

WYROK

z dnia 25 września 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Członkowie: Klaudia Szczytowska - Maziarz
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 września 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Masters Sp. z o.o., 70 – 383 Szczecin, ul. Mickiewicza 21** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Prezydent Miasta Piekary Śląskie, 41-940 Piekary Śląskie, ul. Bytomska 84** protestu z dnia 20 sierpnia 2008 r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **xxx** po stronie odwołującego się oraz **xxx** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 . Uwzględnia odwołanie i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża Prezydenta Miasta Piekary Śląskie, 41-940 Piekary Śląskie, ul. Bytomska 84

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Masters Sp. z o.o., 70 – 383 Szczecin, ul. Mickiewicza 21,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Prezydenta Miasta Piekary Śląskie, 41-940 Piekary Śląskie, ul. Bytomska 84** na rzecz **Masters Sp. z o.o., 70 – 383 Szczecin, ul. Mickiewicza 21** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Masters Sp. z o.o., 70 – 383 Szczecin, ul. Mickiewicza 21.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pn.: *„Budowy boiska ogólnodostępnego na osiedlu Powstańców Śląskich przy ul. Marii Skłodowskiej-Curie w Piekarach Śląskich w ramach programu” – Moje Boisko ORLIK 2012*”, zostało wszczęte przez Prezydenta Miasta Piekary Śląskie, ul. Bytomska 84, 41-940 Piekary Śląskie zwanego dalej: *„Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 154655-2008 z dnia 09.07.2008 r.

W dniu 14.08.2008 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego informację o unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 1) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej: *„Pzp”*, w tym stanie faktycznym z uwagi na nie złożenia żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu i informację o odrzuceniu wszystkich pięciu złożonych ofert na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2) Pzp, w tym czwartej oferty firmy: MASTERS Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 21; 70-383 Szczecin zwanej dalej: *„MASTERS Sp. z o.o.” albo „Przystępującym” albo „Odwołującym”*. Zamawiający uzasadnił, iż odrzucił wskazaną ofertę z uwagi na to, iż jej treść nie odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: *„SIWZ”*, gdyż

w kosztorysie ofertowym brak jest robocizny w poz. 20, 21, 36 i 37 oraz z uwagi na błąd w obmiarze w poz. 5 – str. 83 i 149 oferty.

W dniu 20.08.2008 r. (faxem) na podstawie art. 179 i nast. Pzp firma MASTERS Sp. z o.o. złożyła protest na czynności Zamawiającego polegające na:

1. odrzuceniu oferty MASTERS Sp. z o.o. (art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp) jako niezgodnej z treścią SIWZ,
2. unieważnieniu postępowania (art. 93 ust.1 pkt 1) Pzp) z uwagi na nie złożenie żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Oferta Protestującego jest, jego zdaniem, zgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ w związku z powyższym nie zachodziły podstawy do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp. W konsekwencji uznania oferty Protestującego za ważną, jak stwierdził, nie zachodziły przesłanki do unieważnienia całego postępowania. Jako podstawę prawną swojego twierdzenia, wskazał art. 87 ust. 1 i 2, art. 88 ust. 1 pkt. 3 lit. a), art. 89 ust. 1 pkt. 2), oraz art. 93 ust. 1 pkt 1) Pzp.

W związku z powyższym wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania poprzez unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty,
2. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania,
3. powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej poprzez uznanie, że oferta Protestującego jest najkorzystniejsza.

Zdaniem Protestującego nie uwzględnienie niniejszego protestu, a tym samym podtrzymanie dotychczasowej decyzji Zamawiającego uniemożliwia zawarcie ważnej umowy, skoro zgodnie ze SIWZ i przepisami ustawy Zamawiający udzieli zamówienia wykonawcy, którego oferta odpowiada wszystkim wymaganiom przedstawionym w ustawie prawo zamówień publicznych oraz SIWZ i została oceniona jako najkorzystniejsza w oparciu o podane kryteria. Jednocześnie brak uwzględnienia protestu doprowadzi do całkowicie niezasadnego odrzucenia oferty Protestującego i w konsekwencji bezzasadnego unieważnienia całego postępowania.

Wykazując interes prawny w oprotestowaniu czynności Zamawiającego Protestujący stwierdził, iż w sytuacji, gdy unieważniona zostanie czynność odrzucenia oferty Protestującego, a tym samym złożona oferta zostanie uznana za ważną nie znajdą przesłanki do unieważnienia postępowania a w konsekwencji możliwym będzie wygranie postępowania przez Protestującego i zawarcie ważnej umowy o zamówienie publiczne.

