

Sygn. akt KIO 192/15

WYROK

z dnia 12 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 lutego 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2015 r. przez **R. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą OBI COMPLEX R. Z.**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Urząd Miasta Radlin**,

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- Kosztami postępowania obciąża **R. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą OBI COMPLEX R. Z.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego 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. 907 z późn. 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Urząd Miasta Radlin – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Rozbudowa oświetlenia ulicznego na terenie miasta Radlin.*

W dniu 30 stycznia 2015 r. wykonawca R. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą OBI COMPLEX R. Z. wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Odwołującego i zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia przedmiaru robót na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 3 w zw. z art. 82 ust. 3 i w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2, art. 91 ust. 1 i 2 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 26 stycznia 2015 r. wezwał go do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. W odpowiedzi Odwołujący udzielił wyjaśnień i załączył (nie będąc wezwany przez Zamawiającego) brakujący załącznik – wyceniony przedmiar robót.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 26 ust 3 ustawy Pzp, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Oznacza to, że niezależnie od tego, czy wykonawca złożył dokumenty, zawierające jakiegokolwiek błędy (formalne, merytoryczne), czy nie złożył w ogóle takich wymaganych dokumentów, zamawiający zobowiązany jest do żądania ich uzupełnienia.

Odwołujący podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający ustalił wynagrodzenie o charakterze ryczałtu. W rozdziale XI (Opis sposobu obliczenia ceny), Zamawiający podał: *Każdy z Wykonawców ma obowiązek zapoznania się z niniejszą Specyfikacją i załącznikami na ich podstawie dokonać kalkulacji ceny oferty. Cena ofertowa musi obejmować wszystkie elementy kosztów udzielonego zamówienia publicznego. Wykonawca określi cenę w oparciu o przedmiar robót według wzoru stanowiącego załącznik do SIWZ (wyliczenie wartości jednostek przedmiarowych dla poszczególnych pozycji przedmiaru). Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić wszystkie pozycje opisane w przedmiarze robót. Pozycje, przy których nie zostaną podane ceny za ich wykonanie (nie wypełnione, przez Wykonawcę pozycje przedmiaru) nie będą dodatkowo opłacone po*

wykonaniu prac, gdyż Zamawiający przyjmuje, że ich koszt został pokryty przez inne ceny podane w przedmiarze. Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić w wycenie również inne koszty określone w pkt 13 niniejszego SIWZ.

Odwołujący podniósł, że istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Wynagrodzenie to jest bowiem niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztu prac. Pogląd ten potwierdza wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r. (sygn. akt: II CRN 913/97), w którym Sąd Najwyższy stwierdza, że *ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego.* Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza zatem wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Rozliczenia stron w przypadku zastosowania ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w żaden sposób nie opierają się na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach. Zatem jeżeli cena, jaka została zastosowana w postępowaniu jest ceną ryczałtową, to wykonawca, a nie zamawiający ponosi ryzyko co do poprawności kalkulacji ceny adekwatnej do rozmiaru przedmiotu zamówienia. Z charakteru wynagrodzenia ryczałtowego wynika bowiem, że uwzględnia ono wszystkie koszty związane z wykonaniem robót określonych dokumentacją przetargową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót. Należy przyjąć, że ryczałt należy się w umówionej wysokości i uprawniony do jego otrzymania w zasadzie nie może żądać jego podwyższenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Jeżeli więc strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, to uzgodniony ekwiwalent należy się za cały – zarówno znany, jak i nieznanый dokładnie od początku – przedmiot zamówienia.

Odwołujący wskazał, że w ustawie Pzp brak jest definicji instytucji wynagrodzenia kosztorysowego. Jest ono zdefiniowane w art. 629-631 kodeksu cywilnego. Jest to wynagrodzenie opierające się na przewidywaniach dotyczących zakresu prac oraz kosztów ich wykonania, które nie są ostateczne i mogą ulec zmianie, stosownie do zmiany okoliczności wykonania umowy. W związku z powyższym sposób wynagrodzenia Wykonawcy w tym postępowaniu ustalony został na zasadzie ryczałtu, a żądany wyceniony przedmiar robót stanowi jedynie dokument pomocniczy, który dla Zamawiającego ma jedynie cel informacyjny i ma za zadanie zweryfikować poprawność kalkulacji ceny ofertowej. Zdaniem Odwołującego, przy wynagrodzeniu ryczałtowym brak dołączenia do oferty wymaganego kosztorysu (przedmiaru robót z wyceną) z reguły nie powinien skutkować odrzuceniem oferty. W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że jeśli kosztorys przy wynagrodzeniu ryczałtowym żądany był jedynie w celach pomocniczych i informacyjnych,

oferty go nie zawierającej nie należy odrzucać na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp. Zamawiający bowiem żądają z reguły kosztorysów przy wynagrodzeniu ryczałtowym jako elementów pomocniczych niepodlegających ocenie, a służących jedynie np. jako materiał uwiarygodniający cenę ofertową. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (m.in. wyrok z 12 maja 2010 r. o sygn. akt KIO 717/10, wyrok z 18 sierpnia 2011 r. o sygn. akt KIO 1673/11, wyrok z 16 marca 2010 r. o sygn. akt: KIO/UZP 139/10)

