

Sygn. akt: KIO/UZP 527/08

WYROK
z dnia 12 czerwca 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Lubomira Matczuk-Mazuś**

Członkowie: **Jolanta Markowska**
 Małgorzata Rakowska

Protokolant: **Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 czerwca 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Zagospodarowania Terenów Zielonych „BUDROX” Sp. z o.o., 09-500 Gostynin, ul. Płocka 44A** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miasta Gostynina, 09-500 Gostynin, ul. Rynek 26** protestu z dnia 19 maja 2008r.

przy udziale wykonawcy - **Wiśniewski Karol Przedsiębiorstwo Budowlane INVEST BUD, 09-400 Płock ul. Królewiecka 14** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Zagospodarowania Terenów Zielonych „BUDROX” Sp. z o.o., 09-500 Gostynin, ul. Płocka 44A

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 **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Zagospodarowania Terenów Zielonych „BUDROX” Sp. z o.o., 09-500 Gostynin, ul. Płocka 44A,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz XXX, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 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 **Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego i Zagospodarowania Terenów Zielonych „BUDROX” Sp. z o.o., 09-500 Gostynin, ul. Płocka 44A.**

U z a s a d n i e

Odwołanie rozpoznane przez Krajową Izbę Odwoławczą zostało wniesione przez **Odwołującego – Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego i Zagospodarowania Terenów Zielonych „BUDROX” z siedzibą w Gostyninie,** od rozstrzygnięcia protestu przez **Zamawiającego – Gminę Miasta Gostynina,** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest robota budowlana pod nazwą: „Budowa Przedszkola Miejskiego wraz z rozbiórką istniejącego budynku przedszkola i zagospodarowaniem terenu na działce ewidencyjnej 2947 w Gostyninie przy ulicy Armii Krajowej”.

Odwołujący wniósł protest (pismo z dnia 19 maja 2008r.), a wobec jego oddalenia, odwołanie (pismo złożone w placówce pocztowej operatora publicznego – Gostynin w dniu 30 maja 2008r.), w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz.1655), poprzez:

- 1) zaniechanie odrzucenia oferty Wiśniewski Karol Przedsiębiorstwo Budowlane INVEST BUD z siedzibą w Płocku, jako oferty, której treść nie odpowiada treści siwz, ze względu na odstępstwa w kosztorysach ofertowych w stosunku do opisów robót wskazanych w dokumentacji, kosztorysach nakładczych oraz w odpowiedziach na pytania, w których Zamawiający dokonywał zmian zakresu rzeczowego robót do

wykonania, a których to zakresów oferta wybrana przez Zamawiającego, jako najkorzystniejsza nie zawierała,

- 2) dokonanie wyboru oferty Wiśniewski Karol Przedsiębiorstwo Budowlane INVEST BUD i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej i nie podlegającej odrzuceniu.

W uzasadnieniu protestu, do którego odwołuje się Odwołujący w odwołaniu, podano, że w siwz - pkt 3 (str. 2) i pkt 15 (str. 6) – Zamawiający określił, iż szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty jest w dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Do obowiązków wykonawcy należy sporządzenie na podstawie dokumentacji projektowej, dla robót objętych zamówieniem, kosztorysu ofertowego. Z kolei w pkt 15 siwz „Opis sposobu przygotowania oferty”, określono obowiązki wykonawcy polegające na powinności dokładnego zapoznania się zarówno z dokumentacją projektową i przedmiarem robót, jak też z terenem budowy i jego otoczeniem, a w przypadku stwierdzenia braków, wad lub sprzeczności w materiałach, na podstawie, których wykonawcy mają opracować kosztorysy ofertowe, wykonawca powinien niezwłocznie o tym fakcie zawiadomić Zamawiającego. W pkt 17 siwz „Opis sposobu obliczania ceny” wskazano, że oferta musi zawierać sumaryczną cenę łączną obejmującą całość zamówienia. Cena musi obejmować wszystkie koszty z uwzględnieniem narzutów oraz wszystkich opłat i podatków. Odwołujący stwierdził, że zastrzeżenia w dalszej części pkt 17 dotyczące ceny ryczałtowej, nie mają większego znaczenia, skoro ze swej natury mają dotyczyć stanu faktycznego na etapie realizacji zamówienia publicznego, a nie na etapie badania i oceny ofert. W dalszej części uzasadnienia protestu Odwołujący wywodził, że wybrana oferta nie obejmuje całości zamówienia, gdyż kosztorys ofertowy nie uwzględnia zmian wprowadzonych do treści siwz – wynikających z wyjaśnień Zamawiającego zawartych w pismach z dnia 16.04.2008r. i 18.04.2008r..

