budowa kanalizacji sanitarnej w aglomeracji Rydułtowy – etap I*” zostało wszczęte przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Wodzisławiu Śląskim, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2012/S 149-248844) w dniu 4 sierpnia 2012 r.

Odwołanie w powołanym postępowaniu o udzielenie zamówienia wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: KAN-EKO Sp. z o.o. oraz Ekobud Sp. j. A..... R..... i M..... G....., zwani dalej łącznie Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec czynności odrzucenia przez Zamawiającego oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego i uznanie, że treść tej oferty nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ),
2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty, której cena była wyższa od ceny oferty Odwołującego,
3. art. 7 ust. 1-3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, poprzez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego dochodzi do nieuzasadnionego uprzywilejowania innego podmiotu,
4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w związku z art. 5 kodeksu cywilnego, w związku z art. 14 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasad współzycia społecznego oraz przepisów przywołanych w treści odwołania.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty

Odwołującego, jako najkorzystniejszej, a także nakazanie Zamawiającemu równego traktowania wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji. Wnosił on także o zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wykluczył, iż spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający, w części I SIWZ – Instrukcji dla Wykonawców (IDW), w pkt 14.3.1, wskazał wykonawcom co rozumie przez zawartość kompletnej oferty.

W pkt 24 IDW znalazł się opis sposobu obliczenia ceny.

Zgodnie pkt 25 IDW cena była jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej.

W części II SIWZ, Wzorce umowy w sprawie zamówienia publicznego, w rozdziale I – Wzorce umowy, w §1 wskazano, że jednym z dokumentów, które określają lokalizację, przedmiot i zakres robót, jest kosztorys ofertowy wykonawcy. Dalej § 6 i 7 regulują kwestię wysokości wynagrodzenia oraz sposobu jego płatności.

Przed upływem wyznaczonego terminu do Zamawiającego wpłynęło dziewięć ofert. Ofertę o najniższej cenie złożył Odwołujący.

Odwołujący złożył wraz ze swą ofertą kosztorys ofertowy, do którego nie załączył wykazu robocizny.

Zamawiający pismem z dnia 3 października 2012 r. wezwał Odwołującego do wskazania, w którym miejscu oferty zawarty został powołany wykaz robocizny.

Odwołujący, pismem z dnia 5 października 2012 r., oświadczył Zamawiającemu, iż do złożonej przez siebie oferty nie załączył wykazu robocizny.

Mając to na uwadze, Zamawiający odrzucił ofertę złożoną przez Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, uznając, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie, które Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych.

Pismem, doręczonym w dniu 22 października 2012 r., wykonawca: Przedsiębiorstwo Inżynierii Ochrony Środowiska i Merioracji Hydromel Sp. z o.o. doręczył Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty znajdują w części oparcie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, Odwołujący wykazał bowiem, że fakt niezłożenia przez niego wraz z ofertą wykazu robocizny, nie wpływał w żaden sposób na ocenę prawidłowości i kompletności złożonej przez niego oferty. Innymi słowy, Odwołujący wykazał, że w świetle zapisów SIWZ nieistotną dla oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ jest okoliczność niezłączenia przez niego do kosztorysu ofertowego wykazu robocizny.

Analiza postanowień SIWZ, w szczególności pkt 24 IDW, pozwala stwierdzić, iż wykonawcy mieli obowiązek sporządzić kosztorys (pkt 24.1 IDW), który obrazować miał kalkulację ceny ofertowej, umożliwiającej uszeregować ceny od najkorzystniejszej począwszy (pkt 24.11 w zw. z pkt 25 IDW). Co istotne cenę oferty ofertowego stanowiła wartość kosztorysu obliczonego na podstawie przedmiaru (pkt 24.1 IDW). Cena ta uwzględniać miała wszystkie koszty związane z wykonaniem zamówienia (pkt 24.2 IDW), a także zawierać w sobie wszelkie cła, podatki i inne należności płatne przez wykonawcę (pkt 24.4 IDW).

Faktem jest, iż zgodnie z pkt 24.7 IDW kosztorys ofertowy należało dołączyć do oferty – miał on być, w świetle postanowień wzoru umowy (§ 1 ust. 2 lit. c) jednym z dokumentów, które określają lokalizację, przedmiot i zakres robót. Zamawiający nie czynił jednak Odwołującemu zarzutu, iż ten takiego kosztorysu nie złożył, czy też, że złożył go sporządzony

nieprawidłowo. Przyjąć zatem należało, że Zamawiający nie dostrzegł żadnych nieprawidłowości w kosztorysie ofertowym Odwołującego.

