

**WYROK/POSTANOWIENIE<sup>z</sup>**

**z dnia 29 maja 2008r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Członkowie: Klaudia Szczytowska - Maziarz  
Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Magdalena Sierakowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu/ rozprawie\* w dniu /w dniach\* 29 maja 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zbysława Jędrucha prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.F.B. „Euro-Bud” w Rybniku, ul. Powstańców 37** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Miasto Rybnik reprezentowane przez Prezydenta Miasta Rybnika, z siedzibą w Rybniku, ul. B. Chrobrego 2** protestu / protestów\* z dnia 28 kwietnia 2008r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie „Jamar” **Michał Jarzyna Instalatorstwo Sanitarne CO i GAZ w Rybniku, ul. Niedobczycka 48** do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1 . oddala odwołanie.**

2. kosztami postępowania obciąża **Zbysława Jędrucha prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.F.B. „Euro-Bud” w Rybniku, ul. Powstańców 37** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczonego przez **Zbysława Jędrucha prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.F.B. „Euro-Bud” w Rybniku, ul. Powstańców 37**

- 2) dokonać wpłaty kwoty zł 00 gr (słownie:) przez, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 00 gr (słownie: xxxx) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zbysława Jędrucha prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.F.B. „Euro-Bud” w Rybniku, ul. Powstańców 37**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty remontowe w Domu Dziecka przy ul. Powstańców Śląskich w dzielnicy Śródmieście – II etap modernizacji budynku zostało wszczęte przez Miasto Rybnik reprezentowane przez Prezydenta Miasta Rybnika, z siedzibą w Rybniku, ul. B. Chrobrego 2, zwanego dalej Zamawiającym, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 4 marca 2008r. za numerem 43505.

W dniu 21 kwietnia 2008r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty firmy „Jamar” Michał Jarzyna Instalatorstwo Sanitarne CO i GAZ w Rybniku, ul. Niedobczycka 48 oraz o uznaniu za ważne pozostałych ofert, w tym oferty Spółdzielni Wielobranżowej w Rybniku, ul. Wysoka 15/17

Na te czynności Zamawiającego w dniu 28 kwietnia 2008r., drogą elektroniczną, złożył protest Zbysław Jędruch prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.F.B. „Euro-Bud” w Rybniku, ul. Powstańców 37 – zwany dalej Odwołującym.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2009r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007r. nr 233 poz. 1655) – zwanej dalej ustawą poprzez zaniechanie odrzucenia firmy „Jamar” Michał Jarzyna Instalatorstwo Sanitarne CO i GAZ, mimo, iż treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia ( w skrócie SIWZ), art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia firmy „Jamar” Michał Jarzyna Instalatorstwo Sanitarne CO i GAZ i Spółdzielni

Wielobranżowej w Rybniku ewentualnie art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia firmy „Jamar” Michał Jarzyna Instalatorstwo Sanitarne CO i GAZ i Spółdzielni Wielobranżowej w Rybniku, mimo tego, że oferty te stanowiły czyn nieuczciwej konkurencji. Wniósł o uchylene czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz o powtórzenie czynności badania i oceny ofert przy uwzględnieniu powyższych zarzutów. W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że w pozycji 75 kosztorysu ofertowego wykonawca wybrany przyjął do kalkulacji 39,002 m<sup>2</sup>, podczas gdy z obmiar dokonany przez Zamawiającego i ujawniony w kosztorysach ślepych wynosił 389,002 m<sup>2</sup>. Zdaniem Odwołującego, powinno to skutkować odrzuceniem oferty, gdyż błąd w obmiarze stanowi błąd w treści oferty i przesądza o jej niezgodności z SIWZ. Nie ma tu znaczenia, że cena określona przez wykonawcę wybranego ma charakter ryczałtowy. Na poparcie swojej argumentacji przywołuje „Zbiór orzecznictwa Becka. Prawo Zamówień Publicznych” A. Elżanowska i M. Śledziowska oraz orzecznictwo Zespołów Arbitrów : z dnia 23 lutego 2005r. sygn. akt UZP/ZO/0-298/05, z dnia 31 stycznia 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-228/06, z dnia 25 maja 2005r. sygn. akt UZP/ZO/0-1080/05 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13 marca 2006r. sygn. akt V Ca 2469/05 i Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim z dnia 9 listopada 2005r. sygn. akt II Ca 44/05.