W ofercie nie uwzględniono wyceny:

- 1) obudów systemowych płytą g/k przewodów wentylacji mechanicznej (pytanie nr 1, odpowiedź zawarta w piśmie z dnia 16.04.2008r. nr 3410/11/08)

oraz elementów określonych w piśmie z dnia 18.04.2008r. nr 3410/11/08:

- 2) uchwyty oraz poręczy dla osób niepełnosprawnych (pytanie nr 3),
- 3) brodzików prysznicowych (pytanie nr 4),
- 4) szafki gazowej z kurkiem, reduktorem i gazomierzem (pytanie nr 5),
- 5) wpustów dachowych systemowych, podgrzewanych (pytanie nr 7),

6) ogrodzenia stałego plus dwa razy brama rozwierana dwuskrzydłowa (pytanie nr 8). W proteście wskazano pytanie nr 7, jednak podczas rozprawy Odwołujący stwierdził, że opis ten dotyczy pytania nr 8.

W ocenie Odwołującego, wybrana oferta jest ofertą dotyczącą innego przedmiotu zamówienia, a więc jest tańsza, poprzez pominięcie części wyceny i z tego powodu jest nieporównywalna z innymi ofertami. Odwołujący powołał się na ugruntowane orzecznictwo Zespołów Arbitrów, a także jako przykładowy wyrok KIO z dnia 17 marca 2008r. sygn. akt KIO/UZP 192/08, gdzie niemal w identycznym stanie faktycznym, Izba orzekła, że zaoferowany w ofercie rodzaj robót powinien być tożsamy z określonym w przedmiarze. Brak tożsamości przedmiotu wyceny uniemożliwia prawidłowe porównanie złożonych ofert w kryterium ceny. Odwołujący powołał się także na piśmiennictwo w tej materii.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania i unieważnienie wyboru oferty Wiśniewski Karol Przedsiębiorstwo Budowlane INVEST BUD, jako nie odpowiadającej siwz,
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie oceny ofert oraz uznanie, iż wybrana oferta, jako niezgodna z siwz, powinna zostać odrzucona, natomiast za najkorzystniejszą ofertę powinna zostać uznana oferta Odwołującego,
- 3) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W proteście jeszcze została podniesiona okoliczność dotycząca nieścisłości oznaczenia firmy wykonawcy, którego ofertę wybrano.

Zamawiający oddalił protest w całości (pismo z dnia 26.05.2008r.), powołując się na treść pkt 17 siwz „Opis sposobu obliczania ceny”, w którym stwierdził, że „cenę oferty należą podać w formie ryczałtu (...). Kosztorys ofertowy Wykonawca przedstawia Zamawiającemu tylko i wyłącznie na wypadek sytuacji przerwania realizacji zamówienia, w celu obliczenia wynagrodzenia należnego mu z tytułu wykonania części przedmiotu zamówienia. Kosztorys ofertowy nie będzie stanowił określenia zakresu zamówienia do wykonania przez Wykonawcę”. Również we wzorze umowy załączonej do siwz - § 5 ust.1 Zamawiający podał, że „za wykonanie przedmiotu umowy Wykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie przedstawionej w ofercie”. Z powyższych sformułowań wynika jednoznacznie, w ocenie Zamawiającego, że cena oferty jest ceną ryczałtową. Zamawiający powołał się na orzecznictwo arbitrażowe, piśmiennictwo i informacje zamieszczone w budowlanym serwisie profesjonalistów Muratorplus, z których wynika, że przy wynagrodzeniu ryczałtowym za

wykonanie przedmiotu umowy, kosztorysy dołączone do oferty mają znaczenie pomocnicze, a pominięcie w nich niektórych pozycji nie może skutkować odrzuceniem oferty (wyrok z dnia 18 kwietnia 2006r., sygn. akt UZP/ZO/0-1025/06). Zamawiający wskazał, że wyrok KIO, na który powołał się Odwołujący w proteście, dotyczy stanu faktycznego, gdzie przyjęto wynagrodzenie kosztorysowe, a więc nie jest to „niemal identyczny stan faktyczny”. Zamawiający podał, że zarzuty naruszenia zasady uczciwej konkurencji są całkowicie bezpodstawne, gdyż cena ryczałtowa przesądza o tym, że jest ona właściwa niezależnie od sposobu jej obliczenia.

