

Sygn. akt: KIO/UZP 1077/08

WYROK
z dnia 20 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ /rozprawie* w dniu /w dniach 20.10.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **MUR-BET Adam Dumana, 33-318 Gródek nad Dunajcem, Gródek nad Dunajcem 99** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Sułkowice, 32-440 Sułkowice, ul. Rynek 1** protestu /~~protestów~~ z dnia 09.09.2008 r.

przy udziale wykonawcy - konsorcjum firm **Firma Handlowo-Usługowa „INSTBUD” Stanisław Boguta, 32-420 Gdów, Nieznanowice 50** oraz **Firma OMEGA Zakład Sieci Wod – Kan, Irzyk Jarosław 41-711 Ruda Śląska, ul. Szkolna 17** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert

2. kosztami postępowania obciąża **Gmina Sułkowice, 32-440 Sułkowice, ul. Rynek 1**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **MUR-BET Adam Dumana, 33-318 Gródek nad Dunajcem, Gródek nad Dunajcem 99,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 7 664 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gmina Sułkowice, 32-440 Sułkowice, ul. Rynek 1** na rzecz **MUR-BET Adam Dumana, 33-318 Gródek nad Dunajcem, Gródek nad Dunajcem 99,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 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 **MUR-BET Adam Dumana, 33-318 Gródek nad Dunajcem, Gródek nad Dunajcem 99.**

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

W postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na "Wykonanie sieci kanalizacyjnej PCVØ315-160 w Sułkowicach o łącznej długości 19620,5 mb", Zamawiający - Gmina Sułkowice, w dniu 03.09.2008r., przekazał wykonawcom, poprzez zamieszczenie na swojej stronie internetowej, informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu 4 ofert, w tym oferty złożonej przez Odwołującego - MUR-BET Adam Dumana. Odwołujący z treścią tej informacji zapoznał się w dniu jej zamieszczenia na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 10.09.2008r., pismem z dnia 09.09.2008r., MUR-BET Adam Dumana (zwany dalej Odwołującym) złożył protest na:

1. odrzucenie oferty Odwołującego,
2. wybór oferty złożonej przez Krzysztofa Machnika Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynierskiego MACHNIK,
3. zaniechanie wyboru oferty Odwołującego,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) - zwanej dalej ustawą Pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców i wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza,
2. art. 88 ust. 3 pkt a) ustawy Pzp poprzez nieuwzględnienie, iż podana cena ryczałtowa jest podana prawidłowo bez względu na sposób jej obliczenia,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SIWZ,
4. § 2 Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004r. w sprawie określenia podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. z 2004 r. Nr 130, poz. 1389).

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
3. wybór oferty Odwołującego.

Swój interes prawny Odwołujący uzasadnił tym, że w przypadku unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, oferta ta będzie najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podał, że podstawą odrzucenia jego oferty był art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - Zamawiający podniósł, że zgodnie z pkt 12 SIWZ wymagane było dołączenie do oferty kosztorysu ofertowego sporządzonego na podstawie załączonego przedmiaru robót i wskazał, iż w 19 - stu pozycjach kosztorysu nie zawarto „krotności”.

Odwołujący oświadczył, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego uwzględnił wszelkierotności. Wyjaśnił, że dla każdej z pozycji kosztorysu uwzględnił wszystkie wymagane elementy (w tym irotności) zgodnie z przedmiarem robót. W kosztorysach uproszczonych

krotności są zawierane w zryczałtowanej cenie usługi, określającej część przedmiotu zamówienia i zawierającej w sobie wszelkie poniesione nakłady.

Odwołujący podał, że Zamawiający w SIWZ w pkt. 6 ppkt 6.1 wskazał dokumenty, które należy przedstawić - w pozycji 9 i 10 tabeli wymieniono kosztorys ofertowy „wykonany na podstawie załączonego przedmiaru oraz szczegółowej specyfikacji technicznej odbioru i wykonania robót budowlanych” oraz harmonogram rzeczowo-finansowy „wraz z podaniem cen poszczególnych elementów zamówienia”.