W uzasadnieniu rażąco niskiej ceny ofert wskazanych wykonawców Odwołujący wskazał, że oferta wykonawcy wybranego jest niższa o 24% od kosztorysu ofertowego, zaś Spółdzielni Rzemieślniczej Wielobranżowej w Rybniku o 15%. Wskazane u obu wykonawców ceny jednostkowe są, zdaniem Odwołującego rażąco zaniżone w stosunku do cen stosowanych na rynku. Na dowód tego faktu powołał zestawienie cen wynikających z SEKOCENBUD-u, cen własnych oraz cen obu wykonawców. W jego ocenie, ceny zaproponowane w kwestionowanych ofertach są cenami rażąco niskimi, przy czym przez „rażące” rozumie „rzucające się w oczy”, „wyraźne”, „bardzo duże”. Podał, że Zamawiający przeprowadził postępowanie wyjaśniające w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, ale nie doprowadziło to do wyjaśnienia wątpliwości, jakie mogą budzić te ceny. Wykonawcy, zdaniem Odwołującego, nie wykazali „obiektywnych czynników”, które pozwoliły im na zastosowanie niższej od konkurencji ceny. Podkreślił, że z chwilą zwrócenia się o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy, na wykonawców przechodzi ciężar udowodnienia, iż podane przez niego ceny mają charakter realny i indywidualna sytuacja wykonawcy pozwala mu na zrealizowanie zamówienia za podaną cenę. Zarzut dopuszczenia do postępowania wykonawców, którzy złożyli swoje oferty, dopuszczając się czynu nieuczciwej konkurencji, jest wedle Odwołującego uzasadniony tym, że wykonawcy zaoferowali w pewnych pozycjach cenę niższą niż koszty realizacji usługi, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W dniu 29 kwietnia 2008r. Zamawiający powiadomił wykonawców o wpłynięciu protestu.

W dniu 30 kwietnia 2008r. do postępowania protestacyjnego przystąpiła firma JAMAR Miachał Jarzyna siedzibą w Rybniku, ul. Niedobczycka 48D (zwany dalej Przystępującym lub wykonawcą wybranym) domagając się oddalenia protestu. W uzasadnieniu przystąpienia Przystępujący podniósł, że Zamawiający zastosował cenę ryczałtową jako jedyne kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty. Tym samym, zdaniem Przystępującego, nawet zakładając istnienie jakichkolwiek drobnych uchybień w przedmiarze robót, który ma charakter poglądowy względem projektu budowlanego i oferty, takie uchybienia nie mogą stanowić o wykluczeniu oferenta. Przystępujący podniósł, że Odwołujący nie wskazał przyjętych w proteście stawek SEKOCENBUD-u, jakie przyjął w obliczeniach. Podane przez Przystępującego stawki są wyliczone zgodnie z ponoszonymi przez Przystępującego kosztami i prognozowanym zyskiem, o czym świadczy forma prowadzonej działalności, brak znaczących kosztów pośrednich związanych z zarządzaniem, nadzorem, kosztami dowozu pracowników. Ceny podane są realne, takie jakie Przystępujący uzyska od długoletnich dostawców oraz po części wynikają z zapasów magazynowych. Ponadto oferta druga pod względem ceny odbiega od oferty Przystępującego jedynie o 10,5%. Ponadto wskazał, że jego zdaniem, oferta Odwołującego zawiera rażąco wygórowane ceny we wszystkich pozycjach kosztorysowych, a w szczególności poz. 3.5.18 – 143 425zł. (SEKOCENBUD – 398,55zł.), poz. 3.2.6 i 2.1.7 zawyżono obmiar. Naddo Odwołujący posługuje się jednostką monetarną nieznaną w Polsce.

Zamawiający rozstrzygnął protest pismem z dnia 6 maja 2008r., doręczając Odwołującemu rozstrzygnięcie faksem w dniu 7 maja 2008r. i protest oddalił w całości. Zamawiający podniósł, że zwrócił się na etapie badania ofert do wykonawcy wybranego z prośbą o wyjaśnienia niezgodności pozycji 75 kosztorysu ofertowego i wykonawca wyjaśnił, że zrealizuje całość przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją, za cenę ryczałtową podaną w ofercie. O niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można, zdaniem Zamawiającego, mówić wtedy, gdy oferta dowodzi, że cel, który Zamawiający zamierzał osiągnąć, czyli realizacja przedmiotu zamówienia, nie zostanie osiągnięty i powołując się na art. 88 ust. 3 a ustawy wskazał, że przy cenie ryczałtowej podana cena jest prawidłowa bez względu na sposób jej wyliczenia. Oferty kwestionowane przez Odwołującego miały ceny porównywalne i kolejna ze złożonych ofert była o 25% droższa. Takie różnice między ofertami nie dowodzą zastosowania rażąco niskiej ceny i Zamawiający na etapie badania ofert nie występował o wyjaśnienia. Uczynił, to dopiero na skutek protestu, a otrzymane wyjaśnienia potwierdziły stanowisko Zamawiającego, że wskazane w proteście pozycje kosztorysowe zostały wycenione rzetelnie, z uwzględnieniem obiektywnych czynników, a skoro ceny nie są rażąco niskie, nie można uznać, że złożone oferty stanowią czyn nieuczciwej konkurencji.