Odnosząc się do podstawy odrzucenia swojej oferty stwierdził, iż względem pierwszej przesłanki, tj. braku wskazania w kosztorysie ofertowym robocizny w poz. 20, 21,

36 i 37 w/w pozycje dotyczą dostawy montażu nawierzchni z trawy syntetycznej oraz poliuretanowej. Podstawą wyceny tych pozycji jest kalkulacja indywidualna wykonawcy i dlatego cena jednostkowa materiałów ujęta w tych pozycjach obejmuje nakłady R+M+S według zakładowego cennika wykonania nawierzchni. Względem drugiej przesłanki, tj. błędu w obmiarze w str. 83 i 149 także uznał ją za chybioną.

Po pierwsze podkreślił, iż konsekwencją przyjęcia wynagrodzenia ryczałtowego jest brak możliwości odrzucenia oferty z powodu nieścisłości pomiędzy kosztorysem, a przedmiarem robót. Zgodnie bowiem z art. 88 ust. 1 pkt 3 lit a) Pzp w przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia (cena ryczałtowa) przyjmuje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia.

Dlatego nawet, jeśli Wykonawca przyjął niewłaściwe ilości robót do wykonania lub też zaniechał wyceny niektórych elementów, to nie będzie można wobec niego zastosować sankcji z art. 89 ust. 1 pkt 2), ani pkt 6) Pzp. Kosztorys nie jest bowiem dokumentem określającym zakres prac przewidzianych do wykonania przy danej inwestycji, lecz swoistym formularzem cenowym, czyli zestawieniem elementów poddanych wycenie, które w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego nie podlega weryfikacji z punktu widzenia prawidłowości przeprowadzonego obliczenia. Przedmiot zamówienia określają odpowiednie projekty i specyfikacje techniczne.

Ponadto, aby w ogóle mogła być mowa o wadliwości oferty wynikającej z niekompletności załączonych do niej kosztorysów, najpierw w SIWZ musiałyby się znaleźć precyzyjne zapisy zakazujące odstępstw pomiędzy normami nakładów przyjętych w przedmiarach, a ilościami podanymi przez Wykonawcę. Tymczasem w przedmiotowej SIWZ takowy zapis nie znajduje się.

Zważyć bowiem należy, zdaniem Protestującego, że przedmiar robót stanowiący podstawę sporządzenia kosztorysu jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektów i specyfikacji technicznych. Zawiera zestawienie przewidywanych robót przygotowane w celu zobrazowania skali zamierzenia budowlanego i ułatwienia wykonawcom oszacowania kosztów realizacji inwestycji. Dlatego co do zasady pełni funkcję pomocniczą.

Odnosząc powyższe rozważania do zapisów SIWZ w przedmiotowym postępowaniu stwierdzić należy, zdaniem Protestującego, iż dodatkowo potwierdzają one zasadność wniesionego protestu. I tak zgodnie z Rozdz. 17 ust. 1 SIWZ: *„Wykonawca określi cenę oferty brutto, która stanowić będzie wynagrodzenie ryczałtowe za realizację całego przedmiotu zamówienia, podając ją w zapisie liczbowym i słownie z dokładnością do grosza (do dwóch miejsc przecinku)”. W ust. 2 powyższego Rozdz. SIWZ wyraźnie zaznaczono, iż: „Ceną oferty brutto jest cena ostateczną obejmującą wszelkie koszty i składniki związane z realizacją zamówienia, zgodnie z przedmiarem robót w tym m.in. podatek VAT, upusty, rabaty”.*

Z kolei w załączniku nr S9 do SIWZ: „Istotne postanowienia umowy” w § 5 ust. 1 wyraźnie wskazano, jak podnosi Protestujący iż: „za wykonanie przedmiotu umowy, określonego w ust. 1 niniejszej umowy, Strony ustalają wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości złotych (słownie złotych.....)”. Ponadto znamienne są, jego zdaniem, postanowienia § 5 ust. 2 i 3 stosownie do których Wynagrodzenie ryczałtowe o którym mowa w ust. 1 obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją robót objętych dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót w tym ryzyko Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty (ust. 2). Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do zadania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego określonego w ust. 1 niniejszego paragrafu (ust. 3).

Ponadto, Protestujący stwierdził, iż Wykonawca, deklarując w ofercie wolę wykonania robót zgodnie z przekazaną dokumentacją akceptuje jej zawartość, co jest równoznaczne z pozbawieniem się możliwości żądania zapłaty za czynności wynikające z dokumentacji, a nie wycenione w kosztorysie. Błąd w kosztorysie nie może być więc rozpatrywany w kontekście wadliwości treści oferty w stosunku do SIWZ, lecz co najwyżej błędu w obliczeniu ceny, co wyklucza odrzucenie oferty z takim błędem jeśli przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe. Zauważa, iż zgodnie z oświadczeniem Protestującego, zawartym w ofercie, Protestujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami zawartymi w SIWZ oraz m.in. iż zapoznał się z warunkami podanymi przez Zamawiającego w SIWZ i nie wnosi do nich żadnych zastrzeżeń jak również, że akceptuje istotne postanowienia umowy oraz termin realizacji przedmiotu zamówienia podany przez Zamawiającego.

