

Sygn. akt. KIO/UZP 1405/07

**WYROK**  
z dnia 12.12.2007 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Członkowie: Luiza Łamejko**  
**Ewa Marcjoniak**

**Protokolant: Natalia Mierzicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12.12.2007 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Super Dom Sp. z o.o. z Białegostoku, ul. Kombatantów 6, Energotechnika Sp. z o.o. z Warszawy, ul. Chełmżyńska 25** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Prezydenta Miasta Białegostoku, ul. Słonimska 1, Białystok** protestu z dnia 05.11.2007 r.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: Super Dom Sp. z o.o. z Białegostoku, ul. Kombatantów 6, Energotechnika Sp. z o.o. z Warszawy, ul. Chełmżyńska 25 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 3.156 zł o gr (słownie: trzy tysiące sto pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Super Dom Sp. z o.o. z Białegostoku, ul. Kombatantów 6, Energotechnika Sp. z o.o. z Warszawy, ul. Chełmżyńska 25**

- 2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx
- 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 16.844 zł 0 gr (słownie: szesnaście tysięcy osiemset czterdzieści cztery złote zero groszy)  
z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Super Dom Sp. z o.o. z Białegostoku, ul. Kombatantów 6, Energotechnika Sp. z o.o. z Warszawy, ul. Chełmżyńska 25**

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

*Zamawiający Prezydent Miasta Białegostoku z siedzibą ul. Słonimska 1 15-950 Białystok wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na **termomodernizację budynków Zespołu Szkół Integracyjnych Nr 1 w Białymstoku ul. Łagodna 10.***

*W dniu 31.10.2007r. Zamawiający poinformował Wykonawcę Konsorcjum firm: Super Dom Sp. z o.o. z siedzibą 15-110 Białystok ul. Kombatantów 6 i Energotechnika Sp. z o.o. z siedzibą 04-247 Warszawa ul. Chełmżyńska 25 o odrzuceniu jego oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 Pzp. Jako uzasadnienie do odrzucenia oferty Zamawiający podał, iż treść oferty Wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ (rozdz.III ust.1 SIWZ i rozdz.VII ust.1 pkt 2 SIWZ) ponieważ Wykonawca w kosztorysie ofertowym budowlanym w pozycji 161 d.17 przyjął ilość 4,6 szt. a zgodnie z dostarczoną odpowiedzią Zamawiającego – pismo z dnia 4 października 2007r. prawidłowy obmiar tej pozycji to 6 szt. Wykonawca w kosztorysie ofertowym budowlanym nie wycenił następujących pozycji: 7 d 1; 10 d.1; 12 d.1; 26 d.2; 38 d.3; 41 d.3 oraz w kosztorysie robót budowlanych remontu łazienek pozycji: 4 d.1.1 i 5 d.1.1. Ponadto oferta Wykonawcy zawierała także inne niezgodności tj. wartość wycenionych robót obliczona jako suma wartości netto kosztorysów ofertowych nie odpowiada wartości netto z druku oferty oraz suma kwot brutto kosztorysów ofertowych nie odpowiada kwocie brutto oferty, w druku oferty wystąpiły błędy rachunkowe w obliczeniu ceny oraz w zestawieniu kosztów zadania wystąpiła nieprawidłowość w sposobie obliczenia wartości robót związanych z termomodernizacją (wartość w punkcie 1 zestawienia powinna być sumą wartości punktów 1.1 + 1.2 + 1.3 + 1.4).*

W dniu 05.11.2007r. Wykonawca złożył protest na czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu jego oferty wraz z żądaniem dokonania przez Zamawiającego ponownej oceny ofert. Wykonawca zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art.89 ust.1 pkt 2 w zw. z art.88 ust. 1 pkt 3 lit a i b oraz art. 88 ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych, podnosząc iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający określił cenę za realizację zamówienia jako cenę ryczałtową. Zdaniem Wykonawcy ryczałtowy charakter wynagrodzenia wynika z zapisu w pkt III SIWZ Opis sposobu obliczenia ceny „Cena oferty powinna obejmować pełny zakres robót budowlanych określonych w rozdziale I i uwzględniać wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową. W celu określenia ceny ofertowej za przedmiot zamówienia Wykonawca powinien opracować kosztorys ofertowy na podstawie przedmiaru robót, dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót udostępnionych przez Zamawiającego. Cena ma być wyrażona w złotych polskich netto i brutto z uwzględnieniem podatku VAT. Dla porównania ofert Zamawiający przyjmuje cenę brutto”. Ponadto obliczenia ceny należało dokonać w oparciu o załączony przedmiar robót, dokumentację projektową oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót. W przypadku zaś oferty z ceną ryczałtową zgodnie z art. 88 ust. 1 pkt 3 lit.a Pzp przyjmuje się iż prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia, natomiast kosztorys ofertowy mógł być w tym wypadku traktowany przez Zamawiającego jedynie informacyjnie.

