

Sygn. akt: KIO/UZP 48/09

WYROK
z dnia 29 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum budchem - Cestar reprezentowane przez budchem Sp. z o.o., ul. Kuźnicka 1, 72-010 Police** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Towarzystwo Budownictwa Społecznego „Prawobrzeże” Sp. z o.o., ul. Batalionów Chłopskich 61b, 70-770 Szczecin** protestu z dnia 23 grudnia 2008 r.

przy udziale **Przedsiębiorstwa Budowlanego Calbud Sp. z o.o., ul. Kapitańska 2, 71-602 Szczecin** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
2. **kosztami postępowania obciąża Towarzystwo Budownictwa Społecznego „Prawobrzeże” Sp. z o.o., ul. Batalionów Chłopskich 61b, 70-770 Szczecin,**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Konsorcjum budchem - Cestar reprezentowane przez budchem Sp. z o.o., ul. Kuźnicka 1, 72-010 Police,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 8 570 zł 00 gr (słownie: osiem tysięcy pięćset siedemdziesiąt złotych zero groszy) przez **Towarzystwo Budownictwa Społecznego „Prawobrzeże” Sp. z o.o., ul. Batalionów Chłopskich 61b, 70-770 Szczecin** na rzecz **Konsorcjum budchem - Cestar reprezentowane przez budchem Sp. z o.o., ul. Kuźnicka 1, 72-010 Police,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu, zaliczonych w poczet kosztów postępowania odwoławczego, kosztów dojazdu oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika,
- 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 5 426 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum budchem - Cestar reprezentowane przez budchem Sp. z o.o., ul. Kuźnicka 1, 72-010 Police.**

U z a s a d n i e

Pismem z dnia 19.12.2008r. zamawiający – Towarzystwo Budownictwa Społecznego „Prawobrzeże” Sp. z o.o. - odrzucił ofertę złożoną przez konsorcjum budchem - Cestar na podstawie z art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) w zw. z art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z nakazem zawartym w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 listopada 2008r. (sygn. akt: KIO/UZP 1256/08) dokonał powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert, w wyniku której stwierdził, iż oferta złożona przez w/w konsorcjum podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią SIWZ, ponieważ wykonawcy

byli zobowiązani do złożenia kosztorysu ofertowego zawierającego pełen zakres robót objętych przetargiem i niezbędnych do zrealizowania przedmiotu zamówienia, ujętych w dokumentacji projektowej oraz w SIWZ, a konsorcjum budchem - Cestar nie złożyło wraz z ofertą kosztorysów dotyczących "Węzła ciepłego Bud. B 1 - cz. Sanitarna" oraz "Przyłącza ciepłego".

W piśmie odrzucającym ofertę konsorcjum zamawiający zawarł również stwierdzenie, iż w dalszym ciągu uważa, iż nie załączenie do oferty uchwał zgromadzenia wspólników o wyborze członków zarządu w osobach: Monika U. i Waldemar B. było sprzeczne z rozdz. I pkt 4 SIWZ i również wpływa na niezgodność oferty z treścią SIWZ.

Pismem z dnia 23.12.2008r. konsorcjum budchem - Cestar, zwane dalej protestującym, odwołującym lub konsorcjum, złożyło protest na następujące czynności zamawiającego:

1. wykluczenie z udziału w postępowaniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego i odrzucenie oferty tego konsorcjum, pomimo spełnienia przez tego wykonawcę wymogów określonych w SIWZ i przepisów ustawy oraz zgodności oferty z treścią SIWZ i ustawą,
2. zaniechanie wypełnienia przez zamawiającego obowiązków wynikających z art. 24 ust. 3 ustawy Pzp, tj. podania uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia protestującego z postępowania,
3. dokonanie wyboru oferty wykonawcy P.B. Calbud Sp. z o.o. pomimo, że oferta protestującego jest zgodna z treścią SIWZ i ustawą, protestujący spełnia wymogi SIWZ, a jego oferta uzyskała najwyższą ilość punktów wg kryterium ceny,

ewentualnie

4. zaniechanie wezwania konsorcjum do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, poprawienia błędów (art. 26 ust. 3 i 4 ustawy), które mogłyby (lub stanowią) podstawę wykluczenia protestującego z tego postępowania.

Protestujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24, w tym w szczególności ust. 3 tego artykułu, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp oraz zażądał:

1. unieważnienia czynności wykluczenia konsorcjum z udziału w postępowaniu oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty konsorcjum,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty P.B. Calbud Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
3. przeprowadzenia przez zamawiającego ponownej weryfikacji ofert w tym postępowaniu i dokonanie wyboru oferty protestującego jako oferty najkorzystniejszej

ewentualnie

4. nakazania zamawiającemu wezwania protestującego do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, poprawienia błędów (art. 26 ust. 3 i 4 ustawy), które mogłyby (lub stanowią) podstawę wykluczenia protestującego z tego postępowania.

Wykazując swój interes prawny w złożeniu protestu konsorcjum podało, że w wyniku działań zamawiającego protestujący, pomimo spełnienia wszystkich warunków postępowania określonych zarówno w SIWZ, jak też w przepisach ustawy oraz faktu, że oferta uzyskała najwyższą ilość punktów wg kryteriów ustalonych w SIWZ może utracić możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu protestu konsorcjum wskazało, że zamawiający, wbrew obowiązkom wynikającym z art. 24. ust. 3 ustawy Pzp nie podał uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia protestującego.

Odnosnie odrzucenia jego oferty protestujący podniósł, że stanowisko zamawiającego w tym względzie jest niezgodne ze stanem faktycznym, z którego wynika, że oferta protestującego jest zgodna z wymogami SIWZ, ponieważ:

1. kosztorys ofertowy w rozumieniu i wg wymagań Rozdz. V pkt.7 SIWZ jest dołączony do oferty (strony od nr 290 nr 430 oferty),
2. w decyzji o odrzuceniu oferty zamawiający wskazuje jedynie na fakt nie ujęcia w tym kosztorysie dwóch robót objętych dokumentacją i/lub SIWZ, czyli wskazuje na sytuację, o której mowa w rozdz. X pkt 5 SIWZ pt. "Sposób obliczenia ceny oferty". Zgodnie z ustaleniem tego punktu SIWZ (cyt.): "Roboty (...), których wykonawca nie ujął w kosztorysie ofertowym (...) uważać się będzie, że zostały ujęte w cenach jednostkowych innych pozycji".

Protestujący wskazał, że cena w tym postępowaniu jest ceną ryczałtową, co w ocenie protestującego sprawia, że podstawa odrzucenia jego oferty jest nieuzasadniona, chybiona, niezgodna z obowiązującymi przepisami i aktualnym orzecznictwem. Protestujący powołał się na wyroki ZA o sygnaturach UZP/ZO/0-2407/06, UZP/ZO/0-634/07, UZP/ZO/0-886/04, UZP/ZO/0-344/07.

Nadto wskazał, że zamawiający nie zarzucił protestującemu, że zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada opisanemu w SIWZ co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia.

Podniósł także, że nieuprawniony jest podnoszony po raz kolejny przez zamawiającego zarzut dotyczący uchwał o powołaniu członków zarządu "budchem" Sp. z o.o. zważywszy na jednoznaczne rozstrzygnięcie w tym względzie przez KIO w wyroku z dnia 25.11.2008r. sygn. akt: KIO/UZP1256/08.

Pismem z dnia 05.01.2009r., zamawiający protest rozstrzygnął poprzez jego odrzucenie, wskazując, że protest jest niedopuszczalny na podstawie art. 181 ust. 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca wnoszący protest oraz wykonawca wezwany zgodnie z ust. 3 nie mogą następnie korzystać ze środków ochrony prawnej na czynności zamawiającego wykonane zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem protestu zapadłym w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu oraz stwierdzając, że zgodnie z w/w wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający zobowiązany był unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i miał dokonać powtórzenia czynności badania i oceny ofert, co też zamawiający uczynił.

Pismem z dnia 09.01.2009r. konsorcjum złożyło odwołanie, żądając:

1. uwzględnienia odwołania,
2. unieważnienia czynności wykluczenia konsorcjum z udziału w postępowaniu oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty konsorcjum,
3. uznania, że odrzucenie protestu jest nieuzasadnione i niezgodne z obowiązującymi przepisami, w szczególności art. 181 ust. 6 ustawy Pzp,
4. unieważnienia czynności wyboru oferty P.B. Calbud Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,
5. przeprowadzenia przez zamawiającego ponownej weryfikacji ofert w tym postępowaniu i dokonania wyboru oferty protestującego jako oferty najkorzystniejszej,
6. obciążenia zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy ewentualnie
7. zobowiązania zamawiającego do podania uzasadnienia faktycznego i prawnego wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu,
8. zobowiązania zamawiającego do wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, poprawienia błędów (art. 26 ust. 3 i 4 ustawy), które mogłyby (lub stanowią) podstawę wykluczenia protestującego z tego postępowania.

W uzasadnieniu odwołania konsorcjum stwierdziło, iż treść pisma zamawiającego z dnia 19.12.2008r. jest nieczytelna stąd trudno jednoznacznie ocenić, czy odwołujący został faktycznie wykluczony.

Odwołujący podniósł, że w rozstrzygnięciu protestu zamawiający próbuje zastosować wybieg prawny polegający na wadliwej interpretacji przepisu art. 181 ust. 6 ustawy oraz

stwierdził, że zamawiający nie wykonał czynności zgodnie z ostatecznym rozstrzygnięciem pierwszego protestu jak to nakazał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej - nie zmienił instytucji eliminacji oferty odwołującego z postępowania, jak i również nie zmienił wyniku danego postępowania. Wskazał także, że zamawiający w toku drugiej decyzji o wykluczenia i odrzucenia oferty odwołującego powołał się na inne okoliczności stanowiące podstawę tych czynności, niż te, które stanowiły podstawę uprzedniego wykluczenia i odrzucenia oferty, co oznacza, że nie mają tu zastosowania przepisy art. 187 ust. 4 pkt 5 - 6 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 181 ust. 6 ustawy Pzp. Odwołujący przywołał wyrok ZA o sygnaturze UZP/ZO/0-2822/06.

Odwołujący, na wypadek gdyby zamawiający potwierdził fakt wykluczenia go z udziału w postępowaniu, wskazał, że zamawiający do dnia złożenia odwołania nie rozstrzygnął protestu stąd odwołujący nie zna podstaw merytorycznych ani formalno - prawnych wykluczenia go z postępowania, wobec czego nie ma możliwości merytorycznego odniesienia się do wykluczenia go z postępowania.

Odnosnie odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, odwołujący ponowił argumentację zawartą uprzednio w proteście.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, treści oferty odwołującego, stanowisk i oświadczeń stron oraz przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W związku ze złożeniem protestu w niniejszej sprawie w dniu 23.12.2008r., tj. w dacie po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), mając na względzie przepis art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy, skład orzekający Izby podjął rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie w zakresie stosowania przepisów działu VI ustawy w oparciu o stan prawny po wejściu w życie przepisów nowelizacyjnych.

Odnosnie interesu prawnego odwołującego, skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadał interes prawny w złożeniu protestu i odwołania, gdyż potwierdzenie się zarzutu odnośnie braku podstaw do odrzucenia jego oferty oznaczałoby dla odwołującego możliwość uzyskania niniejszego zamówienia ze względu na zaoferowanie najniższej ceny w sytuacji, gdy cena była jedynym kryterium oceny ofert. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy.

Odnośnie istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania postanowień SIWZ skład orzekający Izby ustalił:

W Rozdziale V SIWZ zatytułowanym „Warunki stawiane wykonawcom i opis oceny ich spełnienia. Wymagane dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz inne dokumenty wymagane w ofercie” w pkt. 7 i 8 zamawiający zawarł postanowienia o treści: „7. Ponadto wykonawcy mają dołączyć do oferty kosztorys ofertowy zawierający pełen zakres robót niezbędnych do zrealizowania inwestycji ujęty w dokumentacji projektowej, Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz SIWZ wraz z zestawieniem kosztorysów wg podziału jak przedmiary zamawiającego i zestawieniem materiałów oraz w kolejności ustalonej w „Wykazie dokumentacji projektowej” – Rozdz. XVI SIWZ ust. 2” oraz „8. Oferty, które nie będą zawierały dokumentu, o którym mowa w pkt. 7 zostaną odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.”

W Rozdziale X zatytułowanym „Sposób obliczenia ceny oferty” w pkt. 4 i 5 zamawiający zawarł postanowienia o treści: „4. Wykonawca uwzględni w ramach ceny ofertowej koszty wynikające z § 9 ust. 2 lit. B ppkt 9 OWRB” oraz „5. Roboty ujęte w dokumentacji technicznej, przedmiarach, ST oraz SIWZ, których wykonawca nie ujął w kosztorysie ofertowym nie zostaną dodatkowo opłacone przez zamawiającego i uważać się będzie, że zostały ujęte w cenach jednostkowych innych pozycji”. Z kolei w § 9 ust. 2 lit. B ppkt 9 Ogólnych Warunków Umów o Roboty Budowlane (OWRB) wskazano, że obowiązkiem wykonawcy jest ubezpieczyć roboty przeciw wszelkim stratom lub szkodom spowodowanym przez jakiegokolwiek przyczyny.