Od powyższego rozstrzygnięcia odwołał się w dniu 12 maja 2008r. za pośrednictwem poczty, Odwołujący podtrzymując zarzuty podniesione w proteście oraz wnosząc o :

- 1) uchylenie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej,
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert przy uwzględnieniu zarzutów Odwołującego.

Uzupełniając argumentację protestu Odwołujący wskazał na to, że zwrócenie się do wykonawcy wybranego o wyjaśnienie treści oferty w zakresie pozycji 75 w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, stanowiło niedopuszczalne działanie ze strony Zamawiającego, gdyż prowadziło do negocjacji pomiędzy wykonawcą wybranym, a Zamawiającym treści złożonej oferty. Ponownie podkreślił, że wykonawcy nie przedstawili dowodów na poparcie, że ich oferty nie zawierają cen rażąco niskich. Informacje wykonawców o formie działalności, miejscu działalności i umowach z dostawcami nie poparte dowodami, nie można uznać za wystarczające. Odwołujący podkreślił, że obowiązek odrzucenia wykonawcy zachodzi bowiem, nie tylko wtedy, gdy wykonawca w terminie nie złożył wyjaśnień, ale także wtedy, gdy złożone wyjaśnienia są niepełne lub niedostateczne. Dla poparcia tej tezy przywołał wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 12 sierpnia 2005r. sygn. akt VI Ca 464/05 i wyroki Zespołów Arbitrów : z dnia 21 stycznia 2005r. sygn. akt UZP/ZO/0-48/05, z dnia 1 kwietnia 2005r. sygn. akt UZP/ZO/0-441/05, z dnia 19 czerwca 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-1711/06. Podtrzymał w całości swoją argumentację odnośnie czynu nieuczciwej konkurencji.

W dniu 26 maja 2008r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Przystępujący wnosząc o oddalenie odwołania i podtrzymując argumentację podniesioną w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny :**

Zamawiający opisując w rozdziale II SIWZ przedmiot zamówienia wskazał, że remont obejmuje:

- przebudowę parteru
- przebudowę I piętra
- adaptację nieużytkowego poddasza
- przebudowę strefy wejściowej (zagospodarowanie terenu)
- przebudowę kanalizacji deszczowej
- wyposażenie w meble.

W ramach modernizacji prowadzone będą roboty ogólnobudowlane i wykończeniowe, instalacyjne w zakresie instalacji sanitarnych (wod - kan, p.poż, wentylacja, c.o.) oraz instalacji elektrycznych i słaboprądowych. Roboty będą prowadzone zgodnie z zatwierdzonym projektem budowlanym i warunkami pozwolenia na budowę.

Określając sposób obliczenia ceny w pkt XI SIWZ podał, że umowa będzie zawarta na całość robót określonych w przedmiocie zamówienia, dokumentacji projektowej, przedmiarach robót, specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót oraz w oparciu o własną kalkulację dotyczącą zakresu robót pomocniczych (np. wydzielenie stref ochronnych, wykonanie zadaszeń nad wejściami do budynków przy robotach na wysokości, zabezpieczenie przed zakurzeniem i zabrudzeniem sąsiednich pomieszczeń i ciągów komunikacyjnych, wyniesienie i wniesienie na powrót mebli i wyposażenia z remontowanych pomieszczeń, wstępne sprzątnięcie po zakończeniu robót, transport i składowanie materiałów, zorganizowanie zaplecza socjalnego dla swoich pracowników, koszt zużytej wody i energii elektrycznej, transport itp). Cena ofertowa obliczona przez Wykonawcę musi obejmować wszystkie koszty związane z realizacją zadania. Kosztorys ofertowy należy opracować na podstawie dokumentacji i dołączonego przedmiaru robót; kosztorys należy uzupełnić o pozycje zawierające wszystkie koszty robót pomocniczych wymienionych wyżej. Kosztorys należy przedstawić w formie uproszczonej podając w każdej pozycji ilość jednostek obmiarowych, cenę jednostkową i wartość. Podstawa wyceny nie jest wiążąca i może być zmieniona. Wycenę dodatkową (rozszerzającą) do danej pozycji należy oznaczyć symbolami a), b), c). Wycenę elementów dodatkowych do danego rozdziału należy dopisać na końcu rozdziału. W całkowitej cenie ofertowej i cenach jednostkowych przedkładanych przez Wykonawcę będą zawarte wszelkie cła, podatki i inne należności płatne przez Wykonawcę wg stanu prawnego na dzień wszczęcia postępowania.

Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić wszystkie pozycje robót opisane w przedmiarze robót. Pozycje przy których nie zostaną podane ceny za ich wykonanie (nie wypełnione pozycje przedmiaru robót przez Wykonawcę), nie będą dodatkowo opłacone po wykonaniu prac, gdyż Zamawiający przyjmuje, że ich koszt został pokryty przez inne ceny podane w przedmiarze robót.

Za wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający zapłaci wynagrodzenie ryczałtowe ustalone na podstawie składników cenotwórczych (stawki, narzuty ceny materiałów i sprzętu) wyszczególnionych w kosztorysie ofertowym Wykonawcy. Zamawiający nie będzie udzielał zaliczek na realizację zamówienia. Cena ofertowa nie podlega waloryzacji do końca realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, jeżeli wykonał prace dodatkowe bez zgody Zamawiającego.

W formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ wykonawca miał zobowiązać się do tego, że zaoferowana przez niego cena obejmuje pełny zakres zamówienia określony w warunkach przedstawionych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Ponadto w § 6 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ Zamawiający podał, że za wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający zapłaci wynagrodzenie ryczałtowe w tym podatek VAT 7 %. Wynagrodzenie nie podlega waloryzacji do końca realizacji umowy.

Do SIWZ załączono także dokumentację techniczną wykonania i odbioru robót, w ramach, której zawarto przedmiary dla robót szczegółowych.

„Jamar” Michał Jarzyna Instalatorstwo Sanitarne CO i GAZ w Rybniku, ul. Niedobczycka 48 Zaoferował wykonanie zamówienia za kwotę 1.337.894,86 zł (brutto) Spółdzielnia Wielobranżowa w Rybniku, ul. Wysoka 15/17 za kwotę 1.494.317,96 zł., zaś Odwołujący za 1.729.163,57 zł.

W ofercie wykonawcy wybranego na stronie 59 widnieje pozycja obmiarowa nr 75 obejmująca zastępujący zapis „ tynki zwykłe wewnętrzne III kategorii ścian i słupów m<sup>2</sup> 39,002, 15,42zł., 601,41zł” natomiast w tomie I dokumentacji technicznej, w przedmiarze inwestorskim w pozycji 75 jest zapis „tynki zwykłe wewnętrzne III kategorii ścian i słupów (1,08\* 2,3 + 0,97\*2,3 +0,56\*2,3 + 0,335\*2,3)\*2 + 184,79 + 163,23 + 23,87), m<sup>2</sup>, 389,002, 389,002”, a w treści dokumentacji technicznej postanowiono „Podstawą dokonywani pomiarów określającą zakres prac wykonywanych w ramach poszczególnych pozycji, jest załączony do dokumentacji przedmiar robót” – str. 36, pkt. 7.1.Szczegółowa specyfikacja techniczna SST-02 Tynkowanie.

W dniu 14 kwietnia 2008r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienie czy podtrzymują zaproponowaną cenę ofertową, w kontekście przyjęcia w pozycji 75 kosztorysu ofertowego mniejszej ilości jednostek obmiarowych.

W dniu 16 kwietnia 2008r. Przystępujący oświadczył, że podana cena obejmuje całość przedmiotu zamówienia, a zamówienie zostanie wykonane zgodnie z dokumentacją i pozostałymi wymaganiami SIWZ.

W dniu 29 kwietnia 2008r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego i Spółdzielni Wielobranżowej w Rybniku z prośbą o wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy.

W dniu 6 maja 2008r. wpłynęły wyjaśnienia obu wykonawców.

