

Sygn. akt: KIO/UZP 287/10

**WYROK**  
z dnia 25 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Członkowie: Marek Szafraniec**

**Klaudia Szczytowska – Maziarz**

**Protokolant: Patrycja Kaczmarska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Warbud S.A., al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa, adres do korespondencji: ul. Rzemieślnicza 33, 81-855 Sopot** odwołania, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Akademia Marynarki Wojennej im. Bohaterów Westerplatte, ul. Śmidowicza 69, 81-103 Gdynia** protestu z dnia 1 marca 2010 r.

przy udziale **Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” - Przemysłówka Sp. z o.o. (lider), ALSTAL GRUPA BUDOWLANA Sp. z o.o. Sp. Komandytowa (partner), PRO BUD SA, (partner), z siedzibą dla lidera konsorcjum: ul. Biskupińska 11, 85-375 Bydgoszcz** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego, jak również nakazuje powtórzenie czynności oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Akademię Marynarki Wojennej im. Bohaterów Westerplatte, ul. Śmidowicza 69, 81-103 Gdynia**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Warbud S.A., al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa, adres do korespondencji: ul. Rzemieśnicza 33, 81-855 Sopot,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Akademię Marynarki Wojennej im. Bohaterów Westerplatte, ul. Śmidowicza 69, 81-103 Gdynia** na rzecz **Warbud S.A., al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa, adres do korespondencji: ul. Rzemieśnicza 33, 81-855 Sopot** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 556 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Warbud S.A., al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa, adres do korespondencji: ul. Rzemieśnicza 33, 81-855 Sopot.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na budowę Biblioteki Akademickiej z Centrum Audytoryjno - Informacyjnym Akademii Marynarki Wojennej wraz z infrastrukturą towarzyszącą, zostało wszczęte przez Akademię Marynarki Wojennej im. Bohaterów Westerplatte, ul. Śmidowicza 69, 81-103 Gdynia zwaną dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 117- 169095 w dniu 20.06.2009 r.

W dniu 22.01.2010 r. Zamawiający przekazał faxem informacje o odrzuceniu oferty Warbud S.A., al. Jerozolimskie 162a, 02-342 Warszawa, adres do korespondencji: ul. Rzemieśnicza 33, 81-855 Sopot zwanego dalej: „Warbud S.A” albo „Protestującym” albo „Odwołującym”, jak i wyborze oferty - MEGA SA., ul. Hutnicza 42, 81-038 Gdynia zwanej dalej: „MEGA SA.”. Kolejną pozycję w rankingu złożonych ofert zajęło - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” – Przemysłówka Sp. z o.o., ul. Biskupińska 11, 85-375 Bydgoszcz

zwane dalej: „PW. „EBUD” – Przemysłówka Sp. z o.o.”. Wyjaśnił, że z uwagi na art.89 ust.1 pkt 2 Pzp oferta Warbud S.A. nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, ze względu na: a) wycenę 120.000,- szt. etykiet do oznaczania zbiorów za cenę 81 600 zł, które nie były przedmiotem zamówienia, b) sporządzenie kosztorysów ofertowych niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, a w szczególności braku zestawienia materiałów w kosztorysie instalacji audiowizualnych, gdzie w poz. 47 podano łączną, kwotę 544.500,- zł za materiały nie ujęte w kosztorysie a przewidziane w PT, bez zestawienia materiałów i urządzeń oraz ich ilości i cen jednostkowych. Na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia treści tej pozycji kosztorysowej, Wykonawca stwierdził, że pozycja ta zawiera cenę urządzeń nie wymienionych w przedmiarach, a wymienionych w odpowiedziach Zamawiającego, jak również cenę za 23 szt. akumulatorów bezobsługowych Ah 12V nie wycenionych odpowiednim kosztorysie, oraz częściowy koszt ryzyka wynikającego z ceny ryczałtowej. Biorąc niniejsze pod uwagę stwierdził, że opis pozycji z oferty nie odpowiada stanowi rzeczywistości. W poz. 155 kosztorysu branży budowlanej wyceniono żaluzje jako komplet za cenę 135.650,- zł bez podania ilości w m<sup>2</sup> i ceny jednostkowej. Na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia treści tej pozycji kosztorysowej, Wykonawca stwierdził, że pozycja ta zawiera cenę za żaluzję wewnętrzną i rolety zaciemniające, jak również koszt materiałów nie ujętych w przedmiarze a występujących w dokumentacji projektowej oraz częściowy koszt ryzyka wynikającego z ceny ryczałtowej. Biorąc niniejsze pod uwagę stwierdził, że opis pozycji z oferty nie odpowiada stanowi rzeczywistości. W kosztorysie branży drogowej przewidziano wykonanie murów oporowych jako prefabrykowane, a nie jak w projekcie jako murowane z pustaków betonowych o czym Zamawiający powiadomił wszystkich wykonawców w odpowiedziach na pytania. Wskazał także, że podlega ona odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, ze względu na błędy w wyliczeniu oferty. W tabeli elementów scalonych branży budowlanej błędnie wyliczono Kz od materiałów, co wskazuje, że do wyliczenia Kz przyjęto inne założenia niż wskazano na stronie tytułowej kosztorysu ofertowego. Zamawiający odrzucił także ofertę Warbud S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, ze względu na rażąco niską cenę oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia. W wyznaczonym terminie Wykonawca przedstawił swoje stanowisko, któremu Zamawiający nie dał wiary. Wykonawca w swoich wyjaśnieniach, w ocenie Zamawiającego, potwierdził jedynie, że kwestionowane ceny wskazanych elementów oferty są cenami realistycznymi. Biorąc pod uwagę, że cena Warbud S.A. jest niższą od ceny średniej ofert pozostałych Wykonawców o 23,5 % oraz, że Wykonawca nie wyjaśnił w sposób przekonywający zarzutów dotyczących zaniżonych cen, uznać należy, że oferta zawiera ceną rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W dniu 01.02.2010 r. wpływ do Kancelarii Zamawiającego na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp” Warbud S.A. złożyło protest na czynności i zaniechania Zamawiającego. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, 4 i 6 Pzp, ewentualnie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oraz innych przepisów wymienionych lub wynikających z uzasadnienia protestu. Wnosił o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienie czynności odrzucenia oferty Protestującego,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 3) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Protestującego i zawarcie z nim umowy, ewentualnie
- 4) unieważnienie postępowania.

Odnosnie niezgodności oferty z treścią SIWZ. Protestujący wskazał, że zgodnie z treścią pkt IX SIWZ wynagrodzenie Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu ma charakter ryczałtowy i nie budzi to wątpliwości żadnej ze stron. Wykonawca zobowiązany był obliczyć cenę oferty na wykonanie robót na podstawie Dokumentacji projektowej oraz Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót zwanej dalej: „STWiOR”. Załączone do opisu przedmiotu zamówienia kosztorysy przedmiarowe mają charakter pomocniczy i nie stanowią - zgodnie z treścią SIWZ - podstawy do obliczenia ceny oferty. Zgodnie z § 6 ust. 1 umowy (załącznik nr 4) wynagrodzenie Wykonawcy jest wynagrodzeniem ryczałtowym i zostało określone na podstawie złożonej oferty i zawiera wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy (w tym wszystkie urzędowe opłaty, podatki). Zgodnie z treścią SIWZ załączone do opisu przedmiotu zamówienia kosztorysy przedmiarowe mają charakter pomocniczy i nie stanowią podstawy do obliczenia ceny oferty. Wskazał, że nie jest jednocześnie kwestionowanym, iż jego oferta obejmuje cały zakres zamówienia zgodnie z definicjami podanymi w SIWZ. Podniósł, że zgodnie z art. 632 Kc 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. Skoro w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z ceną ryczałtową oferty, w konsekwencji, kosztorysy sporządzane przez Wykonawcę mają charakter pomocniczy, a Wykonawca ma obowiązek wykonania całego przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie. Wobec tego, Zamawiający nie może odrzucić oferty za braki w kosztorysie ofertowym, gdyż nie mają one znaczenia dla sprawy. Wykonawca zobowiązał się wykonać całość zamówienia na podstawie dokumentacji projektowej oraz Specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót, za kwotę określoną w ofercie i ewentualne błędy w kosztorysie nie mogą mieć wpływu na treść złożonej oferty. Przywołał w tym zakresie wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 03.03.2001 r., sygn.

