

**WYROK**

**z dnia 8 grudnia 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Brzeska**

**Protokolant: Natalia Dominiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 listopada 2014 r. przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo-Handlowe „GENEO” Sp. z o.o. z siedzibą w Sokółce** w postępowaniu prowadzonym przez **Centralne Biuro Antykorupcyjne z siedzibą w Warszawie**

przy udziale **wykonawcy: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „MARK-BUD” Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku** zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo-Handlowe „GENEO” Sp. z o.o. z siedzibą w Sokółce i:**
  - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo-Handlowe „GENEO” Sp. z o.o. z siedzibą w Sokółce** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2013 r., poz. 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r., poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Centralne Biuro Antykorupcyjne z siedzibą w Warszawie prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia pn: *Przebudowa obiektu Delegatury CBA w Białymstoku przy ul. Gen. Władysława Andersa 46B.*

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Wykonawca - Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo-Handlowe „GENEO” Sp. z o.o. z siedzibą w Sokółce (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 25 listopada 2014 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność odrzucenia jego oferty z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, z uwagi na jej niezgodność z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej zwanej: „*SIWZ*”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie art. 7 ust. 1 , 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego w SIWZ Zamawiający wskazał alternatywny sposób sporządzania przez wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie publiczne, kosztorysu ofertowego. Wykonawcy mogli albo przedłożyć wraz z ofertą kosztorys ofertowy sporządzony „metodą uproszczoną” wraz z kalkulacjami cen jednostkowych poszczególnych rodzajów robót netto wskazanych w kosztorysie ofertowym, albo kosztorys sporządzony metodą szczegółową w oparciu o załączone do SIWZ przedmiary. W jego ocenie Odwołujący zdecydował się na wybór pierwszej możliwości składając wraz z ofertą kosztorys ofertowy sporządzony „metodą uproszczoną” wraz z kalkulacją cen jednostkowych. Według Odwołującego kalkulację cen jednostkowych poszczególnych rodzajów robót, można wywieść z informacji zawartych w dołączonych do oferty stronach tytułowych kosztorysów ofertowych. Ponadto do każdego kosztorysu zestawienia zastosowanych materiałów jak również załączono płytę CD z kosztorysami w formacie ath.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia jego decyzji o wyborze jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Produkcyjno-

Usługowego „MARK-BUD” Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku;

2. unieważnienia decyzji Zamawiającego o odrzuceniu w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne oferty Odwołującego;
3. dokonania w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne, ponownej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy Pzp i treścią SIWZ.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę wykonawcy: Przedsiębiorstwa Produkcyjno Usługowo-Handlowego „GENEO” Sp. z o.o. z siedzibą w Sokółce jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 26 listopada 2014 r.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy: Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowego „MARK-BUD” Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku (zwanego dalej również: „Przystępującym MARK-BUD”) zgłaszającego przystąpienie w dniu 28 listopada 2014 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Przedmiotem zamówienia jest „Przebudowa obiektu Delegatury CBA w Białymstoku przy ul. Gen. Władysława Andersa 46B”.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi, następujące postanowienia:

VI. Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy

1. wypełniony Formularz ofertowy (zalecaną treść formularza zawiera załącznik nr 1 do SIWZ).
2. kosztorys ofertowy sporządzony metodą uproszczoną, w oparciu o załączone do SIWZ przedmiary (wraz z kalkulacjami cen jednostkowych poszczególnych rodzajów robót netto - wykazanych w kosztorysie ofertowym (Zamawiający zamiast przedstawienia kosztorysu sporządzonego metodą uproszczoną wraz załączoną kalkulacją cen jednostkowych poszczególnych rodzajów robót, dopuszcza złożenie kosztorysu sporządzonego metodą szczegółową w oparciu o załączone do SIWZ przedmiary);
3. wykazy:
  - zestawienie materiałów, w tym urządzeń i zestawienie sprzętu w ujęciu rodzajowym, ilościowym i wartościowym;
4. kosztorys ofertowy w formie elektronicznej zapisany w formacie ath. (płyta CD stanowiąca materiał pomocniczy).

