

Sygn. akt KIO/UZP 949/09

WYROK
z dnia 5 sierpnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Barbara Bettman

Członkowie: Małgorzata Stręciwilk

Renata Tubisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Prywatne Przedsiębiorstwo Przygotowania i Realizacji Budownictwa „KONTRAKT” Kubiaczyk, Pawlak, Wosiek Sp. j., ul. Mórkowska 38, Wilkowice, 64-115 Świąciechowa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zespół Opieki Zdrowotnej w Głogowie, ul. Kościuszki 15, 67-200 Głogów** protestu z dnia 22 czerwca 2009 r.

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budowlane "MODERNPOL" Kazimiera Chmielewska i Czesław Chmielewski Sp. j. z Głogowa, ul. Parafialna 11, 67-200 Głogów oraz Przedsiębiorstwo "BUDIHOLEX" Witold Hołoga,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie. Nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazuje unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje powtórzenie czynności oceny ofert i wyboru oferty.

2. Kosztami postępowania obciąża **Zespół Opieki Zdrowotnej w Głogowie, ul. Kościuszki 15, 67-200 Głogów** 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 uiszczonego przez **Prywatne Przedsiębiorstwo Przygotowania i Realizacji Budownictwa „KONTRAKT” Kubiaczyk, Pawlak, Wosiek Sp. j., ul. Mórkowska 38, Wilkowice, 64-115 Świąciechowa,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 173 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto siedemdziesiąt trzy złote zero groszy) przez **Zespół Opieki Zdrowotnej w Głogowie, ul. Kościuszki 15, 67-200 Głogów** na rzecz **Prywatnego Przedsiębiorstwa Przygotowania i Realizacji Budownictwa „KONTRAKT” Kubiaczyk, Pawlak, Wosiek Sp. j., ul. Mórkowska 38, Wilkowice, 64-115 Świąciechowa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) 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 **Prywatnego Przedsiębiorstwa Przygotowania i Realizacji Budownictwa „KONTRAKT” Kubiaczyk, Pawlak, Wosiek Sp. j., ul. Mórkowska 38, Wilkowice, 64-115 Świąciechowa**

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

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: "Rozbudowa budynku Szpitala Zespołu Opieki Zdrowotnej w Głogowie o Szpitalny Oddział Ratunkowy I etap - roboty ogólnobudowlane (stan surowy zamknięty)," za numerem ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych 67327 -2009; data zamieszczenia 27.04.2009 r., w dniu 22 czerwca 2009 r. został złożony protest, a następnie odwołanie przez Prywatne Przedsiębiorstwo Przygotowania i Realizacji Budownictwa "KONTRAKT" Kubiaczyk Pawlak Wosiek Sp. j. z siedzibą w Wilkowicach 64-115 Świąciechowa.

Wniesienie protestu było następstwem powiadomienia w dniu 19.06.2009 r. pismem z 18.06.2009 r. o rozstrzygnięciu przetargu i wyborze najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlane "MODERNPOL" Kazimiera Chmielewska i Czesław Chmielewski Sp. j. z Głogowa oraz Przedsiębiorstwo "BUDIHOLEX" Witold Hołoga. Jednocześnie oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako nieodpowiadająca treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). W dniu 23.06.2009 r. zamawiający doręczył ponownie przesłane faksem pismo z dnia 18.06.2009 r. o rozstrzygnięciu przetargu i wyborze najkorzystniejszej oferty, tym razem ze zmienioną drugą stroną, przy czym nie unieważnił poprzedniej "wersji" tego pisma, ani nie wyjaśnił dlaczego nastąpiła zmiana jego treści.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Zespołowi Opieki Zdrowotnej w Głogowie naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058 z dalszymi zm.), art. 7 ust. 1 oraz postanowień SIWZ wskutek:

1. odrzucenia oferty odwołującego,
2. uznania za najkorzystniejszą i dokonania wyboru oferty konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlane "MODERNPOL" Kazimiera Chmielewska i Czesław Chmielewski Sp. j. oraz Przedsiębiorstwa "BUDIHOLEX" Witold Hołoga.

Odwołujący wniósł:

1. o unieważnienie decyzji o wyborze oferty konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlane "MODERNPOL" Kazimiera Chmielewska i Czesław Chmielewski Sp. j. i Przedsiębiorstwa "BUDIHOLEX" Witold Hołoga,
2. o ponowne przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert,
3. o uznanie jego oferty za ważną i niepodlegającą odrzuceniu,
4. o ponowny wybór oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów protestu, odwołujący powołał się na naruszenie swego interesu prawnego, gdyż niezgodne z przepisami ustawy jak i SIWZ rozstrzygnięcie zamawiającego, pozbawiło go uzyskania zamówienia, w którym złożona oferta była najtańsza i najkorzystniejsza wśród ofert niepodlegających odrzuceniu. Przynotował uzasadnienie podane przez zamawiającego, stwierdzające iż oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp, jako niezgodna z treścią SIWZ, gdyż "otrzymane wyjaśnienia są sprzeczne z zapisami SIWZ." Zdaniem zamawiającego, odwołujący w wyjaśnieniach nie wykazał kosztów utylizacji gruzu, ponadto został zastosowany odmienny sposób obliczenia roboczogodziny w kosztorysie ofertowym. Odwołujący nie zgodził się taką argumentacją, gdyż jak wywodził:

1. nie ujęcie kosztów utylizacji gruzu, wobec złożonych wyjaśnień, że będzie podlegać on dalszej przeróbce i wykorzystaniu w przedsiębiorstwie odwołującego oraz przy braku jakichkolwiek zapisów w SIWZ, obligujących bezwarunkowo do utylizacji gruzu, czyni zarzut bezpodstawnym. Podany sposób wyceny tej pozycji powoduje, że cena oferty jest niższa niż gdyby składować gruz na wysypisku. Stanowisko zamawiającego uznał za niezrozumiałe, gdyż powinien on zabiegać o to, aby cena oferty wybranej była jak najniższa. Podany sposób utylizacji gruzu był zgodny z polityką zagospodarowania odpadów, którą prowadzi państwo - każdy odpad, który można ponownie wykorzystać powinien być zagospodarowany. Ponadto jeżeli przy takim sposobie zagospodarowania odpadów opłata za jego utylizację nie występuje - wynosi 0,00 zł, co odwołujący wykazał w wyjaśnieniach, to bezpodstawne jest stanowisko zamawiającego zarzucające brak ujęcia w cenie oferty tej opłaty.