akt: I ACa 1147/00, wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 18.04.2006 r., sygn. akt UZP/ZO/0-1052/06, wyrok KIO z dnia 29.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 48/09, wyrok KIO z dnia 24.11.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1439/09, wyrok KIO z dnia 21.09.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1172/09. Zamawiający jednoznacznie określił rodzaj wynagrodzenia Wykonawców jako wynagrodzenie ryczałtowe, co niesienie za sobą konsekwencje prawne. Wykonawca ma obowiązek wykonania całego przedmiotu zamówienia za cenę wskazaną w ofercie, a co za tym idzie ewentualne braki w kosztorysie ofertowym nie mają one znaczenia dla sprawy. Wobec tego, argumentacja Zamawiającego o niezgodności oferty z SIWZ jest nielogiczna i niezasadna. Niezależnie od informacji zawartych w kosztorysie, który jak powtarzamy, miał wyłącznie charakter informacyjny, Wykonawca i tak zobowiązany jest wykonać zamówienie zgodnie z Dokumentacją projektową oraz STWiOR, nie może także żądać podwyższenia wynagrodzenia za wykonanie tych robót. Elementy na które wskazuje Zamawiający mają charakter marginalny w stosunku do wartości oferty. Z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, a także na zobowiązanie zawarte w ofercie, iż Protestujący oferuje wykonanie całego zamówienia za kwotę 27.080.972,05 zł brutto, brak wyceny marginalnych w stosunku do wartości oferty pozycji nie może skutkować odrzuceniem oferty Protestującego. Protestujący zobowiązał się bowiem jednoznacznie do wykonania całości robót zgodnie z zakresem określonym w SIWZ za cenę podaną w ofercie.

Odnosnie błędu w obliczeniu ceny oferty. Protestujący podniósł, że zgodnie z treścią pkt IX SIWZ wynagrodzenie Wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu ma charakter ryczałtowy i nie budzi to wątpliwości żadnej ze stron. Wobec tego, skoro w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z ceną ryczałtową oferty. W konsekwencji, kosztorysy i tabele elementów scalonych sporządzane przez Wykonawcę mają charakter wyłącznie pomocniczy. Zamawiający nie może zatem odrzucić oferty za braki w kosztorysie ofertowym i tabeli elementów scalonych, gdyż nie mają one znaczenia dla sprawy. Wykonawca zobowiązał się wykonać całość zamówienia na podstawie dokumentacji projektowej oraz STWiOR, za kwotę określoną w ofercie i ewentualne błędy w kosztorysie i tabeli elementów scalonych nie mogą mieć wpływu na treść złożonej oferty. Ponadto, ewentualne błędy na które powołuje się Zamawiający winny zostać poprawione w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odnosnie rażąco niska cena oferty. Protestujący wskazał, że cena zaoferowana przez została wyliczona tak, jak wymagał Zamawiający, na podstawie dokumentacji projektowej oraz STWiOR. Cena oferty zawiera także wszystkie liczne modyfikacje SIWZ dokonane przez Zamawiającego, w tym koszty ryzyka wynagrodzenia ryczałtowego. W dopowiedzi na wezwanie Zamawiającego trybie art. 90 ust. 1 Pzp, Protestujący dokonał wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przy czym działając zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, Warbud ograniczył swoje wyjaśnienia do elementów oferty zakwestionowanych przez Zamawiającego. Zamawiający nie wzywał do

wyjaśnień *an block*. Protestujący stwierdził, że Zamawiający kwestionuje wyłącznie elementy oferty, które wedle niego są cenami nierealistycznymi. Wskazał, że w wątpliwości Zamawiającego biorą się wyłącznie z winy Zamawiającego. Liczne modyfikacje SIWZ i zobowiązanie Wykonawców do wykonania kosztorysów w oparciu o dokumentację projektową powodują, że Zamawiający ma wątpliwości co do treści oferty. Pojęcie rażąco niskiej ceny odnosi się wyłącznie do ceny całkowitej oferty, a nie jej elementów składowych. Kwestionowanie poszczególnych elementów oferty jest zatem bezprzedmiotowe. Z treści wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty wynika jednoznacznie, że Zamawiający kwestionuje właśnie poszczególne elementy oferty. Przywołuje na zasadność swoich twierdzeń wyrok KIO z dnia 8.06.2009r., sygn. akt: KIO/UZP 671/09. Podkreślił, że Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, która to oferta jest droższa od oferty Warbud tylko o 9%. Ustawa nie reguluje pojęcia rażąco niskiej ceny. Przywołał orzecznictwo odnośnie ceny rażąco niskiej – wyrok KIO z dnia 20.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 284 /09 oraz wyrok KIO z dnia 30.06.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 741/09. Wskazał, że jako każdy podmiot funkcjonujący od wielu lat w obrocie gospodarczym w toku swojej działalności prowadzi negocjacje z różnymi podmiotami i uzyskuje dzięki nim ceny, przykładowo materiałów i usług, sprzętu i wyposażenia znacznie niższe od cen rynkowych. Jest to wynikiem posiadanej przez Protestującego renomy i zaufania klientów, zwłaszcza w zakresie rzetelnego wywiązywania się z zobowiązań umownych. W ramach przedmiotowego postępowania prowadził i nadal prowadzi negocjacje ze swoimi kontrahentami odnośnie ostatecznych cen oferowanych przez nich dostaw i usług, co implikuje możliwość wynegocjowania niższych cen na pewne materiały czy urządzenia.

W dniu 02.02.2010 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym.

W dniu 05.02.2010 r. (wpływ do Kancelarii Zamawiającego) do postępowania protestacyjnego przystąpił Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „EBUD” – Przemysłówka Sp. z o.o. wnosząc o oddalenie protestu w całości. Kopia przystąpienia została stosownie przekazana Protestującemu. Wskazał, że po pierwsze oferta Protestującego nie odpowiada treści SIWZ w zakresie wymaganego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia. Zaoferowanie bowiem robót i dostaw, które nie były przedmiotem zamówienia stanowi o niezgodności oferty z wymaganiami SIWZ. Przywołał wyrok KIO z dnia 27.08.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 840/08, wyrok KIO z dnia 29.08.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 847/08 oraz wyrok KIO z dnia 08.09.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 883/08. W konsekwencji świadczenie wynikające z oferty nie odpowiada potrzebom i wymaganiom Zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia. W merytorycznym zakresie treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ. Po drugie względem naruszenia art. 89 ust.1 pkt 6 Pzp, Przystępujący uznał, że nie