W ocenie Odwołującego cena została określona jako cena ryczałtowa, ponieważ:

1. z pkt 12 SIWZ wynika, iż cena oferty musi uwzględniać wszystkie zobowiązania z tytułu realizacji zamówienia, może być tylko jedna nie ulega zmianie przez okres ważności oferty,
2. Zamawiający zaznaczył, iż „cena oferty musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające wprost z dokumentacji projektowo - kosztorysowej jak również w niej nieujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia (między innymi: koszty wszelkich robót przygotowawczych, porządkowych, zagospodarowanie placu budowy, utrzymania zaplecza budowy (naprawy, woda, energia elektryczna, telefon), dozoru budowy, odtworzenie dróg, chodników, opłaty za zajęcie pasa drogowego, wywozu nadmiaru gruzu, sporządzenie projektu BIOZ, projektu organizacji robót, prac geodezyjnych (wytyczenie i inwentaryzacja powykonawcza) i innych czynności niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia i uzyskania pozwolenia na użytkowanie”.
3. skutki finansowe jakichkolwiek błędów w dokumentacji projektowej obciążają Wykonawcę zamówienia - musi on przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia.

Wskazał, że zgodnie z treścią odpowiedzi z dnia 06 sierpnia 2008 r. (pytanie nr 8 i 16) Wykonawcy mogli dołączyć do oferty kosztorys w wersji uproszczonej z podaniem cen jednostkowych, wartości każdej pozycji oraz wykazem materiałów, sprzętu i robocizny, zaś zgodnie z odpowiedzią na pytanie 17 „czy Oferent powinien zastosować w kosztorysie odpowiednie krotności wynikające z opisów do tych pozycji” Zamawiający udzielił odpowiedzi, iż „w przedmiarze robót jasno i precyzyjnie podano wielkości dopłat za dodatkowe centymetry grubości warstw nawierzchniowych i tak to należy skalkulować (uwzględnić krotności)”.

W ocenie Odwołującego niedopuszczalne jest odrzucenie oferty z tego tylko powodu, iż w wersji uproszczonej kosztorysu ofertowego Wykonawca nie wskazał w 19 pozycjach poszczególnych krotności, skoro nie miał takiego obowiązku.

Odwołujący podniósł, że nawet gdyby faktycznie nie uwzględnił krotności, to i tak składając ofertę i później ewentualnie podpisując umowę określonej treści zobowiązywał się do realizacji jej postanowień. Dodał, że zgodnie z art. 88 ust.1 pkt 3 lit. a) ustawy Pzp, w przypadku oferty z ceną określoną za cały przedmiot zamówienia albo jego część (czyli właśnie cena ryczałtowa) przyjmuje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez względu na sposób jej obliczenia. W przedmiotowym postępowaniu, z uwagi na ryczałtowy charakter ceny, zastosowanie winny mieć właśnie te postanowienia ustawy.

Odnosząc się do ryczałtowego charakteru ceny w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący podniósł, że pomimo, iż nigdzie nie zdefiniowano wprost tego określenia to należy sięgnąć do kodeksu cywilnego, który w art. 632 § 1 wskazuje, że 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. Wynika z tego, iż charakter ryczałtowej ceny, odnosząca się do całości zamówienia bez względu na to, czy w trakcie jego realizacji ulegnie zmianie jego zakres i faktyczne nakłady pracy, sprzętu itd. Z istoty ceny ryczałtowej wynika, że metoda jej ustalenia nie ma charakteru wiążącego (potwierdza to wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 6 marca 2001 r. (I ACa 1147/00), zgodnie z którym „Jeżeli za wykonane dzieło strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, dołączenie przez wykonawcę do umowy kosztorysu nie ma znaczenia, a dokument ów uznać należy jedynie za uzasadniający merytorycznie oferowaną przez przyjmującego zamówienie (wykonawcę) kwotę wynagrodzenia ryczałtowego”.

Dodał, że zarówno z treści SIWZ jak i projektu umowy jednoznacznie wynika, iż szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa załączona do umowy dokumentacja projektowa oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót.

Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący przywołał wyroki Zespołów Arbitrów o sygnaturach akt UZP/ZO/0-1580/06, UZP/ZO/0-1207/05, UZP/ZO/0-1243/06, UZP/ZO/0-1163/07.

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że Zamawiający nie określił, co rozumie przez kosztorys uproszczony, jednak w odpowiedziach na pytania zaznaczył, iż w kosztorysie uproszczonym należy podać ceny jednostkowe, wartość każdej pozycji oraz wykaz materiałów, sprzętu i robocizny, co Odwołujący uczynił. Wszelkie krotności zostały przez Odwołującego w kalkulowane w cenę zgodnie z żądaniem Zamawiającego. Zgodnie z wymaganiami, kosztorys ofertowy Odwołujący wykonał na podstawie załączonego przedmiaru oraz szczegółowej specyfikacji technicznej odbioru i wykonania robót budowlanych, a cena oferty uwzględnia wszystkie zobowiązania z tytułu realizacji zamówienia. Zdaniem Odwołującego z zapisu pkt. 12 SIWZ „Wykonawca określi ceny jednostkowe na wszystkie roboty wymienione w załączonym przedmiarze robót i doliczy do

powstałej kwoty inne składniki wpływające na ostateczną cenę” i „wymagane jest załączenie do oferty kosztorysu ofertowego sporządzonego na podstawie załączonego przedmiaru robót” nie wynika, aby dołączony do oferty kosztorys ofertowy winien zawierać pełne opisy pozycji kosztorysowych odpowiadające przedmiarowi robót (tak orzeczenie z dnia 21 grudnia 2006 r. UZP/ZO/0-2959/06).

W dniu 15.09.2008r. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przystąpił wykonawca – konsorcjum OMEGA Zakład Sieci Wod-kan Irzyk Jarosław oraz F.H.U INSTBUD Stanisław Boguta, domagając się oddalenia protestu.

Pismem z dnia 18.09.2008r., doręczonym Odwołującemu w dniu 19.09.2008r., Zamawiający protest rozstrzygnął poprzez jego oddalenie.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający wskazał na:

1. pkt 6 SIWZ - Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z którym w wierszu nr 9 wymagane było - dołączenie do oferty - kosztorysu ofertowego wykonanego na podstawie załączonego przedmiaru oraz szczegółowej specyfikacji technicznej odbioru i wykonania robót budowlanych.
2. pytanie 17 do przetargu „Przedmiar stanowiący załącznik do SIWZ nie ukazuje krotności, chociaż wiele jego pozycji to dopłaty za kolejne centymetry grubości warstwy odsączającej, podbudowy, nawierzchni, rozbiórek itd. Czy oferent powinien zastosować w kosztorysie odpowiednie krotności ?” i odpowiedź na nie: „W kosztorysie jasno i precyzyjnie podano wielkości dopłat za dodatkowe centymetry grubości warstw nawierzchniowych i tak to należy skalkulować (uwzględnić krotności).

Powyższe zapisy, w ocenie Zamawiającego, wskazują na obowiązek wykonawców sporządzenia kosztorysów ofertowych ściśle według przedmiaru robót.

Sporządzenie i załączenie przez Wykonawcę do oferty kosztorysu sporządzonego w inny sposób niż wymagany powoduje, że oferta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wskazał, że w pozycjach kosztorysowych numer 52, 54, 56, 58, 61, 63, 67, 71, 75, 77, 80, 82, 84, 86, 89, 94, 97, 100, 104 Odwołujący nie wyszczególnił krotności. Wskazał, że w pozycji 120 taka krotność jest wskazana i wyraźnie wyszczególniona.

W przekonaniu Zamawiającego, Odwołujący wycenił odmienny zakres robót niż Zamawiający oczekiwał, a nadto taki sposób sporządzenia kosztorysu uniemożliwia porównanie oferty firmy MUR - BET Adam Dumana z pozostałymi ofertami.