2. zarzut odmiennego sposobu obliczania wartości roboczogodziny odwołujący również uznał za niezrozumiałe, gdyż cenę roboczogodziny ustala każdy z wykonawców samodzielnie i jest to jego wewnętrzna sprawa. Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ, wyjaśnieniach do niej, nie zawarł sposobu obliczania ceny roboczogodziny. W takim przypadku jaki dokument ma na myśli zamawiający, gdzie podano sposób obliczania ceny roboczogodziny, w stosunku do którego, podana jej wartość 11,37 zł, byłaby odmienna. Nigdzie w ofercie odwołującego, jak i w ofertach pozostałych wykonawców nie znalazło się wyliczenie ceny jednostkowej, a jedynie wszyscy podawali jej wartość na pierwszej stronie kosztorysów. Ponadto wyjaśnienia, których udzielił odwołujący dotyczyły sposobu ustalania ceny poszczególnych pozycji kosztorysowych, o które zamawiający pytał w piśmie z 9 czerwca 2009 r. Wyjaśnienia te, w ocenie odwołującego, pozwoliły na zrozumienie w jaki sposób wyliczał ceny jednostkowe pozycji kosztorysowych. Właśnie ceny jednostkowe pozycji kosztorysowych, pomnożone przez ilość jednostek obmiarowych, następnie zsumowane, stanowią cenę oferty. Będą również stanowiły one podstawę rozliczeń pomiędzy zamawiającym a wybranym wykonawcą, o czym stanowi Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót - część ogólna - pkt. 9.1. jak i projekt umowy rozdz. V, § 8, ust. 3, pkt. 1. Zamawiający pozostawił bez odpowiedzi wnioski jednego z wykonawców z 12 maja 2009 r., dotyczący załączenia szczegółowego kosztorysu ślepego, należy przez to rozumieć, że przyjął do milczącej akceptacji ewentualne tego konsekwencje - rozbieżności w kosztorysach ofertowych, w przypadku różnych wielkości nakładów rzeczowych, zużycia materiałów itp., dla danej pozycji przedmiarowej wynikających z braku szczegółowego kosztorysu ślepego i wskazania wprost tych podstaw kosztorysowania. Odwołujący w wyjaśnieniach informował o występowaniu różnych opcji kalkulacyjnych, w danym programie kosztorysowym, jak i o tym, że programy kosztorysowe różnych firm różnią się od siebie w tych samych pozycjach KNR. Podniósł, że zamawiający nie może po fakcie złożenia

ofert, wyciągać konsekwencji w postaci odrzucenia oferty wykonawcy, jako niezgodnej z SIWZ, nie podając przed tym terminem, do wiadomości wykonawców, dokumentów na jakich będzie się opierał przy jej badaniu - w tym przypadku szczegółowego kosztorysu ślepego. Sposób oceny ofert musi wynikać z ustawy, SIWZ lub innych przepisów prawa i nie może być dowolną interpretacją zamawiającego.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 24 czerwca 2009 r. do postępowania wywołanego protestem pismem z dnia 26 czerwca 2009 r. przystąpił wybrany wykonawca konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlane "MODERNPOL" Kazimiera Chmielewska i Czesław Chmielewski Sp. j. z Głogowa oraz Przedsiębiorstwo "BUDIHOLEX" Witold Hołoga, który wniósł o utrzymanie wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej wśród ofert niepodlegających odrzuceniu, czym uzasadniał swój interes prawny.

Przystępujący wyraził pogląd, iż oferta odwołującego została słusznie odrzucona, albowiem zawierała szereg błędów powodujących jej niezgodność z SIWZ to jest:

1. brak wyceny kosztów utylizacji gruzu. Bezskutecznie prawnie pozostaje oświadczenie w wyjaśnieniach, że w cenie są zawarte koszty utylizacji gruzu, podlegającego przeróbce u wykonawcy, gdyż stanowi to niedozwoloną przepisem art. 87 ust. 1 Pzp zmianę treści oferty,

2. poz. 21, 22, 23, 25 kosztorysu ofertowego odwołującego na roboty budowlane oraz poz. 14 -18 i 21 - 24 kosztorysu robót sanitarnych nie zostały wycenione zgodnie z podanymi podstawami wyceny. Stosownie do wyjaśnień zamawiającego z dnia 11 maja 2009 r. nie można było stosować kalkulacji własnych. Wyjaśnienia dotyczące treści SIWZ stają się elementem specyfikacji i są wiążące. Użycie współczynników zmniejszających nakłady robocizny w wymienionych wyżej pozycjach, to nic innego jak zastosowanie kalkulacji własnej. Nie może być mowy o błędach w nakładach rzeczowych w programie kosztorysowym, gdyż odwołujący przyjmował właściwe normy i mnożył nakłady przez współczynniki zmniejszające, przez co jego oferta jest nieporównywalna. Podniósł, że w zakresie wymienionych pozycji oferta pozostaje w sprzeczności z SIWZ,

3. w odniesieniu do poz. 153, 160, 161, 163; 164 kosztorysu ofertowego, odwołujący usunął wynikające z podstaw wyceny czynniki produkcji R, M, S. Zgodnie z przedmiarem i odpowiedzią z dnia 11 maja 2009 r., w wymienionych pozycjach nie wolno było stosować kalkulacji własnych. Z punktu widzenia wynagrodzenia kosztorysowego nie jest dopuszczalne usuwanie, a w konsekwencji nie wycenianie wynikających z podstaw wyceny czynników produkcji. Zamawiający przewidział w § 8 ust. 3 pkt 2 projektu umowy rozliczenia kosztorysem powykonawczym, przy uwzględnieniu cen czynników produkcji podanych

w kosztorysie ofertowym wykonawcy wybranego do realizacji zamówienia. Usunięcie pozycji kosztorysowych przez usunięcie nakładów czynników rzeczowych R, M, S jest niezgodne z definicją kosztorysu szczegółowego, którego żądał zamawiający,

4. w poz. 172, 173 kosztorysu ofertowego odwołujący przyjął nakłady rzeczowe inne niż określone w katalogu K-25. Przystępujący w załączeniu przedstawił właściwe nakłady rzeczowe dla wymienionych pozycji,

5. załączone przez odwołującego referencje zawierają informacje nieprawdziwe, gdyż z wywiadu przeprowadzonego przez przystępującego wynika, iż wykonana w Pępowie hala magazynowa nie jest nowa, ponieważ została wykonana z elementów zdemontowanych na terenie Francji. Firma RAWAG potwierdziła, że odwołujący nie budował nowej hali, ale była to modernizacja, zamawiający wymagał wykazania się przez wykonawcę wybudowaniem dwóch obiektów.

Pismem z dnia 25 czerwca 2009 r. do postępowania wywołanego protestem przystąpił wykonawca PROJPRZEM Sp. z o.o. z Nowej Soli, który podał, że wybrana oferta konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlane "MODERNPOL" Kazimiera Chmielewska i Czesław Chmielewski Sp. j. oraz Przedsiębiorstwa "BUDIHOLEX" Witold Hołoga, nie odpowiada warunkom SIWZ, bowiem wykonawca przyjął inne niż wymagane ścianki systemowe i wycenił niektóre wskazane materiały o co najmniej 90 % poniżej cen rynkowych. Powołał się na interes prawny w ubieganiu się o przedmiotowe zamówienie.

Pismem z dnia 3 lipca 2009 r. zamawiający odrzucił protest, uznając go bezzasadnym.

1. W uzasadnieniu swego stanowiska podał, że nie uwzględnia argumentów przytoczonych przez wykonawcę w przedmiotowym proteście jak i we wcześniejszych wyjaśnieniach z dnia 15 czerwca 2009 r., złożonych w stosunku do poz. 21, 22, 23, 25 kosztorysu robót budowlanych oraz do poz. 14 -18 i 21 - 24 kosztorysu robót sanitarnych i podtrzymał swoje twierdzenia, że w zakresie wymienionych pozycji oferta pozostaje w sprzeczności z SIWZ. Zaznaczył, że podstawą wyceny powyższych pozycji był oznaczony w przedmiarach katalog. Wykonawca nie może tłumaczyć nieprawidłowości nakładami wpisanymi do programu kosztorysującego, które powinny być ściśle powiązane z katalogami. Wszelkie uwagi powinien wnieść do autora programu. Wyjaśnienie odwołującego, że zastosowano we wszystkich pozycjach wyceny katalogowe, mijają się z prawdą, gdyż przyjęcie współczynnika zmniejszającego (nakład robocizny), stanowi odstępstwo od wyceny

katalogowej i de facto jest kalkulacją własną. Działanie takie było niezgodne z odpowiedzią udzieloną przez zamawiającego na pytanie nr 3 do SIWZ. Zawarte w proteście wyjaśnienie odwołującego dotyczące stawki roboczogodziny w wysokości 11,37 zł, które mówi, że stawka ta jest jednolita dla całego kosztorysu świadczy o tym, że zastosowane współczynniki zmniejszające, odnoszą się do nakładów roboczogodziny. Tym samym wykonawca ten odstępuje w podanych pozycjach przedmiarów robót na rzecz kalkulacji własnych.

