

**WYROK**  
**z dnia 22 marca 2012 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **REMETKOR-BIS Maria Sergiel, Rafał Sergiel Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane Spółka Jawna, SYNKRET S.A., ul. Lenartowicza 188, 41-219 Sosnowiec** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Ciechanowie Sp. z o.o., ul. Gostkowska 81, 01-400 Ciechanów,**

przy udziale wykonawcy **MELBUD S.A. ul. Składowa 4, 86-300 Grudziądz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 473/12 po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **REMETKOR-BIS Maria Sergiel, Rafał Sergiel Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane Spółka Jawna, SYNKRET S.A.** i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Ciechanowie Sp. z o.o., ul. Gostkowska 81, 01-400 Ciechanów, 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 zamówienie: **REMETKOR-BIS Maria Sergiel, Rafał Sergiel Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane Spółka Jawna, SYNKRET S.A., ul. Lenartowicza 188, 41-219 Sosnowiec** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego **Zakładu Wodociągów i Kanalizacji w Ciechanowie Sp. z o.o., ul. Gostkowska 81, 01-400 Ciechanów** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **REMETKOR-BIS Maria Sergiel, Rafał Sergiel Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane Spółka Jawna, SYNKRET S.A., ul. Lenartowicza 188, 41-219 Sosnowiec** stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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 **Płocku**.

**Przewodniczący:** .....

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

Zamawiający: Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Ciechanowie Spółka z o.o. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Budowa kanalizacji sanitarnej w ul. Płońskiej w Ciechanowie ”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod poz. 2011/S 225-365761 w dniu 23 listopada 2012 r.

Konsorcjum wykonawców ubiegających się wspólnie o zamówienie REMETKOR-BIS Maria Sergiel, Rafał Sergiel Przedsiębiorstwo Inżynieryjno - Budowlane Spółka Jawna, SYNKRET S.A. wniosło odwołanie wobec czynności oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu i odrzucenia oferty odwołującego oraz wyboru jako najkorzystniejszej - oferty wykonawcy MELBUD S.A. z siedzibą w Grudziądzu.

Odwołujący zarzucił naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez błędne zastosowanie i odrzucenie oferty odwołującego jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 7 Pzp, tj. naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w wyniku ww. czynności.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego,
2. powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący podniósł w uzasadnieniu, iż w dniu 29 lutego 2012 r. otrzymał od zamawiającego informację o wyniku oceny ofert w postępowaniu, odrzuceniu oferty odwołującego i wyborze oferty wykonawcy MELBUD S.A. jako najkorzystniejszej.

W ust. 26 pkt 2 SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny) zamawiający stwierdził, iż ceną oferty jest kwota wymieniona w Formularzu oferty, która powinna wynikać z Załącznika Cenowego będącego Załącznikiem Nr 2 do Oferty. W ust. 26 pkt 4 SIWZ zamawiający podał, iż suma wszystkich wartości netto wyszczególnionych w Załączniku Cenowym powinna odpowiadać łącznej cenie oferty netto. W tym załączniku należało podać kwoty wynikające z poszczególnych kosztorysów lub ich sumy, wyliczone na podstawie załączonych przedmiarów robót. Zdaniem odwołującego z powyższego wynika, iż cena ofertowa jest ceną ryczałtową, wynikającą z kosztorysów i przedmiarów robót.

Zgodnie z ust. 26 pkt 8 SIWZ, opłatę za zajęcie pasa drogowego należało podać w Załączniku Cenowym - poz. 2.4 i 10.4. Wysokość ceny za zajęcie pasa należało przewidzieć i uwzględnić w ofercie na podstawie obowiązujących przepisów, dokumentacji projektowej oraz własnego doświadczenia zawodowego. Sposób obliczenia opłaty za zajęcie pasa drogowego (powierzchnię, czasookres oraz stawki za 1 m<sup>2</sup>) wykonawca powinien przedstawić w oddzielnym wyliczeniu. Jednocześnie zamawiający zastrzegł, iż koszty zajęcia pasa drogowego zostaną zwrócone wykonawcy po przedłożeniu zapłaconych decyzji (faktur) zarządcy drogi najpóźniej przy końcowym rozliczeniu umowy, przy czym:

- a) jeśli kwota wynikająca z decyzji będzie niższa od podanej w ofercie, zwrócona zostanie kwota określona w decyzji, natomiast różnica między tą kwotą, a podaną w ofercie zmniejszy łączną kwotę umowy,
- b) jeśli kwota wynikająca z decyzji będzie wyższa od podanej w ofercie, zwrócona zostanie kwota podana w ofercie.