W Rozdziale XVI zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia” w pkt. 1 zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie wszelkich czynności i prac niezbędnych do prawidłowego zrealizowania zamówienia, polegającego na budowie zespołu zabudowy mieszkaniowej wielorodzinnej ul. Kusocińskiego - Głowackiego - Sowińskiego w Szczecinie, w zakresie rzeczowym ujętym w:

- a) dokumentacji projektowej, opracowanej przez „Firmę Projektową J. Nawrocki z siedzibą w szczecinie przy ul. Mazurskiej 42/6
- b) Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót, zwanej dalej ST,
- c) Rozdz. VIII, X, XVI SIWZ.

(Rozdz. VIII - Termin wykonania zamówienia i gwarancje, Rozdz. X - Sposób obliczenia ceny oferty, Rozdz. XVI - Opis przedmiotu zamówienia).

Zakres zamówienia obejmuje budowę 3 budynków mieszkalnych wraz z instalacjami wewnętrznymi oraz infrastrukturą techniczną i zagospodarowaniem terenu:

- sieci i przyłącza kanalizacji sanitarnej,
- sieci i przyłącza kanalizacji deszczowej,
- sieć i przyłącza wodociągowe,

- sieć ciepła międzyblokowa,
- sieć kablowa SN-15 kV,
- sieć kablowa NN-0,4 kV im oświetlenie terenu,
- zagospodarowanie terenu,
- rozbiórki.”

W dalszej części pkt. 1 zamawiający podał co wyłącza się z zakresu robót.

W pkt. 3. 4) stanowiącym o podstawach prawno - technicznych wykonania zadania zamawiający wskazał, że „Przedmiary dostarczone przez Zamawiającego stanowią materiał pomocniczy”

W pkt. 5 pkt 2) zamawiający wskazał nadto ponad 25 pozycji, jakie wykonawca ma obowiązek uwzględnić w cenie oferty.

W Rozdziale XVIII zatytułowanym „Wzór umowy” w § 1 ust. 2 zamawiający wskazał, że „Przedmiot umowy obejmuje wykonanie wszelkich prac i czynności niezbędnych do prawidłowego zrealizowania zespołu B zabudowy mieszkaniowej wielorodzinnej wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą techniczną przy ul. Kusocińskiego - Głowackiego - Sowińskiego w Szczecinie, w zakresie rzeczowym ujętym w dokumentacji projektowej - opracowanej przez „Firmę Projektową J. Nawrocki” z siedzibą w Szczecinie przy ul. Mazurskiej 42/6 oraz w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót (ST) i w Rozdziale X, XIV i XVI Specyfikacji Istotnych Warunków zamówienia (SIWZ)”.

(Rozdz. X - Sposób obliczenia ceny oferty, Rozdz. XIV - Wymagania dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy, Rozdz. XVI – Opis przedmiotu zamówienia).

W § 3 ust. 1 wzoru umowy zamawiający zawarł postanowienie, zgodnie z którym „Za wykonanie przedmiotu umowy Strony ustalają wynagrodzenie ryczałtowe, zgodnie z ofertą cenową Wykonawcy, stanowiącą Załącznik nr 1 do niniejszej umowy (...)” W ust. 2 wskazano, iż „Kwota wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy pokrywa wszelkie zobowiązania Wykonawcy objęte umową oraz wszystko co jest potrzebne dla właściwego wykonania i ukończenia robót, usunięcia wszelkich wad w przedmiocie umowy w okresie odpowiedzialności Wykonawcy.”

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie.

Z postanowień SIWZ przedmiotowego postępowania nie sposób wyczytać, że potwierdzeniem przez wykonawców, że w składanej ofercie podejmują się realizacji zamówienia, tj. w tym przypadku wszystkich czynności i prac niezbędnych do prawidłowego zrealizowania zamówienia, polegającego na budowie zespołu zabudowy mieszkaniowej wielorodzinnej „B” wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą techniczną pomiędzy ul. Kusocińskiego - Głowackiego - Sowińskiego w Szczecinie (Rozdział XVI „Opis przedmiotu

zamówienia” pkt 1) będą kosztorysy ofertowe, sporządzone przez wykonawców ściśle wg przedmiarów robót, tj. wyszczególniające wszystkie pozycje przedmiarów.

