

Sygn. akt KIO 103/11

WYROK
z dnia 25 stycznia 2011r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący : **Agnieszka Trojanowska**

Protokolant : **Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 stycznia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **17 stycznia 2011r.** przez **WIMED Oznakowanie Dróg spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tuchowie, ul. Tarnowska 48** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gminę Krosno w Krośnie, ul. Lwowska 28a**

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża **WIMED Oznakowanie Dróg spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tuchowie, ul. Tarnowska 48** i nakazuje zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **WIMED Oznakowanie Dróg spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tuchowie, ul. Tarnowska 48** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krośnie.**

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na oznakowanie pionowe dróg w 2011 roku na terenie miasta Krosno wszczął zamawiający Gmina Krosno w Krośnie, ul. Lwowska 28a ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 listopada 2010r. za numerem 2010-388822.

W dniu 12 stycznia 2011r. zamawiający poinformował wykonawców za pośrednictwem faksu o wynikach postępowania i wyborze najkorzystniejszej oferty tj. oferty Centrum Usług Komunalnych „KROeko” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krośnie, ul. Fredry 1 oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy „WIMED” Oznakowanie Dróg Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tuchowie, ul. Tarnowska 48.

Na czynność odrzucenia swojej oferty w dniu 17 stycznia 2011r. wniósł odwołanie „WIMED” Oznakowanie Dróg Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tuchowie, ul. Tarnowska 48, zwany dalej odwołującym, zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. dalej ustawy) poprzez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego się jako rzekomo nie spełniającej wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która była najkorzystniejszą ofertą, czyli ofertą zawierającą najniższą cenę. Wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty, nakazanie zamawiającemu powtórzenia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badania, oceny i wyboru ofert w zakresie prowadzonego postępowania; rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z ustawą.

W uzasadnieniu wskazał, że zamawiający po dokonaniu oceny ofert pod względem formalno-prawnym i merytorycznym, uznał, że w odniesieniu do odwołującego zachodzi przesłanka odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż w ofercie brak wykazu cen: materiałów, sprzętu oraz robocizny.

Odwołujący w pierwszej części odwołania przeprowadził obszernie wywody dotyczące zasad stosowania art. 17 ustawy oraz terminu składania oświadczenia przez osoby prowadzące postępowanie o zamówienie publiczne w imieniu zamawiającego o braku lub istnieniu okoliczności stanowiący podstawę wyłączenia z postępowania oraz skutków niezłożenia takiego oświadczenia i wywiódł, iż ustawa PZP nie zawiera wyraźnego zastrzeżenia co do terminu, w którym winno nastąpić złożenie oświadczenia o braku lub istnieniu okoliczności stanowiących podstawę wyłączenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o którym mowa w art. 17 ust. 2 ustawy PZP. Nie wiąże również negatywnych skutków prawnych z niezłożeniem takiego oświadczenia na określonym etapie postępowania. Jednakże zasadnym jest, według odwołującego, przyjęcie w tym zakresie reguł dobrej praktyki, pozwalających na pełną realizację przez zamawiającego, czyli wyłączenia się w

chwili powzięcia wiedzy o okolicznościach stanowiących podstawę do wyłączenia zasady wynikającej z art. 7 ust. 2 ustawy PZP. Odwołujący uzasadnił naruszenie art. 2 pkt 5 ustawy poprzez nieuwzględnienie najkorzystniejszej oferty, czyli oferty zawierającej najniższą cenę. Wskazał także, iż w jego ocenie przedmiotem zamówienia są usługi, a nie roboty budowlane, jak określił to zamawiający, gdyż zgodnie z art. 6 pkt 1 jeżeli zamówienie obejmuje równocześnie dostawy oraz usługi albo roboty budowlane oraz usługi, do udzielenia zamówienia stosuje się przepisy dotyczące tego przedmiotu zamówienia, którego wartościowy udział w danym zamówieniu jest największy. Odnośnie podstawy odrzucenia oferty odwołującego, odwołujący podniósł, że zapis rozdziału 10.1. SIWZ. brzmi: „Kosztorys powinien zawierać:

- a) kosztorys uproszczony z podaniem cen jednostkowych,
- b) podsumowanie,
- c) wykaz cen: materiałów, sprzętu oraz robocizny.

Odwołujący podniósł naruszenie art. 29 ustawy tj. opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny oraz użycie nie dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Według odwołującego zwrotu „powinien” nie posiada charakteru obligatoryjnego lecz fakultatywny i odwołujący traktował niniejszy zapis jako element, który nie może być bezwzględnie wymagany przez zamawiającego, a którego nie spełnienie nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty.