można poprawić w negowanym przez Zamawiającego zakresie treści oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż byłaby to istotna zmiana i prowadziłyby do faktycznych negocjacji treści oferty. Po trzecie, stwierdził, że Protestujący w swoich wyjaśnieniach odnośnie ceny rażąco niskiej nie zawarł wystarczających wyjaśnień odnośnie elementów ceny wskazanych przez Zamawiającego.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 10.02.2010 r. faxem poprzez jego oddalenie. Względem niezgodności oferty z treścią SIWZ. Wskazał, że bezspornym jest fakt, że Wykonawca w niniejszym postępowaniu zobowiązany został do wykonania kosztorysów ofertowych metodą uproszczoną, z wykazem materiałów, robocizny i pracy sprzętu (Roz. IX SIWZ). Cenę oferty należało obliczyć w oparciu o opis przedmiotu zamówienia określony w Roz. III SIWZ, który stanowiła dokumentacja projektowa, przedmiary robót oraz STWiOR. W Roz. IX SIWZ pkt 1 Zamawiający zastrzegł, że załączone do opisu przedmiotu zamówienia przedmiary robót mają charakter pomocniczy i nie stanowią podstawy do obliczenia ceny oferty. W Roz. IX SIWZ Zamawiający określił, że cenę oferty stanowi suma poszczególnych elementów robót budowlanych powiększona o należny podatek VAT. Z powyższego zapisu wynika, w jego ocenie, iż Wykonawcy obowiązani byli wykonać kosztorysy ofertowe odpowiadające w swojej treści przedmiotowi zamówienia. Podtrzymał faktyczne podstawy odrzucenia ofert Protestującego. Wskazał względem etykiet, że zrezygnował z nich pismem z dnia 2 dnia 06.11.2009 r. (odpowiedź nr 58). Względem poz. 47 oraz poz. 155 wskazał, że w odniesieniu do poz. 155 uzyskane wyjaśnienia świadczą o niezgodności opisanej pozycji kosztorysowej w ofercie ze stanem faktycznym opisywanym w udzielanych wyjaśnieniach, a tym samym o niezgodności oferty z SIWZ. W wypadku poz. 47 także stwierdził, że wyjaśnienia świadczą o odmiennej wycenie rzeczywistej od zawartej w ofercie powodujące, że treść oferty nic odpowiada treści SIWZ. Jeżeli chodzi o mur oporowy przywołał swoją odpowiedź na pytanie 13 – pismo z dnia 28.10.2009 r. Wskazał, że świadczy to o niezgodności oferty z treścią SIWZ.

Kosztorysy ofertowe nie mają charakter marginalnego, gdy wynagrodzenie za przedmiot zamówienia jest ryczałtem. Wskazał, że zgodnie z zapisem Roz. IX pkt 2 SIWZ kosztorysy są załącznikiem do oferty i stanowią jej integralną część, dlatego winny być wykonane zgodnie z wymaganiami zawartymi w SIWZ. Ponadto stwierdził, że oferta Wykonawcy jest na równi traktowana z dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, co zostało zapisane w § 1 pkt 2 projektu umowy. Ponadto w tymże projekcie umowy w § 1 pkt 3 zapisano, że przedmiot zamówienia nie może wykraczać poza jego określenie opisane w SIWZ, a w pkt 4 przewidziano możliwość realizacji robót zamiennych. Konieczność wykonania kosztorysów ofertowych ściśle z żądaniem Zamawiającego wynika również z treści § 6 pkt 4 umowy, gdy w przypadku zaniechania części robót, wartość tych robót zostanie odjęta od ceny i wprowadzona jako

zmiana do umowy.

Względem błędu w wyliczeniu ceny oferty. Zamawiający nie podzielił poglądu Wykonawcy co do istoty popełnionego błędu. Popełniony błąd ma bowiem wpływ na cenę oferty. Biorąc pod uwagę fakt, że gdyby Kz wyliczono poprawnie, to cena oferty powinna ulec zmianie. Nie można zgodzić się z Wykonawcą, że błąd ten można usunąć - art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Aby Zamawiający mógł dokonać takiej poprawki winien znać zasadę jaką kierował się Wykonawca przy wyliczaniu Kz w tym kosztorysie.

Względem rażąco niskiej ceny. Podniósł, że stwierdził zaniżenie ilości jednostek przedmiarowych, które nie odpowiadają ani ilościom zawartym w dokumentacji projektowej, ani ilościom wymienionym w załączonych przedmiarach, a także znaczne różnice cenowe w istotnych, mających wpływ na cenę oferty pozycjach kosztorysowych pomiędzy Protestującym Wykonawcą a innymi Wykonawcami oraz cenami inwestorskimi. Powyższe spowodowało wszczęcie procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Przywołał wyrok KIO z dnia 31.08.2009 r., sygn. akt: KIOUZP 1066/09. Wskazał, że uzyskane od Protestującego wyjaśnienia miały charakter ogólny. Wskazał w ich ramach m.in. że prowadził i nadal prowadzi negocjacje ze swoimi kontrahentami odnośnie ostatecznych cen oferowanych przez nich dostaw i usług. Stwierdzenie to wskazuje, w jego ocenie, że zaoferowano cenę bez ostatecznego uzgodnienia cen dostaw i usług ze swoimi kontrahentami. Odpowiedź nie stanowiła wyjaśnień w rozumieniu art. 90 ust. 2 Pzp, gdyż w żaden sposób nie odnosi się do kryteriów wymienionych w art. 90 ust. 2 Pzp, nie zawiera także żadnych zindywidualizowanych i zobiektywizowanych przyczyn wysokości zaoferowanej ceny.

Powoływanie się na własną renomę, doświadczenie i wiarygodność kontrahentów oraz prowadzone negocjacje z podwykonawcami - mają charakter ogólny. Powoływanie się przez WARBUD S.A. na możliwość żądania wyjaśnień wyłącznie w odniesieniu do ceny oferty jako całości oraz nieznaczną (9%) różnicę w cenie ofert MEGA S.A. i Protestującego jest zdaniem Zamawiającego spóźnione.

W dniu 19.02.2010 r. (wpływ bezpośredni) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do UZP podtrzymując zarzuty i wnioski wraz z argumentacją z protestu. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Odnośnie niezgodności oferty z treścią SIWZ podtrzymał całą argumentację z protestu, a dodatkowo przywołał wyrok KIO z dnia 8.12.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1645/09 i sygn. akt:1649/09 oraz wyrok KIO z dnia 7.11.2008 r., KIO/UZP 1149/08, sygn. akt: KIO/UZP 1150/08. Odnośnie błędu w obliczeniu ceny oferty także podtrzymał całą argumentację z protestu, a dodatkowo przywołał względem ewentualnego zastosowania art. 87. ust.2 pkt 3 Pzp, wyrok KIO z dnia 29.12.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1637/09. Względem rażąco niskiej ceny podtrzymując tezy z protestu wskazał, że Zamawiający uzasadniając



odrzucenie oferty nie wykazał, że Odwołujący nie może wykonać zamówienia za cenę wskazaną w ofercie ani nie uzasadniał dlaczego uznał cenę oferty za rażąco niską. Zgodnie z orzecznictwem KIO uzasadnienie odrzucenia oferty zawierającej rzekomo rażąco niską cenę wymaga prezencyjnego i jednoznacznego wyjaśnienia, a tymczasem w przedmiotowym postępowaniu o takim nie może być mowy. Powołał wyrok KIO z dnia 16.09.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1234/09, sygn. akt: KIO/UZP 1238/09, sygn. akt: KIO/UZP 1240/09. Ponadto wskazał, że zgodnie z orzecznictwem KIO fakt, że Wykonawca nie zawarł elementów wskazanych w art. 90 ust. 2 Pzp nie świadczy o tym, że Wykonawca nie złożył wyjaśnień w ogóle – wyrok KIO z dnia 25.09.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1166/09 - a zatem brak jest podstaw do odrzucenia oferty. Odwołujący stwierdził, że w wezwaniu do złożenia wyjaśnień Zamawiający wnosil o wyjaśnienie wymienionych elementów oferty i podstawy we wskazanych pozycjach, co też Wykonawca skrupulatnie uczynił. Dokonał też wyjaśnienia wymienionych elementów oferty, w tym podał podstawę wyceny pozycji i powody braku wyceny robót przewidzianych do wykonania zamówienia. Udzielił zatem wyjaśnień, o które wnosil Zamawiający. Wezwanie Zamawiającego nie zawierało odniesienie do postanowień art. 90 ust. 2 Pzp i nie zawierało wymogu zawarcia w wyjaśnieniach m.in. zindywidualizowanych i zobiektywizowanych przyczyn wysokości zaoferowanej ceny. Przywoła m.in. wyrok KIO z dnia 10.12.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1718/09. Odwołujący podniósł, że cena oferty Warbud jest tylko 9 % droższa od ceny oferty Mega S.A., która została wybrana ofertą najkorzystniejszą, a w stosunku do cen oferty Mega S.A. Zamawiający nie postawił zarzutu zaoferowania rażąco niskiej ceny. Z orzecznictwa wynika, iż punktem odniesienia do oceny czy zaoferowana cena może być uznana za cenę rażąco niską są następujące elementy: wartość zamówienia; ceny zaoferowane przez innych wykonawców i ceny rynkowe przedmiotu zamówienia. Za wyrokiem z dnia 31.07.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 906/09. Przywołuje także wyrok KIO z dnia 13.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 249/09, wyrok KIO z dnia 31.07.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 906/09, wyrok KIO z dnia 24.08.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1038/09 r. Podniósł, że cena oferty Odwołującego nie odbiega rażąco od cen ofert pozostałych wykonawców, a w szczególności od ceny podanej przez MEGA S.A., ani też od cen rynkowych.