XII. Opis sposobu obliczania ceny ofertowej oraz informacja o walucie, w jakiej będą prowadzone rozliczenia między Zamawiającym a Wykonawcą:

1. Przez łączną cenę oferty brutto należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. 2014 r., poz. 915).
2. Cena oferty stanowi cenę kosztorysową. Tak obliczona cena musi obejmować wszelkie koszty poniesione przez Wykonawcę, w tym wycenę robót budowlanych wynikającą bezpośrednio z kosztorysu ofertowego oraz podatek VAT.
3. Kosztorys ofertowy należy sporządzić metodą uproszczoną (Zamawiający dopuszcza możliwość sporządzenia kosztorysu metodą szczegółową) na podstawie przedmiarów robót, które stanowią załączniki do SIWZ.
4. Wykonawca zobowiązany jest do określenia wartości wszystkich pozycji występujących w przedmiarze robót.
5. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do przedmiaru robót i kosztorysu ofertowego.
6. Wszystkie wartości określone w kosztorysie ofertowym należy określić w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.
7. Rozliczenia między Zamawiającym a Wykonawcą dokonywane będą w złotych polskich.

8. Kalkulacje szczegółowe cen jednostkowych obliczane wg formuły:

$$C_k = \sum L \cdot (n \cdot c + K_{pj} + Z_j) + P_v$$

gdzie poszczególne symbole oznaczają:

$C_k$  - cenę kosztorysową obiektów lub robót budowlanych,

$L$  - ilość ustalonych jednostek przedmiarowych robót dla przyjętego poziomu agregacji,

$n$  - jednostkowe nakłady rzeczowe,

$c$  - ceny jednostkowe czynników produkcji,

$K_{pj}$  - koszty pośrednie na jednostkę przedmiarową robót,

$Z_j$  - zysk kalkulacyjny na jednostkę przedmiarową robót,

$P_v$  - podatek od towarów i usług (VAT).

Postanowienia wzoru umowy:

### §1

1. Zamawiający zleca, a Wykonawca przyjmuje do wykonania przebudowę obiektu Delegatury Centralnego Biura Antykorupcyjnego w Białymstoku przy ulicy Gen. Władysława Andersa 46B wraz z niezbędnymi pracami towarzyszącymi z wykorzystaniem materiałów Wykonawcy, zgodnie z opisem technicznym - „Projektem budowlanym i wykonawczym” stanowiącym załącznik nr 1 do umowy, „Specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych” stanowiącymi załącznik nr 2 do umowy oraz kosztorysem ofertowym Wykonawcy stanowiącym załącznik nr 3 do umowy.

2. Przedmiotem umowy, poza robotami ujętymi w kosztorysie ofertowym objęte są:

a) roboty budowlane przewidziane w projekcie budowlanym i wykonawczym, a nie wyszczególnione w przedmiarach robót,

b) roboty zamienne w stosunku do robót przewidzianych w dokumentacji technicznej.

3. Przedmiot umowy nie obejmuje:

a) nieprzewidzianych robót dodatkowych wykraczających poza określony w ust. 2 lit. a i b - zamówienie dodatkowe,

b) wykonania robót objętych zamówieniem uzupełniającym.

4. Na wykonanie robót, o których mowa w ust. 2, Strony nie zawierają odrębnych umów na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a rozliczenie finansowe tych robót następuje zgodnie z § 9 ust. 4 umowy.

5. Na wykonanie robót, o których mowa w ust. 3, Strony są zobowiązane zawrzeć odrębną Umowę na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

6. Strony uzgadniają, że realizacja umowy poza rokiem budżetowym 2014 uwarunkowana będzie uzyskaniem przez Zamawiającego środków budżetowych w latach 2015, 2016, 2017 przeznaczonych na kontynuację realizacji przedmiotu niniejszej umowy.

7. W przypadku złożenia przez Zamawiającego pisemnego oświadczenia o braku środków

finansowych przeznaczonych na kontynuację realizacji niniejszej umowy w terminie określonym w ust. 8 poniżej, Strony umowy dokonają stosownej modyfikacji treści umowy.

8. Zamawiający w przypadku wystąpienia przesłanek, o których mowa w ust. 7, przekaże Wykonawcy pisemne oświadczenie nie później niż do dnia 28 lutego każdego roku budżetowego.

## §9

1. Strony ustalają za wykonanie przedmiotu umowy **wynagrodzenie kosztorysowe** w oparciu o

załączone do umowy kosztorysy ofertowe na kwotę netto: .....zł

(słownie:

.....00/100), plus podatek VAT w stawce 23 % , tj. wynagrodzenie brutto za

wykonanie umowy w wysokości ..... zł

..... (słownie:

.....00/100), zgodnie ze złożoną ofertą, z zastrzeżeniem ust. 4.