Wskazał, że orzeczenie Izby z dnia 6 grudnia 2010 r. sygn. akt KIO/2541/10, na które powołał się zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia zapadło w odmiennym stanie faktycznym, gdyż w tamtej sprawie zamawiający nie przewidział możliwości wymagania od wykonawców wykonania robót dodatkowych, a postępowanie dotyczyło drogi wojewódzkiej, ponadto tamto wynagrodzenie było wynagrodzeniem kosztorysowym, a w przedmiotowym postępowaniu zamawiający wymagał Kosztorysu ryczałtowego, gdyż kwota, jaka została wyliczona przez wykonawcę w ofercie, automatycznie stanowi ryczałt, a zamawiający nie może wymagać od wykonawcy przekroczenia tej kwoty, jak również nie jest zobligowany do wymagania, aby w ramach kwoty wykonawca dostarczył ilości odpowiadające dokładnie ilością rzeczowym podanym w kosztorysie. Odwołujący twierdzi, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawca może zmniejszyć ilości jednych znaków a zwiększyć ilość drugich jeżeli wymaga tego realizacja zamówienia. Odwołujący podniósł, że jego oferta jest ważna, gdyż posiada wszystkie załączniki wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu, określone w pkt 10.1. SIWZ. Wykaz cen: materiałów, sprzętu oraz robocizny nie jest opisem przedmiotu zamówienia i nie stanowi, według odwołującego, podstawy do odrzucenia oferty.

Ponadto, zdaniem odwołującego, jeśli zamawiający uznawał, że jest to ważny dokument, to winien wezwać odwołującego się do jego uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż dokument ten należy do kategorii dokumentów wymienionych w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący się podniósł, że jeżeli zamawiający miał wątpliwość, to powinien skorzystać z regulacji art. 87 ust. 1 ustawy PZP. Na potwierdzenie, że zamawiający miał

wątpliwości wskazał, że zamawiający dokonał otwarcia ofert w dniu 15.12.2010 r., natomiast odrzucenia oferty odwołującego się dokonał dnia 11.01.2011 r. Ponadto odwołujący podkreślił, że przedmiotowe zamówienie publiczne winno zostać rozstrzygnięte przed okresem, którego przetarg dotyczy tj. przed 1 stycznia 2011r., gdyż od 1 stycznia 2011r. wykonawcy mieli rozpocząć świadczenie usługi. Według odwołującego, zamawiający nie zastosował art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy i nie naprawił braku informacji o cenach materiałów, sprzętu i robocizny, mimo, że miał taki obowiązek, a dane te wynikały z załączonego kosztorysu. Na poparcie swego stanowiska odwołujący powołał orzecznictwo Izby oraz wskazał, że w ofercie wskazanej jako najkorzystniejsza (oferta CUK KROeko Sp. z o.o.) dokument „rzekomego” wykazu cen: materiałów, sprzętu oraz robocizny jest jedynie spisem treści kosztorysu ofertowego, niezawierającym żadnych nowych informacji w stosunku do kosztorysu ofertowego. Ponadto Odwołujący podniósł, iż cena oferty jest w tym zadaniu wynagrodzeniem o charakterze ryczałtowym, a tym samym, pominięcie wykazu cen : materiałów, sprzętu oraz robocizny w żaden sposób nie wpływa na wysokość Oferty. Odwołujący się podnosi, że odrzucenie oferty z uwagi na niezgodność z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może tylko mieć miejsce, jeżeli to dotyczy pozycji przedmiarowych i to takich, które nie nadają się do poprawek, a mają wpływ na cenę oferty. Zaś, brak elementów rozbicia ceny na materiał, sprzęt i robocizną w naszej ofercie nie wywołuje zmiany ceny oferty, co w ocenie odwołującego, potwierdził wyrok Izby z dnia 6 kwietnia 2010r. sygn. akt KIO/UZP 308/10

Wskazał, że ramach kosztorysu dotyczącego robót drogowych można wymienić następujące rodzaje robót: roboty montażowe - montaż pionowych znaków drogowych (zakładanie tablic znaków, montaż słupków lub konstrukcji wsporczych dla tablic znaków, roboty demontażowe -zdjęcie uszkodzonych tablic znaków pionowych, ewentualnie wymiana słupka lub konstrukcji wsporczej podtrzymującej tablice znaku. Ponadto roboty montażowe można podzielić na pierwotne (montaż znaku w miejscu, w którym znak wcześniej nie występował) lub wtórne montaż znaku z wykorzystaniem wcześniejszego fundamentu lub podstawy fundamentowej. Zdaniem odwołującego przyjmując założenie, że niezbędne jest rozbicie cen, przyjąć należy także, że rozbiciu winny ulec również pozycje: materiał, robocizna, sprzęt z określeniem wartości. Rodzaje tych robót wynikają z kosztorysu ofertowego, podobnie jak ich wartość. Wykaz cen: materiałów, sprzętu i robocizny stanowi więc co do rodzaju robót odzwierciedlenie kosztorysu, zaś ich wycena nie jest zawarta, co do zasady, w kosztorysie ofertowym, jednakże dla potrzeb sporządzenia wykazu, dokonywana jest na podstawie kosztorysu ofertowego. Cena określonego rodzaju robót stanowi sumę wartości poszczególnych robót składających się na dany ich rodzaj, które to wartości określone są w kosztorysie ofertowym. Ponadto odwołujący podniósł, że zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt: KIO/UZP 287/10 kosztorys zawiera zestawienie wszystkich kosztów niezbędnych z realizacją zamówienia publicznego, a Izba wielokrotnie w swych orzeczeniach wskazywała, że niezgodność kosztorysu ofertowego z przedmiarami przy wynagrodzeniu

ryczałtowym nie jest podstawą do odrzucenia oferty. Potwierdza to ugruntowane i jednolite orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok z dnia 29.04.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 357/08, wyrok z dnia 15.09.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 914/08, wyrok z dnia 25.09.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 968/08, wyrok z dnia 19.06.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 730/09, czy też wyrok z dnia 7.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 781/09).

Ponadto Odwołujący podnosi, że przy wynagrodzeniu ryczałtowym kosztorys jest tylko dokumentem pomocniczym. Ważna jest cena oferty, bo za taką cenę wykonawca zobowiązuje się do wykonania dzieła - roboty budowlanej, co także potwierdza liczne orzecznictwo z dnia 12 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP/ 527/08,

z dnia 18 kwietnia 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-1052/06, z dnia 2 lipca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 616/08, z dnia 21 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 815/08, sygn. akt : UZP/ZO/0-183/07, UZP/ZO/0-2407/06, UZP/ZO/0-634/07, UZP/ZO/0-2312/06, UZP/ZO/0-1101/06, UZP/ZO/0-290/06, UZP/ZO/0-699/05, UZP/ZO/0-1663/04. Odwołujący upatruje także naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 2 ustawy w fakcie, że wykonawca wybrany jest spółką komunalną zamawiającego powiązaną kapitałowo-osobowo.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy PZP, gdyż w przypadku uwzględnienia stawianych w ramach niniejszego odwołania zarzutów skutkujących unieważnieniem czynności odrzucenia oferty odwołującego się i powtórzeniem czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert, odwołujący uzyska możliwość uzyskania zamówienia, albowiem oferta odwołującego zostanie zakwalifikowana jako spełniająca wymogi SIWZ oraz jako najkorzystniejsza pod względem ceny. Ponadto odwołujący może ponieść szkodę w wyniku wskazanego w niniejszym odwołaniu naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy PZP, albowiem nieudzielenie przedmiotowego zamówienia spowoduje utratę spodziewanych korzyści, jakie mógłby uzyskać w przypadku wygrania przetargu. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu upoważnionego do jednoosobowej reprezentacji odwołującego. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 17 stycznia 2011r.

Zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu w dniu 17 stycznia 2011r.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 21 stycznia 2011r. wpłynęła odpowiedź zamawiającego na odwołanie, w której zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu wniosku zamawiający wskazał, że powołane przez niego w informacji o wyniku postępowania orzeczenie Izby z dnia 6 grudnia 2010r. sygn. akt KIO/2541/10, zapadło we własnej sprawie i w identycznym zagadnieniu tak pod względem prawnym jak i faktycznym, gdyż treść siwz jak i sposób

rozliczenia inwestycji były identyczne, a zatem zamawiający nie mógł postąpić inaczej, jak zgodnie z tym rozstrzygnięciem i odrzucić ofertę. Wskazał, że powołane przez odwołującego orzecznictwo dotyczy ceny ryczałtowej, podczas gdy w przedmiotowej sprawie zgodnie z pkt 10.1 siwz zamawiający powiedział, że przedmiotowa inwestycja będzie rozliczana w oparciu o ceny i stawki jednostkowe określone kosztorysem. Nie zgodził się z twierdzeniem odwołującego, że przedmiotem zamówienia są usługi, a nie roboty budowlane. Wskazał, że fakt, iż są to roboty budowlane potwierdzają choćby kody CPV, a nadto odwołujący nie zgłaszał zastrzeżeń do treści siwz zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy, oraz oświadczył, że zapoznał się z treścią siwz i nie wnosi do niej zastrzeżeń. Ponadto w analogicznych wcześniejszych postępowaniach nigdy nie kwestionował takiego zakwalifikowania przedmiotu zamówienia, ani prawa do uczestniczenia w przetargu spółki „KROeko” z Krosna. Zamawiający wskazał, że wszystkie osoby uczestniczące w jego imieniu w postępowaniu złożyły oświadczenie z art. 17 ust. 2 ustawy na drukach ZP-1, a spółka „KROeko” była traktowana jak każdy wykonawca, a odwołujący nie udowodnił, że było inaczej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. specyfikacji istotnych warunków postępowania wraz z załącznikami, protokołu postępowania wraz z załącznikami, oferty odwołującego, informacji o wyniku postępowania, specyfikacji istotnych warunków zamówienia na rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 991 od granic miasta do ul. Betleja w Krośnie.