Zdaniem Odwołującego, kosztorys (wyceniony przedmiar robót) nie może podlegać uzupełnieniu wyłącznie w sytuacji określenia wynagrodzenia na podstawie kosztorysu (wynagrodzenie kosztorysowe). W takim przypadku byłby on częścią oferty i jego uzupełnienie w wypełnieniu wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowiłoby niedozwoloną czynność uzupełnienia oferty po terminie na jej złożenie. W innym przypadku, jest to dokument podlegający uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący podał, że w dziale IV SIWZ (Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu), Zamawiający wskazał, że kompletna oferta zawiera: wypełniony i podpisany formularz oferty (wzór - zał. Nr 1), oświadczenia i dokumenty określone w ust 1-5 niniejszego Rozdziału (zał. Nr 2-6), pełnomocnictwo do podpisania oferty (oryginał lub kopia potwierdzona za zgodność z oryginałem przez notariusza) względnie do podpisania innych dokumentów składanych wraz z ofertą, o ile prawo do ich podpisania nie wynika z innych dokumentów złożonych wraz z ofertą, kopia dowodu wniesienia wadium (...). Do oferty powinny być dołączone wszystkie dokumenty wymagane odpowiednimi postanowieniami SIWZ. Dokumenty mogą być przedstawione w formie oryginału lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę. Zdaniem Odwołującego, przedmiar robót jest dokumentem wymienionym w dziale IV pkt. 9 SIWZ i powinien podlegać uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, po uprzednim wezwaniu do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia oferty.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, wykonania czynności wezwania do uzupełnienia oferty poprzez dołączenie przedmiaru robót oraz dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oceny oferty Odwołującego.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje:

W punkcie I SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) ppkt 13, Zamawiający określił warunki i informacje o oświadczeniach i dokumentach potwierdzających spełnianie przez roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego: a) udzielenie 3 – letniej gwarancji na wykonane roboty – oświadczenie w druku oferty, b) przedłożenie wycenionego przedmiaru robót, stanowiącego załącznik do SIWZ.

Zgodnie z punktem XI SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny), każdy z Wykonawców ma obowiązek zapoznania się z niniejszą Specyfikacją i załącznikami i na ich podstawie dokonać kalkulacji ceny oferty (ppkt 1), cena ofertowa musi obejmować wszystkie elementy kosztów udzielonego zamówienia publicznego (ppkt 2), Wykonawca określi cenę w oparciu o przedmiar robót według wzoru stanowiącego załącznik do SIWZ (wyliczenie wartości jednostek przedmiarowych dla poszczególnych pozycji przedmiaru). Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić wszystkie pozycje opisane w przedmiarze robót. Pozycje, przy których nie zostaną podane ceny za ich wykonanie (nie wypełnione, przez Wykonawcę pozycje przedmiaru) nie będą dodatkowo opłacone po wykonaniu prac, gdyż Zamawiający przyjmuje, że ich koszt został pokryty przez inne ceny podane w przedmiarze. Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić w wycenie również inne koszty określone w pkt I 3 niniejszego SIWZ (ppkt 3), suma wartości netto pozycji przedmiaru robót powiększona o należny podatek VAT stanowi cenę oferty (ppkt 4). Ogólna cena ofertowa powinna obejmować koszty wykonania przedmiotu umowy tj. wyceniony przedmiar robót zawierający koszty wszystkich prac przygotowawczych w tym przygotowaniu placu budowy, koszty dojazdu i zakwaterowania, koszty mediów na czas budowy, koszty ogólnych ryzyk i obciążeń, obowiązków wymienionych w przedmiarze lub z niego wynikających, rozłożonych na wszystkie ceny jednostkowe pozycji przedmiaru, sporządzeniu protokołów badań i sprawdzeń, dokumentacji geodezyjnej powykonawczej, inspekcji kanalizacji sanitarnej i deszczowej przed i po wykonaniu inwestycji (ppkt 5).

W załączniku Nr 7 do SIWZ Zamawiający przewidział następujące zasady ustalenia wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia:

§ 2. Wartość robót nie może przekroczyć kwoty maksymalnej przedstawionej w ofercie, a rozliczonej na podstawie wycenionego przedmiaru robót wg faktycznie wykonanej ilości jednostek obmiarowych : netto.....zł , obowiązujący podatek VATzł , łącznie brutto.....zł (słownie.....).

§ 3. 1. Rozliczanie robót będzie się odbywało maksymalnie 3-ma fakturami (2 częściowe i 1 końcowa), za wykonane etapy robót.

2. Faktury wystawiane będą po wykonaniu i odebraniu przez Zamawiającego danego etapu robót (odbioru częściowe).

3. Ostateczne rozliczenie za wykonane roboty nastąpi w oparciu o wyceniony przedmiar robót uwzględniający faktycznie wykonaną ilość jednostek obmiarowych oraz fakturę końcową wystawioną na podstawie protokołu odbioru końcowego robót budowlanych. (...).