2. Wartość wykonanych robót budowlanych i instalacyjnych zakresu podstawowego, stanowiącego przedmiot umowy, określać będzie suma iloczynów ilości jednostek obmiaru robót rzeczywiście wykonanych i odpowiednich cen jednostkowych zastosowanych w ofercie Wykonawcy.

Zamawiający w toku postępowania o udzielenie zamówienia udzielał wykonawcom m. in. odpowiedzi na zadawane pytania:

### Pytanie nr 87

Zamawiający zastrzegł, że Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do przedmiarów robót i kosztorysu ofertowego. Czy oznacza to, że wykonawca nie może zmieniać nakładów zużycia materiałów ilości roboczogodzin i pracy sprzętu, oraz modyfikować nazw materiałów, łącznie z ich usuwaniem i dodawaniem w sytuacji gdy uzna że nie są wymagane lub nie zostały uwzględnione. Czy usunięcie chociażby jednego materiału, lub jego dodanie, zmiana jego nazwy, zużycia, nakładów robocizny może skutkować wykluczeniem oferty?

### Odpowiedź

Zgodnie z zastrzeżeniem Zamawiającego zawartym w SIWZ, Oferent nie może zmieniać nakładów: robocizny, zużycia materiałów, pracy sprzętu a tym samym kodu wyceny

wskazanych w przedmiarach. Kod wyceny określa technologię robót, nakłady jakie są niezbędne do wykonania poszczególnego rodzaju prac. W celu nienaruszenia formuły umożliwiającej zapewnienie parametru porównywalności ofert składanych przez oferentów, Zamawiający podtrzymuje stanowisko w zakresie braku zgody na samodzielne wprowadzanie zmian przez oferentów w zakresie przedmiarów jak i kodów wyceny a w konsekwencji zmian nazwy materiałów, nakładów zużycia materiałów, nakładów robocizny oraz rodzaju i norm czasu pracy sprzętu. Zgodnie z zasadami swobodnego kształtowania ceny ofertowej przez oferentów, oferenci mają prawo do takiego skonstruowania cen w zakresie i wysokości poszczególnych nakładów aby zabezpieczały ich interes gospodarczy - bez potrzeby naruszania zapisów zawartych udostępnionym przez Zamawiającego przedmiarze określającym nazwy, nakłady i normy' zużycia. Wartości cenotwórcze poszczególnych nakładów udokumentują szczegółowe kalkulacje cen jednostkowych, które zgodnie z warunkami SIWZ oferent załączy do składanej oferty. W procedurze postępowania publicznego o wykonanie robót budowlanych nie możliwe jest zaakceptowanie przez Zamawiającego elementu/ uznaniowości ze strony Oferenta w zakresie usuwania rodzajów materiałów, jego dodawania, zmian jego nazwy, zużycia, nakładów robocizny. W przypadku stwierdzenia rażącego i istotnego błędu projektowego lub naruszenia zasad technologicznych w relacji przedmiar robót a projekt techniczny, Zamawiający dopuszcza możliwość dokonywania korekt w ramach odrębnych procedur o ile Wykonawca robót dowiedzie zasadności, lecz dopiero w fazie wykonawczej robót.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że zarówno Odwołujący: Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo-Handlowe „GENEO” Sp. z o.o. z siedzibą w Sokółce jak również wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „MARK-BUD” Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku złożyli oferty w niniejszym postępowaniu.

Zamawiający w dniu 20 listopada 2014 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty: oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowe „MARK-BUD” Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku oraz odrzucił ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwa Produkcyjno Usługowo-Handlowego „GENEO” Sp. z o.o. z siedzibą w Sokółce na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi, iż w złożonej przez wykonawcę ofercie znajduje się jedynie kosztorys ofertowy sporządzony metodą uproszczoną wraz z zestawieniem materiałów i sprzętu, brak jest natomiast kalkulacji szczegółowej cen jednostkowych poszczególnych rodzajów robót netto wskazanych w kosztorysie ofertowym – co jest niezgodne z zapisami SIWZ.



### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut Odwołującego - postawiony Zamawiającemu w przedmiocie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (niezgodności treści oferty z SIWZ) wobec przedstawionej argumentacji - należy uznać za niezasadny.