W dniu 19.02.2010 r. Zamawiający faxem przekazał kopię odwołania Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „EBUD” – Przemysłówka Sp. z o.o. i wezwał go do udziału w postępowaniu odwoławczym.

Do postępowania odwoławczego toczącego się na skutek wniesienia odwołania przystąpił dnia 12.03.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP) Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „EBUD” – Przemysłówka Sp. z o.o. po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz

Odwołującemu. Przystępujący podtrzymał argumentację z przystąpienia do protestu. Dodatkowo wskazał, że Odwołujący pominął kwestie spornych etykiet, które nie były objęte przedmiotem zamówienia. Zas odpowiedzi na pytania i zmiany SIWZ są częścią SIWZ i winny być wzięte pod uwagę (wyrok KIO z dnia 22.09.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 952/08), Wskazał, że nie można zaistniałej niezgodności sanować w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Podnosił że nie uwzględnienie zmian do SIWZ skutkuje niezgodnością oferty z SIWZ i nie wykracza poza ramy art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp (wyrok KIO z dnia 26.02.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 157/09, sygn. akt: KIO/UZP 159/09, sygn. akt: KIO/UZP 175/09). Przytoczył także orzecznictwo Zespołów Arbitrów: wyrok z dnia 24.03.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-498/05, wyrok z dnia 13.04.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-656/05 oraz wyrok SO w Poznaniu z dnia 14.10.2005 r., sygn. akt: II Ca 1355/05. Względem drugiego zarzutu, wskazał, że art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp ma zastosowanie do omyłek, a nie do błędów w ofercie. Ponadto nie może mieć zastosowania do art. 89 ust.1 pkt 6 Pzp. Prowadziłoby to do zmiany treści oferty. Względem ceny rażąco niskiej podtrzymał niewystarczający charakter wyjaśnienia Odwołującego.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami SIWZ, wzoru umowy, STWiOR, dokumentacją projektową (architektura - projekt technologii, architektura – projekt wykonawczy), odpowiedziami na pytania – pismo z dnia 10.10.2009 r., pismo z dnia 12.10.2009 r., pismo z dnia 23.10.2009 r., pismo z dnia 27.10.2009 r., pismo z dnia 06.11.2009 r., pismo z dnia 16.11.2009 r., pismo z dnia 18.11.2009 r. oraz pismo z dnia 20.11.2009 r., ofertą Odwołującego, pismem Zamawiającego z dnia 11.01.2010 r., odpowiedzią Odwołującego – pismo z dnia 13.01.2010 r., protokołem ZP-1, ZP-12, ZP-22, jak również po zapoznaniu się z ogłoszeniem o wyniku postępowania, protestem, przystąpieniem do protestu, rozstrzygnięciem protestu, odwołaniem, przystąpieniem do odwołania, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), w przypadku uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem jego oferty, z uwagi na przedłożenie oferty najkorzystniejszej cenowo, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Izba uznała za zasadny. Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

Względem sporządzenia przez Odwołującego kosztorysów ofertowych niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ, tj. w sposób nie odpowiadający w swojej treści przedmiotowi zamówienia.

W pkt III SIWZ: „*Opis przedmiotu zamówienia*” Zamawiający stwierdził, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załączniku nr 1 (płyta CD zawierająca: dokumentację projektową, przedmiary robót oraz STWiOR) do SIWZ (ppkt 2). Zaś przedmiot zamówienia powinien być wykonany zgodnie z załączonym opisem przedmiotu zamówienia (ppkt 3).

Z kolei Zamawiający określił w pkt IX SIWZ: „*Opis sposobu obliczania ceny oferty*”, że cena oferty za przedmiot zamówienia jest ceną ryczałtową i nie będzie waloryzowana w okresie obowiązywania umowy (ppkt 1 zd.7). W cenie oferty należało uwzględnić i wyliczyć wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Cenę oferty stanowi suma wartości poszczególnych elementów robót budowlanych powiększona o należy podatek VAT. Wyliczoną cenę oferty należało wpisać do formularza ofertowego (wzór-załącznika nr 3 do SIWZ) (ppkt 1 zd. 4-6). Wykonawca miał obliczyć cenę oferty na wykonanie robót na podstawie Dokumentacji projektowej oraz STWiOR. Załączone do opisu przedmiotu zamówienia kosztorysy przedmiarowe miały charakter pomocniczy i nie stanowiły podstawy do obliczenia ceny oferty (ppkt 1 zd.1-2). W cenie oferty należało uwzględnić finansowo wszystkie czynności związane z realizacją zamówienia, także ewentualne ryzyko ryczałtu (pkt IX ppkt 4 SIWZ). Ponadto na str. 7-8 – pisma z dnia 12.10.2009 r. Zamawiający wskazał, że: „*(..) podstawowymi materiałami do sporządzenia oferty są projekty i przedmiary robót dostarczone Państwu wraz z zaproszeniem do składania ofert. Dokumentacja projektowa*

w formacie „dwg” oraz przedmiary w formacie „ath”, stanowić mogą jedynie materiał pomocniczy do sporządzenia oferty”. Natomiast zgodnie z odpowiedzią na pytanie 1 – pismo z dnia 23.10.2009 r. - Wykonawca nie miał obowiązku informować Zamawiającego o wprowadzonych modyfikacjach w przedmiarach. Kosztorysy należało wykonać w oparciu o dokumentację projektową (str. 1 pisma). Zamawiający wskazywał także - w odpowiedzi na pytanie 3 – pismo z dnia 23.10.2009 r. – „ (...) dostarczone państwu kosztorysy to tylko materiał pomocniczy do sporządzenia oferty. Podstawą do określenia ceny jest dokumentacja projektowa” (str. 3 pisma).

Natomiast w odpowiedzi na pytanie 7 – także pismo z dnia 23.10.2009 r. – Zamawiający na pytanie: „W związku z zapisem SIWZ o pomocniczej roli załączonych przez Zamawiającego przedmiarów robót prosimy o potwierdzenie, że kosztorysy ofertowe Wykonawcy mogą zostać przygotowane w oparciu o podstawy wyceny i ilości robót wynikające z przyjętych przez Wykonawcę założeń i obliczeń, a nie ściśle wg załączonych przedmiarów” odpowiedział: „Tak, potwierdzam”. Podobnie w odpowiedzi na pytanie 14 – pismo z dnia 27.10.2009 r., Zamawiający stwierdził, że: „Kosztorysy ofertowe należy wykonać w oparciu o dokumentację projektową. Dostarczone Wykonawcom przedmiary mają charakter pomocniczy”. W odpowiedzi na pytanie 7 – pismo z dnia 6.11.2009 r. – Zamawiający określił, że: „Nadrzędnym opisem do sporządzenia oferty jest opis z legendy”. W odpowiedzi na pytanie 44 - pismo z dnia 6.11.2009 r. – Zamawiający ponownie wyjaśnił, że: „(...) podstawą do sporządzenia oferty jest dokumentacja projektowa. Przedmiary natomiast stanowią materiał pomocniczy”. W ramach odpowiedzi na pytanie 27 - pismo z dnia 10.11.2009 r. – Zamawiający ustalił z kolei, że: „Zgodnie z treścią SIWZ podstawą do wyliczenia ceny oferty jest dokumentacja projektowa. W przypadku gdy Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytania w sposób zmieniający opis projektowy, to wówczas nadrzędne jest wyjaśnienie”.

Zgodnie z § 6 ust. 2 wzoru umowy (załącznik nr 4) wynagrodzenie Wykonawcy (określone w ust.1) jest wynagrodzeniem ryczałtowym i ma zostać określone na podstawie złożonej oferty i zawierać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy (w tym wszystkie urzędowe opłaty, podatki). Zamawiający przewidział, że wynagrodzenie za realizację przedmiotu umowy nie podlega waloryzacji, za wyjątkiem sytuacji urzędowego podniesienia stawek opłat i podatków mających wpływ na wysokość wynagrodzenia i tylko o ten wzrost, jedynie w przypadku, gdy nie uwzględnienie tej zmiany grozić będzie rażącą stratą dla Wykonawcy (§ 6 ust. 3 wzoru umowy).

Do oferty należało załączyć kosztorysy ofertowe wykonane metodą uproszczoną wraz z tabelą elementów scalonych z wykazem materiałów i urządzeń jakie zostaną użyte do wykonania przedmiotu zamówienia oraz zestawieniem robocizny, pracy sprzętu, a także harmonogram rzeczowo-finansowym realizacji zamówienia (ppkt 1 zd. 3). Do oferty należało

również załączyć kosztorysy wykonane metodą uproszczoną wraz z tabelą elementów scalonych i wykazem R, M, S (pkt IX ppkt 2 SIWZ). W ramach odpowiedzi na pytanie 5 oraz w nawiązaniu do pytania 27 i 28 – pismo z dnia 12.10.2009 r. – Zamawiający wskazał, że: *„Wymóg dołączenia do oferty kosztorysów ofertowych wraz z wykazem R.M.S, wykonanych metodą uproszczoną pozostaje bez zmian. Zamawiający dopuszcza dodatkowo złożenie kosztorysów wykonawczych metoda szczegółową. Zestawienie R.M.S. należy wykonać w formie tabelarycznej z podaniem ceny jednostkowej, ilości i ceny całej pozycji”*.

Zgodnie z § 1 ust. 2 wzoru umowy realizacja umowy polegać będzie na wykonaniu robót w zakresie określonym w: a) dokumentacji projektowo-kosztorysowej (...), b) ofercie Wykonawcy, c) specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, d) dokumentacji projektowej (projekty budowlane i wykonawcze), e) harmonogramie rzeczowo-finansowym, które stanowią integralną część umowy. Przewidziano, że zakres świadczenia Wykonawcy określony w umowie jest tożsamy z zobowiązaniem Wykonawcy zawartym w ofercie, a przedmiot zamówienia nie może wykraczać poza jego określenie w SIWZ (§ 1 ust. 3 wzoru umowy). W trakcie prowadzenia inwestycji dopuszczono, na pisemny wniosek Wykonawcy, dokonywanie zmian technologii wykonania elementów robót, jedynie w przypadku, gdy proponowane przez niego rozwiązanie jest równoważne lub lepsze funkcjonalnie od tego, jakie przewiduje projekt, a jednocześnie nie spowoduje zwiększenia kosztów inwestycji. W takim przypadku Wykonawca ma przedstawić projekt zamienny zawierający opis proponowanych zmian, rysunki i wycenę kosztów, który wymaga akceptacji nadzoru autorskiego i zatwierdzenia do realizacji przez Zamawiającego (§ 1 ust. 4 wzoru umowy). Wskazano, że w przypadku określonym w § 1 ust. 4 oraz w przypadku zaniechania części robót określonych dokumentacją projektową i ST wartość tych robót zostanie odjęta od ceny i wprowadzona jako zmiana do umowy (§ 6 ust. 4 wzoru umowy).

Zamawiający w § 11 ust. 4 wzoru umowy określił, że w przypadku odstąpienia od umowy, Wykonawcę oraz Zamawiającego obciążają następujące obowiązki szczególne: a) w terminie 14 dni od daty odstąpienia od umowy Wykonawca przy udziale Zamawiającego sporządzi szczegółowy protokół inwentaryzacji robót w toku wg stanu na dzień odstąpienia, b) Wykonawca zabezpieczy przerwane roboty w zakresie obustronnie uzgodnionym, na koszt tej strony, z której winy nastąpiło odstąpienie do umowy, c) Wykonawca sporządzi wykaz tych materiałów, które nie mogą być wykorzystane przez Wykonawcę do realizacji innych robót nie objętych niniejszą umową, jeżeli odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn niezależnych od niego, d) Wykonawca zgłosi do dokonania przez Zamawiającego odbiór robót przerwanych oraz robót zabezpieczających, jeżeli odstąpienie od umowy nastąpiło z przyczyn, za które Wykonawca nie odpowiada, e) Wykonawca najpóźniej w terminie 30 dni, usunie z terenu robót budowlanych urządzenia zaplecza przez niego dostarczone lub wniesione. Zamawiający w razie odstąpienia od umowy z przyczyn, za które Wykonawca nie

ponosi odpowiedzialności zobowiązany jest do: a) dokonania odbioru robót przerwanych oraz zapłaty wynagrodzenia za roboty, które zostały wykonane do dnia odstąpienia, b) odkupienia materiałów określonych w ust. 4 pkt c, po cenach przedstawionych w kosztorysie ofertowym, c) rozliczenia się z Wykonawcą z tytułu nierozliczonych w inny sposób kosztów budowy obiektów zaplecza, urządzeń związanych z zagospodarowaniem i uzbrojeniem terenu budowy, chyba że Wykonawca wyrazi zgodę na przyjęcie tych obiektów i urządzeń, d) przyjęcia od Wykonawcy pod swój dozór terenu robót budowlanych.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze analiza zapisów SIWZ oraz odpowiedzi na pytania potwierdza, że wynagrodzenie w postępowaniu miało charakter ryczałtowy. Izba stanowisko Zamawiającego o mieszanym charakterze wynagrodzenia uznaje jako wynik polemiki z Odwołującym. Zamawiający konsekwentnie i wielokrotnie podkreślał posiłkowy charakter przedmiarów i wskazywał na dokumentację projektową jako podstawę wykonania kosztorysów ofertowych. W rezultacie biorąc pod uwagę całokształt zapisów SIWZ Izba stwierdza, że: *„Określając w ten sposób zasady ustalania i wypłacania wynagrodzenia za realizację przedmiotu zamówienia Zamawiający faktycznie ciężar odpowiedzialności za prawidłowe wykonanie inwestycji, tj. zgodnie z dokumentacją projektową, przełożył na wykonawców”* (wyrok KIO z dnia 30.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP/363/08).

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

Po trzecie, należy wskazać, że obawy Zamawiającego, że mimo wynagrodzenia ryczałtowego nieścistości, będące podstawą odrzucenia oferty Odwołującego mogą stanowić podstawę na etapie realizacji zamówienia nienależytego wykonania umowy, czy też będą stanowić istotny problem w wypadku odstąpienia od realizacji części umowy są niezasadne. Zamawiający wskazywał w rozstrzygnięciu protestu, że kosztorysy ofertowe stanowią zgodnie z umową dokument równorzędny z ofertą, STWiOR, dokumentacją projektową i harmonogramem rzeczowo-finansowym i stanowią jej integralną część - § 1 ust. 2 wzoru umowy. Pomiął jednakże, że wielokrotnie wskazywał w toku postępowania (odpowiedzi na pytanie do SIWZ), że podstawą kosztorysów ofertowych jest dokumentacja projektowa. Z kolei w ust. 3 tegoż paragrafu wskazał zakres świadczenia w umowie jako tożsamy z zawartym w ofercie, a nie wykraczający poza jego określenie w SIWZ. W konsekwencji na skutek poczynionych odniesień rzeczywistą podstawą realizacji przedmiotu zamówienia jest

STWiOR, dokumentacja projektowa, harmonogram, zaś oferta oraz kosztorysy ofertowe to *de facto* dokumentacja projektowa będąca podstawą ich sporządzenia z uwzględnieniem odpowiedzi na pytania. Potwierdza to także § 6 ust. 4 wzoru umowy, gdzie jest wyraźne odwołanie do dokumentacji projektowej i STWiOR.

Z kolei w kwestii rozliczenia ewentualnych robót lub materiałów od których Zamawiający odstąpił w toku realizacji umowy Izba podnosi, że wskazywana zmiana technologii w ust. 4 § 1 określa własną wycenę kosztów, niezależną od kosztorysów ofertowych. Odnośnie zasad odstąpienia, przewidzianych w § 11 ust. 4 i 5 wzoru umowy Izba wskazuje, że Zamawiający określił szczegółowo m.in. konieczność sporządzenia protokołu inwentaryzacji robót, zabezpieczenia przerwanych robót, sporządzenia wykazu materiałów, które nie mogą być wykorzystane, odbioru robót przerwanych oraz zapłaty wynagrodzenia za roboty, które zostały wykonane od dnia odstąpienia, odkupienia materiałów, które nie mogą być wykorzystane, czy też rozliczenia z tytułu nierozliczonych w inny sposób kosztów budowy obiektów zaplecza i urządzeń związanych z zagospodarowaniem i uzbrojeniem terenu budowy. Z niniejszych zapisów wynika tylko i wyłącznie, że odkupienie materiałów, które nie mogą być wykorzystane nastąpi po cenach przedstawionych w kosztorysie ofertowym. Brak jest jednoznacznego odesłania z § 6 ust. 4 wzoru umowy, że w odniesieniu do zaniechanych części robót ich wartość zostanie odjęta na podstawie cen przedstawionych w kosztorysie ofertowym, co wobec wyraźnego wskazania § 11 ust. 5 lit. b) byłoby zasadne. Jednakże w ocenie Izby wobec ryczałtowego charakteru wynagrodzenia oraz ryzyka z tym związanego obciążającego Wykonawcę, kwestia ewentualnego rozliczenia odstąpienia od wykonania części umowy została skalkulowana przez Odwołującego w ramach ryzyka, także w aspekcie częściowego odstąpienia od realizacji umowy. Jednocześnie Izba wskazuje, że bezsporne dopuszczenie modyfikacji przedmiarów, które były materiałem wyjściowym dla kosztorysów ofertowych bez konieczności informowania Zamawiającego, fakt, że należało kosztorysy ofertowe oprzeć na dokumentacji projektowej i uwzględnić odpowiedzi na pytania, czyli dostosować je do zmieniających w toku postępowania zapisów SIWZ, skutkuje przyjęciem, że Zamawiający *de facto* przystał na rozliczenia na zasadach ogólnych tych elementów przedmiotu zamówienia, które nie zostały wycenione, zaś innych wycenionych ogólnie z uwzględnieniem tej okoliczności. Nie zmienia to jednakże faktu, że Odwołujący tak jak podnosił w złożonych środkach ochrony prawnej i rozprawie wykona przedmiot zamówienia zgodnie z STWiOR, dokumentacją projektową oraz harmonogramem. Zaś na Zamawiającym będzie spoczywał obowiązek wyegzekwowania realizacji zamówienia zgodnie z jego potrzebami wynikającymi z SIWZ oraz odpowiedziami na pytania.

Odnosząc się zaś do szczegółowych podstaw faktycznych odrzucenia:

Względem wyceny 120.000,- szt. etykiet do oznaczania zbiorów za cenę 81 600 zł, które nie były przedmiotem zamówienia, Izba ustaliła co następuje:

W ramach dokumentacji projektowej „Architektura - projektu technologii” (str. 13) w ramach opisu wyposażenia instalacji elektronicznego systemu zabezpieczenia zbiorów bibliotecznych w zestawieniu podstawowych materiałów i urządzeń (pkt 4.4) w poz. 3. Zamawiający wymienił: etykieta biała bez nadruku z wbudowanym mikroprocesorem pamięci, nie większym niż 58x58 mm (12 tys. szt.). W odpowiedzi na pytania – pismo z dnia 12.10.2009 r. (str. 7) wprowadził do załącznika wyposażenie budynku Biblioteka A.MW.W Gdynia m.in. zmianę polegającą na zastąpieniu ilości 12 tys. szt. ilością 120 tys. szt. (pkt 4).

W odpowiedzi na pytanie 4 – pismo z dnia 23.10.2009 r., gdzie wskazywano rozbieżność w jednostkach miary i ilości między dokumentacją projektową a zestawieniem wyposażenie budynku biblioteki będącym elementem przedmiarów, Zamawiający wskazał, że chodzi o 120 tys. szt. etykiet. W odpowiedzi na pytanie 58 – pismo z dnia 06.11.2009 r. wskazał, że rezygnuje z dostawy 120 tys. etykiet RFID, natomiast przywraca wymóg wyceny i dostawy jednostronnych pasków EM w ilości 200.000 szt. W odpowiedzi na pytanie 18 – pismo z dnia 16.11.2009 r.: „Czy należy wycenić system zabezpieczeń zbiorów bibliotecznych ?” Zamawiający udzielił odpowiedzi twierdzącej.

Odwołujący w zestawieniu wyposażenia budynku bibliotek (str. 038 oferty) poz. 40 wycenił 120.000 szt. etykiet do oznaczania zbiorów - biała bez nadruku, cena jedn. netto (0,68), wartość netto 81.600,- PLN.

Po analizie wskazanych powyżej zapisów Izba uznała, że mimo, iż rzeczywiście w dniu 06.11.2009 r. Zamawiający zrezygnował z etykiet, to w dniu 16.11.2009 r. udzielił odpowiedzi, która *de facto* dawała podstawy do przyjęcia, że zostały one przywrócone. Izba wskazuje że analizując odpowiedzi na pytania w sprawie etykiet stwierdził Zamawiający w toku postępowania rezygnował z innych elementów przedmiotu zamówienia, a następnie je przywracał. W konsekwencji Odwołujący miał prawo uznać, że taka sytuacja się powtórzyła. W tym stanie faktycznym można mówić co najwyżej o niejasności zapisów SIWZ, a ściśle odpowiedzi na pytania. Takie niejasności nie mogą świadczyć na niekorzyść Odwołującego.

Względem twierdzenia Zamawiającego, że w kosztorysie branży drogowej przewidziano wykonanie murów oporowych jako prefabrykowanych, a nie jak w projekcie jako murowanych z pustaków betonowych, Izba ustaliła co następuje:

W poz. 37 kosztorysów drogowych (inwestorskich) wskazano dostarczenie i montaż prefabrykowanej ściany oporowej.

STWiOR Zamawiającego wskazywała w pkt 3.4 Szczegółową Specyfikację Techniczną Prefabrykaty (str. 39-41). Zgodnie z jej pkt 1.1 – przedmiotem (..) są wymagania



dotyczące wykonywania i montażu prefabrykatów żelbetonowych i betonowych używanych przy realizacji kontraktu. W ramach dokumentacji projektowej (architektura – projekt wykonawczy) – w opisie rysunku A/007 (str. A34) - mur oporowy z bloczków betonowych gr. 24 cm.

W odpowiedzi na pytanie 13 – pismo z dnia 27.10.2009 r.: „*Proszę o przekazanie dokumentacji/specyfikacji/ dla prefabrykowanego muru oporowego .*” Zamawiający wskazał: „*Niejasne pytanie, gdyż na rysunkach architektury A/007 widać przekrój przez jeden z murów oporowych – zaprojektowano z bloczków betonowych szer. 24 cm. – murowane.*”.

Odwołujący wycenił w kosztorysach ofertowych w poz. 36 dostarczenie i montaż prefabrykowanej ściany oporowej, ilość 55, cena jedn. 321,360,-, wartość: 17.674, 80 PLN (str. 016 oferty).

Po analizie wskazanych powyżej zapisów, jak i odpowiedzi na pytanie 27 - pismo z dnia 10.11.2009 r., Izba uznała, że kwestia niniejsza jest bezprzedmiotowa albowiem z całości SIWZ wynika, że bloczki betonowe to prefabrykaty (tak określono je w STWiOR). W konsekwencji Odwołujący zaoferował mur oporowy taki jaki chciał Zamawiający i nie ma znaczenia, czy przyzna się pierwszeństwo odpowiedzi na pytanie 13 – pismo z dnia 27.10.2009 r. przed zapisem w kosztorysie branży drogowej.

Względem braku zestawienia materiałów w kosztorysie instalacji audiowizualnych, gdzie w poz. 47 podano łącznie, kwotę 544.500,- zł za materiały nie ujęte w kosztorysie, a przewidziane w PT, bez zestawienia materiałów i urządzeń oraz ich ilości i cen jednostkowych, Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający w ramach odpowiedzi na pytania 26-28 - pismo z dnia 6.11.2009 r. załączył zestawienia przykładowe urządzeń audiowideo: systemu audiowizualnego na auli 2/02, monitorów informacyjnych, systemu tłumaczeń symultanicznych, systemu audiowizualnego POM. 2/02, 2/09, 2/10, 2/21, 2/27, jak również instalacji sieci komputerowych (szafy dystrybucyjne wraz z wyposażeniem). W ramach odpowiedzi na pytanie 2.4 pismo z dnia 10.11.2009 r. załączył zestawienia przykładowe dla systemu audiowizualnego na auli 2/02 i odwołał się do wcześniejszych zestawień, wyjaśniając kwestie braków we wcześniejszych zestawieniach oraz liczby paneli dotykowych.

W odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 01.01.2010 r. o wyjaśnienie poz. 47 w kosztorysie instalacje audiowizualne w bibliotece AMW, Odwołujący wyjaśnił (pismo z dnia 13.01.2010 r.), że: „*poz. 47 w kosztorysie instalacje audiowizualne w bibliotece AMW dotyczy urządzeń nie wymienionych w przedmiarach zamawiającego, a wymienionych w odpowiedziach na pytania 26, 27, 28 z dnia 06.11.2009 r. oraz w odpowiedzi na pytanie 2.4 z dnia 10.11.2009 r. oraz zgodnie z przykładowym zestawieniem urządzeń znajdującym się na stronie zamawiającego w folderze zapytania i odpowiedzi, jak również 23 szt.*

*akumulatorów bezobsługowych Ah 12V w pozycji tej zawarto również koszt innych elementów nie ujętych w przedmiarze inwestorskim, a występujących w dokumentacji projektowej, W pozycji tej uwzględniony został również częściowo koszt ryzyka wynikającego z ceny ryczałtowej".*

Odwołujący wycenił w kosztorysach ofertowych w poz. 47 Materiały i urządzenia nie ujęte w kosztorysie a wyszczególnione w PT, jedn. miary (kpl), ilość 1, cena 544.500,- PLN, wartość: 544.500,- PLN (str. 198 oferty).

Po analizie powyższych ustaleń Izba wskazuje, że udzielone przez Odwołującego wyjaśnienia były miarodajne oraz mają swoją podstawę w odpowiedziach na pytania, jak również w samej ofercie Odwołującego. W ofercie podano jednostkę miary, cenę jednostkową oraz wartość. Nie bez znaczenia, jest okoliczność, że przedmiot zawarty w niniejszej pozycji był przedmiotem pytań i uściśleń, przy czym mimo tych działań ze strony Zamawiającego dalej przedmiot zamówienia był określony w tym zakresie w sposób ogólny. W ocenie Izby wobec dopuszczenia przez Zamawiającego modyfikacji przedmiarów przez Wykonawców *de facto* Odwołujący miał podstawy, aby przyjąć dorozumianą zgodę co do dostosowania kosztorysu ofertowego do SIWZ. Ewentualne rozliczenie w tym zakresie podczas realizacji umowy musi uwzględniać tą okoliczność i wynikające stąd konsekwencje względem niniejszej pozycji.

Względem poz. 155 kosztorysu branży budowlanej, gdzie wyceniono żaluzje jako komplet za cenę 135.650 zł bez podania ilości w m<sup>2</sup> i ceny jednostkowej, Izba ustaliła co następuje:

W wyniku odpowiedzi na pytanie 1 – pismo z dnia 18.11.2009 r., do obliczenia ceny oferty należało przyjąć zaprojektowanie w POM 2/02, 2/9, 2/10 rolet zaciemniających, ale zamontowanych w świetlikach dachowych. W pomieszczeniach pozostałych należało przyjąć jako sposób zaciemnienia okien jedynie żaluzje verticale o powierzchni 236 m<sup>2</sup>.

W odpowiedzi na pismo Zamawiającego (pismo z dnia 11.01.2010 r.) o wyjaśnienie poz. 47 w kosztorysie instalacje audiowizualne w bibliotece AMW Odwołujący wyjaśnił (pismo z dnia 13.01.2010 r.), że: „w poz. 155 kosztorysu branży budowlanej wyceniono dostawę i montaż żaluzji wewnętrznych i rolet zaciemniających, jak również zawarto koszt innych elementów nie ujętych w przedmiarze inwestorskim, a występujących w dokumentacji projektowej. W poz. tej uwzględniony został również częściowo koszt ryzyka wynikającego z ceny ryczałtowej". Odwołujący wycenił w kosztorysach ofertowych w poz. 155 dostarczenie i montaż żaluzji, kpl (jedn. obm.), ilość 1, cena jedn. 136.500,- PLN, wartość: 136.500,- PLN (str. 027 oferty).

Po analizie powyższych ustaleń Izba wskazuje, że w ofercie podano jednostkę miary, cenę jednostkową oraz wartość, a poprzez dopuszczenie przez Zamawiającego możliwości modyfikacji przedmiarów przez Wykonawców *de facto* Odwołujący mógł przyjąć

dorozumianą zgodę na dostosowanie kosztorysu ofertowego do SIWZ. Ewentualne rozliczenie w tym zakresie podczas realizacji umowy musi uwzględniać tą okoliczność. W ocenie Izby kwestia sposobu konfekcjonowania, przy wynagrodzeniu ryczałtowym oraz realizacji zamówienia zgodnie z dokumentacją ofertową, STWiOR oraz harmonogramem, czyni niniejsza kwestie bez znaczenia dla ważności oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp, Izba uznała za zasadny. Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

Odwołujący na str. 21 oferty załączył tabele elementów scalonych branży budowlanej zawierającą pozycje materiały (kolumna 3) oraz pozycje Kz (kolumna 6). Na stronie tytułowej kosztorysu budowlanego wskazano Kz – 5,00 %M (od materiałów).