Zamawiający podkreślił, że kosztorys stanowi zasadniczą część oferty - po czym staje się częścią zawartej umowy, mającą zasadnicze znaczenie dla ukształtowania ostatecznej wysokości wynagrodzenia. Wskazał, że zgodnie z postanowieniami wzoru umowy, która stanowi załącznik do SIWZ (§ 1 ust. 4), Zamawiający wymagał przedłożenia przez wykonawców kosztorysu ofertowego sporządzonego zgodnie z wymogami postawionymi w SIWZ, jako składowej części oferty, która stanowi załącznik do umowy, jako integralna jej część.

Zdaniem Zamawiającego, nieuprawnione jest twierdzenie Odwołującego, iż podany przez Zamawiającego w SIWZ sposób obliczenia ceny (pkt 12 SIWZ) w oparciu o załączony przedmiar robót oraz szczegółową specyfikację techniczną odbioru i wykonania robót budowlanych świadczą o ryczałtowym charakterze ceny. Stwierdził, że w żadnym dokumencie nie określił i nie wskazał, że cena za wykonanie przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy, zaś zapisy wzoru umowy wskazują, że rozliczenie między Zamawiającym a wykonawcą nastąpi na podstawie kosztorysu, który stanowi integralną część umowy.

W dniu 24.09.2008r., pismem z tego samego dnia, Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych poprzez jego nadanie w placówce pocztowej operatora publicznego.

W odwołaniu Odwołujący powtórzył zarzuty, argumentację i żądania zawarte w proteście

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący dodatkowo podniósł, że z odpowiedzi na pytanie 17 wcale nie wynika, aby krotności musiały być wpisane w treści kosztorysu. Słowo „uwzględnić” to nie to samo co „wpisać”, „wyszczegółwić”, itp.

Wyjaśnił, że to, że w poz.120 krotność została podana, wynika z zadeklarowania krotności podczas tworzenia danej pozycji w programie NORMA PRO - w oknie edycji pozycji, podczas tworzenia tejże pozycji, natomiast w 19 pozycjach nakłady zostały mnożone ręcznie przez krotność (można wykonać to w dwojaki sposób poprzez mnożenie nakładów rzeczowych R,M,S przez krotność lub też deklarację w przypadku ustawiania pozycji co wynika z opcji programu).

To, że Zamawiający nieprecyzyjnie sformułował warunki sporządzenia kosztorysu (kilka firm nie wyszczególniło krotności w swoich kosztorysach), powinno skutkować zwróceniem się o stosowne wyjaśnienia.

W dniu 06.10.2008r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca - konsorcjum OMEGA Zakład Sieci Wod-kan Krzyk Jarosław oraz F.H.U INSTBUD Stanisław Boguta, domagając się oddalenia protestu.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, oferty Odwołującego oraz stanowisk i oświadczeń stron, a także Przystępującego , złożonych w toku rozprawy

I. skład orzekający Izby ustalił, co następuje:

Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ w przedmiotowym postępowaniu, zgodnie z pkt. 13 SIWZ jednym kryterium oceny ofert była cena, a Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną. Potwierdzenie się zarzutu o bezzasadności odrzucenia przez Zamawiającego oferty Odwołującego umożliwiłoby mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

W pkt. 3 SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia” Zamawiający określił, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie sieci kanalizacyjnej PCV Ø 315-160 w Sułkowicach o łącznej długości 19620,5 mb oraz, że jego” zakres obejmuje wykonanie sieci kanalizacyjnej zgodnie z projektem, stanowiącymi integralną część SIWZ.

W pkt 6 SIWZ „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu” Zamawiający zażądał kosztorysu ofertowego wykonanego na podstawie załączonego przedmiaru oraz szczegółowej specyfikacji technicznej odbioru i wykonania robót budowlanych (poz. 9 tabeli) oraz zażądał harmonogramu rzeczowo – finansowego wraz z podaniem cen poszczególnych elementów zamówienia (poz. 10 tabeli).