W odpowiedzi z dnia 11 maja 2009 r. na pytanie "czy podane w przedmiarach robót podstawy wycen są obowiązujące, czy też zamawiający dopuszcza stosowanie kalkulacji własnych np. zmianę norm roboczogodzin na podstawie własnego doświadczenia." Zamawiający udzielił odpowiedzi negatywnej, informując, że podstawy wycen podane w przedmiarach robót są obowiązujące. Ponadto, w odpowiedzi z dnia 12 maja 2009 r. zamawiający informował, że kalkulację indywidualną można stosować tylko w tych pozycjach, w których jest przywołana jako podstawa. W kwestionowanych pozycjach kosztorysu ofertowego odwołującego nie było możliwości stosowania kalkulacji indywidualnej. Odwołujący jako jedyny z wykonawców zastosował współczynniki zmniejszające nakłady na poziomie 0,6 oraz 0,8, a więc wprowadził kalkulację własną, tym samym oferta firmy KONTRAKT stała się nieporównywalna. Odwołujący nie wystąpił z zapytaniem do zamawiającego, czy wyrazi zgodę na zastosowanie w wymienionych wyżej pozycjach współczynników zmniejszających nakłady robocizny. W trakcie procedury przetargowej nie oprottestował też odpowiedzi zamawiającego, dotyczącej nie udostępnienia szczegółowego kosztorysu ślepego, a więc zgadzał się bezwarunkowo z postawionymi wymogami. Podkreślił, iż w pozostałych pozycjach kosztorysu, odwołujący przestrzegał podstaw wycen podanych w przedmiarach.

2. W odniesieniu do poz. 153, 160, 161, 163; 164 kosztorysu ofertowego, odwołujący usunął wynikające z podstaw wyceny czynniki produkcji R, M, S. Uproszczenie pozycji kosztorysowych przez usunięcie nakładów czynników rzeczowych R, M, S jest niezgodne z definicją kosztorysu szczegółowego, którego żądał zamawiający. Z uwagi na fakt, że zamawiający dopuszcza w trakcie realizacji zadania realizację robót dodatkowych, podanie czynników produkcji R. M. S jest niezbędne do rozliczenia tych robót;

3. W poz. 172, 173 kosztorysu ofertowego odwołujący przyjął nakłady rzeczowe inne niż określone w katalogu K-25.

Zastosowane przez odwołującego odmienne sposoby kalkulacji, skutkują w konsekwencji obniżeniem ceny oferty w sposób niezgodny ze specyfikacją. Gdyby wyliczenia przeprowadzone zostały zgodnie ze specyfikacją, wartość oferty odwołującego byłaby wyższa o 47 165,74 zł brutto, a więc wśród ofert ważnych nie byłaby ofertą najkorzystniejszą. Zamawiający odstąpił od zarzutu braku wyceny pozycji kosztorysowej

utilizacji gruzu i w tym zakresie przyjął wyjaśnienia odwołującego, co wynika z protokołu komisji przetargowej z dnia 2 lipca 2009 r.

W odwołaniu wniesionym w dniu 8 lipca 2009 r., z kopią doręczoną zamawiającemu w tym samym terminie, zarzuty protestu zostały podtrzymane wraz z wnioskami o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlane "MODERNPOL" Kazimiera Chmielewska i Czesław Chmielewski Sp. j. oraz Przedsiębiorstwo "BUDIHOLEX" Witold Hołoga,
2. ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert,
3. uznania oferty odwołującego za ważną i niepodlegającą odrzuceniu,
4. ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący powołał się na naruszenie art. 7 ust 1 i art. 82 ust. 3 ustawy Pzp oraz na to, że niezgodne z przepisami ustawy jak i SIWZ rozstrzygnięcie przetargu, pozbawiło go uzyskania zamówienia, w którym złożona przez niego oferta była najtańsza i najkorzystniejsza z ofert, które nie podlegały odrzuceniu.

Odwołujący ponowił argumentację przytoczoną w proteście. Odnosząc się do stanowiska zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu wywodził, że z treści pisma przesłanego faksem w dniu 03.07.2009 r. o odrzuceniu tego środka ochrony prawnej, wynika, iż zamawiający protest oddalił, a nie odrzucił.

W uzasadnieniu zamawiający stwierdził, że uznał za wystarczające wyjaśnienia dotyczące kwestii utylizacji gruzu, natomiast co do odmiennego sposobu obliczania wartości roboczogodziny, zamawiający zamiast odnieść się do podniesionych argumentów w uzasadnieniu protestu, przytoczył inne przyczyny rzekomo uzasadniające odrzucenie oferty odwołującego jako sprzecznej z SIWZ, a odnoszące się do wyceny poszczególnych pozycji w kosztorysie ofertowym - których nie wskazał w piśmie z dnia 18.06.2009 r.

o rozstrzygnięciu przetargu i wyborze najkorzystniejszej oferty. Powyższe skłoniło odwołującego do stwierdzenia, że zamawiający gorączkowo poszukiwał argumentów przemawiających za oddaleniem protestu i co za tym idzie odrzuceniem tej oferty, nie bacząc na fakt, iż nie wskazał ich w piśmie z dnia 18.06.2009 r. o rozstrzygnięciu przetargu

i wyborze najkorzystniejszej oferty. Uzasadnienie odrzucenia oferty w tym piśmie nie spełnia wymagań jasnego i precyzyjnego formułowania myśli w języku polskim. Ponadto sformułowanie "oprócz nie wykazania kosztów utylizacji (gruzu), zastosowany został odmienny sposób regulujący obliczanie wartości roboczogodziny, czyli de facto ceny oferty" na pewno nie dotyczy kwestii obliczania cen jednostkowych w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego. Podał, iż w proteście odniósł się do zarzutu "odmiennego sposobu obliczania wartości roboczogodziny", a jedynie z ostrożności procesowej odniósł się do

kwestii, które były przedmiotem wyjaśnień, dotyczących sposobu ustalania cen poszczególnych pozycji kosztorysowych, o które zamawiający zwrócił się w piśmie z dnia 9 czerwca 2009 r. Natomiast zamawiający w rozstrzygnięciu protestu z tych kwestii uczynił jedyną przyczynę oddalenia tego protestu, choć rozstrzygając przetargu nie wskazał w uzasadnieniu swej decyzji, że złożone wyjaśnienia były w jakimś zakresie niewystarczające, co doprowadziło odwołującego do wniosku, że zamawiający zmienił (pod wpływem protestu czy też innych uczestników postępowania?) swoje zdanie w tym zakresie, pomiędzy rozstrzygnięciami przetargu i protestu. Na marginesie dodał, że przyczyną odrzucenia oferty może być niezgodność jej treści z SIWZ, a nie niezgodność wyjaśnień z SIWZ. Podtrzymał stanowisko zawarte w proteście, co do zarzutu odmiennego sposobu obliczania wartości roboczogodziny. Stwierdził, iż nie jest zrozumiałe co miał na myśli zamawiający pisząc o odmiennym (od czego?) sposobie regulującym obliczanie wartości roboczogodziny, bo chyba nie zakładał, że wszyscy wykonawcy przyjmą taką samą jej wartość. Natomiast z uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu wynika, że rzekoma "niezgodność wyjaśnień z treścią SIWZ" polega według zamawiającego na czymś zupełnie innym – przyjęciu innych podstaw wyceny dla niektórych pozycji kosztorysu ofertowego w ofercie odwołującego. Nie zgodził się z argumentami zamawiającego w odniesieniu do tej kwestii. Odwołujący podał, że w wyjaśnieniach z dnia 15.06.2009 r. i uzasadnieniu protestu przedstawił stanowisko, z którego wynika, że cenę oferty stanowią zsumowane iloczyny cen jednostkowych pozycji kosztorysowych i ilości jednostek obmiarowych. Ceny jednostkowe będą stanowiły podstawę rozliczeń pomiędzy zamawiającym a wybranym wykonawcą, o czym stanowi zarówno SIWZ jak i specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych oraz projekt umowy. Zamawiający nie dołączył do SIWZ szczegółowego tzw. kosztorysu ślepego, a jedynie uproszczony przedmiar robót. Zamawiający pozostawił również bez odpowiedzi wnioski jednego z wykonawców, dotyczący załączenia szczegółowego kosztorysu ślepego, należy przez to rozumieć, że zaakceptował ewentualne tego konsekwencje, w przypadku różnych wielkości nakładów rzeczowych, zużycia materiałów itp., dla danej pozycji przedmiarowej. Spowodowane to jest, jak już informował w wyjaśnieniach, różnymi opcjami kalkulacyjnymi w danym programie kosztorysowym, jak i tym, że programy kosztorysowe różnych firm różnią się od siebie w tych samych pozycjach KNR. Sposób oceny i badania ofert musi wynikać z ustawy, SIWZ lub innych przepisów prawa i nie może być dowolną interpretacją zamawiającego. Podkreślił, że cena oferty, w tym elementów składowych - poszczególnych pozycji kosztorysowych, została sporządzona w sposób rzetelny, ponieważ przygotowując ofertę dokonał szczegółowej analizy wszelkich aspektów technicznych, organizacyjnych i ekonomicznych zadania. „Cena oferty, w tym przyjęta stawka roboczogodziny, wynika z indywidualnego podejścia do przedmiotu zamówienia, łączenia pewnych procesów technologicznych, wykorzystania posiadanych zasobów (materiałowych, sprzętowych i

ludzkich), widocznie lepszej niż u konkurencji organizacji pracy. Kalkulowanie ceny ofertowej jest wyłącznym uprawnieniem wykonawcy, dzięki któremu możliwa jest rzeczywista konkurencja między podmiotami ubiegającymi się o to samo zamówienie publiczne. Bezpodstawne jest wnioskowanie o nie ujęciu pełnego zakresu robót na podstawie ceny jednostkowej pozycji robót kosztorysowych, w sytuacji, gdy pozycja ta odpowiada wymaganej przez Zamawiającego ilości w przedmiarze i jest zgodna z opisem zamawiającego”, tak orzekła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20.04.2009 r., sygn. akt KIO/UZP 450/09. Jest przecież oczywiste, argumentował odwołujący, że jednostkowa cena końcowa, ujęta w kosztorysie ofertowym mogła być wynikiem kalkulacji uwzględniającej inne elementy, związane bezpośrednio z tą pozycją, jak i wynikiem kalkulacji innych pozycji kosztorysowych. Za uprawnione i powszechne stosowane uznać należy takie kalkulowanie cen przez poszczególnych wykonawców, które ujmuje aspekty techniczne, organizacyjne, ekonomiczne, łączenia procesów technologicznych, czy też uwzględniające posiadane już zasoby materiałowe, sprzętowe i ludzkie, a nie tylko polegające się na trzymaniu się katalogów, które przecież ani nie są jednoznaczne ani precyzyjne, a do tego z samej istoty procesu kosztorysowania zakładają pewną wariantowość. To na zamawiającym spoczywa obowiązek jednoznacznego i jasnego precyzowania postanowień SIWZ. Fakt, że postanowienia te nie czynią zadość tym wymogom, nie może być poczytany na niekorzyść wykonawcy i nie może prowadzić do zastosowania sankcji odrzucenia oferty.

Jest oczywiste, że w przypadku ceny o charakterze kosztorysowym, przedmiary robót stanowią źródło jednostronnego zobowiązania wykonawcy do wykonania poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia według wartości ceny jednostkowej ujętej w poszczególnych pozycjach przedmiarów - natomiast sposób w jaki dany wykonawca doszedł do danej ceny jednostkowej jest kwestią całkowicie drugorzędną, dla zamawiającego w gruncie rzeczy obojętną. Dalej odwołujący wywodził, iż dla każdego profesjonalisty jest oczywiste, że po pierwsze katalogi norm nakładów są opracowaniami różnych firm, a nie źródłem obowiązującego prawa, a ponadto istnieje ich co najmniej kilka na rynku, tak samo jak istnieje wiele programów komputerowych do kosztorysowania. Ponadto zapisy w tych katalogach, także co do nakładów są wariantowe - właśnie po to, aby uwzględniać specyfikę danej roboty i danego wykonawcy. Inaczej przedstawiałaby się sprawa, gdyby zamawiający udostępnił ślepe kosztorysy szczegółowe, a nie uproszczone przedmiary. Można dojść do wniosku, że tak pożądaną przez zamawiającego "porównywalność" ofert poszczególnych wykonawców, przy materiałach jakie zamawiający im przekazał, można jedynie było osiągnąć, gdyby wszystkie kosztorysy ofertowe wykonywał jeden autor i to najlepiej autor przedmiarów. Zgodnie z SIWZ (rozdz. XI) podstawą do określenia ceny ofertowej jest zakres robót wynikający z dokumentacji projektowej z uwzględnieniem wymogów określonych w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót,

a ceny jednostkowe określone dla poszczególnych pozycji kosztorysów ofertowych winny obejmować wszystkie koszty niezbędne do wykonania robót wymaganej jakości.

W ocenie odwołującego, jeżeli zamawiający przewidział możliwość pominięcia (nie ujęcia) w kosztorysie ofertowym niesprecyzowanych bliżej robót, to tym bardziej należy uznać, że nie wyszczególnienie przez wykonawcę wszystkich składników, poszczególnych pozycji kosztorysu zostało przez zamawiającego dopuszczone, a zatem nie może być poczytane za niezgodne z treścią SIWZ.

Za kuriozalny uznał odwołujący argument zamawiającego zawarty w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu, że podanie czynników R, M, S jest niezbędne do rozliczenia robót dodatkowych, które zamawiający dopuszcza w trakcie realizacji zadania. Zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu jak i SIWZ zamawiający podał, że nie przewiduje udzielania zamówień uzupełniających, natomiast realizacja robót dodatkowych (czyli niezbędnych do prawidłowego wykonania zadania, a których wykonanie stało się konieczne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia) nastąpić może ewentualnie w wyniku odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, na podstawie nowej ceny zaproponowanej przez wykonawcę w ramach tego nowego postępowania, a nie na podstawie kosztorysów ofertowych złożonych w niniejszym przetargu. Na marginesie dodał, że w obecnie obowiązującym polskim prawie nie ma czegoś takiego jak "definicja kosztorysu szczegółowego", o której zamawiający wspomniał w uzasadnieniu protestu. W podsumowaniu stwierdził, iż cena oferty została prawidłowo przygotowana, nadaje się do porównania z innymi ofertami zgodnie z SIWZ i ustawą oraz w pełni spełnia wymagania SIWZ.

Pismem z dnia 14 lipca 2009 r., z kopią przekazaną zamawiającemu i odwołującemu, do postępowania odwoławczego przystąpił wybrany wykonawca konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlane "MODERNPOL" Kazimiera Chmielewska i Czesław Chmielewski Sp. j. oraz Przedsiębiorstwo "BUDIHOLEX" Witold Hołoga, zgłaszając przystąpienie po stronie zamawiającego, ponawiając tą samą argumentację jaką podał w przystąpieniu do postępowania zainicjowanego protestem.

Krajowa Izba odwoławcza stwierdziła, iż nie zachodzą podstawy do odrzucenia odwołania na podstawie art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych.

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę który złożył najkorzystniejszą ofertę w jedynym kryterium ceny, zatem jest dopuszczalne na podstawie art. 184 ust. 1a pkt 4 ustawy Pzp, skoro dotyczy odrzucenia oferty, złożonej przez odwołującego.

Izba stwierdziła, iż wymogi formalne związane z przystąpieniem do odwołania, zostały przez konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budowlane "MODERNPOL" Kazimiera Chmielewska i Czesław Chmielewski Sp. j. oraz Przedsiębiorstwo "BUDIHOLEX" Witold Hołoga dotrzymane, postanowiła dopuścić wymienione konsorcjum do udziału w sprawie, po stronie zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła i przeprowadziła dowody: z pism zamawiającego o rozstrzygnięciu przetargu i odrzuceniu oferty odwołującego, z protokołu postępowania z załącznikami, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, oferty odwołującego, pism o wyjaśnienie jej treści i udzielonych odpowiedzi, pism stron i przystępującego, złożonych w postępowaniu protestacyjno – odwoławczym.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska, przedstawione przez pełnomocników stron oraz przystępującego, przedstawione do protokołu rozprawy.

W postępowaniu zostało złożonych 8 ofert, z czego oferta odwołującego z ceną 2 450 583,16 zł. brutto jest najkorzystniejsza w jedynym ustanowionym kryterium ceny. Kolejno została sklasyfikowana oferta przystępującego z ceną 2 466 430,96 zł. brutto.

Według oświadczenia stron, okres związania ofertą został przedłużony na wniosek zamawiającego i nie upłynął (termin złożenia ofert 19 maja 2009 r.), a oferty wykonawców – odwołującego i przystępującego nadal pozostają zabezpieczone wymaganym wadium. Zamawiający odrzucił oferty 6 wykonawców.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów protestu, jak stanowi art. 191 ust. 3 Pzp Izba ustaliła co następuje.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia w rozdziale I, punkcie 4 zawiera informację, że przedmiary poszczególnych robót, składają się między innymi na opis przedmiotu zamówienia.

W tabeli nr 2 – inne dokumenty, które muszą się znajdować w ofercie – widnieje kosztorys ofertowy (szczegółowy) nr załącznika 1a -1c do oferty oraz dodatek Nr 2a - 1c do SIWZ (na roboty ogólnobudowlane i instalacje sanitarne).

W rozdziale XI SIWZ zawarty jest opis sposobu obliczenia ceny i warunki płatności:

1. podstawą do określenia ceny ofertowej jest zakres robót wynikający z dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót,
2. ceny jednostkowe określone dla poszczególnych pozycji kosztorysów winny obejmować wszystkie koszty niezbędne do wykonania robót wymaganej jakości,
3. ceny jednostkowe określone przez wykonawcę w kosztorysach ofertowych oraz

w formularzu cenowym są stałe na czas realizacji zamówienia i nie podlegają waloryzacji.

5. wartość końcową oferty, określa suma wartości wszystkich robót budowlanych wynikających z kosztorysów ofertowych i do tak wyznaczonej globalnej wartości zamówienia (ceny netto) należy doliczyć podatek VAT,

6. podstawą wypłaty będą faktury przejściowe oraz faktura końcowa.

W załączniku nr 1 do SIWZ – formularz oferty, zawarty jest punkt oświadczamy, że w cenie oferty brutto zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia i realizacji przyszłego świadczenia umownego. W załączniku nr 7 do SIWZ – wzorze umowy, w § 8 pkt 2 zamawiający zamieścił postanowienie o następującej treści. Wynagrodzenie określone w ustępie 1 odpowiada cenie oferty wykonawcy, wybranej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych stanowiących przedmiot umowy i odpowiada zakresowi robót przedstawionemu w dokumentacji projektowej, w tym w przedmiarach robót oraz w szczegółowych specyfikacjach wykonania i odbioru robót, stanowiących załączniki do SIWZ i jest tzw. wynagrodzeniem kosztorysowym. Zawiera ono ponadto następujące koszty: wykonania prac tymczasowych, przygotowawczych, zabezpieczających i porządkowych, organizacji i likwidacji placu budowy, utrzymania zaplecza budowy, koszty związane z odbiorami wykonanych robót, koszty opracowania dokumentacji powykonawczej oraz inne koszty wynikające z niniejszej umowy.

3. wartość wykonanych robót i dostaw będzie obliczana następująco:

1) w oparciu o ceny jednostkowe za jednostkę obmiarową ustaloną dla danej pozycji kosztorysu ofertowego. Cena jednostkowa pozycji kosztorysowej będzie uwzględniać wszystkie czynności, wymagania i badania, składające się na wykonanie robót wg STT i dokumentacji projektowej. Ceny jednostkowe będą obejmować:

a) robociznę bezpośrednią wraz z narzutami,

b) wartość zużytych materiałów wraz z kosztami zakupu, magazynowania i ewentualnych ubytków,

c) wartość pracy sprzętu z narzutami,

d) koszty pośrednie i zysk kalkulacyjny,

e) podatki policzone zgodnie z przepisami z wyłączeniem podatku VAT.