Przystępujący wyjaśnił odnosząc się do każdej z zakwestionowanych przez Zamawiającego pozycji. Wskazał na posiadanie w zakresie pozycji 30, 31, 32 i 52, a częściowo w zakresie poz. 47 zapasów materiałowych w magazynie, podał wynegocjowane ceny z konkretnymi dostawcami w zakresie pozycji 38, 47, 48,49, 50, 51 np. z TESKO Steel z Rybnika, TERMO IB z Bytomia oraz na to, że część kosztów w ramach pozycji 38 została ujęta w pozycji 37, natomiast cena pozycji 53 jest średnią ceną stali wyliczoną na podstawie pozycji 47, 48, 50, 51, 52. Co do pozycji 75 ponownie podkreślił, że Zamawiający zastosował jako kryterium oceny cenę ryczałtową. Podkreślił także, że głównym elementem mającym wpływ na różnicę pomiędzy jego ceną, a ceną oferty Odwołującego jest niższa o około 27% wartość roboczogodziny, kosztów pośrednich i zysku wyliczona przez Przystępującego na 15,66zł.

Spółdzielnia Rzemieślnicza Wielobranżowa wskazał, że swoje ceny oparła na średnich wartościach jakie występują w przetargach w rejonie Rybnika, a nadto, że posiada własny

transport, ma uzgodnione ceny z dostawcą Wodan, zastosowała inną równoważną masę szpachlową.

W ramach zarzutu rażąco niskiej ceny, odnośnie wykonawcy wybranego Odwołujący kwestionuje 12 pozycji kosztorysowych, które w odniesieniu do cen SEKOCENBUDU, są niższe łącznie o kwotę 43 602,57zł.. W tym zakresie Odwołujący w ofercie Spółdzielni Wielobranżowej w Rybniku kwestionuje 6 pozycji kosztorysowych (przy czym wymieniona w ramach czwartego odnośnika cena została podana identycznie z wartością wynikającą z SEKOCENBUDU), ceny ujawnione w tych pozycjach są niższe łącznie o 38 432,99zł. od cen SEKOCENBUDU.

Izba dopuściła dowody z ogłoszenia, SIWZ wraz z załącznikami, wyjaśnień Zamawiającego z dnia 19 marca 2008r. i 26 marca 2008r., protokołu postępowania wraz z załącznika oraz ofert Przystępującego, Odwołującego i Spółdzielni Rzemieślniczej Wielobranżowej w Rybniku.

***Izba zważyła, co następuje :***

Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż mimo tego, że oferta Odwołującego znajduje się w rankingu ofert na trzeciej pozycji, to w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania ponownego badania i oceny ofert przy uwzględnieniu zarzutów Odwołującego, oferta wykonawcy wybranego i oferta Spółdzielni Rzemieślniczej Wielobranżowej w Rybniku uległyby odrzuceniu, a oferta Odwołującego musiałaby być uznana za najkorzystniejszą. Ponadto cena oferty Odwołującego nie przekracza kwoty, którą Zamawiający miał zamiar przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia tj. kwoty 1 748 075,77zł, ani kwoty, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia zgodnie z budżetem Miasta.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

1. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2009r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007r. nr 233 poz. 1655) – zwanej dalej ustawą poprzez zaniechanie odrzucenia oferty firmy „Jamar” Michał Jarzyna Instalatorstwo Sanitarne CO i GAZ, mimo, iż treść tej oferty nie odpowiada treści SIWZ.

Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego Zamawiający w pkt. XI SIWZ wskazał, że cena musi obejmować wszystkie koszty związane z realizacją zadania oraz, że Zamawiający zapłaci wynagrodzenie ryczałtowe ustalone na podstawie składników cenotwórczych. Ponadto cena ta nie podlega waloryzacji. Zamawiający nie przewiduje możliwości żądania podwyższenia wynagrodzenia za dodatkowe prace wykonane bez zgody Zamawiającego, a pozycje nie wycenione nie będą dodatkowo opłacone po wykonaniu prac. Fakt, że Zamawiający określił wynagrodzenie ryczałtowe potwierdza także § 6 wzoru umowy. Nadto jak wynika z pkt XI SIWZ oraz wyjaśnień Zamawiającego z dnia 26 marca 2008r. przedmiary załączone do SIWZ nie