W pkt. 12 SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny” Zamawiający wskazał, że:

1. Cena oferty uwzględnia wszystkie zobowiązania (...)
2. Cena może być tylko jedna i nie ulega zmianie przez okres ważności oferty.
3. Wykonawca określi ceny jednostkowe na wszystkie roboty wymienione w załączonym przedmiarze robót i doliczy do powstałej kwoty inne składniki wpływające na ostateczną cenę. W związku z powyższym cena musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające wprost z dokumentacji projektowo – kosztorysowej jak również w niej nie ujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia. Będą to między innymi następujące koszty: wszelkich robót przygotowawczych, porządkowych, zagospodarowanie placu budowy, utrzymania zaplecza budowy (naprawy, woda, energia elektryczna, telefon),

dozorowania budowy, odtworzenie dróg, chodników, opłaty za zajęcie pasa drogowego, wywozu nadmiaru gruzu, sporządzenie projektu BIOZ, projektu organizacji robót, prac geodezyjnych (wytyczenie i inwentaryzacja powykonawcza) i innych czynności niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia i uzyskania pozwolenia na użytkowanie”.

4. Skutki finansowe jakichkolwiek błędów w dokumentacji projektowej obciążają Wykonawcę zamówienia – musi on przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia. W związku z powyższym wymagane jest od oferentów bardzo szczegółowe sprawdzenie w terenie warunków wykonania zamówienia.
5. Wymagane jest załączenie do oferty kosztorysu ofertowego sporządzonego na podstawie załączonego przedmiaru robót. Ceny poszczególnych elementów zamówienia należy przedstawić w harmonogramie rzeczowo – finansowym.

Załącznikami do SIWZ były między innymi „Formularz umowy” – Istotne postanowienia umowy (dalej IPU), „Szczegółowa specyfikacja techniczna” oraz „Przedmiar robót”.

W § 1 „Przedmiot umowy” ust. 2 IPU wskazano, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa załączona do niniejszej umowy dokumentacja projektowa oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych (w części zawierającej zbiory wymagań w zakresie sposobu wykonania robót budowlanych, obejmujące wymagania w zakresie właściwości materiałów, wymagania dotyczące sposobu wykonania i oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót).

W § 1 „Przedmiot umowy” ust. 3 IPU wskazano, że przedmiot umowy zostanie wykonany zgodnie z obowiązującymi przepisami, normami oraz na warunkach określonych w postanowieniach niniejszej umowy oraz w: specyfikacji technicznej, harmonogramie rzeczowo-finansowym, złożonej ofercie oraz kosztorysie stanowiących integralne części niniejszej umowy.

W § 6 „Wynagrodzenie” ust. 2 IPU wskazano, że strony umowy nie mogą zmienić ceny wykonania zamówienia przedstawionej w ust. 1

W § 8 „Warunki płatności” IPU wskazano:

ust. 1 – rozliczanie robót będzie się odbywało fakturami częściowymi za elementy robót ujęte w harmonogramie rzeczowo-finansowym zatwierdzonym przez Zamawiającego i faktura końcowa,

ust. 2 – faktury częściowe wystawiane będą po wykonaniu i odebraniu przez inspektora nadzoru danego etapu robót (...)

Na zapytania wykonawców o treści:

1. Jak należy załączyć kosztorys ofertowy. Szczegółowy czy uproszczony ? Czy należy także załączyć zestawienie robocizny, materiałów i sprzętu.
2. Czy Zamawiający wyraża zgodę na załączenie do oferty kosztorysu uproszczonego ukazującego wartość poszczególnych pozycji jako iloczynu ilości przedmiarowej, krotności i ceny jednostkowej ?
3. Przedmiar stanowiący załącznik do Specyfikacji nie ukazuje krotności, chociaż wiele jego pozycji to dopłaty za kolejne centymetry grubości warstwy odsączającej, podbudowy, nawierzchni, rozbiórek itd... Czy Oferent powinien zastosować w kosztorysie odpowiednie krotności wynikające z opisów do tych pozycji ?
4. Czy wymienione tutaj koszty (koszty niezbędne do realizacji zamówienia wynikające wprost z dokumentacji jak również w niej nie ujęte), zniżki i bonifikaty mogą być uwzględnione w cenach jednostkowych poszczególnych pozycji kosztorysu bez pokazywania ich jako oddzielnej pozycji kosztów ?