2. w przypadku gdy wystąpią roboty innego rodzaju niż w przedmiarach robót (tzn. takie których nie można rozliczyć zgodnie z ust. 3 pkt 1 niniejszego paragrafu, a konieczne do wykonania przedmiotu zamówienia, roboty te rozliczone będą na podstawie kosztorysów powykonawczych przygotowanych przez wykonawcę, zatwierdzonych przez inspektora nadzoru i zamawiającego. Kosztorysy te opracowane zostaną w oparciu o następujące założenia:

- a) ceny czynników produkcji (R,M,S,K,Z) zostaną przyjęte z kosztorysów ofertowych złożonych przez wykonawcę do przetargu,
- b) w przypadku gdy nie będzie możliwe rozliczenie danej roboty w oparciu o postanowienia ust. 3 pkt 1 lit. a, brakujące ceny czynników produkcji zostaną ustalone następująco:
- materiały – według faktur dostawców z okresu wbudowania,
 - sprzęt według średnich cen rynkowych właściwych dla regionu dolnośląskiego,
- c) podstawą do określenia nakładów rzeczowych będą normy zawarte w kosztorysach ofertowych, a w przypadku ich braku odpowiednie pozycje KNR. W przypadku braku odpowiednich pozycji KNR, zastosowane zostaną KNNR, a następnie wycena indywidualna wykonawcy, zatwierdzona przez zamawiającego,
5. bez uprzedniej zgody zamawiającego mogą być wykonywane jedynie roboty niezbędne dla bezpieczeństwa i zapobieżenia awarii.
6. dla poszczególnych pozycji kosztorysów ofertowych, ceny winny obejmować wszystkie koszty niezbędne do wykonania robót wymaganej jakości przez wykonawcę

Zamawiający udzielał wyjaśnień do treści SIWZ. Na pytanie firm: Przedsiębiorstwo Budowlane "MODERNPOL" Kazimiera Chmielewska i Czesław Chmielewski Sp. j. oraz Przedsiębiorstwo "BUDIHOLEX" Witold Hołoga z 6 maja 2009 r. czy podane w przedmiarach robót podstawy wyceny są obowiązujące, czy zamawiający dopuszcza stosowanie kalkulacji własnych (np. zmianę norm roboczogodzin na podstawie własnego doświadczenia, zużycia materiałów na podstawie katalogów producentów). Jeżeli zamawiający nie wyrazi zgody na stosowanie kalkulacji własnych, prosimy o załączenie do SIWZ szczegółowego kosztorysu ślepego, a nie uproszczonego przedmiaru robót.

Zamawiający udzielił odpowiedzi, iż podstawy wycen podane w przedmiarach są obowiązujące. W piśmie z dnia 12 maja 2009 r. zamawiający podał, że kalkulację indywidualną można stosować w pozycjach przedmiaru, gdzie jest podana. Pytanie zadane przez konsorcjum przystępującego brzmiało – w związku z nie wyrażeniem zgody na stosowanie kalkulacji własnych, prosimy o załączenie szczegółowego kosztorysu ślepego ponieważ w katalogach różnych producentów programów kosztorysowych zdarzają się błędy w normach, co może spowodować różnice między ofertami. Nie każdy może posiadać wszystkie wymienione w przedmiarze katalogi. Nie załączenie szczegółowego kosztorysu spowoduje rozbieżności między ofertami, a kosztorysem inwestorskim, gdyż w przedmiarze występują również kalkulacje własne i nie wiadomo jakie normy przyjął w tych pozycjach autor przedmiaru?

Pismem z dnia 3 czerwca 2009 r. zamawiający występował do projektanta dokumentacji, czy dopuszczalne jest stosowanie wskaźnika (0,8) przez jednego z oferentów, zmniejszającego nakład roboczogodzin wynikający z KNNR, na co uzyskał odpowiedź, iż jest

to działanie niedopuszczalne ponieważ kosztorys inwestorski został sporządzony w oparciu o KNNR i nie ma możliwości dowolnego kształtowania wartości normowych, wynikających z KNNR.

Pismem z dnia 9 czerwca 2009 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienia na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp odnośnie kosztorysu ofertowego:

- 1) poz. 11 – nie ujęto utylizacji gruzu;
- 2) poz. 21-23,25 kosztorys budowlany, dokonano zmian nakładów roboczogodzin,
- 3) poz. 68,90,153,160,161,163,164, nie ujęto nakładów rzeczowych robocizny i sprzętu, w rozbiciu na elementy,
- 4) poz. 14-18,21-24 kosztorys sanitarny, dokonano zmian nakładów roboczogodzin.

W wyznaczonym terminie dnia 15.06.2009 r., odwołujący udzielił odpowiedzi:

Ad. 1. że posiada zgodę starostwa na wytwarzanie odpadów i będzie przetwarzał gruz w swoim przedsiębiorstwie, (wyjaśnienie to zostało uznane przez zamawiającego w protokole komisji przetargowej),

Ad. 2., ad. 3 i ad. 4 odwołujący przytoczył wyżej cytowane postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dotyczące ceny oferty. Powołał się na okoliczność, iż zamawiający nie udostępnił szczegółowych kosztorysów ślepych, w związku z tym każdy korzystał

z dostępnych programów kosztorysujących, a odwołujący opracował kosztorys ofertowy przy pomocy programu NORMA, który przy tej samej podstawie wyceny może stosować różne opcje kalkulacyjne. Mogą występować różne roboty czy różne nakłady R,M,S. Odwołujący oświadczył, że podane ceny jednostkowe, stosownie do wymagań SIWZ, ujmują w komplecie wszystkie nakłady katalogowe. I nie zmienił świadomie żadnych nakładów robocizny, sprzętu i materiałów. Podane pozycje kosztorysowe są prawidłowe, kompletne i zgodne z podstawą wyceny podaną przez zamawiającego. Zgodnie z odpowiedzią na pytanie z 12 maja 2009 r. kalkulację indywidualną zastosował tylko w pozycjach przedmiaru, w których została dopuszczona. Podał, że cena oferty obejmuje cały przedmiot zamówienia.

Izba ustaliła, iż zamawiający opracował kosztorys inwestorski w formule przedmiaru, który udostępnił wykonawcom (przedmiar) w dokumentacji przetargowej. Zatem zamawiający nie posiadał kosztorysu opracowanego metodą szczegółową.

Pismem z dnia 18 czerwca 2009 r. zamawiający powiadomił odwołującego, że „odrzuca jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z art. 82 ust 3 ustawy, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.” W uzasadnieniu faktycznym zamawiający podał, że „wezwał pismem z dnia 9

czerwca 2009 r. firmę KONTRAKT do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do kosztorysu ofertowego szczegółowego. Otrzymane wyjaśnienia są sprzeczne z zapisami SIWZ. Oprócz nie wykazania kosztów utylizacji, zastosowany został odmienny sposób regulujący obliczanie wartości roboczogodziny, czyli de facto ceny oferty.”

Pracownica zamawiającego ponownie w dniu 23 czerwca 2009 r. wysłała drugą stronę pisma z dnia 18 czerwca 2009 r., w odniesieniu do odrzucenia oferty odwołującego powtarzając dosłownie uzasadnienie przesłane w dniu 18 czerwca 2009 r. W notatce spisanej w dniu 23 czerwca 2009 r. pracownica zamawiającego p. Grażyna Dąbrowska podała, że poinformowała wykonawców o błędzie telefonicznie (brak informacji o wykonawcach wykluczonych) i uzgodniła, że wyśle stronę właściwą, informując również, „że w dokumentacji przetargowej ma korespondencję, która potwierdza zasadność wykluczenia wykonawców i w każdej chwili jest do wglądu.” Pełnomocnik zamawiającego potwierdził na rozprawie, iż taką informację telefoniczną otrzymał również odwołujący.

Izba zważyła co następuje.