Dlatego też z oświadczenia złożonego przez Protestującego wynika, iż treścią oferty jest wykonanie zamówienia zgodnie z dokumentacją wymienioną przez Zamawiającego w SIWZ (dokumentacja projektowa, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót). W związku z powyższym zastosowanie znajduje tu, zdaniem Protestującego, norma wyrażona w art. 88 ust. 1 pkt. 3 lit. a) Pzp. Zgodnie z literalnym brzmieniem przytoczonego przepisu w przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia albo jego część (cena ryczałtowa) przyjmuje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtowa bez względu na sposób jej obliczenia. Mając na uwadze powyższe, Protestujący stanowczo stwierdza, iż odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2) Pzp, tj. z tego powodu, iż w złożonych kosztorysach nastąpił błąd w obmiarze (dotyczący rozebrania 1 metra krawężników i nasypania 2 warstw piasku na dnie rowu kablowego) nastąpiło z naruszeniem prawa, tj. art. 88 ust. 1 pkt. 3 lit. a) oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2) Pzp.

W konsekwencji, co Protestujący podkreślił, cena ryczałtowa brutto w wysokości

1.944.561,20 zł jest ceną ostateczną jaką Zamawiający zapłaci za wykonanie prac objętych zamówieniem bez względu na sposób jej obliczenia. Co więcej przytacza na ta okoliczność wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20.11.1998 r. (sygn. akt II CKN 913/97) zgodnie z którym, ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać zapłaty wynagrodzenia wyższego (podobnie Sąd Najwyższy w wyroku z 06.06.2004 r., II CK 315/03, Wspólnota 2004/11/57).

Wynika to również, zdaniem Protestującego, z treści art. 632 § 1 k.c. stosownie do którego jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Co więcej zgodnie z art. 649 k.c. w razie wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy.

Na poparcie swojej argumentacji przytacza także orzecznictwo Zespołów Arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym uchybienia i rozbieżności kosztorysowe, polegające na niezgodności ilości robót w przedmiarze i kosztorysie ofertowym nie rzutują na zakres i cenę oferty, gdyż takie uchybienie jest bez znaczenia przy formie ryczałtowej, a Zamawiający jest zobowiązany uznać jako cenę, cenę ostatecznie wskazaną za cały przedmiot zamówienia (wyrok ZA z dnia 20.01.2006r., sygn. akt: UZP/ZO/0-114/06). Podobnie wyrok ZA z 24.04.2006 r. sygn. akt: UZP/ZO/0-1101/06, wyrok ZA z 01.09.2006 r. sygn. akt: UZP/ZO/0-2407/06, wyrok ZA z 29.01.2007 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-83/07, wyrok KIO z 19.06.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 554/08, KIO/UZP 556/08, KIO/UZP 557/08).

Celem uzasadnienia wniesionego odwołania cytuje również inne rozstrzygnięcia. I tak w wyroku z dnia 13.03.2006 r. (UZP/ZO/0-671/06) Zespół Arbitrów przyjął, iż: *„Jeżeli cena obowiązująca w postępowaniu jest ceną ryczałtową, to fakt czy poszczególny wykonawca dokonał prawidłowych obliczeń w kosztorysie, czy też popełnił błąd, nie może rzutować na ocenę prawidłowości oferty”*. Wyrok z dnia 27.02.2006 r. (UZP/ZO/0-521/06): *„Błędy polegające na zaniżeniu, bądź na zawyżeniu poszczególnych pozycji w kosztorysie ofertowym nie mają znaczenia w sytuacji, kiedy wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy jest wynagrodzeniem ryczałtowym”*. Wyrok z dnia 20.02.2006 r. (UZP/ZO/0-430/06): *„Domaganie się przez zamawiającego kosztorysu może mieć uzasadnienie tylko jako materiał informacyjno-pomocniczy. Przy cenie ryczałtowej kosztorys nie może być podstawą do oceny ofert”*. Wyrok z dnia 07.02.2006 r. (UZP/ZO/0-290/06): *„W związku z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia, zamawiający nie ma podstaw do odrzucenia oferty z powodu występujących w jej kosztorysie ofertowym rozbieżności w stosunku do kosztorysu nakładczego w zakresie rodzaju wycenionych materiałów i ich ilości”*.