Odwołujący przyznał, że nie złożył odrębnego formularza przedstawiającego wyliczenie opłaty za zajęcie pasa drogowego, jednakże podał w ofercie kwotę stanowiącą opłatę za zajęcie pasa drogowego w pkt 2.4 i 10.4 Załącznika Cenowego. Kwota ta uwzględnia treść obowiązujących przepisów, dokumentację projektową oraz doświadczenie zawodowe wykonawcy. Zgodnie z ust. 26 pkt 8 SIWZ kwota ta jest wiążąca za cały okres realizacji zamówienia i stanowi podstawę rozliczenia z zamawiającym, tj. w przypadku jeśli kwota wynikająca z decyzji zarządcy drogi będzie niższa od podanej w ofercie, odwołujący otrzyma kwotę określoną w decyzji, a różnica między tą kwotą, a podaną w ofercie zmniejszy łączną kwotę umowy, natomiast jeśli kwota wynikająca z decyzji będzie wyższa od podanej w ofercie, odwołujący otrzyma kwotę podaną w ofercie.

Mając na uwadze wskazaną treść SIWZ należy uznać, że wymagany formularz wskazujący sposób obliczania opłaty za zajęcie pasa drogowego (z podaniem powierzchni, czasookresu oraz stawki za 1 m<sup>2</sup>) nie ma żadnego znaczenia dla treści oferty. Ma charakter wyłącznie pomocniczy, a co za tym idzie niezłożenie tego formularza nie może świadczyć o braku zgodności treści oferty ze specyfikacją. Nie można przyjąć, iż brak formalny, za jaki należy uznać brak formularza sposobu obliczania opłaty za zajęcie pasa drogowego, który ma charakter pomocniczy wobec formularza ofertowego, w którym została podana cena ryczałtowa za zajęcie pasa drogowego, powoduje sytuację, w której oferta nie zapewnia realizacji zamierzonego i opisanego w treści SIWZ celu. Należy więc stwierdzić, że oferta odpowiada przedmiotowi zamówienia, a cena ofertowa obejmuje wszystkie elementy stanowiące przedmiot zamówienia.

Wykonawca MELBUD S.A. z siedzibą w Grudziądzu w dniu 15 marca 2012 r. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Przystępujący podniósł, że oferta odwołującego nie odpowiada wymaganiom określonym w pkt 26 ppkt 4 oraz ppkt 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Podkreślił, że zamawiający w odpowiedzi na pytania wykonawców (pytanie nr 4) z dnia 2 grudnia 2012 r. potwierdził wymóg dotyczący podania w ofercie wraz z odrębnym sposobem obliczenia kosztów zajęcia pasa drogowego, co nie zostało wypełnione przez odwołującego. Wykonawca nie złożył w ofercie wymaganego odrębnego załącznika z takim wyliczeniem. Podane natomiast w pkt 2.4 koszty w wysokości 5000 zł są zdaniem przystępującego znacznie zaniżone wobec wysokości obowiązujących stawek za zajęcie pasa drogowego w drodze krajowej.

Zdaniem przystępującego, uzupełnienie oferty w powyższym zakresie nie jest możliwe, gdyż kosztorys ofertowy nie jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 Pzp podlegającym uzupełnieniu. Brak przedstawienia przez wykonawcę wyceny tego elementu robót powoduje brak możliwości rozliczenia robót na etapie realizacji zamówienia.

Zamawiający nie złożył na piśmie odpowiedzi na odwołanie. Na rozprawie wnioś o oddalenie odwołania

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż odwołujący wypełnia przesłanki, określone w art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniające do wniesienia odwołania.

Izba uznała za skuteczne przystąpienie wykonawcy MELBUD S.A. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeśli treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Niezgodność, o której mowa w tym przepisie musi mieć charakter niezgodności merytorycznej, dotyczącej zaoferowanego świadczenia. Niezgodność formalna nie wpływa na treść oferty rozumianą jako oświadczenie woli wykonawcy co do zaoferowania przedmiotu zamówienia wypełniającego wszystkie wymagania zamawiającego opisane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający może zatem odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jedynie wówczas, gdy ustali w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewnia realizacji zamówienia, zgodnie z warunkami specyfikacji,

a tym samym zaoferowane świadczenie nie odpowiada opisanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom. Sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji zachodzi w szczególności wówczas, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia, a ponadto stwierdzone niezgodności dotyczą istotnych jego elementów.

Jak wynika z treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w przedmiotowym postępowaniu zamawiający przewidział kosztorysowy sposób wynagrodzenia za wykonanie zamówienia. Potwierdzają to warunki umowne, w których zamawiający przewidział obowiązek wykonawcy w zakresie prowadzenia książki obmiarów. Taki sposób rozliczenia kontraktu potwierdził także jednoznacznie zamawiający w wyjaśnieniach treści siwz z dnia 12 grudnia 2011 r. w odpowiedzi na pytanie nr 6.