Jedynie oświadczenia wykonawców, których żądał zamawiający, a którymi wykonawcy zobowiązywali się do wykonania zamówienia były oświadczenia zawarte w pkt. 1, 9, 10 i 12 Oferty cenowej (Załącznik nr 1 do SIWZ). Zgodnie z nimi każdy wykonawca miał oświadczyć, że oferuje wykonanie robót zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia za wynagrodzenie ryczałtowe, że przedmiot oferty jest zgodny z przedmiotem zamówienia, że przedstawiona oferta zawiera wszystkie materiały i prace niezbędne do wykonania zakresu przedmiotu zamówienia, określonego w SIWZ oraz, że zobowiązuje się do podpisania umowy na warunkach zawartych we wzorze umowy. Tym wymogom zamawiającego odwołujący nie uchybił, składając ofertę cenową, zawierającą wszystkie wskazane oświadczenia.

Skład orzekający Izby stwierdza, że w przedmiotowym postępowaniu przedmiatom robót zamawiający przypisał jedynie rolę pomocniczą. Wynika to zarówno z postanowień pkt. 3 Rozdziału XVI „Opis przedmiotu zamówienia”, wskazującym podstawę prawną - techniczną wykonania zadania, gdzie zamawiający wyraźnie wskazał, że: „Przedmiary dostarczone przez Zamawiającego stanowią materiał pomocniczy”, jak i z postanowień pkt. 7 Rozdziału V „Warunki stawiane wykonawcom i opis oceny ich spełnienia. Wymagane dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz inne dokumenty wymagane w ofercie”, gdzie zamawiający wymogu wyspecyfikowania wszystkich pozycji przedmiarów nie wyartykułował.

Zawarte w w/w pkt. 7 zdanie o treści: „Ponadto wykonawcy mają dołączyć do oferty kosztorys ofertowy zawierający pełen zakres robót niezbędnych do zrealizowania inwestycji ujęty w dokumentacji projektowej, Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz SIWZ wraz z zestawieniem kosztorysów wg podziału jak przedmiary zamawiającego i zestawieniem materiałów oraz w kolejności ustalonej w „Wykazie dokumentacji projektowej” – Rozdz. XVI SIWZ ust. 2” obowiązku takiego nie kreuje. W szczególności nie można postawić znaku równości pomiędzy wymogiem, aby kosztorys ofertowy zawierał pełen zakres robót niezbędnych do zrealizowania inwestycji z wymogiem, aby kosztorys ofertowy zawierał wszystkie pozycje wyszczególnione w przedmiarach.

Jest to jeszcze bardziej czytelne w zestawieniu z postanowieniem Rozdziału X „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 5, w którym zamawiający ustalił regułę, że: „Roboty ujęte w dokumentacji technicznej, przedmiarach, ST oraz SIWZ, których wykonawca nie ujął w kosztorysie ofertowym nie zostaną dodatkowo opłacone przez zamawiającego i uważać się będzie, że zostały ujęte w cenach jednostkowych innych pozycji.”

Jeżeli bowiem zamawiający przewidział możliwość pominięcia (nie ujęcia) w kosztorysie ofertowym nie sprecyzowanych bliżej robót, to tym bardziej należy uznać, że nie wyszczególnienie przez odwołującego robót objętych kosztorysem dotyczącym węzła

ciepłego Budynku B1 części sanitarnej, czy kosztorysu dotyczącego przyłącza ciepłego zostało przez zamawiającego dopuszczone, a zatem nie może być poczytane za niezgodne z treścią SIWZ.

Za pomocniczym charakterem przedmiarów w tym postępowaniu przemawia także fakt, że w przedmiotowym postępowaniu przyjęto, co wynika wprost z postanowień § 3 ust. 1 wzoru umowy, wynagrodzenie ryczałtowe oraz fakt, że w Rozdziale XVI „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 5 ppkt 2), wskazującym dodatkowe wymagania dotyczące realizacji robót objętych zamówieniem, zamawiający umieścił ponad 25 czynności, prac i robót (np. wykonanie robót ziemnych przy ewentualnym wystąpieniu wody gruntowej lub podniesienia wody w wykopie na skutek opadów jesiennych, rozbiórek wszelkich pozostałych na terenie budowy obiektów i budowli, segregacji i wywozu gruzu, wywozu materiałów pochodzących z wykopów), które nie zostały objęte przedmiarami robót.