Jeżeli chodzi o sytuację, kiedy cena ma być obliczona w sposób ryczałtowy, w wielu przypadkach nie ma mowy o omyłkach rachunkowych. Jeżeli zamawiający w SIWZ żądał, aby cena za wykonanie zamówienia podana była w sposób ryczałtowy, to nie ujęcie w harmonogramie rzeczowo-finansowym inwestycji ceny za jedną z pozycji nie ma znaczenia (sygn. UZP/ZO/0-116/06). Jeżeli zamawiający wskazał w SIWZ, że obliczona cena ma charakter ceny ryczałtovej, nie musi szczegółowo weryfikować załączonego przez wykonawcę kosztorysu, który ma wyłącznie znaczenie pomocnicze (sygn. UZP/ZO/0-1585/06).

Reasumując, Protestujący stwierdza, iż jego oferta nie może być uznana za niezgodną z treścią SIWZ. Zatem nie zachodzą przesłanki do jej odrzucenia i dalej do unieważnienia całego postępowania. Po pierwsze, bowiem nie wykazanie robocizny w wybranych pozycjach kosztorysu wynikało z dokonania tej wyceny na podstawie kalkulacji indywidualnej Wykonawcy i stąd cena jednostkowa materiałów ujęta w badanych pozycjach obejmuje nakłady R+M+S według zakładowego cennika wykonania nawierzchni. Po drugie, zaś nawet jeśli wystąpiły różnice w kosztorysie ofertowym to z uwagi na ewidentny ryczałtowy charakter przyjętego wynagrodzenia Wykonawcy nie może to skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ, która zresztą nie zawiera zapisów zakazujących odstępstw pomiędzy normami nakładów przyjętych w przedmiarach, a ilościami podanymi przez Wykonawcę.

W dniu 21.08.2008 r. Zamawiający faxem (a następnie pocztą) przesłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym. Żadne przystąpienia do postępowania protestacyjnego nie miały miejsca.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło faxem w dniu 29.08.2008 r. (a następnie pocztą) poprzez jego odrzucenie przez Zamawiającego w całości na podstawie art. 183 ust.1 Pzp. Stwierdził, iż po wnikliwej analizie czynności w postępowaniu i po uwzględnieniu argumentacji Protestującego, postanowił odrzucić protest uważając, że podniesione w proteście zarzuty są bezzasadne. Jednocześnie podtrzymał zarzut braku wyceny w kosztorysie ofertowym:

- w pozycji 20: Ułożenie syntetycznej nawierzchni poliuretanowo - gumowej gr. 13 mm oraz elastycznej warstwy podkładowej gr. 35 mm - brak wyceny robocizny (rubryka R) co jest sprzeczne z SIWZ;
- w pozycji 21: Malowanie linii boiska farbą poliuretanową - brak wyceny robocizny (rubryka R) co jest sprzeczne z SIWZ;
- w pozycji 36: Ułożenie trawy syntetycznej w wysokości 60 mm - brak wyceny robocizny (rubryka R) co jest sprzeczne z SIWZ;

- w pozycji 37: Malowanie linii boisk farbą poliuretanową - brak wyceny robocizny (rubryka R) co jest sprzeczne z SIWZ.

Zamawiający uznał, iż stwierdzenie Protestującego, że pozycje te dotyczą tylko dostawy są błędne.

W kosztorysie ofertowym Protestującego, jak podniósł Zamawiający, w w/w pozycjach podano tylko cenę materiału, co jest jak wykazano wcześniej sprzeczne z SIWZ .

Wskazał ponadto, że omyłki popełnione przez Protestującego w kosztorysie nie są omyłkami, które mogą zostać poprawione w trybie art. 88 ust. 1 pkt. 1) i 2) Pzp.

Odnosnie obmiaru poz. 83 i 149 oraz braku w Specyfikacji precyzyjnych zapisów zakazujących odstępstw pomiędzy normami nakładów przyjętych w przedmiarach, a ilościami podanymi przez oferenta. Zamawiający nie zgodził się z powyższymi zarzutami ponieważ w Rozdz. 17 ust. 4 SIWZ dokładnie i precyzyjnie określił zasady obliczenia ceny:

"Cenę oferty należy obliczyć sporządzając kosztorys ofertowy w formie kosztorysu szczegółowego:

- *w kosztorysie ofertowym Wykonawca musi podać cenę kosztorysową i cenę jednostkową każdej pozycji przedmiarowej z narzutami,*
- *cena jednostkowa musi uwzględniać wszystkie koszty: robocizny, materiałów, pracy sprzętu i środków transportu technologicznego, niezbędnych do wykonania robót objętych daną jednostką przedmiarową oraz koszty pośrednie, koszty zakupu i zysku,*
- *ceny jednostkowe nie mogą uwzględniać podatku VAT (ceny netto),*
- *kosztorys ofertowy należy opracować w formie kosztorysu szczegółowego w cenach netto umożliwiającego wyodrębnienie min.*
- *cen jednostkowych z narzutami,*
- *zastosowanych narzutów,*
- *stawek robocizny,*
- *cen materiałów.*
- *cen sprzętu,*
- *kosztorys ofertowy powinien zawierać: tabelę elementów scalonych, zbiorcze zestawienie kosztów, zbiorcze zestawienie robocizny, materiałów i sprzętu."*

Zamawiający stwierdził, iż Wykonawca był zobowiązany do zastosowania się do zawartego w SIWZ sposobu sporządzenia kosztorysu ofertowego. Brak elementu lub zmiana pozycji obmiarowej powoduje niezgodność ze SIWZ, co skutkuje odrzuceniem na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

W dniu 03.09.2008 r. (data nadania u operatora pocztowego) Odwołujący na rozstrzygnięcie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Podtrzymał dotychczasowe zarzuty i argumentacje z protestu.

Wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania poprzez unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania,
3. powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej poprzez uznanie, że oferta Odwołującej jest najkorzystniejsza,
4. powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz
5. przyznanie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa pełnomocnika według spisu kosztów przedłożonych na rozprawie Krajowej Izby Odwoławczej.

Kopie odwołania otrzymał Zamawiający 02.09.2008 r. faxem.

Z uwagi na brak przystąpienia na etapie protestu Zamawiający nie wzywał do przyłączenia się do postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ i treścią spornej oferty, po wysłuchaniu stanowisk stron na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby oferta Odwołującego, który jako jedyny oprotestował odrzucenie swojej oferty z pośród odrzuconych, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, będzie jedyną ważną ofertą, czyli nie znajdą przesłanki unieważnienia postępowania i w konsekwencji ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający zawarł w SIWZ następujące zapisy odnośnie wynagrodzenia, rozliczania realizacji zamówienia oraz kosztorysu ofertowego. W Rozdz. 9: „Oferta powinna zawierać”, lit. e) kosztorys ofertowy sporządzony zgodnie z opisem z rozdziału 17 pkt 4 (Załącznik – do sporządzenia przez Wykonawcę). W Rozdz. 17: „Opis sposobu obliczania ceny” Zamawiający stwierdził, iż: „Wykonawca określi cenę oferty brutto, która stanowić będzie wynagrodzenie ryczałtowe za realizację całego przedmiotu zamówienia, podając ją w zapisie liczbowym i słownie z dokładnością do grosza (do dwóch miejsc przecinku)” (pkt

1). W pkt 2 natomiast zaznaczył, iż: „Ceną oferty brutto jest cena ostateczną obejmującą wszelkie koszty i składniki związane z realizacją zamówienia, zgodnie z przedmiarem robót w tym m.in. podatek VAT, upusty, rabaty”. Jednocześnie, w pkt 4 Rozdz. 17 SIWZ napisał, iż: "Cenę oferty należy obliczyć sporządzając kosztorys ofertowy w formie kosztorysu szczegółowego:

- w kosztorysie ofertowym Wykonawca musi podać cenę kosztorysową i cenę jednostkową każdej pozycji przedmiarowej z narzutami,
- cena jednostkowa musi uwzględniać wszystkie koszty: robocizny, materiałów, pracy sprzętu i środków transportu technologicznego, niezbędnych do wykonania robót objętych daną jednostką przedmiarową oraz koszty pośrednie, koszty zakupu i zysku,
- ceny jednostkowe nie mogą uwzględniać podatku VAT (ceny netto),
- kosztorys ofertowy należy opracować w formie kosztorysu szczegółowego w cenach netto umożliwiającemu wyodrębnienie min.
 - cen jednostkowych z narzutami,
 - zastosowanych narzutów,
 - stawek robocizny,
 - cen materiałów,
 - cen sprzętu,
- kosztorys ofertowy powinien zawierać:
 - tabelę elementów scalonych,
 - zbiorcze zestawienie kosztów,
 - zbiorcze zestawienie robocizny, materiałów i sprzętu."

Z kolei w załączniku nr S9 do SIWZ: „Istotne postanowienia umowy” w § 5 ust. 1 Zamawiający wskazał, iż: „Za wykonanie przedmiotu umowy, określonego w ust. 1 niniejszej umowy, Strony ustalają wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości złotych (słownie złotych.....)”. Ponadto w § 5 ust. 2 i 3 zawarł, iż: „Wynagrodzenie ryczałtowe, o którym mowa w ust. 1 obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją robót objętych dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót w tym ryzyko Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty” (ust. 2). „Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego określonego w ust. 1 niniejszego paragrafu” (ust. 3). Istotne jest także, iż w tym samym paragrafie w ust. 5 i 6 Zamawiający zawarł sposób rozliczania pomiędzy stronami, zgodnie z którym: „Rozliczenie pomiędzy Stronami za wykonane roboty następować będzie sukcesywnie na podstawie faktur wystawionych przez Wykonawcę, na podstawie zatwierdzonego protokołu częściowego odbioru robót”(ust.5). „Protokół częściowego odbioru robót sporządzony

będzie przez kierownika budowy (robót), na podstawie elementów zestawionych w tabeli elementów rozliczeniowych, którą przygotowuje Wykonawca i uzgodni z Zamawiającym niezwłocznie po podpisaniu umowy, po podpisaniu protokołu przez Inspektora nadzoru inwestorskiego i zatwierdzeniu przez Zamawiającego” (ust.6).