W zakresie zarzutu, iż odwołujący odniósł się w proteście do podanych przyczyn odrzucenia jego oferty, Izba stwierdza, że treść pisma z dnia 18 czerwca i 23 czerwca 2009 r. nie wyczerpuje obowiązku wskazania podstawy faktycznej i prawnej odrzucenia oferty. Wykonawca ma prawo do pełnego i wyczerpującego poinformowania, w jakim zakresie złożona przez niego oferta (w tym kosztorys ofertowy) nie spełnia wymogów i dlaczego nie została przez zamawiającego uznana za prawidłową. Pełna informacja ma zasadnicze znaczenie dla umożliwienia wykonawcy korzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający ma obowiązek jednoczesnego powiadomienia wykonawców, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W ocenie Izby trudno nazwać uzasadnieniem treść powiadomienia jaką wystosował zamawiający do odwołującego w dniach 18 i 23 czerwca 2009 r. Za prawidłowe uzasadnienie odrzucenia oferty, nie można bowiem poczytywać przytoczenia treści przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Chybiony jest również argument, że podstawę odrzucenia oferty stanowi niezgodność udzielonych wyjaśnień ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Rację należy przyznać odwołującemu, że podstawą odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jest jej niezgodność z treścią SIWZ. Zamawiający nie podał w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty skonkretyzowanych przyczyn, które skłoniły go do podjęcia tej czynności. Zupełnie nie jest dopuszczalne tak jak uczynił to zamawiający, powiadamiając telefonicznie wykonawców, że o bliższych przyczynach ich wykluczenia czy odrzucenia oferty mogą dowiedzieć się z dokumentacji źródłowej w

siedzibie zamawiającego. Konsekwencją nieprawidłowego powiadomienia i niepełnego uzasadnienia odrzucenia oferty, było, iż odwołujący nie mógł w proteście odnieść się do zarzutów, które zamawiający sformułował pod adresem tej oferty w protokole komisji przetargowej z dnia 1 czerwca 2009 r. Stąd odwołujący adekwatnie do podanych przyczyn, w sposób ogólny odniósł się w proteście do podanych podstaw odrzucenia jego oferty, w taki też sposób sformułował zarzuty przeciwko tej czynności zamawiającego. Zamawiający dopiero w dniu 3 lipca 2009 r. w rozstrzygnięciu protestu podał skonkretyzowane przyczyny odrzucenia oferty odwołującego to jest niezgodności:

- 1) poz. 21-23,25 kosztorysu budowlanego, gdzie dokonano zmian nakładów roboczogodzin,
- 3) poz. 68,90,153,160,161,163,164, gdzie nie ujęto nakładów rzeczowych robocizny i sprzętu,
- 4) poz. 14-18,21-24 kosztorysu sanitarnego, gdzie dokonano zmian nakładów roboczogodzin.

Wcześniej, te skonkretyzowane przyczyny odrzucenia oferty odwołującego, podało konsorcjum Przedsiębiorstwo Budowlane "MODERNPOL" Kazimiera Chmielewska i Czesław Chmielewski Sp. j. oraz Przedsiębiorstwo "BUDIHOLEX" Witold Hołoga w przystąpieniu do postępowania wywołanego protestem z dnia 26.06.2009 r.

Polemikę z zarzutami, jak przedstawił je zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, odwołujący mógł podjąć dopiero w odwołaniu.

Zgodnie z powołanym wyżej przepisem art. 191 ust. 3 Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów odwołania, które nie zostały podniesione w proteście. Nie oznacza to jednak, że w tych okolicznościach Izba znajduje podstawy do odrzucenia odwołania.

Skoro zamawiający na etapie rozstrzygnięcia protestu powołał się na nowe przyczyny uzasadniające odrzucenia oferty odwołującego, nie podane w powiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego, Izba uznaje, że nie stanowiły one przyczyny odrzucenia oferty, zarzuty złożonego protestu do nich się nie odnoszą, a Izba brała przy wyrokowaniu jedynie te przyczyny odrzucenia oferty, które były wyraźnie sformułowane w piśmie z dnia 18 i 23 czerwca 2009 r. i korespondujące z nimi zarzuty protestu.

Nie można zgodzić się z zamawiającym, że podał przyczynę odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodność z treścią SIWZ, a argumentację do tej czynności w sposób pełny przedstawił w rozstrzygnięciu protestu. Odwołujący nie mógł wiedzieć w jakim stopniu jego wyjaśnienia zostały uwzględnione i do jakich pozycji kosztorysowych zamawiający ma nadal zastrzeżenia, w konsekwencji nie mógł podjąć obrony i podać żadnej sensownej argumentacji na odparcie niesprecyzowanych zarzutów zamawiającego, które zostały później powołane w rozstrzygnięciu protestu.

Zarzut odnośnie pominięcia wyceny utylizacji gruzu nie został przez zamawiającego podtrzymany w rozstrzygnięciu protestu, zatem nie zachodzi potrzeba jego rozpoznania.

Zarzut podania niewłaściwej stawki roboczogodziny nie znajduje uzasadnienia. Z powołanych wyżej postanowień SIWZ, które strony potwierdziły jako kompletne w odniesieniu do przedstawionych zarzutów, nie wynika, aby zamawiający wymagał podania elementów kalkulacyjnych stawki roboczogodziny. Odwołujący podał stawkę roboczogodziny w kwocie 11,37 zł., natomiast przystępujący w kwocie 11,00 zł. W ocenie Izby, istotną treść oferty stanowiły ceny jednostkowe, wykonania poszczególnych robót ujętych w kosztorysie ofertowym, które zamawiający określił jako niezmiennie oraz całkowita cena oferty za cały przedmiot zamówienia, obejmująca wszelkie dodatkowe koszty, podana w podsumowaniu kosztorysu ofertowego i przeniesiona do formularza oferty oraz zawarta w umowie stron, odnosząca się do przedmiotu zamówienia w niej określonego. Te istotne elementy odwołujący podał, zatem brak było podstaw do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. Podanie czynników produkcji (czy ich kosztów) dla robót mogących być w przyszłości przedmiotem dodatkowego zlecenia, zdaniem Izby nie odnosiło się do istotnej treści oferty, w rozumieniu przedmiotowo istotnych postanowień danej umowy podstawowej, zgodnie z art. 66 § 1 K. c, do których należą w pierwszej kolejności zakres prac i ustalone w odniesieniu do tego zakresu wynagrodzenie wykonawcy, tak w kwocie ogólnej, jak i ceny jednostkowe, obejmujące wszystkie czynniki produkcji budowlano - montażowej. Stosownie do regulacji ustawowej art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp, udzielenie dodatkowego zlecenia na roboty, których w chwili zawarcia umowy nie można było przewidzieć, następuję odrębną umową zawartą z dotychczasowym wykonawcą.

W pierwszej kolejności należało ustalić jaki jest rzeczywisty charakter wynagrodzenia wykonawcy w tym postępowaniu, odnosząc odnośnie wyżej opisane postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wzoru umowy do definicji ceny ryczałtowej i ceny kosztorysowej określonych przepisami Kodeksu cywilnego, które to przepisy mają wprost zastosowanie do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego z mocy art. 14 ustawy Pzp, jeżeli przepisy tej ustawy nie stanowią inaczej. Izba przyjęła do wiadomości, że zamawiający wprost określił w SIWZ wynagrodzenie wykonawcy jako kosztorysowe. Nie jest jednak przesądzające samo oświadczenie zamawiającego w tym względzie, ale zasadnicze znaczenie dla ustalenia rzeczywistego charakteru wynagrodzenia mają merytoryczne postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia odnoszące się do sposobu obliczenia ceny oferty i sposobu rozliczeń z wykonawcą. Przy braku jednoznacznych postanowień, względnie nawet sprzecznych ze sobą dyspozycji, dopiero analiza tych postanowień, zezwala na prawidłowe ustalenie charakteru wynagrodzenia. Zgodnie z

definicją podaną w art. 629 K. c. wynagrodzenie kosztorysowe charakteryzuje się tym, iż stanowi zestawienie planowanych oraz przewidywanych kosztów robót budowlanych. Rozliczenie i ustalenie ostatecznego wynagrodzenia wykonawcy, następuje po zakończeniu prac, w oparciu o obmiar powykonawczy robót, przy zastosowaniu ustalonych w umowie podstaw wyceny. Izba stwierdza, że zamawiający ustalił wynagrodzenie wykonawcy, podane w ofercie jako niezmiennie. Ponadto obejmuje ono całość przedmiotu zamówienia wraz z wszelkimi kosztami i opłatami dodatkowymi. Zamawiający dopuścił jedynie wykonanie robót innych - dodatkowych, koniecznych do zrealizowania inwestycji, nie ujętych w kosztorysie, ale za zgodą inspektora nadzoru i za zgodą samego zamawiającego, co należy odczytywać jako udzielenie odrębnego zlecenia, czyli zawarcia odrębnej umowy na powiększony zakres prac, nie ujęty w kosztorysie, w trybie art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp. Wykonawca, który ma określone wynagrodzenie za zakres robót ustalonych umową, nie może bez odrębnego zlecenia wykonać innych robót dla zamawiającego, gdyż wówczas nie przysługuje mu z tego tytułu żadne wynagrodzenie. Z tych względów Izba stwierdza, mając na uwadze, że wynagrodzenie określone daną umową jest stałe i nie podlegające żadnej korekcie obmiarem powykonawczym z natury, tak przy zwiększeniu rozmiaru świadczenia, jak i przy zmniejszeniu zakresu robót (np. przy błędzie w obmiarze), należy przyjąć, iż ma ono w rzeczywistości charakter ryczałtowy w rozumieniu art. 632 §1 K. c. Taki też charakter mają zagregowane ceny jednostkowe określone w kosztorysie ofertowym, co do których zamawiający stwierdził, iż pozostają one niezmiennie przez cały okres realizacji zamówienia. Powyższy sposób sporządzenia kosztorysu inwestorskiego przewiduje rozporządzenie z 18 maja 2004 r. Ministra Infrastruktury w sprawie określenia metod i podstaw sporządzenia kosztorysu inwestorskiego (Dz. U. Nr 130, poz. 1389). Zabiegi, aby postanowienia specyfikacji, w zakresie charakteru ceny oferty, móc odczytywać w zależności od sytuacji w trakcie realizacji zamówienia, nie służą przejrzystości prowadzonego postępowania ponadto pozostają w sprzeczności z dyspozycją art. 29 ust. 1 Pzp, art. 31 ust. 1 Pzp, nakazującego opisywanie przedmiotu zamówienia i wszystkiego co się z nim wiąże, a więc także charakteru wynagrodzenia w sposób jednoznaczny, uwzględniający wszystkie okoliczności mogące mieć wpływ na złożenie oferty. Takie same wytyczne należy odnosić do opisu sposobu obliczenia ceny, o którym mowa w art. 36 ust. 1 pkt 12 Pzp. Ustawa kodeks cywilny wynagrodzenie ryczałtowe w art. 632 § 1 określa następująco - jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia. Chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiarów lub kosztów prac. W związku z powyższym, skoro określono, że cena oferty zawiera koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia w całości zgodnie z dokumentacją, jak i koszty dodatkowe, niezbędne do prowadzenia robót i ich odbioru, które zamawiający wymienił w SIWZ, jak wyżej – przesądza to o ryczałtowym wynagrodzeniu. Nie pozostaje w

sprzeczności z charakterem ryczałtowym rozliczenia, jeżeli zamawiający żąda jednocześnie przedłożenia kosztorysu ofertowego. Wówczas kosztorys taki ma charakter pomocniczy i uzasadnia jedynie wysokość ceny podanej w ofercie. Umożliwia zamawiającemu kontrolowanie przebiegu prac i regulowanie faktur wykonawcy uwzględniając postęp prac. Można co najwyżej przyjąć, że zamawiający w tym postępowaniu wymaga, aby umowa zawierała opcję, iż w przypadku dalszych zleceń i zawartych umów z tym samym wykonawcą, dotyczących tego samego przedmiotu zamówienia – rozszerzenia zakresu prac, przyjął on z góry zobowiązanie, iż dalsze roboty wykona przy zastosowaniu tych samych stawek roboczogodziny i innych czynników cenotwórczych, jak zostały określone w pierwszej umowie.

Powyższe powinno implikować po stronie zamawiającego określone zachowania, odstąpienia od weryfikowania poszczególnych pozycji kosztorysów ofertowych, gdyż z punktu widzenia rzeczywistego charakteru wynagrodzenia, jako ryczałtowego, jest to całkowicie zbędne.

Teoretycznie, nawet gdyby oferta odwołującego miała być oceniana przy uwzględnieniu kosztorysowego charakteru wynagrodzenia, należy wskazać, że zamawiający nie zauważył zmiany przepisów Prawa zamówień publicznych, dokonanej ustawą z dnia 4 września 2008 r., gdzie przepis art. 87 ust. 2 zezwala na poprawianie omyłek w zakresie podanych punktów 1-3. Przepis ten ma charakter kategoriyczny „zamawiający poprawia” zatem zanim zamawiający odrzuci ofertę, zarzucając jej niezgodność z SIWZ, zobligowany jest wyczerpać procedurę podaną w art. 87 ust. 2 i dokonać poprawy omyłek. Odnosi się to także do kosztorysów. Skoro zamawiający wie i potrafił w rozstrzygnięciu protestu podać jakie omyłki popełnił odwołujący w swoim kosztorysie, zatem mógł także je poprawić, co nie oznacza, że wykonawca ma obowiązek przyjąć takie poprawki bez zastrzeżeń, gdyż na tą czynność przysługują również środki ochrony prawnej.

Izba nie rozpoznawała zarzutów odnoszących się do poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, gdyż pojawiły się one dopiero w odwołaniu, w następstwie tego, że zostały podane przez zamawiającego dopiero w rozstrzygnięciu protestu. Nie była to jedynie rozszerzona argumentacja zamawiającego wobec podanej przyczyny odrzucenia oferty odwołującego.

Ponadto w ocenie Izby, co uzasadniła wyżej, wynagrodzenie w tym postępowaniu ma charakter ryczałtowy, zatem nawet podanie nakładów robocizny odmiennie niż zakłada wskazany katalog nakładów rzeczowych, uwzględniające mnożniki zmniejszające nakład robocizny, stosownie do możliwości techniczno – organizacyjnych przedsiębiorstwa odwołującego, nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i nie wymaga żadnych korekt. Kosztorys w takim przypadku ma charakter pomocniczy, uzasadniający sposób obliczenia ceny ryczałtowej oferty (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia

6.03.2001 sygn. akt I ACa 1147/2000). Ewentualne pomyłki w tego rodzaju kosztorysie, nie powodują konieczności ich prostowania, albowiem cena ryczałtowa jest właściwa bez względu na sposób jej obliczenia i wiążąca dla stron umowy.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie i orzekła jak w sentencji na podstawie art. 191 ust. 1 i 1 a oraz ust. 2 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

Z tytułu uzasadnionych kosztów odwołującego zastępstwa przez pełnomocnika Izba orzekła kwotę 3 599 zł na podstawie złożonego rachunku zgodnie z przepisami par. 4 ust. 1 pkt 2b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 i z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Legnicy**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*