Zamawiający złożył do Prezesa UZP pismo z dnia 4.06.2008r., w którym podtrzymał stanowisko zajęte w rozstrzygnięciu protestu, wyrażające się w tym, że jeżeli Zamawiający określi cenę ryczałtową w postępowaniu, to kosztorys ofertowy nie stanowi określenia zakresu zamówienia do wykonania przez Wykonawcę.

Do postępowania odwoławczego przystąpił wykonawca, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą – Wiśniewski Karol Przedsiębiorstwo Budowlane INVEST BUD (pismo z dnia 2.06.2008r.).

Na podstawie dowodów przeprowadzonych podczas rozprawy, w tym z oryginalnej dokumentacji postępowania dostarczonej przez Zamawiającego, ofert wykonawców oraz wyjaśnień stron – Odwołującego i Zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Ogłoszenie o wszczęciu postępowania zamieszczone zostało w BZP nr 59144/2008 z dnia 25.03.2008r.

Wartość zamówienia ustalona została na kwotę 759 531,05 euro w dniu 17 marca 2008r. (DRUK ZP – 2).

W postępowaniu złożono 4 oferty, których otwarcie nastąpiło w dniu 25.04.2008r. Oferta Odwołującego zawiera drugą w kolejności cenę. Z postępowania wykluczono dwóch wykonawców, ze skutkiem odrzucenia ich ofert, które to oferty zawierały wyższe ceny, niż cena wybranej oferty i cena oferty Odwołującego.

W siwz w pkt 15 pt. „Opis sposobu przygotowania oferty” Zamawiający podał, że przed obliczeniem ceny oferty Wykonawca powinien dokładnie i szczegółowo zapoznać się z dokumentacją projektową i przedmiarem robót, w szczególności zwrócić uwagę czy dokumentacja zawiera wszystkie niezbędne rozwiązania do wykonania zamówienia oraz czy przedmiar robót obejmuje zakres rzeczowy zgodny z dokumentacją, a także zapoznać się

z terenem budowy i jego otoczeniem. W informacji dotyczącej warunków składania ofert Zamawiający stwierdził, że oferta wykonawcy powinna obejmować całość zamówienia.

W pkt 17 siwz pt. „Opis sposobu obliczania ceny” Zamawiający określił i tekst wpisał czcionką pogrubioną, że „Cenę oferty należy podać w formie ryczału.” Zamawiający zastrzegł również, że „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 Wykonawców bardzo szczegółowe sprawdzenie w terenie warunków wykonania zamówienia” (tekst ten również wpisał czcionką pogrubioną). W dalszej części tego punktu Zamawiający podał: „Jeżeli Wykonawca nie uwzględni w kosztorysie ofertowym robót, które wynikają z dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, to z względu na ryczałtowy sposób wynagrodzenia Wykonawca zobowiązany będzie do realizacji całego zamówienia, zgodnie z jego opisem zawartym w ww. dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, bez możliwości zmiany wysokości wynagrodzenia. Kosztorys ofertowy Wykonawca przedstawia Zamawiającemu tylko i wyłącznie na wypadek sytuacji przerwania realizacji zamówienia w celu obliczenia wynagrodzenia należnego mu z tytułu wykonania części przedmiotu zamówienia. Kosztorys ofertowy nie będzie stanowił określenia zakresu zamówienia do wykonania przez Wykonawcę”.

We wzorze umowy (załącznik nr 3 do siwz w § 5 ust. 1 i 2) Zamawiający podał, że „Za wykonanie przedmiotu umowy Wykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe ...”(ust. 1), „Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, jest niezmiennie przez cały okres wykonania zamówienia i uwzględnia wszelkie elementy inflacyjne, obejmuje również wszelkie prace dodatkowe, których strony nie mogły przewidzieć”.

Podczas rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska, Odwołujący jednoznacznie stwierdził, że nie kwestionuje faktu, iż w postępowaniu Zamawiający określił, iż ceną oferty jest cena ryczałtowa. Kwestionuje wyłącznie naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez nieodrzućenie oferty, której treść nie odpowiada treści siwz. Odwołujący podkreślił, że pkt 15 ppkt 2 (str. 6) siwz stanowi, iż oferta powinna obejmować całość zamówienia. Odwołujący wskazał, że z przedostatniego zdania pkt 17 siwz, które wskazuje, że kosztorys ofertowy miał służyć tylko do obliczenia wynagrodzenia wykonawcy w razie przerwania przez niego robót, wynika, że kosztorys ten, jako dokument składany wraz z formularzem ofertowym, powinien stanowić materiał porównawczy w zakresie rzeczowym, a mianowicie czy cena oferty ustalona została na podstawie zakresu robót ujętego w kosztorysie ofertowym. Odwołujący podał, że w swojej ofercie złożył kosztorys ofertowy sporządzony według kalkulacji uproszczonej i uwzględnił zakres rzeczowy, dodatkowo podany przez Zamawiającego w pismach z dnia 16

i 18.04.2008r. Odwołujący wielokrotnie podkreślał, że z siwz wynika, iż oferta powinna obejmować całość zamówienia oraz, iż mimo określenia w pkt 17 (ostatni akapit) siwz, z którego wynika, iż kosztorys ofertowy służy wyłącznie do ustalenia wynagrodzenia w razie przerwania robót budowlanych, kosztorys ofertowy wykonawcy powinien być podstawą porównywalności oferty tego wykonawcy z innymi ofertami. Poprzez brak możliwości porównywalności zakresu rzeczowego oferowanych robót budowlanych, brak jest możliwości dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, zgodnie z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. A tym samym Zamawiający, w przypadku braku porównywalności ofert i dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp). Odwołujący jednoznacznie stwierdził, że nie kwestionuje ceny wybranej oferty, w szczególności nie kwestionuje jej wysokości, w tym rozumieniu, że zaoferowana cena nie pozwala na wykonanie przedmiotu zamówienia. Różnica w cenie ofert wynosi 1332,02 zł.

Odwołujący podtrzymał również swoje stanowisko zawarte w proteście, iż w wybranej ofercie wykonawca, którym jest osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą nie oznaczył właściwie firmy, a mianowicie w jej nazwie nie podał imienia i nazwiska przedsiębiorcy. Odwołujący podał, iż zdaje sobie sprawę z tego, że fakt ten nie przesądza o braku tożsamości przedsiębiorcy lub o nieważności dokonywanych czynności prawnych.

Zamawiający z całą stanowczością podkreślił, że żądał złożenia kosztorysu ofertowego wyłącznie w jednym konkretnym celu, a mianowicie ustalenia wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w razie przerwania robót budowlanych w trakcie realizacji zamówienia. Żądane przez niego elementy zamieszczenia w kosztorysach, a w szczególności wezwanie Odwołującego pismem z dnia 9.05.2008r. ZP.3410/11/08 na podstawie art. 87 ust 1 Pzp, o złożenie wyjaśnień dotyczących treści oferty w przedmiocie informacji dotyczącej stawki roboczogodziny, kosztów pośrednich, kosztów zakupu i zysku, miało na celu wyłącznie posłużenie się tymi danymi na wypadek konieczności wyceny wykonanych częściowo robót (przerwanie robót budowlanych). Odwołujący udzielił wyjaśnień pismem z dnia 9.05.2008r. I. dz. DT/105/2008. Dane określone w piśmie zawarte zostały we wszystkich kosztorysach ofertowych pozostałych trzech wykonawców.

Zamawiający podkreślił, że w pismach z dnia 16 i 18.04.2008r. udzielił odpowiedzi na pytania wykonawców, co nie przesądzało o obowiązku zamieszczenia w kosztorysach ofertowych zakresu robót, objętego wyjaśnieniami. Podnosił i wielokrotnie podkreślał, że ceną ofertową jest cena ryczałtowa, a kosztorysy ofertowe stanowią wyłącznie podstawę rozliczenia robót na etapie ich realizacji (przerwanie robót budowlanych), zatem brak było podstaw do stwierdzenia, że kosztorys ofertowy stanowi zakres robót, jaki wykonawca ma wykonać.

Zwłaszcza, że ostatnie zdanie pkt 17 siwz (str. 8) brzmi: „ Kosztorys ofertowy nie będzie stanowił określenia zakresu zamówienia do wykonania przez Wykonawcę”.

W przedmiocie niepełnej nazwy firmy przedsiębiorcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą, Zamawiający wyjaśnił, iż wszystkie dane zawarte w ofercie, stanowiły wystarczającą podstawę do potwierdzenia tożsamości tegoż przedsiębiorcy, brak było zatem podstaw do podważenia statusu prawnego wykonawcy.

Na podstawie powyższego KIO zważyła, co następuje:

Z przytaczanych wyżej postanowień siwz oraz wyjaśnień stron popartych dokumentami wynika, że Zamawiający żądał obliczenia ceny ofertowej przez wykonawców, jako ceny ryczałtowej. Natomiast kosztorysy ofertowe miały stanowić charakter pomocniczy, służący do rozliczenia robót budowlanych na wypadek przerwania wykonania zamówienia przez wykonawcę, z którym zostanie zawarta umowa o wykonanie przedmiotu zamówienia.

Udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców, Zamawiający wyjaśnił w pismach z dnia 16.04.2008r. i 18.04.2008r. ZP.3410/11/08, że wskazany w odpowiedziach zakres robót należy uwzględnić w składanych ofertach, w szczególności należy uwzględnić ten zakres w obliczanych cenach ofert.

Cena ryczałtowa, jako cena oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, rozumiana jako cena za cały przedmiot zamówienia albo jego część, wskazana została w art. 88 ust. 1 pkt 3 Pzp, stanowiącym o sposobie poprawiania omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny przez Zamawiającego. O cenie ryczałtowej stanowi również art. 632 k.c., który to przepis został umieszczony w Tytule XV pt. Umowa o dzieło. Z treści § 1 wynika, 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 pracy.

W orzecznictwie sądowym wskazano m.in. w wyroku SN z dnia 26.10.2000r. sygn. akt II CKN 417/0 (LEX nr 52620), że umowa o roboty budowlane, unormowana w Kodeksie cywilnym, w przeciwieństwie do umowy o dzieło nie reguluje kwestii wynagrodzenia ryczałtowego. To oznacza, że strony umowy o roboty budowlane powinny w niej szczegółowo unormować to wynagrodzenie. W innym wyroku SN z dnia 15.06.2007r. sygn. akt V CSK 63/07 (LEX 325619) orzeczono, że art. 632 k.c. może być stosowany w drodze analogii do umowy o roboty budowlane.

W ocenie KIO, powyższe rozważania nie stanowią istoty sprawy, ponieważ z przepisu art. 88 ust. 1 pkt 3 Pzp, zobowiązującego zamawiającego do poprawiania omyłki rachunkowej

w obliczeniu ceny, wynika możliwość stosowania ceny ryczałtowej również w przypadku robót budowlanych.

Istotne znaczenie w rozpoznawanej sprawie ma rozstrzygnięcie zawarte w wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 6 marca 2001r. sygn. akt I ACa 1147/00. Z sentencji wyroku pkt 2 wynika, że „Jeżeli za wykonane dzieło strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, dołączenie przez wykonawcę do umowy kosztorysu nie ma znaczenia, a dokument ów uznać należy za uzasadniający merytorycznie oferowaną przez przyjmującego zamówienie (wykonawcę) kwotę wynagrodzenia ryczałtowego”.

Stanowisko wynikające z wyroku znalazło odzwierciedlenie w orzecznictwie Zespołów Arbitrów. Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu (pismo z dnia 26.05.2008r. ZP.3410/11/08) powołał się na wyrok ZA z dnia 18 kwietnia 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-1052/06, z którego wynika, że w przypadku kiedy zamawiający przewidywał wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie przedmiotu umowy, kosztorysy dołączone do oferty mają znaczenie pomocnicze, a pominięcie w nich niektórych pozycji nie może skutkować odrzuceniem oferty.

W przedmiotowym postępowaniu charakter wynagrodzenia ryczałtowego, przyjętego w wybranej ofercie, wynika z jednoznacznego określenia zawartego m.in. w pkt 17 siwz oraz w § 5 ust. 1 i 2 wzoru umowy. Zamawiający podkreślił w ust. 2 § 5 wzoru umowy, że wynagrodzenie jest niezmiennie przez cały okres wykonania zamówienia (...) i obejmuje również wszelkie prace dodatkowe, których strony nawet nie mogły przewidzieć.