Odwołujący złożył ofertę z ceną 55.282,35 zł. Odwołujący nie załączył do oferty wycenionego przedmiaru robót.

Pismem z dnia 16 stycznia 2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do wyjaśnienia, dlaczego nie załączył do oferty wycenionego przedmiaru robót. W dniu 22 stycznia 2015 r. do Zamawiającego wpłynęły wyjaśnienia wykonawcy, w których wskazał, że wyceniony przedmiar robót nie stanowił obowiązkowego załącznika do oferty. Odwołujący wskazał, że *wyceniony przedmiar robót jest wymieniony w SIWZ w punkcie nr I „Opis przedmiotu zamówienia” podpunkt 13b, natomiast w punkcie nr IV „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu” przedmiotowy dokument nie jest jasno wymieniony przez Zamawiającego jako obowiązkowy, stąd też nie został załączony do oferty.* Jednocześnie Odwołujący przedłożył w załączeniu do wyjaśnień wyceniony przedmiar robót.

W dniu 27 stycznia 2015 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że żądał przedłożenia wycenionego przedmiaru robót stanowiącego załącznik do SIWZ (pkt I.13.b SIWZ oraz pkt III.6.b ogłoszenia o zamówieniu. W związku z nieprzedłożeniem wycenionego przedmiaru Zamawiający odrzucił ofertę, ponieważ jej treść nie odpowiadała treści SIWZ.

Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia. W przypadku zasadności

podniesionych w odwołaniu zarzutów mogłoby dojść do wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. W ocenie Izby oferta Odwołującego była niezgodna z postanowieniami SIWZ, zobowiązującymi wykonawców do ustalenia ceny oferty na podstawie wycenionego przedmiaru robót i złożenia tego przedmiaru wraz z ofertą.

Zdaniem Izby, nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego, że przedłożenie wraz z ofertą kosztorysu miało znaczenie jedynie pomocnicze, a kosztorys nie kształtował treści oferty z uwagi na fakt, że Zamawiający ustalił wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Zgodzić należy się z Odwołującym, że istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry, niezależnie od rzeczywiście wykonanego zakresu i kosztów robót. Rozliczenia stron w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego nie opierają się na faktycznie wykonanych robotach i ich cenach jednostkowych. Należy jednak zauważyć, że wynagrodzenie określone w przedmiotowym postępowaniu nie posiada wskazanych wyżej cech ryczałtu, lecz jest typowym wynagrodzeniem kosztorysowym, przez które – zgodnie z art. 629 Kodeksu cywilnego – należy rozumieć wynagrodzenie ustalone na podstawie planowanych prac i przewidywanych kosztów.

W ocenie Izby nie ma żadnych wątpliwości, że ustalone przez Zamawiającego wynagrodzenie miało charakter kosztorysowy. Świadczą o tym wprost postanowienia SIWZ, w szczególności wzoru umowy, w którym w § 3 ust. 3 stwierdza się, że *Ostateczne rozliczenie za wykonane roboty nastąpi w oparciu o wyceniony przedmiar robót uwzględniający faktycznie wykonaną ilość jednostek obmiarowych oraz fakturę końcową wystawioną na podstawie protokołu odbioru końcowego robót budowlanych*. Z powyższego wynika, że wysokość wynagrodzenia uzależniona będzie od faktycznie wykonanego zakresu robót, co jest sprzeczne z istotą ryczałtu. W żaden sposób nie zmienia tego fakt, że w umowie zostanie określone maksymalne wynagrodzenie wykonawcy, które nie może zostać przekroczone, Zamawiający bowiem, jako jednostka sektora finansów publicznych ma obowiązek określenia wysokości zaciąganego zobowiązania, w granicach określonych w planie finansowym (art. 261 ustawy z dnia 27 sierpnia 2010 r. o finansach publicznych, t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 885 z późn. zm.). Mimo określenia górnej granicy zobowiązania, jakie zaciągnie Zamawiający zawierając umowę na wykonanie przedmiotu zamówienia,

wynagrodzenie za jego wykonanie nie zostało określone z góry, lecz będzie wynagrodzeniem zmiennym, zależnym od robót faktycznie wykonanych.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że tezy Odwołującego dotyczące charakteru wynagrodzenia ustalonego w niniejszym postępowaniu, nie mają oparcia w postanowieniach SIWZ i stoją z nimi w całkowitej sprzeczności.

Zauważyć należy, że na podstawie oferty, do której nie załączono kosztorysu, niemożliwe byłoby – w świetle postanowień SIWZ – ustalenie wynagrodzenia należnego wykonawcy. Zatem kosztorys ten stanowił istotny element oferty i kształtował jej treść, która nie mogła być uzupełniona ani zmieniona po upływie terminu składania ofert. Dokument ten określa treść oświadczenia woli wykonawcy, a nie jest – jak twierdził Odwołujący – jednym z dokumentów, o których mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Nie mógł być też uzupełniony po upływie terminu składania ofert z inicjatywy wykonawcy.

W związku z tym czynność odrzucenia oferty Odwołującego była uzasadniona i nie naruszała wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy. Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a i art. 192 ust. 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 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: