

Sygn. akt: KIO 2692/12

WYROK

z dnia 20 grudnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2012r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2012r. przez wykonawcę EUROVIA POLSKA S.A., Bielany Wrocławskie, Ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce w postępowaniu prowadzonym przez Miejski Zarząd Dróg, ul. Grudziądzka 159, 87-100 Toruń,

przy udziale wykonawcy SKANSKA S.A., ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża EUROVIA POLSKA S.A., Bielany Wrocławskie,
ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez EUROVIA POLSKA S.A., Bielany Wrocławskie, Ul. Szwedzka 5, 55-040 Kobierzyce tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Toruniu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Miejski Zarząd Dróg w Toruniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa Trasy Średnicowej Północnej w Toruniu na odcinku od ul. Grudziądzkiej do ul. Szosa Chełmińska” w trybie przetargu nieograniczonego (znak sprawy: ZP-271.59.2012; dalej jako „Postępowanie”). Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się 11 września 2012 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej numer 2012/S 174-287262.

Odwołujący EUROVIA POLSKA S.A. wniósł odwołanie od niezgodnego z Pzp zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez SKANSKA S.A., której treść nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”), niezgodnego z Pzp wyboru - jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez SKANSKA S.A., która powinna być zostać odrzucona.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez SKANSKA S.A., której treść zdaniem Odwołującego, nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania ofert złożonych w postępowaniu, odrzucenie oferty złożonej przez SKANSKA S.A., której treść nie odpowiada SIWZ oraz dokonanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zgodnie z punktem 4.2. SIWZ, szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz warunki jego realizacji zawiera: dokumentacja projektowa obejmująca projekt budowlany i wykonawczy - Rozdział IV; specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót - Rozdział V SIWZ; wzór umowy - Rozdział VI SIWZ; pomocniczo przedmiar robót - Rozdział III SIWZ. Zgodnie z punktem 14.2. SIWZ, każda złożona w Postępowaniu oferta musiała obejmować całość zamówienia, a jej treść musiała odpowiadać treści SIWZ.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z postanowieniami SIWZ cena każdej złożonej oferty miała być ceną ryczałtową, a ponadto podana w ofercie cena ryczałtowa miała uwzględniać wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ. Zamawiający określił w SIWZ, iż cena musi obejmować wszelkie koszty związane z wykonaniem zadania opisanego w SIWZ, dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, z uwzględnieniem robót wynikających z wizji lokalnej, obowiązujących przepisów oraz sprawowania nadzoru wykonawczego na budowie. W oferowanej cenie ryczałtowej wykonawca ująć miał wszelkie koszty, jakie mógł ponieść z tytułu należytego oraz zgodnego z umową i obowiązującymi przepisami wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również koszty towarzyszące wykonaniu robót, a także koszty ryzyka Wykonawcy związanego z

wynagrodzeniem ryczałtowym (punkt 16.1. SIWZ).

Odwołujący przywołał także postanowienia pkt. 16.2 i 16.3 SIWZ. Zgodnie z pkt. 16.2 SIWZ, „cena oferty stanowić będzie ryczałtowe i ostateczne wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia, niezależnie od rozmiaru robót budowlanych i innych świadczeń oraz ponoszonych przez Wykonawcę kosztów ich realizacji. Wykonawca nie będzie mógł żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów tych robót i innych świadczeń.”

Jednocześnie Zamawiający ustalił w punkcie 16.3. SIWZ, że podstawą obliczenia ceny oferty za roboty budowlane ma być opracowany przez wykonawcę kosztorys ofertowy, sporządzony w oparciu o przekazaną dokumentację projektową oraz specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót.

12 listopada 2012 roku wykonawcy - w tym SKANSKA S.A. oraz Odwołujący - złożyli oferty w postępowaniu. Najniższą cenę - 35 598 273,39 złotych - miała oferta złożona przez SKANSKA S.A., druga w kolejności była oferta Odwołującego z ceną 36 435 780,76 złotych. Łącznie złożono dziesięć ofert.

Odwołujący podniósł, że oferta złożona przez SKANSKA S.A. nie odpowiada treści SIWZ. Zdaniem Odwołującego, niezgodność tej oferty z treścią SIWZ wynika z następujących okoliczności:

- 1) w zawartym w ofercie kosztorysie ofertowym robót drogowych brakuje pozycji „39 d.2.2 ST D.02.03.01 zakup piasku do wykonania nasypów wraz z transportem”, która była w przedmiarze robót przygotowanym przez Zamawiającego i która występuje w kosztorysach ofertowych pozostałych dziewięciu wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu,
- 2) do kosztorysu ofertowego robót drogowych dodano pozycję „106 d.8 kalkulacja własna Organizacja budowy - koszty ogólne budowy”, w której jako jednostkę miary podano „mieś”, jako ilość podano „14,00”, jako wartość jednostkową podano „129 319,00”; pozycji takiej nie przewidywał przedmiar robót przygotowany przez Zamawiającego,
- 3) oferta nie zawiera ona kosztorysu ofertowego robót rozbiórkowych, sporządzonego na podstawie przedmiaru robót przygotowanego przez Zamawiającego - oferty wszystkich pozostałych dziewięciu (9) wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, zawierały kosztorys ofertowy robót rozbiórkowych,
- 4) do kosztorysu ofertowego robót drogowych dodano pozycję „107 d.8 45110000-1 SST 01 Rozbiórka budynków”, jako jednostkę miary podano „kpl”, jako ilość podano „1,00”, jako wartość jednostkową podano „166 809,41”, przy czym Odwołujący podniósł, że wymaganą przez Zamawiającego jednostką miary dla robót rozbiórkowych był metr kwadratowy, a nie „kpl”; Zdaniem Odwołującego dodanej

przez SKANSKA S.A. pozycji nie przewidywał przedmiar robót przygotowany przez Zamawiającego ani nie zawierały kosztorysy ofertowe pozostałych dziewięciu wykonawców, którzy złożyli oferty.

27 listopada 2012 roku Zamawiający powiadomił Odwołującego o wyborze - jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez SKANSKA S.A.

Zdaniem Odwołującego, wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez SKANSKA S.A., dokonany został z naruszeniem przepisów prawa oraz postanowień SIWZ. Odwołujący podkreślił, iż pomimo ryczałtowego charakteru ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia, istotne znaczenie ma treść kosztorysu ofertowego.

Odwołujący wskazywał na postanowienia SIWZ, które w jego ocenie determinują rolę i znaczenie kosztorysu ofertowego. W jego ocenie, analizując te postanowienia można stwierdzić, czy w przedmiotowej sprawie kosztorys ofertowy ma znaczenie informacyjne - a błędy w nim nie oznaczają, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, czy ma znaczenie merytoryczne - a błędy w nim oznaczają, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

W ocenie Odwołującego postanowienia SIWZ wskazują na merytoryczne znaczenie kosztorysu ofertowego.

Choć Zamawiający - w punkcie 16.6. SIWZ - wskazał, że przedmiar robót „jest wyłącznie dokumentem pomocniczym, z którego Wykonawca może skorzystać przy obliczaniu ceny oferty, ale nie ma takiego obowiązku” (analogiczne stanowisko Zamawiający prezentował wyjaśniając treść SIWZ w odpowiedzi na wnioski wykonawców), to zdaniem Odwołującego nie zmienia to faktu, że Zamawiający bardzo szczegółowo i jasno wyłożył w SIWZ swoje oczekiwania i wymagania co do kosztorysu ofertowego, który należało przygotować w oparciu o przedmiar. W ocenie Odwołującego, na fakt, iż kosztorys miał znaczenie merytoryczne wskazują następujące postanowienia SIWZ: Złożenie kosztorysu ofertowego wraz z ofertą było obowiązkowe (pkt 16.7. SIWZ). Cena oferty miała zostać obliczona w oparciu o kosztorys ofertowy, przy czym Zamawiający dokładnie opisał, jak ma to nastąpić. Pkt 16.10. SIWZ: Zamawiający wymagał, aby kosztorys ofertowy spełniający wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SIWZ, sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej, polegającej na obliczeniu wartości netto danej pozycji kosztorysu, jako iloczynu ilości (liczby) ustalonych przez wykonawcę jednostek przedmiarowych i ceny jednostkowej danej pozycji kosztorysu. Pkt 16.11. SIWZ: Cena jednostkowa w danej pozycji i wartość tej pozycji w kosztorysie ofertowym musiała obejmować wszystkie koszty niezbędne do wykonania robót wymaganej jakości i w oferowanym terminie, włączając w to koszty bezpośrednie, koszty ogólne budowy, ogólne koszty prowadzenia działalności gospodarczej, kalkulowany zysk, ryzyko oraz wszelkie inne koszty, opłaty i należności, związane z wykonywaniem robót, odpowiedzialnością materialną i zobowiązaniami wykonawcy wymienionymi lub wynikającymi z dokumentacji, warunków umowy oraz przepisów dotyczących wykonywania

robót budowlanych. Pkt 16.13. SIWZ: Cenę oferty bez podatku VAT (cena netto) należało ustalić poprzez zsumowanie wartości netto wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego. Ustalona w ten sposób cena oferty netto miała zostać wpisana do formularza „Oferta” liczbą, a następnie w tym formularzu miały zostać podane liczbą i słownie cena wraz z podatkiem VAT, poprzez dodanie do ceny oferty bez podatku VAT wartości podatku VAT oraz liczbą zastosowana stawka i wyliczona kwota podatku VAT za wykonanie całości zamówienia przy zastosowaniu zasady określonej w rozporządzeniu wymienionym w pkt 16.11. Ceny jednostkowe zawarte w kosztorysie ofertowym mogły być w dowolnym momencie badania i oceny ofert poddane analizie przez Zamawiającego, a na wykonawcy ciążył obowiązek udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia wysokości cen jednostkowych i przedstawienia do wglądu kalkulacji tych cen jednostkowych (punkt 16.15. SIWZ).

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że kosztorys ofertowy służy do obliczenia ceny oferty, ma stać się integralną częścią umowy o zamówienia publiczne (§ 1 ust. 5 pkt 3 wzoru umowy oraz § 1 ust. 6 pkt 6 wzoru umowy), ma być podstawą dla tabeli rozliczeniowej, służącej do rozliczania realizowanych robót (§ 8 ust. 6 wzoru umowy), może służyć do obliczenia zmniejszenia wynagrodzenia w przypadku zaniechania wykonania części przedmiotu umowy (§ 7 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy), może służyć do ustalenia rzeczowego zakresu robót budowlanych, do kalkulacji ewentualnych zamówień uzupełniających lub dodatkowych, jak również do obliczenia należnego wynagrodzenia wykonawcy w przypadku odstąpienia od umowy (punkt 16.10. SIWZ).

W ocenie Odwołującego, tak rozbudowanych wymagań i oczekiwań Zamawiającego wobec kosztorysu ofertowego nie da się pogodzić z rzekomo „informacyjnym” charakterem tego dokumentu. W świetle powyższych postanowień SIWZ nie ulega wątpliwości, że Zamawiający przypisał kosztorysowi ofertowemu znacznie większe znaczenie i poważniejszą rolę aniżeli „funkcja informacyjna”.

Za kluczowe, zdaniem Odwołującego, należy uznać to, że w myśl SIWZ kosztorys ofertowy służy do obliczenia ceny oferty. Oznacza to, że pominięcie pozycji w kosztorysie ofertowym skutkuje błędnym (niezgodnym z treścią SIWZ) obliczeniem ceny oferty - w konsekwencji oferta podlega odrzuceniu. W kosztorysie ofertowym złożonym wraz z ofertą przez SKANSKA S.A. zabrakło jednej pozycji kosztorysowej („39 d.2.2 ST D.02.03.01 zakup piasku do wykonania nasypów wraz z transportem”), co oznacza, że nie została ona uwzględniona w cenie oferty SKANSKA S.A., cena ta jest błędnie obliczona, a oferta winna zostać z tego powodu odrzucona.

Odwołujący argumentował, że na pominięcie pozycji kosztorysowej „39 d.2.2 ST D.02.03.01 zakup piasku do wykonania nasypów wraz z transportem” przez SKANSKA S.A. wskazuje porównanie kosztów wykonania nasypów przewidzianych przez poszczególnych wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu. Wszyscy wykonawcy, z wyjątkiem

SKANSKA S.A., założyli, że kupią materiał na nasyp, przetransportują go na plac budowy i zbudują z niego nasypy. Żadnemu z wykonawców nie udało się zejść z wyceną budowy nasypu poniżej pułapu 500 000 złotych Porównanie, zdaniem Odwołującego, pokazuje, że SKANSKA S.A. uwzględniła w swojej ofercie jedynie robociznę i pracę sprzętu - formowanie i zagęszczanie nasypów spycharkami oraz zagęszczarkami - natomiast pominęła zakup materiału do budowy nasypu (w ilości ponad 20 000 m³) oraz przywiezienie tego materiału na plac budowy. Oznacza to zatem, że nie tylko cena oferty SKANSKA S.A. została błędnie obliczona - wobec pominięcia jednej pozycji kosztorysowej - ale oferta nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia.

Zastąpienie przez SKANSKA S.A. tej jednostki inną, tj. „kompletem” (od skrótu nazwy jednostki - „kpl.”), zdaniem Odwołującego, wypacza sposób obliczenia ceny oferty, uniemożliwia rozliczenie robót rozbiórkowych w trakcie realizacji zamówienia publicznego, uniemożliwia ustalenie rzeczowego zakresu robót budowlanych, uniemożliwia kalkulację ewentualnych zamówień uzupełniających lub dodatkowych, uniemożliwia obliczenie należnego wynagrodzenia wykonawcy w przypadku odstąpienia od umowy.

Niezależnie od powyższego brak całego jednego kosztorysu ofertowego - którego złożenia wraz z ofertą wymagał Zamawiający, a dotyczącego robót rozbiórkowych – oznacza zdaniem Odwołującego, że treść oferty złożonej przez SKANSKA S.A. nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący wyraził także pogląd, że wynagrodzenie umowne - mimo zapewnień Zamawiającego w tym zakresie - niezupełnie ma charakter ryczałtowy. Z postanowień wzoru umowy, stanowiącego część SIWZ, wynika, że wynagrodzenie wykonawcy może zostać zmniejszone „w przypadku zaniechania wykonania części przedmiotu umowy” (§ 7 ust. 4 pkt 3 wzoru umowy). Takie zmniejszenie w ocenie Odwołującego sprzeczne jest z naturą ryczału, który jest kwotą sztywną. Zapis wzoru umowy stwierdza, że w takim przypadku „Wykonawca sporządzi protokół robót zaniechanych, a zmiana wynagrodzenia z niego wynikająca zostanie potwierdzona aneksem do niniejszej umowy” - zmiana umowy nie ma zatem konstytutywnego charakteru, a jedynie potwierdza okoliczność od niej niezależną, jaką jest zmniejszenie rzekomo ryczałtowego wynagrodzenia. Kwestia ta ma znaczenie w przedmiotowej sprawie, albowiem zmniejszenie wynagrodzenia o wartość „robót zaniechanych” możliwe jest tylko w oparciu o wycenę tych robót - a tę zawiera kosztorys ofertowy złożony wraz z ofertą. Skoro oferta złożona w postępowaniu przez SKANSKA S.A. nie obejmuje w ogóle pozycji „39 d.2.2 ST D.02.03.01 zakup piasku do wykonania nasypów wraz z transportem” ani kosztorysu robót rozbiórkowych, ujętych (w nieznanym zakresie) jako „komplet”, to zmniejszenie wynagrodzenia w myśl cytowanego zapisu wzoru umowy w zakresie tych robót będzie zdaniem Odwołującego niewykonalne - nie będzie bowiem jak

obliczyć tego zmniejszenia, skoro SKANSKA S.A. nie podała stawek jednostkowych (cen netto) dla tych robót.

Zgodnie z § 9 ust. 4 wzoru umowy „Wykonawca będzie zgłaszał Nadzorowi Inwestorskiemu gotowość do odbioru częściowego, stanowiącego podstawę do wystawienia faktur przejściowych wymienionych w § 8, w formie pisemnej w terminie 3 dni od upływu okresu rozliczeniowego załączając dokumenty, o których mowa w § 8 ust. 6 umowy”. § 8 ust. 6 wzoru umowy stanowi, że „Wykonawca w terminie 3 dni po zakończeniu okresu rozliczeniowego, o którym mowa w ust. 1 i 5 niniejszego paragrafu, przedstawi Nadzorowi Inwestorskiemu zakres rzeczowy i finansowy wykonanych robót w formie Tabeli rozliczeniowej sporządzonej na podstawie kosztorysu ofertowego. Do Tabeli rozliczeniowej, Wykonawca załączy wszystkie dokumenty odbiorowe rozliczanych robót wymagane specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót”. Dokumenty odbiorowe rozliczanych robót wymagane specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót to w szczególności dokumenty potwierdzające obmiar robót, a zatem faktyczną ilość wykonanych robót danego zakresu. Specyfikacja techniczna SST-01.00 „Roboty rozbiórkowe” wprost odwołuje się przy tym do „księgi obmiarów”, którą ma prowadzić wykonawca (punkt 6.5.2. specyfikacji technicznej) - co, przy wycenie robót rozbiórkowych jako „kompletu” (zamiast wyceny według jednostki obmiarowej wskazanej przez Zamawiającego, tj. metra kwadratowego) zdaniem Odwołującego powoduje, że zgodne z umową obliczenie wynagrodzenia należnego wykonawcy za ten zakres robót nie będzie możliwe.

Wskazane „Wymagania ogólne” zdaniem Odwołującego podważają ryczałtowy charakter wynagrodzenia wykonawcy (ceny oferty) i wskazują na znaczenie kosztorysu ofertowego jako podstawy dla dokonywania rozliczeń, potwierdzają, że błędy w kosztorysie ofertowym złożonym wraz z ofertą, takie jak pominięcie pozycji kosztorysowej czy brak całego kosztorysu skutkują brakiem możliwości rozliczenia robót. Brak wyceny pozycji (pominięcie pozycji) „39 d.2.2 ST D.02.03.01 zakup piasku do wykonania nasypów wraz z transportem” oraz brak zgodnej z wymaganiami SIWZ wyceny robót rozbiórkowych (pominięcie kosztorysu ofertowego robót rozbiórkowych) przez SKANSKA S.A. są przeszkodą dla rozliczenia inwestycji albowiem zamawiający - we wzorze umowy i specyfikacji technicznej - przewidział płatność za poszczególne etapy wykonanych prac w ścisłym odwołaniu do kosztorysu ofertowego.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Podkreślił, iż w postępowaniu przyjęto ryczałtowy charakter wynagrodzenia wykonawcy, a przekazany w SIWZ przedmiar robót miał charakter wyłącznie pomocniczy. W ocenie Zamawiającego z treści SIWZ wynika, iż kosztorys ofertowy, jaki każdy z wykonawców miał załączyć do oferty nie ma charakteru merytorycznego, a wyłącznie charakter informacyjny. Zamawiający

podkreślił, iż żaden zapis SIWZ nie nakazywał wykonawcom złożenia kosztorysu ofertowego w oparciu o przedmiar. Zdaniem Zamawiającego oferta Przystępującego była zgodna z treścią SIWZ oraz zgodna ze wskazanym w SIWZ sposobem obliczenia ceny. Taki charakter wynagrodzenia nie budził wątpliwości żadnego z wykonawców (w tym także Odwołującego) przed etapem składania ofert. Odwołujący w dniu 1 października 2012 r. zadał pytania: Z uwagi na ryczałtowy charakter rozliczania prosimy o potwierdzenie możliwości wprowadzania zmian w przedmiarze robót w ilościach i w opisie robót., Z uwagi na ryczałtowe rozliczenie prosimy o wykreślenie w punkcie 1.7.3 w SST d.00.00.00 – wymagania ogólne cyt. „w przypadku rozbieżności opis wymiarów ważniejszy jest od odczytu ze skali rysunków”.

Zamawiający podkreślił także, że z treści SIWZ wynika, iż w cenie oferty, a tym samym w kosztorysie ofertowym stanowiącym podstawę jej obliczenia został uwzględniony cały zakres robót ujęty w dokumentacji projektowej oraz STWiOR. Zamawiający podkreślił, iż zapisy STWiOR potwierdzały, iż wykonawca musi pozyskać grunt celem wykonania nasypów, co nie oznacza jednak, iż grunt ten musi zostać przez wykonawcę zakupiony. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego przyjęcia przez Przystępującego kompletu jako jednostki przedmiarowej dla robót rozbiórkowych Zamawiający podkreślił, iż to wykonawcy mieli ustalić sami przyjęte przez siebie jednostki przedmiarowe. W zakresie zarzutu dotyczącego dodania przez Przystępującego pozycji w kosztorysie ofertowym dodatkowej pozycji dotyczącej kosztów ogólnych, Zamawiający uznał, iż Przystępujący uprawniony był do takiego działania. W ocenie Zamawiającego do wykonawców należało podjęcie decyzji, czy koszty ogólne budowy zostaną ujęte w cenach jednostkowych za poszczególne asortymenty robót, czy też koszty te zostaną wyodrębnione w oddzielnej pozycji kosztorysu.

W niniejszej sprawie przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Skanska S.A.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, a zatem ma możliwość uzyskania zamówienia.

Dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy podstawowe znaczenie miało ustalenie charakteru prawnego kosztorysów, jakie każdy z wykonawców miał załączyć do złożonej przez siebie oferty. Zamawiający bowiem cenę zamówienia ustalił w formie ryczału, a pomimo tego wymagał przedstawienia przez wykonawców kosztorysów robót, jakie miały zostać wykonane. Przy takim sformułowaniu przez Zamawiającego wymagań konieczne jest ustalenie, czy kosztorys ofertowy miał charakter merytoryczny czy informacyjny. Izba podziela dotychczasowy pogląd, iż celem zbadania charakteru kosztorysu ofertowego należy każdorazowo brać pod uwagę zapisy SIWZ. Izba wzięła pod uwagę fakt, że charakter ryczałtowy wynagrodzenia w niniejszym postępowaniu nie był sporny pomiędzy stronami. Co więcej, przed złożeniem oferty Odwołujący podkreślił taki charakter wynagrodzenia w pytaniach zadanych do SIWZ. W pytaniach tych Odwołujący zawarł następującą treść: „z uwagi na ryczałtowy charakter rozliczania” oraz „z uwagi na ryczałtowe rozliczenie”. Taki sposób zadania pytań przez odwołującego wskazuje iż Odwołujący miał świadomość ryczałtowego charakteru wynagrodzenia oraz takiego sposobu rozliczenia nie kwestionował. Nadto Izba wzięła pod uwagę postanowienia SIWZ, w których Zamawiający wprost napisał, że przedmiar robót jest wyłącznie dokumentem pomocniczym, z którego wykonawca może skorzystać przy obliczaniu ceny ofert, ale nie ma takiego obowiązku. Co więcej, stosownie do punktu 16.7 SIWZ, wykonawca był zobowiązany złożyć wraz z ofertą kosztorys ofertowy, który na etapie badania i oceny złożonych ofert miał pełnić rolę informacyjną (pkt 16.7 SIWZ). Zatem, jak wynika z powyższego, Zamawiający w treści SIWZ przewidział informacyjny charakter kosztorysu ofertowego. Na taki charakter tego dokumentu wskazuje także fakt, że nigdzie w SIWZ Zamawiający nie wymagał, aby wykonawcy ujęli w kosztorysie ofertowym wszystkie pozycje przedmiaru. Nie przewidziano także żadnej sankcji w postaci odrzucenia oferty wykonawcy, w przypadku braku jakiegokolwiek pozycji z przedmiaru w kosztorysie ofertowym. Przeciwnie, jak wyżej wskazano, Zamawiający napisał w SIWZ, iż przedmiar robót jest wyłącznie dokumentem pomocniczym, z którego wykonawca może skorzystać przy obliczaniu ceny ofert, ale nie ma takiego obowiązku. Zapis ten wskazuje więc na pozostawienie wykonawcom swobody w zakresie sposobu przedstawienia zakresu robót, jakie mają zostać wykonane. Dodatkowo postanowienie to wzmacnia punkt 16.5 SIWZ, zgodnie z którym przyjmuje się, że wykonawca w cenie oferty, a tym samym w kosztorysie ofertowym, stanowiącym podstawę jej obliczenia, zawarł cały zakres robót ujęty w dokumentacji projektowej oraz STWiOR. Oznacza to, że nawet w sytuacji, gdy wykonawca nie ujął jakiegokolwiek pozycji z przedmiaru w kosztorysie ofertowym, to i tak oznaczało to będzie, że zobowiązał się do zrealizowania całego przedmiotu zamówienia opisanego w dokumentacji projektowej i STWiOR. Powyższe zdaniem Izby bezwzględnie wskazuje nie tylko na ryczałtowy charakter wynagrodzenia za zrealizowanie zamówienia, ale i podkreśla

fakt, że przedmiar przekazany przez Zamawiającego ma charakter pomocniczy dla sporządzenia oferty, informacyjny dla wykonawców, zaś wykonawcy, składając ofertę, przede wszystkim zobowiązywali się do zrealizowania przedmiotu zamówienia określonego w całej dokumentacji projektowej - w projekcie i STWiOR. Z powyższego wynika więc informacyjny charakter sporządzanego na etapie składania ofert kosztorysu ofertowego.

Fakt podnoszony przez Odwołującego, że kosztorys ofertowy jest istotnym merytorycznym dokumentem, gdyż, stosownie do postanowień SIWZ, może on służyć zmniejszeniu wynagrodzenia przy rozliczeniu końcowym lub do ustalenia rzeczowego zakresu robót budowlanych do kalkulacji ewentualnych zamówień uzupełniających lub dodatkowych, zdaniem Izby wręcz potwierdza pomocniczy charakter tego dokumentu. Właśnie taki był cel złożenia kosztorysu ofertowego, iż może on (co wcale nie oznacza musi) pomóc w określeniu dodatkowych prac. Powyższa możliwość nie niweluje w żaden sposób powyżej wskazanych postanowień SIWZ jednoznacznie określających pomocniczy charakter przedmiaru i kosztorysu ofertowego. Zapis pkt. 16.8 SIWZ wprowadzający możliwość dokonania rozliczeń przy pomocy kosztorysu ofertowego jest jedynie możliwością, która nie musi zostać wykorzystana. Oznacza to, że istnienie tego kosztorysu wcale nie przesądza, że zostanie on wykorzystany przy dokonywaniu rozliczeń w sytuacjach opisanych w pkt 16.8 SIWZ. Co więcej, nawet w przypadku, gdyby kosztorys ofertowy został użyty do dokonania rozliczeń, to miałby on przy dokonywaniu tych rozliczeń charakter jedynie pomocniczy.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby oferta wykonawcy Skanska S.A. nie odpowiadała treści SIWZ.

Skoro Zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę w zakresie kształtowania treści i formy kosztorysu, to dodanie do kosztorysu pozycji nieprzewidzianej przez Zamawiającego nie może zostać uznane jako sprzeczne z treścią SIWZ.

Niezasadny okazał się także zarzut, iż w ofercie Skanska SA przyjęte zostały jednostki przedmiarowe inne niż wymagane przez Zamawiającego. Zgodnie z punktem 16.10 SIWZ w kosztorysie ofertowym wartość netto każdej pozycji kosztorysu miała zostać podana jako iloczyn ilości (liczby ustalonych przez wykonawcę jednostek przedmiarowych) i ceny jednostkowej danej pozycji kosztorysu. Z tego zapisu kosztorysu wnika więc, iż Zamawiający nie narzucał wykonawcom określonych jednostek przedmiarowych pozostawiając dokonanie wyboru tych jednostek wykonawcom. Przyjęcie więc jako jednostki przedmiarowej dla robót rozbiórkowych kompletu nie może zostać uznane za sprzeczne z treścią SIWZ.

Izba wzięła pod uwagę fakt, że skoro Zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę w zakresie kształtowania treści i formy kosztorysu, to ujęcie wszystkich prac rozbiórkowych w formie jednej pozycji nie stanowi niezgodności z SIWZ. Należy mieć przede wszystkim na uwadze, iż wykonawca SKANSKA S.A. nie pominął prac rozbiórkowych, a jedynie nadał im

w kosztorysie inną formę niż wynikała z przedmiaru, do czego był uprawniony stosownie do punktu 16.6 SIWZ, a więc do swobody kształtowania treści kosztorysu ofertowego względem przedmiaru robót. Ponadto Izba wzięła pod uwagę fakt, że bez dokonania rozbiórki budynków nie było możliwe wykonanie dalszych robót budowlanych. Zobowiązanie wykonawcy do wykonania dalszych robót budowlanych determinowało więc konieczność wykonania prac rozbiórkowych. Tym samym, skoro wykonawca ujął prace rozbiórkowe w kosztorysie ofertowym, nie może być mowy o niezgodności jego oferty z treścią SIWZ.

Przedmiar przekazany przez Zamawiającego jako załącznik do SIWZ przewidywał zakup piasku. Pozycja ta nie znalazła się w kosztorysie ofertowym złożonym przez Przystępującego w ofercie. Jednakże ponownie należy podkreślić, iż przedmiar Zamawiający załączył jedynie dla ułatwienia wykonawcom sporządzenia kosztorysu ofertowego, a sporządzany kosztorys ofertowy miał charakter jedynie informacyjny; wykonawcom została pozostawiona swoboda w kształtowaniu jego treści. Podkreślić przy tym należy, iż o ile nie jest możliwe wykonanie zamówienia bez wykorzystania piachu do wykonania nasypów, o tyle zakup piasku nie jest jedyną możliwą metodą jego pozyskania. Jak wyjaśnił Przystępujący, piasek użyty do wykonania budowy pochodzić ma z własnej kopalni Przystępującego, a więc nie będzie kupowany, a wszelkie koszty związane z wykonaniem nasypu zostały ujęte w poz. 39 i 40. Ponadto fakt, że Przystępujący zobowiązał się do wykonania nasypów, oczywistym jest, że musi pozyskać materiały niezbędne do wykonania tych nasypów.

Z tych względów zarzut niezgodności oferty Przystępującego z SIWZ jest niezasadny.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....