Z punktu widzenia kosztorysowego charakteru wynagrodzenia istotne znaczenie mają kosztorysy ofertowe, które zawierają ceny jednostkowe, które będą podstawą rozliczeń za wykonane roboty. W ust. 26 pkt 2 siwz (Opis sposobu obliczenia ceny) zamawiający stwierdził, iż ceną oferty jest kwota wymieniona w Formularzu oferty, która powinna wynikać z Załącznika Cenowego, w którym należało podać kwoty wynikające z poszczególnych kosztorysów lub ich sumy, wyliczone na podstawie załączonych przedmiarów robót. Przyznał ten fakt również odwołujący, który w toku rozprawy sprostował swoje stanowisko i stwierdził, iż wywód przedstawiony w odwołaniu odnośnie ceny ryczałtowej w przedmiotowym zamówieniu należy odnosić wyłącznie do pozycji kosztów opłaty za zajęcie pasa drogowego.

Jednym z elementów kosztowych, który należało ująć w ofercie był koszt opłaty za zajęcie pasa drogowego. Opłatę za zajęcie pasa drogowego należało podać w Załączniku Cenowym – w dwóch pozycjach, tj. 2.4 i 10.4. Jak wskazał zamawiający w „Uwadze” do pkt 4 siwz (w pkt 2) „Wykonawca powinien na podstawie projektu organizacji ruchu, przedmiarów i własnego doświadczenia policzyć koszty związane z ograniczeniem, zamknięciem lub utrudnieniami w ruchu na czas budowy, następnie w porozumieniu z zarządcą drogi wyliczyć koszty organizacji ruchu oraz opłatę za zajęcie pasa drogowego i ująć je w cenie ofertowej”. Zamawiający powierzył wykonawcom sposób obliczenia opłaty za zajęcie pasa drogowego (powierzchnię, czasookres oraz stawki za 1 m<sup>2</sup>) według ich własnej kalkulacji. Zamawiający wymagał wykonania kalkulacji indywidualnej w tym zakresie (pkt 2.4 i 10.4 Załącznika Cenowego) - nie narzucił wykonawcom jednolitego sposobu kalkulacji tego elementu robót. Jak wyjaśnił zamawiający na rozprawie, każdy wykonawca w zależności od przyjętej technologii i organizacji robót oraz własnego doświadczenia mógł przewidzieć indywidualne rozwiązania w zakresie dotyczącym zajęcia pasa drogowego na czas wykonywania robót

W złożonych w tym postępowaniu ofertach wykonawcy przyjęli bardzo różne sposoby kalkulacji i podali koszty ww. opłaty znacznie różniące się wysokością: od kilku tysięcy złotych - w przypadku odwołującego i kilkunastu tysięcy - w przypadku innego wykonawcy, do ponad stu tysięcy złotych oraz kilkuset tysięcy złotych w przypadku innych wykonawców.

Zamawiający nie oceniał przedstawionych przez wykonawców sposobów kalkulacji ani wysokości przyjętego w ofercie kosztu opłaty za zajęcie pasa drogowego. Zamawiający nie kwestionował również wysokości żadnej z opłat przyjętych przez poszczególnych wykonawców, w tym nie kwestionował również wysokości opłaty w ofercie odwołującego, pomimo tak znacznych różnic w ich wysokości. Zamawiający wyjaśnił, że w zakresie dotyczącym np. kanalizacji deszczowej (pkt 10.4 Załącznika Cenowego) niektórzy wykonawcy przyjęli zerową opłatę, ponieważ zarządca drogi objętej inwestycją nie nalicza opłaty przy wykonywaniu tych robót. Część wykonawców przewidziała jednak koszty w tej pozycji.