Zamawiający zawarł w SIWZ następujące zapisy odnośnie przedmiotu zamówienia. W Rozdz. 2: „Opis przedmiotu zamówienia”, w pkt 2) stwierdził, iż: budowa boiska do piłki nożnej, ma zawierać wszystkie elementy zgodne z właściwościami określonymi w dokumentacji technicznej. Roboty należy wykonać zgodnie z dokumentacją projektową (załącznik nr 2 do SIWZ) i Szczegółową Specyfikacją Techniczną wykonania i odbioru robót zwanej dalej: „SST” (załącznik nr 1 do SIWZ), nawierzchnia do piłki nożnej ma być o właściwościach i technologii układania określonych w dokumentacji projektowej (załącznik nr 2 do SIWZ) i SST (załącznik nr 1 do SIWZ) – pkt 2.1), budowa boiska wielofunkcyjnego, przebudowa przepuszczalna, ma zawierać wszystkie elementy zgodne z właściwościami określonymi w dokumentacji technicznej. Roboty należy wykonać zgodnie z dokumentacją projektową (załącznik nr 2 do SIWZ) i SST (załącznik nr 1 do SIWZ), nawierzchnia boiska wielofunkcyjnego nawierzchnia poliuretanowa o właściwościach i technologii układania określonych w dokumentacji projektowej (załącznik nr 2 do SIWZ) i SST (załącznik nr 1 do SIWZ) – pkt 2.2), ogrodzenie terenu – szczegółowe rozwiązania wg. dokumentacji projektowej (załącznik nr 2 do SIWZ) i SST (załącznik nr 1 do SIWZ) – pkt 2.3), oświetlenie terenu – szczegółowe rozwiązania wg. dokumentacji projektowej (załącznik nr 2 do SIWZ) i SST (załącznik nr 1 do SIWZ) – pkt 2.4), chodniki – szczegółowe rozwiązania wg. dokumentacji projektowej (załącznik nr 2 do SIWZ) i SST (załącznik nr 1 do SIWZ) – pkt 2.5), budynek sanitarno – szatniowy – szczegółowe rozwiązania zgodnie z dokumentacją projektową (załącznik nr 2 do SIWZ) i SST (załącznik nr 1 do SIWZ) – pkt 2.6). Ponadto, Zamawiający stwierdził, iż szczegółowy opis przedmiotu zamówienia stanowią załączniki: Załącznik nr 1 do SIWZ - SST, Załącznik nr 2 do SIWZ – Dokumentacja projektowa, Załącznik nr 3 do SIWZ – Przedmiar robót (pkt 2.7).

Z kolei w załączniku nr S9 do SIWZ: „Istotne postanowienia umowy” w § 1 napisał, iż: „Przedmiotem niniejszej umowy jest wykonanie: (.....) zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego i zasadami wiedzy technicznej, na warunkach wskazanych w ofercie z dnia ... stanowiącej załącznik nr 1 do umowy” (ust.1). „Szczegółowy zakres robót opisany został w SIWZ w tym dokumentacji projektowej, specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych” (ust.2). „Wykonawca zobowiązuje się do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją projektową, zasadami wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, obowiązującymi przepisami i polskimi normami oraz oddania przedmiotu niniejszej umowy Zamawiającemu w terminie w niej uzgodnionym” (ust.3). „Integralną część

umowy stanowią załączniki: 1) Oferta Wykonawcy – załącznik nr 1; 2) SIWZ z załącznikami w tym dokumentacja projektowa, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych – załącznik nr 2” (ust.4). Ponadto, w § 9: „Umowne prawo odstąpienia od umowy” zawarł, iż: „Zamawiającemu przysługuje prawo odstąpienia od umowy, gdy: (.....) c) Wykonawca realizuje roboty przewidziane niniejszą umową w sposób niezgodny z niniejszą umową, dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi lub wskazaniem Zamawiającego”.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2) Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na brak robocizny w poz. 20, 21, 36 i 37 kosztorysu ofertowego oraz z uwagi na błąd w obmiarze w poz. 5 – str. 83 i 149 oferty, a w konsekwencji art. 93 ust.1 pkt 1) Pzp, skład orzekający Izby uznał w/w zarzut za zasadny.

Izba w całości uznała argumentację Odwołującego przedstawioną tak w proteście, jak i odwołaniu, uznając ją za prawidłową i zgodną z obowiązującymi przepisami oraz orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej.