Pismem z dnia 13 listopada 2007r. Zamawiający oddalił protest w całości uzasadniając, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymagał podania ceny ofertowej kosztorysowej. Zdaniem Zamawiającego świadczy o tym fakt, iż w pkt.VII 1.2 SIWZ Zamawiający wymagał złożenia oferty, w skład której wchodzi kosztorys ofertowy uproszczony, który winien zawierać: ilość robót, cenę jednostkową pozycji, wartość pozycji, zestawienie materiałów i urządzeń z cenami, zestawienie sprzętu z cenami, stawkę robocizny, procentowe wskaźniki kosztów pośrednich, kosztów zakupu i zysku. Wobec powyższego Wykonawca był zobowiązany złożyć kosztorys ofertowy zgodny z SIWZ. Złożenie kosztorysu z pominięciem niektórych pozycji obmiarowych skutkuje niezgodnością oferty z SIWZ i jej odrzuceniem na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Wobec odrzucenia oferty Wykonawcy w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający nie miał uprawnień do poprawienia w trybie art. 88 ust. 1 pkt 3 lit. c w związku z art. 88 ust. 2 ustawy Pzp błędów rachunkowych, które wystąpiły w złożonej przez Wykonawcę ofercie.

W dniu 16.11.2007r. Wykonawca złożył odwołanie do Prezesa UZP od rozstrzygnięcia protestu. Wykonawca podtrzymując zarzuty podniesione w proteście wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej z dopuszczeniem oferty Odwołującego.

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

*Nie zasługują na uwzględnienie zarzuty Odwołującego dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 88 ust.1 pkt 3 lit. a i b oraz art. 88 ust.2 ustawy Prawo zamówień publicznych.*

*W świetle podniesionych przez Odwołującego zarzutów w oparciu o zgromadzony materiał dowodowy, należało rozważyć przede wszystkim jaką formę wynagrodzenia wykonawcy przyjął Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - czy ryczałtową czy też kosztorysową.*

*W umowach o roboty budowlane stosuje się zasadniczo dwa rodzaje wynagrodzenia: wynagrodzenie kosztorysowe oraz wynagrodzenie ryczałtowe (art. 629 K.C. i art.632 K.C. dotyczące umowy o dzieło). Należy jednak mieć na uwadze fakt, iż zgodnie z art. 655 K.C. w umowach o roboty budowlane wprawdzie stosuje się odpowiednio przepisy o umowie o dzieło, lecz tylko do skutków zwłoki wykonawcy, wad przedmiotu umowy oraz uprawnień do odstąpienia od umowy. Wynagrodzenie nie zostało objęte dyspozycją cytowanego artykułu, zaś w pozostałych przepisach również brak jest odesłania do przepisów regulujących umowę o dzieło (gdzie ustawodawca rozróżnił rodzaje wynagrodzenia: ryczałtowe i kosztorysowe). Zatem użycie w treści umowy o roboty budowlane określenia wynagrodzenie ryczałtowe czy też wynagrodzenie kosztorysowe należy uznać za niewystarczające dla określenia charakteru wynagrodzenia - konieczne jest wprowadzenie w umowie o roboty budowlane odpowiednich zapisów odpowiadających tym postanowieniom.*

*Zamawiający w pkt III SIWZ –Opis sposobu obliczenia ceny w celu określenia ceny ofertowej za przedmiot zamówienia wymagał opracowania przez wykonawców kosztorysu ofertowego (kosztorysu uproszczonego) na podstawie przedmiaru robót, dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót oraz jego złożenia i obliczenia zgodnie z dyspozycją zawartą w pkt VII 1.2 SIWZ. Z powyższych zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, iż Zamawiający wymagał złożenia oferty zawierającej m.in. kosztorys ofertowy, który winien zawierać ilość robót, cenę jednostkową pozycji, wartość pozycji, zestawienie materiałów i urządzeń z cenami, zestawienie sprzętu z cenami, stawkę robocizny, procentowe wskaźniki kosztów pośrednich, kosztów zakupu i zysku. Nie można przy tym zgodzić się z poglądem Odwołującego, iż zapisy zawarte w pkt III SIWZ „wskazują w sposób jednoznaczny, że w niniejszym postępowaniu cena jest ceną ryczałtową, gdyż cena powinna obejmować pełny zakres robót budowlanych i uwzględniać wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia”.*