W przypadku odwołującego zamawiający również nie kwestionował wysokości przyjętych przez odwołującego kosztów w pozycji 2.4 i 2.10 Załącznika Cenowego. Nie zwracał się do wykonawcy o złożenie wyjaśnienia w tym zakresie, nie podnosił, że przewidziana kwota nie jest wystarczająca na pokrycie opłaty za zajęcie pasa drogowego w zakresie niezbędnym do wykonania robót objętych przedmiotem zamówienia. Zamawiający nie podnosił także okoliczności, że przewidziany przez odwołującego koszt opłaty za zajęcie pasa drogowego jest niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa. Takie zarzuty nie były podstawą stwierdzenia przez zamawiającego, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W zawiadomieniu z dnia 28 lutego 2012 r. (pkt 4) zamawiający jednoznacznie wymienił jako podstawę faktyczną odrzucenia oferty odwołującego wyłącznie „brak w ofercie załącznika przedstawiającego informację o sposobie wyliczenia opłaty za zajęcie pasa drogowego wymaganego w SIWZ pkt 26 ppkt 8 str.24”. Zdaniem Izby z powyższego wynika, że zamawiający kwestionował jedynie brak formalny, a nie niezgodność merytoryczną oferty. Z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika bowiem, że wymagana przez zamawiającego kalkulacja ww. opłaty nie ma żadnego znaczenia dla treści oferty. Nieistotny z tego punktu widzenia jest kosztorysowy charakter wynagrodzenia za wykonanie kontraktu, gdyż zamawiający przewidział zupełnie inny sposób rozliczenia tego elementu robót. Sposób ten nie jest w żadnym stopniu uzależniony od składników przyjętych do kalkulacji tej opłaty. Zgodnie z postanowieniem zawartym w pkt 26 ppkt 8, koszty opłaty za zajęcie pasa drogowego zostaną zwrócone wykonawcy po przedłożeniu zapłaconych faktur/decyzji zarządcy drogi, najpóźniej przy końcowym rozliczeniu umowy, przy czym koszty te nie mogą być wyższe niż kwota wynikająca z oferty, gdyż zamawiający zwróci wykonawcy kwotę wynikającą z decyzji zarządcy drogi - jeśli kwota ta będzie niższa od podanej w ofercie, natomiast - jeśli kwota wynikająca z decyzji będzie wyższa od podanej w ofercie, to zwrócona zostanie kwota podana w ofercie. Rozliczenie nastąpi zatem wyłącznie w oparciu o ogólną kwotę kosztów opłaty podaną w Załączniku Cenowym przez wykonawcę, która bez względu na rzeczywisty poniesiony przez wykonawcę koszt jest stała i wiążąca przez cały okres wykonywania umowy. Specyfikacja nie przewiduje modyfikacji tej wartości w zależności od faktycznie poniesionych

opłat. Ryzyko, że wykonawca poniesienie większe koszty w tym zakresie spoczywa w całości na wykonawcy.

Odwołujący podał w Załączniku Cenowym do oferty kwoty stanowiące opłatę za zajęcie pasa drogowego w pkt 2.4 i 10.4, odpowiednio 5 000,00 zł (netto) i 9 600,00 zł (netto). Nie złożył jednak szczegółowej kalkulacji opłaty za zajęcie pasa drogowego. Według oświadczenia wykonawcy, kwoty podane w Załączniku Cenowym uwzględniają treść obowiązujących przepisów, dokumentację projektową oraz doświadczenie zawodowe wykonawcy. Odwołujący ujął zatem w ofercie koszty opłaty za zajęcie pasa drogowego, zgodnie z wymaganiami zamawiającego. W tym zakresie nie można więc postawić zarzutu, że oferta nie uwzględnia pewnego elementu składowego przedmiotu zamówienia. Zauważyć przy tym należy, jak już wcześniej wskazano, że zamawiający odrzucając ofertę odwołującego takich okoliczności nie powoływał.

Mając na uwadze powyższy stan rzeczy należało uznać, że brak złożenia przez odwołującego w ofercie kalkulacji opłaty za zajęcie pasa drogowego nie ma znaczenia dla treści oferty. Obliczenie to ma charakter wyłącznie pomocniczy, informacyjny. Zamawiający nie zawarł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia postanowień, z których wynikałoby, że informacje zawarte w indywidualnej kalkulacji, dotyczące powierzchni, czasookresu lub stawki za 1 m<sup>2</sup>, mają jakiegokolwiek znaczenie na etapie oceny ofert lub też na etapie realizacji zamówienia. Brak formalny, polegający na niezłożeniu kalkulacji opłaty za zajęcie pasa drogowego nie ma żadnego wpływu na zakres zaoferowanego świadczenia. Brak załącznika o charakterze wyłącznie informacyjnym nie może stanowić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia - w sytuacji, gdy wykonawca przewidział w ofercie pełen zakres robót, zgodnie z wymaganiami zamawiającego, co potwierdził jednoznacznie w ofercie gwarantując w pkt 4.3 „wykonanie całości niniejszego zamówienia zgodnie z treścią: SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej modyfikacji.” W tych okolicznościach zamawiający nie był uprawniony do odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Czynność powyższa została dokonana z naruszeniem ww. przepisu ustawy Pzp, które ma wpływ na wynik postępowania, a zatem stosownie do art. 192 ust. 2 Pzp, stwierdzone naruszenie stanowi podstawę uwzględnienia odwołania. W konsekwencji należało uznać, że czynność powyższa skutkowałą w postępowaniu naruszeniem art. 7 Pzp.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.



O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2, § 5 ust. 2 pkt 1 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:** .....