Zamawiający zawarł sposób obliczenia ceny w rozdziale 10 siwz i zgodnie z pkt. 1 cena kształtowana jest kosztorysem ofertowym wypełnionym na podstawie dostarczonego przez Inwestora przedmiaru robót, a zamówienie podlega rozliczeniu w oparciu o ceny i stawki jednostkowe określone tym kosztorysem. Zamawiający szczegółowo określił, że kosztorys powinien zawierać:

- a) kosztorys uproszczony z podaniem cen jednostkowych,
- b) podsumowanie,
- c) wykaz cen: materiałów, sprzętu oraz robocizny.

Zamawiający w ppkt 1) określił wymagania, dotyczące składników stawek i cen wprowadzanych do kosztorysu ofertowego. Wskazał także, iż przedmiar robót powinien być odczytywany w powiązaniu ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, umową oraz dokumentacją techniczną. Jeżeli w dokumentacji, przedmiarze lub specyfikacji występują wskazania materiałowe na producenta należy odczytywać je jako przykładowe, a do wyceny można brać innego producenta lub podobne, ale odpowiadające ich parametrom technicznym. Opisy poszczególnych pozycji przedmiaru robót nie mogą być traktowane jako ostatecznie definiujące wymagania dla danych robót. Nawet, jeżeli w przedmiarze tego nie

podano, należy przyjmować, że roboty ujęte w danej pozycji muszą być wykonane według:

- specyfikacji technicznych i obowiązujących przepisów technicznych, rysunków i wykazów, zawartych w dokumentacji projektowej, wiedzy technicznej. Przed wstawieniem cen do każdej pozycji w kosztorysie ofertowym, wykonawca powinien zapoznać się z odpowiednimi dokumentami przetargowymi. Ceny umieszczone przy poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego muszą obejmować koszty wszystkich następujących po sobie faz operacyjnych, niezbędnych dla zapewnienia zgodności wykonania tych robót z rysunkami i wymaganiami, podanymi w specyfikacjach technicznych, a także z wiedzą techniczną i sztuką budowlaną. Jeżeli w opisie pozycji przedmiaru nie uwzględniono pewnych faz operacyjnych związanych z wykonaniem robót, to koszty tych faz operacyjnych powinny być przez wykonawcę uwzględnione w cenach wpisanych przy tych czy innych pozycjach kosztorysu ofertowego.

Zamawiający nie zezwolił na dodawanie żadnych nowych pozycji w którejkolwiek części kosztorysu ofertowego. Jeżeli w przedmiarze nie uwzględniono pewnych robót uwidocznionych na rysunkach przekazanych wykonawcy, to koszty tych robót powinny być przez wykonawcę uwzględnione w cenach wpisanych przy istniejących pozycjach kosztorysu ofertowego. W szczególności, w cenach podanych dla poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, wykonawca powinien uwzględnić konieczność montażu i demontażu deskowań, utylizacji gruzu i wykonywania wszelkich innych prac pomocniczych na placu budowy i na stanowiskach roboczych, jeżeli prace takie nie zostały wymienione w przedmiarze robót, a są niezbędne dla wykonania robót zgodnie z dokumentacją projektową, wiedzą techniczną i sztuką budowlaną. Tam, gdzie w opisie danej pozycji przedmiaru robót pozostawiono miejsca niewypełnione i odpowiednio oznaczone (na przykład, przez wykropkowanie), wykonawca musi samodzielnie wpisać w kosztorysie ofertowym typ oferowanego przez siebie materiału, maszyny itp. Zamawiający zastrzegł sobie prawo do wglądu w kalkulacje stawek i cen, sporządzane przez wykonawców na potrzeby opracowania kosztorysów wymaganych przez zamawiającego w postępowaniu, w tym informacje, że w dowolnym momencie badania i oceny ofert, a także po zawarciu umowy, na żądanie zamawiającego lub jego upoważnionego przedstawiciela, wykonawca ma obowiązek udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia wysokości określonych cen jednostkowych i cen w kosztorysie. Wskazał także, co należy uwzględnić kształtując cenę. Zamawiający nie dopuścił prowadzenia negocjacji z jakimkolwiek wykonawcą, dotyczących złożonej oferty oraz dokonywania jakiegokolwiek zmiany w jej treści, za wyjątkiem poprawy przez zamawiającego oczywistych omyłek pisarskich w treści oferty, oczywistych omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze SIWZ niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (zgodnie z zasadami opisanymi w pkt 12 SIWZ). Wskazał, że cena w okresie obowiązywania umowy nie będzie podlegała waloryzacji ze względu na inflację;

Jedynym kryterium oceny ofert jest cena.

W rozdziale 15 siwz zamawiający zastrzegł możliwość zmiany terminu realizacji umowy w przypadku opóźnienia zamawiającego w rozstrzygnięciu przetargu oraz opóźnienia w podpisaniu umowy.

W rozdziale 16 zamawiający nie zawarł istotnych postanowień, które zostaną wprowadzone do umowy, które dotyczyłyby charakteru wynagrodzenia, ani celu sporządzenia wykazu cen : materiału, sprzętu oraz robocizny.

Na stronach 5-6 oferty odwołującego znajduje się kosztorys ofertowy zawierający KNNR, nazwę pozycji ilość, jednostkę, cenę jednostkową oraz wartość. W poszczególnych pozycjach kosztorysu odwołujący nie podał informacji dotyczących robocizny i sprzętu.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia na rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 991 od granic miasta do ul. Betleja w Krośnie w opisie sposobu obliczenia ceny zawarto następujące postanowienia :

10. Sposób obliczenia ceny

„10.1. Cena kształtowana jest kosztorysem ofertowym wypełnionym na podstawie dostarczonego przez Inwestora przedmiaru robót, a zamówienie podlega rozliczeniu w oparciu o ceny i stawki jednostkowe określone tym kosztorysem.

10.2. Kosztorys - wykonawca obowiązany jest dołączyć do oferty kosztorys sporządzony zgodnie z n/w wytycznymi.

Kosztorys powinien zawierać:

- a) kosztorys uproszczony z podaniem cen jednostkowych wraz z podsumowaniem,
- b) wykaz cen: materiałów, sprzętu oraz robocizny,
- c) stałą część kosztów finansowania,
- d) sumę wszystkich kosztów;

10.3. Wymagania, dotyczące składników stawek i cen wprowadzanych do kosztorysu ofertowego:

- 1) cena umowna obejmuje całość robót wynikających z rysunków i specyfikacji technicznych i będzie ustalona jako suma wszystkich wycenionych pozycji kosztorysu ofertowego,
- 2) ceny jednostkowe i ceny umieszczone przy poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego powinny obejmować wszystkie koszty niezbędne do wykonania robót wymaganej jakości, w wymaganym terminie, włączając w to:
 - a) koszty bezpośrednie, w tym:
 - koszty wszelkiej robocizny do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, obejmujące płace bezpośrednie, płace uzupełniające, koszty ubezpieczeń społecznych i podatki od płac,

- koszty materiałów podstawowych i pomocniczych do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, obejmujące również koszty dostarczenia materiałów z miejsca ich zakupu bezpośrednio na stanowiska robocze lub na miejsca składowania na placu budowy,
 - koszty zatrudnienia wszelkiego sprzętu budowlanego, niezbędnego do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, obejmujące również koszty sprowadzenia sprzętu na plac budowy, jego montażu i demontażu po zakończeniu robót;
- b) koszty ogólne budowy, w tym:
- koszty zatrudnienia przez Wykonawcę personelu kierowniczego, technicznego i administracyjnego budowy, obejmujące wynagrodzenie tych pracowników nie zaliczane do płac bezpośrednich, wynagrodzenia uzupełniające, koszty ubezpieczeń społecznych i podatki od wynagrodzeń, wynagrodzenia bezosobowe, które według wykonawcy obciążają daną budowę,
 - koszty montażu i demontażu obiektów zaplecza tymczasowego oraz koszty amortyzacji lub zużycia tych obiektów, koszty wyposażenia zaplecza tymczasowego w urządzenia placu budowy, tymczasowe sieci elektryczne, energetyczne, wodociągowe, kanalizacyjne, oświetlenie placu budowy, zastępcze źródła ciepła do ogrzewania obiektów i robót itp.,
 - koszty bezpieczeństwa i higieny pracy, obejmujące koszty wykonania niezbędnych zabezpieczeń stanowisk roboczych i miejsc wykonywania robót,
 - opłaty za zajęcie pasów drogowych i innych terenów na cele budowy oraz koszty tymczasowej organizacji ruchu,
 - koszty badań jakości materiałów, robót i prób odbiorowych przewidzianych w specyfikacjach technicznych, z wyłączeniem badań i prób wykonywanych na dodatkowe żądanie zamawiającego,
 - koszty ubezpieczeń majątkowych budowy,
 - koszty pomiarów geodezyjnych nie ujętych w opisach zakresów robót objętych w poszczególnych pozycjach przedmiaru oraz koszty geodezyjnej inwentaryzacji powykonawczej i naniesienia wykonanych robót na mapę,
 - koszty zabezpieczenia i oznakowania terenu robót zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie instrukcjami i przepisami,
 - koszty uporządkowania terenu budowy po wykonaniu robót,
 - wszystkie inne, nie wymienione wyżej ogólne koszty budowy, które mogą wystąpić w związku z wykonywaniem robót budowlanych zgodnie z warunkami umowy oraz przepisami technicznymi i prawnymi;
- c) ogólne koszty prowadzenia działalności gospodarczej przez wykonawcę:

- ryzyko obciążające wykonawcę i kalkulowany przez wykonawcę zysk;
- wszelkie inne koszty, opłaty i należności, związane z wykonywaniem robót, odpowiedzialnością materialną i zobowiązaniami wykonawcy wymienionymi lub wynikającymi z treści rysunków, specyfikacji technicznych, warunków umowy oraz przepisów dotyczących wykonywania robót budowlanych;

10.4. Informacje, dotyczące zakresu pozycji przedmiaru robót i wymagania dotyczące zakresu cen podanych w kosztorysie dla poszczególnych pozycji przedmiaru, w tym następujące informacje i wymagania:

1) przedmiar robót powinien być odczytywany w powiązaniu ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, umową oraz dokumentacją techniczną.

Jeżeli w dokumentacji, przedmiarze lub specyfikacji występują wskazania materiałowe na producenta należy odczytywać je jako przykładowe, a do wyceny można brać innego producenta lub podobne, ale odpowiadające ich parametrom technicznym.

2) opisy poszczególnych pozycji przedmiaru robót nie mogą być traktowane jako ostatecznie definiujące wymagania dla danych robót. Nawet, jeżeli w przedmiarze tego nie podano, należy przyjmować, że roboty ujęte w danej pozycji muszą być wykonane według:

- specyfikacji technicznych i obowiązujących przepisów technicznych, rysunków i wykazów, zawartych w dokumentacji projektowej, wiedzy technicznej;

Przed wstawieniem cen do każdej pozycji w kosztorysie ofertowym, wykonawca powinien zapoznać się z odpowiednimi dokumentami przetargowymi.

3) ceny umieszczone przy poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego muszą obejmować koszty wszystkich następujących po sobie faz operacyjnych, niezbędnych dla zapewnienia zgodności wykonania tych robót z rysunkami i wymaganiami, podanymi w specyfikacjach technicznych, a także z wiedzą techniczną i sztuką budowlaną. Jeżeli w opisie pozycji przedmiaru nie uwzględniono pewnych faz operacyjnych związanych z wykonaniem robót, to koszty tych faz operacyjnych powinny być przez wykonawcę uwzględnione w cenach wpisanych przy tych czy innych pozycjach kosztorysu ofertowego.

4) wykonawcy nie zezwala się na dodawanie żadnych nowych pozycji w którejkolwiek części kosztorysu ofertowego. Jeżeli w przedmiarze nie uwzględniono pewnych robót uwidocznionych na rysunkach przekazanych wykonawcy, to koszty tych robót powinny być przez wykonawcę uwzględnione w cenach wpisanych przy istniejących pozycjach kosztorysu ofertowego.

5) w szczególności, w cenach podanych dla poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, wykonawca powinien uwzględnić konieczność montażu i demontażu

deskowań, utylizacji gruzu i wykonywania wszelkich innych prac pomocniczych na placu budowy i na stanowiskach roboczych, jeżeli prace takie nie zostały wymienione w przedmiarze robót, a są niezbędne dla wykonania robót zgodnie z dokumentacją projektową, wiedzą techniczną i sztuką budowlaną.

6) tam, gdzie w opisie danej pozycji przedmiaru robót pozostawiono miejsca niewypełnione i odpowiednio oznaczone (na przykład, przez wykropkowanie), wykonawca musi samodzielnie wpisać w kosztorysie ofertowym typ oferowanego przez siebie materiału, maszyny itp.

Zastrzeżenie o prawie Zamawiającego do wglądu w kalkulacje stawek i cen, sporządzane przez wykonawców na potrzeby opracowania kosztorysów wymaganych przez Zamawiającego w postępowaniu, w tym informacje, że w dowolnym momencie badania i oceny ofert, a także po zawarciu umowy, na żądanie Zamawiającego lub jego upoważnionego przedstawiciela, wykonawca ma obowiązek udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia wysokości określonych cen jednostkowych i cen w kosztorysie.

7) kształtując cenę należy uwzględnić, iż:

- zakres robót, który jest podstawą do określenia tej ceny musi być zgodny z przedmiarem robót oraz dokumentacją techniczną,
- cena musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zadania, wynikające ze Specyfikacji, jak również nie ujęte w niej, a niezbędne do wykonania zadania, w tym koszty robót przygotowawczych i porządkowych, zagospodarowania terenu inwestycji, utrzymania zaplecza, wytyczeń geodezyjnych, inwentaryzacji powykonawczej, projektu organizacji ruchu, podatku VAT itp.;

10.5. Zamawiający nie dopuszcza prowadzenia negocjacji z jakimkolwiek wykonawcą, dotyczących złożonej oferty oraz dokonywania jakiegokolwiek zmiany w jej treści, za wyjątkiem poprawy przez Zamawiającego oczywistych omyłek pisarskich w treści oferty, oczywistych omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze SIWZ niepowodujących istotnych zmian w treści oferty (zgodnie z zasadami opisanymi w pkt 12 SIWZ)

10.6. Kształtując cenę należy uwzględnić, iż cena w okresie obowiązywania umowy nie będzie podlegała waloryzacji ze względu na inflację;"

W tym postępowaniu zamawiający sporządził wzór umowy i w par 3 wskazał, że

„§ 3

1. Wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy określa się na podstawie złożonej oferty na kwotę brutto: zł, słownie:
2. Jeżeli w toku realizacji robót zajdzie konieczność udzielenia zamówień dodatkowych nieobjętych zamówieniem podstawowym i nie przekraczających łącznie 50 % wartości udzielonego zamówienia, niezbędnych do jego prawidłowego wykonania, których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, zamówienie dodatkowe udzielone zostanie dotychczasowemu Wykonawcy.

3. Podstawą udzielenia zamówienia dodatkowego będzie protokół konieczności spisany przez Kierownika budowy i Inspektora nadzoru, z którego powinno wynikać, że spełnione są przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.
4. Na wykonanie robót dodatkowych zawarta zostanie odrębna umowa.
5. Wartość robót dodatkowych będzie ustalona na podstawie kosztorysu sporządzonego przez Wykonawcę i zatwierdzonego przez Inspektora nadzoru. Podstawą sporządzenia kosztorysu będą ceny jednostkowe określone w kosztorysie ofertowym. W przypadku braku odpowiednich cen jednostkowych, wycenę robót dodatkowych należy sporządzić w oparciu o cenniki KNNR, nośniki cenotwórcze określone w ofertowym wykazie cen czynników produkcji oraz ceny materiałów wg cen zakupu, które nie mogą być wyższe od średnich cen publikowanych w wydawnictwie „Sekocenbud” w okresie wbudowania.”

Izba zważyła, co następuje :

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż oferta odwołującego jest ofertą z najniższą ceną i gdyby zamawiający nie odrzucił tej oferty, to miałby szansę na uzyskanie zamówienia. Czynność zamawiającego go tej możliwości pozbawiła, a zatem może on ponieść szkodę wynikającą z utraty zysku jaki zakładał ubiegając się o zamówienie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego się jako rzekomo nie spełniającej wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, która była najkorzystniejszą ofertą, czyli ofertą zawierającą najniższą cenę.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Wbrew twierdzeniom odwołującego zamawiający nie przewidział kosztorysu ryczałtowego, ale zgodnie z pkt 10.1 siwz określił wynagrodzenie jako wynagrodzenie kosztorysowe i wskazał, że rozliczenie w ramach wykonania umowy nastąpi na podstawie cen i stawek jednostkowych określonych kosztorysem. Jako element kosztorysu wskazano wykaz cen : materiałów robocizny i sprzętu. Wykaz ten był zatem częścią kosztorysu zdefiniowanego przez zamawiającego. W ramach pozycji przedmiaru kalkulacje sporządzono metodą uproszczoną agregując pozycje, zatem z poszczególnych pozycji samego przedmiaru wypełnionych przez wykonawcę, zamawiający nie byłoby w stanie rozliczyć zamówienia, w przypadku rozbieżności pomiędzy przedmiarem, a dokonanym w wyniku wykonania robót obmiarem. Dla rozliczenia zamówienia zamawiającemu był zatem niezbędny wymagany wykaz cen. Orzecznictwo Izby przywołane przez odwołującego zapadło w odmiennym stanie faktycznym, gdyż dotyczyło wynagrodzenia ryczałtowego (sygn. akt: KIO/UZP 287/10, wyrok z dnia 29.04.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 357/08, wyrok z dnia 15.09.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 914/08, wyrok z dnia 25.09.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 968/08, wyrok z dnia 19.06.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 730/09, wyrok z dnia 7.07.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 781/09, z dnia 12 czerwca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP/ 527/08, z dnia 2 lipca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 616/08, z dnia 21

sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 815/08), gdzie sam kosztorys miał znaczenie jedynie pomocnicze dla kalkulacji ceny ryczałtowej i dla jej następnie weryfikacji pod względem poprawności przez zamawiającego. Wówczas Izba stawiała na stanowisku, że niedołączenie takiego dokumentu, jest w rzeczywistości uchybieniem formalnym. Orzeczenie sygn. akt KIO/308/10 nie dotyczyło wykazu cen, ale tabeli elementów scalonych. Natomiast w przedmiotowej sprawie jak i w sprawie rozpoznawanej przez Izbę o sygn. akt KIO/2541/10 zamawiający wymagał podania wynagrodzenia kosztorysowego zastrzegając niezmiennosc cen w trakcie realizacji zamówienia, zakazując zmian pozycji przedmiarowych i nakazując rozbieżności wliczać w cenę zagregowanych pozycji, a postanowienia siwz były w tym zakresie identyczne, jak w przedmiotowej sprawie. Izba ustaliła to poprzez zbadanie treści rozdziałów 10 – opisów sposobu obliczenia ceny w obu postępowaniach i wbrew twierdzeniom odwołującego złożonym na rozprawie przyjęty sposób rozliczenia zamówienia w obu przypadkach był identyczny. Jediną różnicą było wprowadzenie wzoru umowy w siwz na rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 991, ale także z tego wzoru nie wynikały żadne rozbieżności dotyczące charakteru wynagrodzenia w przedmiotowym zamówieniu publicznym. Izba wskazuje, że zamówienia na roboty dodatkowe nie są przedmiotem niniejszego zamówienia, ani także nie były przedmiotem zamówienia na rozbudowę drogi wojewódzkiej nr 991. Zamówienia dodatkowe, to zamówienia realizowane w odrębnym postępowaniu, w trybie zamówienia z wolnej ręki, zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy i fakt ich przewidzenia lub nie w danym postępowaniu nie może być okolicznością rozstrzygającą o charakterze wynagrodzenia. Przy takich dyspozycjach zamawiającego, jak wynikające z pkt 10 siwz, konieczne było uzyskanie przez zamawiającego wiedzy o cenach jednostkowych materiałów, robocizny i sprzętu, skoro na ich podstawie miało nastąpić rozliczenie. Zamawiający w sposób jasny i konkretny zawarł wymóg załączenia do oferty jako części składowej kosztorysu wykazu cen. Fakt, iż w poprzednich postępowaniach, w których odwołujący brał udział wynagrodzenie miało inny charakter, lub zamawiający postawił inne wymagania nie stanowi okoliczności sanującej dla braków oferty odwołującego. Uchybienie zatem przez odwołującego i nie złożenie takiego dokumentu nie może być traktowane jako omyłka formalna, lub brak dokumentu, który podlega uzupełnieniu w rozumieniu art. 26 ust. 3 ustawy jak dokumentu w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, ale wyłącznie jako treść oferty nieodpowiadająca treści siwz. Wykaz cen nie może służyć potwierdzeniu wymagań określonych dla robót budowlanych przez zamawiającego, a może służyć wyłącznie informacji o zaoferowanych cenach. Słowo „powinien”, w ocenie Izby oznacza obowiązek, a nie uprawnienie.

W zakresie pozostałej części uzasadnienia odnoszącej się do chwili składania oświadczeń przez osoby po stronie zamawiającego w trybie art. 17 ustawy, odwołujący nie postawił zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 17 ust. 3 w związku z ust. 1 ustawy, ani poza wskazaniem na udzielenie zleceń przez Wydział Ochrony Środowiska Urzędu Miasta Krosna firmie „KROeko” nie wykazał, w jaki sposób osoby wykonujące czynności ze strony

zamawiającego dokonywały czynności nieobiektywnie lub z naruszeniem bezstronności. Sam fakt udzielania zleceń przez komórkę organizacyjną zamawiającego nie stanowi jeszcze przesłanki określonej w art. 17 ust. 1 ustawy do wyłączenia się osoby, gdyż gdyby w ten sposób ten przepis interpretować nie sposób byłoby powoływać stałe komisje przetargowe w jednostkach budżetowych, gdyż członkowie takich komisji musieliby się wyłączać w każdym postępowaniu, w którym bierze udział wykonawca wybrany w innym postępowaniu i z którym zawarto umowę zlecenia. Sam fakt powiązań kapitałowo-osobowych, również nie daje podstaw do uznania, że wykonawca nie może ubiegać się o zamówienie, lub, że jego ofertę należy odrzucić. Podstawą ewentualnego odrzucenia oferty, w konsekwencji wykluczenia wykonawcy mógłby być art. 24 ust. 2 pkt 1 ustawy, ale odwołujący nie czyni tego typu zarzutów. Nadto zarzut taki nie mógłby być rozpoznawany, z uwagi na fakt, iż postępowanie jest postępowaniem poniżej progów określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy i odwołującemu nie przysługuje prawo składania odwołania na wybór oferty najkorzystniejszej. Izba nie podziela także stanowiska odwołującego, że przedmiotem niniejszego postępowania jest usługa. Sam fakt przeważania wartości zakupu materiałów, nie daje podstaw do przyjęcia, że zamawiający celowo wadliwie określił zamówienie, chcąc uniknąć pełnej procedury postępowania. Jednakże w przedmiotowej sprawie nawet przyjęcie, że przedmiotem zamówienia jest usługa nie zmienia charakteru tego postępowania, jako postępowania podprogowego, gdyż wartość szacunkowa zamówienia stanowi równowartość 49 541,55 euro. Na marginesie Izba zauważa, że zakup materiałów należy traktować, jako dostawę zgodnie z art. 2 pkt 2 ustawy, a nie usługę. Izba jest związana zarzutami odwołania, a zatem nie jest władna rozstrzygać wykraczając poza granice zarzutów.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i § 5 ust. 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 :

.....