Odnosząc się do przyjętego wynagrodzenia ryczałtowego, skład orzekający Izby stwierdza, że choć wśród definicji legalnych, zawartych w art. 2 ustawy Pzp, brak jest definicji „ceny ryczałtowej” („wynagrodzenia ryczałtowego”), jednak przyjmuje się, że istotą tego rodzaju wynagrodzenia 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.

Uwzględniając zatem w/w znaczenie przyjętego w przedmiotowym postępowaniu wynagrodzenia ryczałtowego, stwierdzić należy, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty odwołującego skoro niezależnie od rzeczywistego rozmiaru lub kosztu prac będzie on zobligowany - wobec oświadczenia zawartego w Ofercie cenowej w pkt. 1, 9, 10 i 12 i charakteru wynagrodzenia - do wykonania przedmiotu zamówienia, tj. Budowy zespołu „B” zabudowy mieszkaniowej wielorodzinnej wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą techniczną przy ul. Kusocińskiego - Głowackiego - Sowińskiego w Szczecinie

Nawet gdyby przyjąć, że postanowieniem pkt 8 Rozdziału V zamawiający zobligował wykonawców do sporządzenia kosztorysów wyszczególniających wszystkie pozycje przedmiarowe, to należałoby uznać, że w istocie zamawiający zawarł w SIWZ postanowienia, których jednoczesne zastosowanie nie jest możliwe. Nie dałoby się bowiem pogodzić reguły rzekomo zawartej przez zamawiającego w pkt. 7 Rozdziału V, z regułą zawartą przez zamawiającego w pkt. 5 Rozdziału X, zezwalającą na pominięcie i uwzględnienie w innych pozycjach niektórych robót. Biorąc pod uwagę, że to na zamawiającym spoczywa obowiązek jednoznacznego i jasnego precyzowania postanowień SIWZ, fakt, że postanowienia te nie czynią zadość tym wymogom, nie mógłby być poczytany

na niekorzyść odwołującego i nie mógłby prowadzić do zastosowania sankcji odrzucenia oferty, wprowadzonej w pkt. 8 Rozdziału V SIWZ.

Słusznie też podniósł odwołujący, że podstawą wystawienia faktury przejściowej będzie protokół odbioru poszczególnych elementów robót, ujętych w Harmonogramie rzeczowo - finansowym realizacji robót, nie zaś kosztorys ofertowy. Zatem również z punktu widzenia rozliczeń w trakcie realizacji zamówienia kosztorys ofertowy nie będzie miał znaczenia.

Jednocześnie skład orzekający Izby stwierdza, że w konsekwencji złożenia protestu i odwołania dotyczącego odrzucenia oferty odwołującego w sytuacji, gdy takie działanie zamawiającego jest bezpodstawne, bez znaczenia pozostaje fakt objęcia treścią protestu i odwołania wybór jako najkorzystniejszej oferty P.B. Calbud Sp. z o.o., ponieważ następstwem przywrócenia oferty odwołującego z najniższą ceną ofertową w tym postępowaniu (kryterium „cena” – znaczenie 100%), jest konieczność anulowania, w wyniku ponownego badania i oceny ofert, decyzji zamawiającego o wyborze oferty P.B. Calbud Sp. z o.o.,

Wobec cofnięcia przez odwołującego na rozprawie, w związku z potwierdzeniem przez zamawiającego, że odwołujący nie został wykluczony z udziału w postępowaniu, zarzutów naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 3 oraz art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, skład orzekający Izby pozostawił te zarzuty bez rozpoznania.

Skład orzekający Izby stwierdza nadto, że zamawiający nie ma podstaw do odrzucenia oferty odwołującego z powodu nie załączenia do oferty uchwał zgromadzenia wspólników o wyborze członków zarządu w osobach: Monika U. i Waldemar B., ponieważ niedopuszczalność takiego działania jest konsekwencją uwzględnienia odwołania (wyrok KIO/UZP 1256/08 z dnia 25.11.2008r.) i oddalenia przez Sąd Okręgowy w Szczecinie skargi zamawiającego wniesionej na to rozstrzygnięcie.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania. Jednocześnie też, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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

z późn. zm.), skład orzekający Izby uznał za uzasadnione koszty odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*