Zamawiający, w piśmie z dnia 06.08.2008r. udzielił następujących odpowiedzi:

1. Zamawiający dopuszcza kosztorys uproszczony z podaniem cen jednostkowych, wartości każdej pozycji oraz z wykazem materiałów, sprzętu i robocizny.
2. Odpowiedź jak wyżej.
3. W przedmiarze robót jasno i precyzyjnie podano wielkość dopłat za dodatkowe centymetry grubości warstw nawierzchniowych i tak to należy skalkulować (uwzględnić krotności).
4. Tak.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, podając 19 pozycji kosztorysu ofertowego, z których Zamawiający nie odczytał krotności.

Dla przykładu opis zakwestionowanej pozycji 52 przedmiaru robót brzmiał:

„Rozebranie nawierzchni z mieszanek mineralno-bitumicznych-mechanicznie – dodatek za każdy dalszy 1 cm powyżej 3 cm grubości nawierzchni, dalsze 2 cm 1050,0 = 1.050,000m²”

„Opis pozycji 52 w ofercie Odwołującego brzmiał:

„Mechaniczne rozebranie nawierzchni z mieszanek mineralno – bitumicznych – dalszy 1 cm grubości powyżej 3 cm grubości nawierzchni, obmiar = 1050 m², R robocizna 0.02185*2=0.0437r-g/m²*7.00zł/r-g, S sprężarka powietrza spalinowa 4-5 m³/min 0.00925*2=0.0185m-g/m² * 5.00zł/m-g”.

II. Skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przekazał wykonawcom, w formie załączników do SIWZ, „Szczegółową specyfikację techniczną” oraz „Przedmiar robót”. Udostępnił także projekt który, zgodnie z pkt. 3 SIWZ, został wykonany przez firmę GAIA Nauki o Ziemi i Ochrona Środowiska.

Zatem Zamawiający, zgodnie z art. 31 ust. 1 ustawy Pzp, będącą przedmiotem niniejszego zamówienia robotę budowlaną opisał za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót.

Przedmiar robót, stanowiący podstawę sporządzenia kosztorysu, jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu i specyfikacji technicznych i to nie on determinuje zakres prac objętych przedmiotem zamówienia. Zawarte w przedmiarze robót zestawienia mają zobrazować skalę roboty budowlanej i pomóc wykonawcom w oszacowaniu kosztów inwestycji, wobec czego przedmiarowi robót należy przypisać charakter dokumentu pomocniczego.

W przedmiotowym postępowaniu z całą pewnością przedmiar robót nie obejmował pełnego zakresu prac, ponieważ oprócz pozycji w nim uwzględnionych przez Zamawiającego, wykonawcy zostali zobligowani do obliczenia ceny z uwzględnieniem innych jeszcze kosztów, które jedynie przykładowo Zamawiający wskazał w pkt. 12 SIWZ.

W ocenie składu orzekającego Izby fakt ten przesądza o niedopuszczalności odrzucenia oferty na podstawie art.89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, ponieważ to nie przedmiar robót określa zakres przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu.

Gwarancją dla Zamawiającego, że Odwołujący wykona pełny zakres prac, będących przedmiotem zamówienia, jest zobowiązanie Odwołującego do wykonania zamówienia, zawarte w Formularzu ofertowym.

Błąd w kosztorysie ofertowym, sporządzonym na podstawie przedmiaru robót, który jak wskazano powyżej nie determinuje zakresu prac przewidzianych do wykonania zamówienia, nie może być rozpatrywany w kontekście niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, lecz co najwyżej błędy w obliczeniu ceny.

W SIWZ przedmiotowego postępowania zamawiający zawarł ogólny wymóg sporządzenia kosztorysu ofertowego między innymi na podstawie przedmiaru robót, jednocześnie nie wprowadzając wymogu opracowania kosztorysu ściśle według przekazanego przedmiaru oraz nie zawierając w treści SIWZ postanowień limitujących odstępstwa od przedmiaru robót.