Analiza zapisów SIWZ przedstawionych na wstępie wskazuje, iż zapisy odnoszące się do kosztorysu ofertowego bezsprzecznie dotyczyły tylko i wyłącznie opisu sposobu obliczenia ceny. Nie odnosiły się do zakresu przedmiotu zamówienia, ani nie były też podstawą późniejszego rozliczenia pomiędzy stronami umowy. Wskazuje na to lit. e) Rozdz.9 SIWZ (kosztorys ofertowy - do sporządzenia przez Wykonawcę), pkt 4 Rozdz.17 SIWZ (dotyczy tylko sposobu obliczenia ceny), § 5 ust. 5 i 6 Istotnych postanowień umowy (określa zasady rozliczenia pomiędzy stronami umowy – na podstawie elementów zestawionych w tabeli elementów rozliczeniowych, którą przygotowuje Wykonawca i uzgodni z Zamawiającym niezwłocznie po podpisaniu umowy) oraz Rozdz. 2 SIWZ, § 1 oraz 9 lit. c) Istotnych postanowień umowy, gdzie Zamawiający w sposób wyraźny i konsekwentny odwołuje się do dokumentacji projektowej (załącznika nr 2 do SIWZ), jak i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych - SST (załącznik nr 1 do SIWZ). Z samych tych powodów brak było podstawy do odrzucenia oferty z przywołanej przez Zamawiającego podstawy prawnej.

Ponadto, Izba wzięła pod uwagę, iż Zamawiający ustalił, że ceną oferty brutto, będzie wynagrodzenie ryczałtowe za realizację całego przedmiotu zamówienia, obejmujące wszelkie koszty i składniki związane z realizacją zamówienia (powyższe wynika z pkt 1-2 Rozdz.17 SIWZ, jak również z § 5 ust. 1, 2 i 3 Istotnych postanowień umowy). W rezultacie

nieścisłości pomiędzy kosztorysem, a przedmiarem robót nie mogą być podstawą odrzucenia oferty z powołaniem się na art. 89 ust.1 pkt 2), czy też pkt 6) Pzp, z uwagi na art. 88 ust.1 pkt 3 lit. a) w związku z art. 87 ust.2 Pzp, bowiem w przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia albo jego część (cena ryczałtowa) przyjmuje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia.

Izba zauważa także, iż sam Zamawiający napisał, iż: *„Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego określonego w ust. 1 niniejszego paragrafu”* (ust. 3 § 5 Istotnych postanowień umowy). W rezultacie: *„Określając w ten sposób zasady ustalania i wypłacania wynagrodzenia za realizację przedmiotu zamówienia Zamawiający faktycznie ciężar odpowiedzialności za prawidłowe wykonanie inwestycji, tj. zgodnie z dokumentacją projektową, przełożył na wykonawców”* (wyrok z dnia 30.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP/363/08).

W tym miejscu, Izba przywołuje także stanowisko Odwołującego, iż: *„deklarując w ofercie wolę wykonania robót zgodnie z przekazaną dokumentacją akceptuje jej zawartość, co jest równoznaczne z pozbawieniem się możliwości żądania zapłaty za czynności wynikające z dokumentacji, a nie wycenione w kosztorysie”*. Ponadto, Izba zauważa, iż zgodnie z oświadczeniem zawartym w ofercie, Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami zawartymi w SIWZ oraz m.in. iż zapoznał się z warunkami podanymi przez Zamawiającego w SIWZ i nie wnosi do nich żadnych zastrzeżeń jak również oświadczył, że akceptuje istotne postanowienia umowy oraz termin realizacji przedmiotu zamówienia podany przez Zamawiającego.

Powyższe oświadczenia stanowiły obligatoryjny element składanego Wzoru oferty – Załącznik nr S8 do SIWZ i dodatkowo potwierdzają trafność stanowiska Izby w przedmiotowej sprawie.

Izba uznaje bowiem, iż ze wskazanych oświadczeń wynika, że treścią oferty jest wykonanie zamówienia zgodnie z dokumentacją wymienioną przez Zamawiającego w SIWZ, tj. dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót. Przedmiar miał charakter dokumentu pomocniczego, na którym oparty był kosztorys ofertowy i nie stanowił de facto, co wynika z analizy zapisów SIWZ, podstawy realizacji przedmiotu zamówienia (tak, jak i sam kosztorys ofertowy). Zamawiający nie oczekiwał też od wykonawców odrębnego opisu przedmiotu zamówienia - brak takich żądań w treści SIWZ.