Zamawiający twierdził jedynie, że z pkt 24.8 IDW wynikało, że każdy wykonawca zobowiązany był złożyć wraz z kosztorysem „*wykaz materiałów, sprzętu i robocizny oraz podać składniki cenotwórcze, tj. stawkę roboczogodziny, koszty pośrednie, koszty zakupu, zysk itp. niezbędne przy rozliczaniu robót*”. Przywoływał w tym kontekście również pkt 24.11 IDW, zgodnie z którym rozliczenie robót miało następować na podstawie faktycznie wykonanych ilości oraz cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym. Jak Zamawiający wyjaśniał w toku rozprawy „*żądany przez niego wykaz robocizny miał stanowić dla niego informację merytoryczną, ile roboczogodzin przewidział wykonawca, który sporządził kosztorys*”.

Zdaniem Izby, słusznie podnosił Odwołujący, że treść żadanego przez Zamawiającego wykazu robocizny, w świetle powołanych zapisów IDW, § 6 i 7 wzoru umowy, a także postanowień Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (np. p.9.1, str. 34 – „*podstawą płatności jest cena jednostkowa skalkulowana przez Wykonawcę za jednostkę obmiarową ustaloną dla danej pozycji przedmiaru robót pomnożona przez ilość obmiarową*”), nie oddziałuje w żaden sposób na merytoryczną ocenę prawidłowości kalkulacji dokonanej w kosztorysie ofertowym. Dla rozliczenia wykonanej roboty istotna będzie cena jednostkowa ustalona przez wykonawcę w kosztorysie ofertowym. Drugim czynnikiem decydującym o ostatecznym wynagrodzeniu należnym wykonawcy będzie faktyczna ilość wykonanej pracy opisanej w każdej z pozycji kosztorysu – ta będzie jednak znana dopiero po zrealizowaniu roboty. Mając na uwadze powołane zapisy SIWZ, uznać należy, że de facto nie jest istotne dla oceny prawidłowości sporządzenia kosztorysu ofertowego, a co za tym idzie całej oferty, ilość nakładów przyjęta przez wykonawcę do wyceny każdej z pozycji kosztorysu. Jak zasadnie zauważył Odwołujący, również przedmiar robót, który wycenić mieli wykonawcy, sporządzony był metodą uproszczoną i nie wskazywał na przewidywane w każdej z pozycji nakłady materiałów czy robocizny. Skoro zatem nie było istotnym jakie nakłady przewidział w kalkulacji poszczególnych pozycji kosztorysu każdy z wykonawców, tym bardziej nie była istotna zbiorcza ilość przewidzianej przez Odwołującego ilości roboczogodzin koniecznych do zrealizowania przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie wykazał w jaki sposób miałby on przełożyć zbiorcze zestawienie roboczogodzin na ocenę prawidłowości oszacowania poszczególnych pozycji kosztorysu. Co istotne, złożone przez Zamawiającego kopie zestawień robocizny złożonych przez innych wykonawców biorących udział w tym postępowaniu, uznane przez niego za prawidłowe, sprowadzały się w głównej mierze

do ujawnienia jednej, zbiorczej ilości roboczogodzin przewidzianych przez wykonawcę dla zrealizowania wszystkich pozycji kosztorysu łącznie. Tym samym, uwzględniając powyższe, uznać należało, że nie było powodu dla którego koniecznym byłoby różnicowanie sytuacji Odwołującego i innych wykonawców biorących udział w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, z uwagi na fakt niezłożenia przez niego powoływanego wykazu. Dokonanie przez Zamawiającego odmiennej oceny, Izba uznała za nadmierny formalizm, nie znajdujący uzasadnienia w treści ustawy Pzp.

Dlatego też Izba stwierdziła, że zasługuje na uznanie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego. Brak było bowiem podstaw do tego, aby w świetle postanowień SIWZ z faktu niezłożenia wraz z ofertą wykazu robocizny wywodzić niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

Nie potwierdziły się natomiast pozostałe zarzuty podnoszone przez Odwołującego. Izba uznała, iż nie zostało wykazane, aby Zamawiający naruszył przepisy ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zaznaczyć też należy, iż odrzucenie oferty nie odpowiadającej treści SIWZ jest wyraźnie ustanowionym w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp obowiązkiem, a nie uprawnieniem Zamawiającego. Stąd też nie może być w tym przypadku mowy o naruszeniu art. 5 kc przez Zamawiającego, który wypełniał ten obowiązek (czy prawidłowo to już odmienna kwestia), nie zaś realizował swoje podmiotowe prawo.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy 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).

**Przewodniczący:** .....