Krajowa Izba Odwoławcza oceniając zarzut odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Produkcyjno Usługowo-Handlowego „GENEO” Sp. z o.o. z siedzibą w Sokółce z ww. postępowania - wzięła pod uwagę następujące okoliczności faktyczne oraz prawne:

Po pierwsze należy zauważyć, że zgodnie z Rozdziałem XII pkt 2 SIWZ Zamawiający przyjął, że cena oferty stanowi cenę kosztorysową. Powyższe konsekwentnie potwierdzały postanowienia wzoru umowy m. in. zawarte w § 9 ust. 1. Ponadto kalkulacje szczegółowe cen jednostkowych obliczane miały być zgodnie z przyjętym wzorem zawartym w pkt 7 Rozdziału XII SIWZ.

Ponadto zgodnie z postanowieniami Rozdziału VI kosztorys ofertowy sporządzony metodą uproszczoną, w oparciu o załączone do SIWZ przedmiary miał zawierać kalkulacje cen jednostkowych poszczególnych rodzajów robót netto - wykazanych w kosztorysie ofertowym; Zamawiający zamiast przedstawienia kosztorysu sporządzonego metodą uproszczoną wraz załączoną kalkulacją cen jednostkowych poszczególnych rodzajów robót, dopuścił złożenie kosztorysu sporządzonego metodą szczegółową w oparciu o załączone do SIWZ przedmiary.

Należy zauważyć, że z przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wynika, iż Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd, iż zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: Zamawiającego, który precyzuje swoje wymagania w SIWZ (wskazując jak ma wyglądać oferta i czego wymaga), oraz wykonawcy, który składa ofertę według wymagań Zamawiającego w której zobowiązuje się do wykonania świadczenia w razie wyboru złożonej przez siebie oferty jako

najkorzystniejszej. Wobec tego, co do zasady, to porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w SIWZ przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ – jest z nią zgodna.

Dodatkowo art. 82 ust. 3 ustawy Pzp zastrzega przy tym formę pisemną pod rygorem nieważności dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a zakres wymaganej treści oferty wynika z postanowień SIWZ, a zatem to Zamawiający określa elementy, które są dla niego istotne – co zostało przez Zamawiającego określone w Rozdziale VI pkt 2 SIWZ - i będą stanowiły podstawę do merytorycznej oceny zgodności złożonych ofert z jego wymaganiami ujawnionymi w tym podstawowym dokumencie postępowania.

W okolicznościach niniejszej sprawy w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej treść postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazuje, że istotnym dla Zamawiającego – w przypadku sporządzenia przez wykonawcę kosztorysu ofertowego metodą uproszczoną było załączenie również kalkulacji cen jednostkowych poszczególnych rodzajów robót netto i miało ono istotne znaczenie w przedmiotowym postępowaniu, zarówno dla porównywalności ofert złożonych, w celu dokonania ich oceny pod kątem wyboru oferty najkorzystniejszej, jak i dla sposobu rozliczenia wykonanych robót na etapie realizacji zamówienia. Zatem niezłożenie takiej kalkulacji – a jedynie jej domniemywanie ze złożonych dokumentów powoduje, że oferta przewiduje inny zakres zamówienia, w związku z pominięciem ww. kalkulacji, a złożone oferty nie byłyby porównywalne. Ponadto to wykonawca – nie zaś Zamawiający, wbrew temu co twierdzi Odwołujący – zobowiązany jest do rzetelnego przygotowania oferty, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego; a Zamawiający nie może domniemywać treści złożonej przez wykonawcę oferty.

Dodatkowo – nie można również podzielić stanowiska Odwołującego, że Zamawiający w piśmie wskazującym na odrzucenie oferty Odwołującego (z dnia 20 listopada 2014 r.) nie zawarł podstaw faktycznych takiego odrzucenia. Zarówno zawarto w nim uzasadnienie prawne – art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jak również uzasadnienie faktyczne wskazujące, że *„w złożonej przez wykonawcę ofercie znajduje się jedynie kosztorys ofertowy sporządzony metodą uproszczoną wraz z zestawieniem materiałów i sprzętu, brak jest natomiast kalkulacji szczegółowej cen jednostkowych poszczególnych rodzajów robót netto wskazanych w kosztorysie ofertowym”* – co stanowiło merytoryczną treść złożonej oferty i w konsekwencji powyższy brak spowodował jej niezgodność z SIWZ.

Konkludując Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione przez Odwołującego nie znajdują uzasadnienia w przedstawionym Izbie materiale dowodowym i biorąc pod rozwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia przedmiotowego odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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:**

.....