*Należy zważyć, iż wynagrodzenie kosztorysowe opiera się na kosztorysie, czyli zestawieniu potrzebnych do wykonania robót materiałów i nakładów pracy ze wskazaniem ich cen jednostkowych. Kosztorys opracowywany jest zwykle przed zawarciem umowy przez wykonawcę - jako zasadnicza część jego oferty - po czym staje się częścią zawartej umowy, mającą zasadnicze znaczenie dla ukształtowania ostatecznej wysokości wynagrodzenia. Zgodnie z postanowieniami SIWZ i wzoru umowy, Zamawiający wymagał przedłożenia przez wykonawców kosztorysu ofertowego jako składowej części oferty, która ponadto stanowi załącznik do umowy, jako integralną część tej umowy.*

*Zamawiający przekazał wykonawcom wykaz planowanych robót i czynności, stanowiących źródła kosztów realizacji przedsięwzięcia. Zakres i ilość tych prac Zamawiający określił na podstawie dokumentacji projektowej, której elementem jest przedmiar robót. Zamawiający dla wyceny planowanych robót przekazał wykonawcom przedmiar robót. Twierdzenie Odwołującego, iż podany przez Zamawiającego w SIWZ sposób obliczenia ceny w oparciu o załączony przedmiar robót, dokumentację projektową oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót świadczą o ryczałtowym charakterze ceny jest zatem nieuprawnione. Zgodnie bowiem z art. 31 Pzp „Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Brzmienie tego przepisu jednoznacznie wskazuje, iż dokumentacja projektowa, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót jest podstawowym elementem opisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane oraz integralną częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

*Izba nie podzieliła także opinii Odwołującego, iż należy przyjąć, że jedną z okoliczności potwierdzających fakt, że w niniejszym postępowaniu Zamawiający określił cenę za realizację zamówienia jako cenę ryczałtową jest to iż Zamawiający nie przewidział w SIWZ i we wzorze umowy iż roboty nieuwzględnione w przedmiarach będą rozliczane kosztorysem dodatkowym powykonawczym. Zważywszy zapisy zawarte w dokumentacji brak jest podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający zaprzeczył przeprowadzenia tego rodzaju rozliczeń.*

*Zważywszy, iż w ocenie Izby w niniejszym postępowaniu Zamawiający przyjął do rozliczenia robót budowlanych w ramach niniejszego zamówienia cenę kosztorysową Izba nie stwierdza naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. art. 88 ust. 1 pkt 3 lit a i b oraz art. 88 ust. 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia jako, że nie mają w tym przypadku zastosowania przepisy uprawniające zamawiającego do poprawienia omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny, zastrzeżone dla ceny określonej jako cena ryczałtowa (art. 88 ust.1 pkt 3)a wobec*

powyższego w konsekwencji także przepis art. 88 ust. 2 ustawy Pzp oraz treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ (rozdz.III ust.1 SIWZ i rozdz.VII ust.1 pkt 2 SIWZ) ponieważ Odwołujący w kosztorysie ofertowym budowlanym w pozycji 161 d.17 przyjął ilość 4,6 szt. a zgodnie z dostarczoną odpowiedzią Zamawiającego – pismo z dnia 4 października 2007r. prawidłowy obmiar tej pozycji to 6 szt. Odwołujący w kosztorysie ofertowym budowlanym nie wycenił następujących pozycji: 7 d.1; 10 d.1; 12 d.1; 26 d.2; 38 d.3; 41 d.3 oraz w kosztorysie robót budowlanych remontu łazienek pozycji: 4 d.1.1 i 5 d.1.1. Ponadto oferta Wykonawcy zawierała także inne niezgodności tj. wartość wycenionych robót obliczona jako suma wartości netto kosztorysów ofertowych nie odpowiada wartości netto z druku oferty oraz suma kwot brutto kosztorysów ofertowych nie odpowiada kwocie brutto oferty, w druku oferty wystąpiły błędy rachunkowe w obliczeniu ceny oraz w zestawieniu kosztów zadania wystąpiła nieprawidłowość w sposobie obliczenia wartości robót związanych z termomodernizacją.

W tym stanie rzeczy należało orzec jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

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/postanowienie\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*