Zatem, zdaniem KIO, należy przyjąć, że wobec określenia w siwz:

1/ w pkt 15 „Informacje dotyczące warunków składania ofert”, że oferta powinna obejmować całość zamówienia,

2/ w pkt 17 „Opis sposobu obliczania ceny”, że cenę oferty należy podać w formie ryczałtu, kosztorys ofertowy służy tylko i wyłącznie na wypadek sytuacji przerwania realizacji zamówienia w celu obliczenia wynagrodzenia należnego wykonawcy z tytułu wykonania części przedmiotu zamówienia, że kosztorys ofertowy nie będzie stanowił określenia zakresu zamówienia do wykonania przez wykonawcę

oraz określenia w § 5 ust. 1 i 2 wzoru umowy, że:

3/ za wykonanie przedmiotu umowy wykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe, które jest niezmiennie przez cały okres wykonania zamówienia i obejmuje również wszelkie prace dodatkowe, których strony nie przewidziały,

Zamawiający nie miał żadnych podstaw do odrzucenia oferty wybranej, złożonej przez wykonawcę – Wiśniewski Karol Przedsiębiorstwo Budowlane INVEST BUD, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako oferty, której treść nie odpowiada treści siwz, z tego powodu, że w kosztorysie ofertowym, dołączonym do oferty, nie zawarto w opisie robót, tych robót, które wskazał Zamawiający w pismach z dnia 16 i 18.04.2008r., a których brak zakwestionował Odwołujący w proteście.

W świetle powyższych ustaleń, nie został potwierdzony zarzut Odwołującego, iż treść wybranej oferty nie odpowiada treści siwz.

KIO podziela stanowisko Odwołującego, zawarte w proteście w przedmiocie nieścisłości wynikających z oznaczenia firmy wybranego wykonawcy. Z zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej z dnia 28.09.2007r. Nr ew. WSA.III.6411/24637/00 Prezydenta Miasta Płocka wynika, że przedsiębiorca został oznaczony w następujący sposób „Wiśniewski Karol Przedsiębiorstwo Budowlane INVEST BUD. Ofertę złożył zaś wykonawca, który, jako pieczętkę firmową wykonawcy podał „Przedsiębiorstwo Budowlane INVEST BUD (...)”.

Zgodnie z przepisami Kodeksu cywilnego, stosowanymi w związku z art. 14 Pzp, przedsiębiorcą jest osoba fizyczna (...) (art. 43¹ k. c.). Przedsiębiorca działa pod firmą, firmę ujawnia się we właściwym rejestrze, chyba, że przepisy odrębne stanowią inaczej (art. 43² § 1 i 2 k. c.). Firmą osoby fizycznej jest jej imię i nazwisko. Nie wyklucza to włączenia do firmy pseudonimu lub określeń wskazujących na przedmiot działalności przedsiębiorcy, miejsce jej prowadzenia oraz innych określeń dowolnie obranych (art. 43⁴ k. c.).

Z powyższych przepisów wynika, że przedsiębiorca działa pod firmą ujawnioną w rejestrze. Przedsiębiorca prawidłowo posługujący się firmą, powinien używać oznaczenia wskazanego w rejestrze, a więc w ofercie należało użyć oznaczenia przedsiębiorcy wynikającego z zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej.

W zakresie tej nieścisłości, Odwołujący wyraził pogląd, iż nie ma to wpływu na ważność oferty. Zamawiający stwierdził, że dokonał porównania dokumentów stanowiących treść oferty i nie miał żadnych podstaw uznać, iż miał do czynienia z innym podmiotem, niż podmiot oznaczony w zaświadczeniu o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej.

W ocenie KIO, fakt ten również nie przesądza o jakichkolwiek negatywnych skutkach mających wpływ na wynik postępowania odwoławczego.

Reasumując, KIO uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu z uwagi na brak wykazania przesłanek stanowiących o tym, iż treść wybranej oferty nie odpowiada treści siwz i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zauważyć przy tym należy, że treść siwz nie była podważana przez wykonawców.

Wobec powyższego, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp, KIO orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku sprawy, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz.1655)) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Płocku**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....