Zamawiający zarzucił błędne wyliczenie Kz od materiałów w tabeli elementów scalonych branży budowlanej, co wskazuje, że do wyliczenia Kz przyjęto inne założenia niż wskazano na stronie tytułowej kosztorysu ofertowego.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, w toku rozprawy Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie sprecyzował na czym polega wskazany zarzut, m.in. z uwagi na brak wiedzy co do wszystkich założeń, jakimi kierował się Odwołujący. Stwierdził także, że ewentualne nieścisłości cenowe to wynik braków zaokrągleń – w sumie nie przekraczających 2 tys. PLN. Zamawiający na rozprawie nie zaprzeczył skali ewentualnych nieścisłości w obliczeniach na rozprawie, przy czym nadal nie potrafił uściślić, ani wykazać ich charakteru.

Po drugie, z uwagi na charakter wynagrodzenia nie ma konieczności dokonywania jakichkolwiek poprawek w tym zakresie. Z tych względów kwestia ewentualnych wyjaśnień, cz też poprawy w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest w ocenie Izby bezprzedmiotowa. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp Izba uznała za zasadny. Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu:

Zgodnie z protokołem ZP-1 – wartość zamówienia to 40.131.349,00 zł, co stanowi równowartość 10.350.867, 66 euro, zgodnie z ustaleniem wartości zamówienia dokonany w dniu 29.09.2009 r. na podstawie kosztorysów inwestorskich. Podczas otwarcia ofert podano kwotę – 48.960.247,00 zł brutto.

Ceny ofert brutto Wykonawców: a) Warbud - 27 080 972,05 zł, b) Mega S.A - 29 542 774,97 zł, c) Karmar S.A. - 30 866 000,00 zł, d) Budimex Dromex – 32.391.556, 93 PLN, e) Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD” - Przemysłówka Sp. z o.o. (lider), ALSTAL GRUPA BUDOWLANA Sp. z o.o. Sp. Komandytowa (partner), PRO BUD SA,

(partner) – 34.764. 639,16 PLN, f) DORACO Sp. z o.o. – 35.990.512, 75 PLN, g) Mostostal Warszawa SA – 36.443.159, 61 PLN, h) Hochtief Polska Sp. z o.o. – 36.545.456, 70 PLN, i) PRI POL AQUa SA – 38.432.469,8 2 PLN, j) PORR (Polska) SA – 43.705. 635, 67 PLN

Zamawiający pismem z dnia 11.01.2010 r. wskazał, że wszczął postępowanie wyjaśniające na podstawie art. 90 ust.1 Pzp, a jednocześnie wnosi o wyjaśnienie konkretnych pozycji jednostkowych kosztorysu ofertowego. W odpowiedzi – pismo z dnia 13.01.2010 r. - Odwołującego udzielił wyjaśnienia ogólnego oraz odniósł się szczegółowo do pozycji jednostkowych.

Po pierwsze, Izba uznała, że brak było podstaw do zastosowania trybu wynikającego z art. 90 ust.1 Pzp, tj. przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w tym trybie.

W przedmiotowym stanie faktycznym brak było przesłanek ku temu zważywszy na wartość szacunkowa znacznie wyższą od najdroższej ze złożonych ofert, zaś cena ofertowa Odwołującego w stosunku do ceny ofertowej wybranego MEGA SA jest nieznaczna (rzędu 9%) i mieści się w ramach mechanizmu konkurencji. Różnice cenowe pomiędzy pozostałymi ofertami także potwierdzają zasadność stanowiska Izby, one także mieszczą się w ramach mechanizmu konkurencji.

Po drugie Izba podtrzymuje za orzecznictwem (wyrok KIO z dnia 15.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1055/08), że przedmiotem rażąco niskiej ceny może być tylko oferta, która zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Chodzi bowiem o odniesienie ceny do całego przedmiotu zamówienia nie zaś do niektórych tylko pozycji (wyrok KIO z dnia 28.02.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 123/08). Istotna jest bowiem cena końcowa i ta powinna zostać oceniona pod kątem rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp (wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28.04.2008 r., sygn. akt: XIX Ga 128/08). Oceniając tylko jeden element oferty, Zamawiający nie może odrzucić oferty, bowiem art. 89 ust.1 pkt 4 Pzp stanowi o rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie zaś o rażąco niskiej cenie części oferty. Choćby zatem cena części oferty mogła być uznana za rażąco niską, to żadną miarą nie czyni to rażąco niską cenę całej oferty (postanowienie Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17.01.2006 r., sygn. akt: II Ca 2194/05). Podobnie wyrok Sądu Okręgowego w Lublinie z dnia 24.03.2005 r., sygn. akt: II Ca 425/04, stwierdzający, że ocena, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia powinna być dokonana w odniesieniu do całości ceny zaproponowanej przez Wykonawcę. Wyjątkiem od tej zasady jest sytuacja, gdy Zamawiający nie określił w sposób wiążący zakresu zamówienia, co nie miało miejsca w przedmiotowym stanie faktycznym. Jednocześnie nawet w takiej sytuacji należy uwzględniać wszystkie ceny jednostkowe, a nie koncentrować się jedynie na cenach wybranych. Oferta zawierająca niższe ceny jednostkowe w stosunku do innych ofert nie jest dowodem, iż jej złożenie

stanowi utrudnienie dostępu do rynku innym Wykonawcom i że ceny zostały podane poniżej kosztów wytworzenia. Istotą zamówienia publicznego jest konkurowanie Wykonawców na rynku i składanie przez nich ofert z zamiarem wygrania zamówienia.

Po trzecie, z uwagi na charakter wezwania z dnia 11.01.2010 r. oraz okoliczność że nie ma ceny rażąco niskiej w kontekście cen jednostkowych, można uznać „ułamność” takiego wezwania. Udzielone wyjaśnienia Odwołującego, których charakter i jednoznaczność wskazują na ich udzielenie, w aspekcie ogólnym, z ostrożności procesowej, nie zmieniają tego stanowiska Izby. Należy także wskazać, że Zamawiający nie określił stopnia szczegółowości wyjaśnień, których oczekuje. Ponadto, Izba zauważyła, że Zamawiający nie zanegował generalnie uzyskanych wyjaśnień, nie negował też renomy Odwołującego oraz możliwości negocjowania korzystnych cen od dostawców, jego wyjaśnienia na rozprawie sprowadzały się *de facto* do podtrzymania stanowiska, że „nie daje im wiary”. Izba wskazuje, że bagatelizowanie przez Zamawiającego kwestii istotności renomy Wykonawcy w aspekcie możliwości uzyskania specjalnych cen na potrzeby konkretnych postępowań jest niczym nieuzasadnione. W zakresie renomy Izba wypowiedziała się m.in. w wyroku z dnia 12.01.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1594/09. Izba wzięła także pod uwagę, że przedłożenie ewentualnych dowodów w postaci konkretnych umów z dostawcami jest uzależnione od każdorazowej ich zgody z uwagi na klauzule zachowania tajemnicy handlowej. Dostawcy bowiem nie zamierzają upubliczniać upustów, jakie uzyskują od nich konkretni Wykonawcy szerokiemu gronu przedsiębiorców. Powyższe było także przedmiotem orzeczenia przywołanego powyżej. Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała jak na wstępie.

Jednocześnie wobec potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2, 4 i 6 Pzp, Izba uznała także za zasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp zdanie pierwsze oraz art. 191 ust. 1a Pzp orzeczono jak w sentencji.

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

O kosztach wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego skład orzekający Izby orzekł na podstawie § 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886 z późn. zm.) uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. maksymalnej kwocie dopuszczonej przez w/w rozporządzenie.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 **Gdańsku**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....