W rezultacie kosztorys ofertowy, oparty na przedmiarze biorąc pod uwagę, że miał służyć nie do wykazywania zakresu przedmiotu zamówienia, ale do skalkulowania ceny, nie może być podstawą do przyjęcia, że Odwołujący nie objął kwestionowanych przez Zamawiającego pozycji w sytuacji, gdy jak twierdzi Odwołujący, nie wykazanie robocizny w wybranych pozycjach kosztorysu wynikało z dokonania tej wyceny na podstawie kalkulacji indywidualnej Wykonawcy i stąd cena jednostkowa materiałów ujęta w badanych pozycjach obejmuje nakłady R+M+S według zakładowego cennika wykonania nawierzchni. Skład orzekający Izby zwraca przy tym uwagę, że ewentualne wątpliwości co do zakresu zaoferowanego przez Odwołującego zamówienia, Zamawiający mógł wyjaśnić, korzystając z trybu przewidzianego w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zasadność stanowiska Izby, jak i prawdziwość oświadczenie Odwołującego w tej kwestii znajduje potwierdzenie w treści złożonej oferty (str. 8 oraz 12, poz. 20, 21, 36 i 37 kosztorysu ofertowego), gdzie w sposób wyraźny Odwołujący zaznaczył, iż dokonał kalkulacji indywidualnej. W tym zakresie niezrozumiałe jest także stanowisko Zamawiającego, iż nie dopuścił kalkulacji własnej, indywidualnej, skoro w przedmiarach na str. 2 i 3 wprost taka kalkulacja indywidualna jest dopuszczona w pozycjach odnoszących się do kwestionowanych pozycji (3.009, 3.010, 4.010, 4.011 przedmiaru). W odniesieniu do różnic w obmiarach: pozycja rozebranie krawężników betonowych - zamiast 22,140 m jest 21,14 m, a w pozycji nasypanie 2- warstwy piasku – zamiast 20,00 m jest 10,00 m, mają one charakter drobny nie wpływający w sposób istotnych na dokonaną przez Odwołującego wycenę. Jednakże, w ocenie Izby przesądzające jest, iż w zaoferowanej cenie Odwołujący wykona, czyli zrealizuje zamówienie zgodnie z dokumentacją projektową i Specyfikacją techniczną odbioru i wykonania robót, tak jak wymagał tego w SIWZ Zamawiający.

Izba także wskazuje, iż przy niniejszym rozstrzygnięciu wzięła pod uwagę orzecznictwo KIO m.in. wyrok z dnia 29.04.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 357/08, wyrok z dnia 30.04.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 363/08, wyrok z dnia 15.05.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 418/08, sygn. akt KIO/UZP 419/08, wyrok z dnia 29.05.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 466/08, wyrok z dnia 30.05.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 473/08, wyrok z dnia 19.06.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 554/08, KIO/UZP 556/08, KIO/UZP 557/08, 22.07.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 696/08, wyrok z dnia 26.08.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 832/08, wyrok z dnia 15.09.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 914/08 odnoszące się do wynagrodzenia ryczałtowego.

Orzeczenie na które powołał się na rozprawie Zamawiający - wyrok KIO z dnia 30.01.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 111/07, Izba uznaje za nieadekwatne do stanu

faktycznego będącego przedmiotem odwołania, zwłaszcza wobec jednoznacznych zapisów zawartych w SIWZ.

Biorąc powyższe pod uwagę skład orzekający Izby uznał, że Zamawiający, przy cenie ofertowej ustalonej w postępowaniu jako cena ryczałtowa oraz przy braku zapisów SIWZ o dokonywaniu rozliczeń wykonanych robót przy uwzględnieniu kosztorysu ofertowego, a także zważywszy na brak zapisów zakazujących odstępstw pomiędzy normami nakładów przyjętych w przedmiarach, a ilościami podanymi przez Wykonawcę, uznał, że brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego. Tym samym Zamawiający dopuścił się naruszenia w postępowaniu art. 89 ust. 1 pkt 2) Pzp, a w konsekwencji art. 93 ust.1 pkt 1) Pzp. W tym miejscu, Izba także stwierdza, iż wyjaśnienia przedstawione na rozprawie przez Zamawiającego, iż celem zapisu wynikającego z § 5 ust. 5 i 6 Istotnych postanowień umowy była kwestia właściwego rozliczenia środków pomocowych w ten sposób, aby na fakturach częściowych udało się w sposób dokładny określić, w którym momencie i za co Zamawiający dokonuje płatności jest godna pochwały, ale nie znajduje odzwierciedlenia w zapisach SIWZ, a w szczególności zapisach Istotnych postanowień umowy. Zamawiający powinien raczej żądać harmonogramu rzeczowo - finansowego przy wynagrodzeniu ryczałtowym dla osiągnięcia tego celu, który tak jak i tabela elementów rozliczeniowych (przewidziana przez Zamawiającego w Istotnych postanowieniach umowy) jest dokumentem składanym przez wybranego Wykonawcę po wyborze oferty.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji, przy czym Izba wyjaśnia, iż ponowne badanie i ocena ofert dotyczy tylko i wyłącznie ofert, które nie zostały skutecznie odrzucone.

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp. O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886), uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3600 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*