W ocenie składu orzekającego Izby, odpowiedź Zamawiającego na pytanie jednego z wykonawców, co do zastosowania krotności, nie była jasna z punktu widzenia sposobu ujęcia tej krotności w kosztorysie ofertowym. Z odpowiedzi Zamawiającego wynika tyle tylko,

że krotności należy „skalkulować”, „uwzględnić”, brak jednak odpowiedzi, jak wykonawcy winni to zrobić, aby sprostać oczekiwaniom Zamawiającego.

W konsekwencji uznać należy, że każdy sposób zastosowania „krotności” w przedmiotowym postępowaniu był dopuszczalny.

Odnosząc się do charakteru wynagrodzenia (ceny ofertowej) w przedmiotowym postępowaniu, stwierdzić należy, że wśród definicji legalnych, zawartych w art. 2 ustawy Pzp, brak jest definicji „ceny ryczałtowej” („wynagrodzenia ryczałtowego”), którym to pojęciem ustawodawca posługuje się w art. 88 ustawy Pzp. Również Kodeks cywilny, w części dotyczącej umowy o roboty budowlane, nie reguluje kwestii wynagrodzenia, a zatem to strony umowy winny w niej szczegółowo unormować zasady dotyczące wynagrodzenia.

W rozpoznawanej przez skład orzekający Izby sprawie, Zamawiający, w opracowanej przez siebie SIWZ, nie nazwał wynagrodzenia (ceny ofertowej) wynagrodzeniem ryczałtowym (ceną ryczałtową). Jednak fakt ten, sam w sobie, nie przesądza o charakterze ceny żądanej w tym postępowaniu.

Przyjąć należy, że istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Wynagrodzenie to jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztu prac. Zgodnie z Wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20.11.1998r. II CRN 913/97, 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.

Rozliczenia stron w przypadku zastosowania ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w żaden sposób nie opierają się na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach.

W ocenie składu orzekającego Izby, cena, jaka została zastosowana w przedmiotowym postępowaniu, ma charakter ceny ryczałtowej.

Ani z postanowień części głównej SIWZ, ani z Istotnych postanowieniach umowy nie sposób wywieść, że w przedmiotowym postępowaniu ustalenie wynagrodzenia nastąpi na podstawie wykonanych prac, po cenach przedstawionych w kosztorysie. Przeciwnie w § 8 ust. 1 IPU określono, że podstawą rozliczeń będą pozycje ujęte w harmonogramie rzeczowo – finansowym. Choć sam kosztorys ofertowy, zgodnie z § 1 ust. 3 IPU stanowi integralną część umowy, to z punktu widzenia rozliczeń nie przypisano mu żadnego znaczenia, a zatem jest jedynie dokumentem informacyjnym.

Za ryczałtowym charakterem wynagrodzenia przemawia także fakt, że zgodnie z pkt. 12 SIWZ, to wykonawca ponosi skutki finansowe jakichkolwiek błędów w dokumentacji projektowej, a jednocześnie wykonawca nie może domagać się podwyższenia

wynagrodzenia za dodatkowe prace, ponieważ wynagrodzenie, zgodnie z § 6 IPU jest określone we wskazanej kwocie (ust. 1) , która nie może zostać zmieniona (ust. 2).

W konsekwencji przyjęcia wynagrodzenia ryczałtowego wykluczona jest możliwość odrzucenia oferty z powodu nieścisłości pomiędzy kosztorysem ofertowym, a przedmiarem robót. Wynika to z art. 88 ust. 1 pkt 3) lit. a) ustawy Pzp i oznacza, że Zamawiający nie może zastosować sankcji, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 6) ustawy Pzp.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że brak było podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, a zatem Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego naruszył wskazany przepis ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby uznał także, że Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 3, ponieważ w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie udzielił jeszcze zamówienia.

Skład orzekający Izby zwraca uwagę, że zakwalifikowanie Kosztorysu ofertowego oraz Harmonogramu rzeczowo – finansowego do dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, jest nieprawidłowe.

Skład orzekający pozostawił bez rozpoznania zarzut, że oferta Odwołującego winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, ponieważ zarzut ten został podniesiony dopiero w przystąpieniu do postępowania odwoławczego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 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. Nr 128, poz. 886), uznał za uzasadnione koszty Odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 **Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*