miały charakter kompletnego, całkowitego i na wykonawcach ciążył obowiązek dokonania wizji lokalnej (pkt IX SIWZ) w celu ustalenia dodatkowych informacji istotnych dla sporządzenia oferty. Zamawiający wyraźnie wskazał, że własna kalkulacja wykonawców ma dotyczyć robót pomocniczych, a kosztorys ofertowy należy opracować na podstawie dokumentacji i dołączonego przedmiaru oraz uzupełnić o pozycje zawierające wszystkie koszty robót pomocniczych. Dodatkowo w odpowiedziach na pytania wykonawców Zamawiający, wskazał przy rozbieżnościach pomiędzy przedmiarem, a dokumentacją techniczną, na prymat dokumentacji nad przedmiarem. Te wszystkie okoliczności prowadzą do wniosku, że cena podawana w ofertach jest wynagrodzeniem ryczałtowym, a więc polegającym na określeniu z góry wynagrodzenia w określonej kwocie. Będzie się ono należało wykonawcy wybranemu bez względu na wysokość rzeczywistych kosztów przez niego poniesionych; nie wymaga późniejszych rozliczeń, zaś składany do oferty kosztorys ofertowy ma znaczenie jedynie pomocnicze pozwalające na zbadanie czy przedmiot oferowany odpowiada przedmiotowi zamówienia. Skoro zaś tak, to rację należy przyznać tak Zamawiającemu jak i Przystępującemu, że rozumowanie przeciwne prowadziłoby do niemożliwości porównania ofert, a to wobec faktu, że w ramach wynagrodzenia kosztorysowego nie może być mowy o kalkulacji własnej wykonawcy. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, że Zamawiający nie dopuszczał zmian jednostek obmiarowych czy sztuk w przedmiarze, z wyjaśnień Zamawiającego z dnia 26 marca 2008r. wynika, że Zamawiający takie zmiany dopuszczał w szczególności jeśli zachodziły różnice pomiędzy danymi ujawnionymi w dokumentacji technicznej i dokumentacji projektowej, a sporządzonym na ich podstawie przedmiarem. Tym samym nie można zgodzić się z twierdzeniem, że wszystkie pozycje kosztorysów ofertowych miały być identyczne z pozycjami przedmiarowymi. Ponadto w zakresie dopuszczalności wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy w tym przypadku należy wskazać, że pytanie Zamawiającego brzmiało: „pisemne wyjaśnienie w w/w zakresie i informację, czy podtrzymują Państwo zaproponowaną cenę ofertową proszę złożyć do dnia 17.04.2008r. do godz. 12:00(…)”. Na tak skonstruowane pytanie Przystępujący udzielił następującej odpowiedzi „oświadczam, że podana cena ofertowa obejmuje całość przedmiotu zamówienia. Zamówienie zostanie wykonane zgodnie z dokumentacją i pozostałymi wymaganiami SIWZ. W związku z tym podtrzymuję podaną cenę ofertową”. Na skutek tych wyjaśnień nie doszło do zmian w pozycjach kosztorysowych Przystępującego, ani pomiędzy stronami nie toczyły się jakiegokolwiek negocjacje. Nie jest zatem uprawnione twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 ustawy. Mając na uwadze powyższe należy uznać, że Zamawiający prawidłowo uznał, że Przystępujący zobowiązał się do

wykonania zamówienia zgodnie z dokumentacją techniczną i przedmiarem inwestorskim za cenę wskazaną w formularzu ofertowym i treść jego oferty odpowiada treści SIWZ. Izba nie dopatryła się zatem naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego.

2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia firmy „Jamar” Michał Jarzyna Instalatorstwo Sanitarne CO i GAZ i Spółdzielni Wielobranżowej w Rybniku.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż Odwołujący nie wykazał, że cena oferty z uwagi na zaniżenie poszczególnych pozycji kosztorysowych, jest rażąco niska. O rażąco niskiej cenie można mówić w przypadku, gdy całkowita cena oferty odbiega od cen obowiązujących na danym rynku w taki sposób, że nie ma możliwości realizacji zamówienia przy założeniu osiągnięcia zysku. Powołane przez Odwołującego poszczególne pozycje kosztorysowe, nawet po ich zmianie na ceny podane przez Odwołującego wynikające z SEKOCENBUDU, nie spowodowałyby znacznego zwiększenia ceny ofert. Również miejsca zajmowane przez kwestionowane oferty w rankingu ofert nie uległyby zmianie. Ponadto, mimo, że Izba zauważa, że wyjaśnienia w trybie art. 90 ust. 1 ustawy powinny być dokonywane przed wyborem oferty najkorzystniejszej, to wyjaśnienia złożone przez obu wykonawców nie można uznać za niewystarczające. Przystępujący i Spółdzielnia Rzemieślnicza Wielobranżowa wskazały na okoliczności obiektywne i weryfikowalne takie jak zapasy magazynowe, uzgodnione ceny z dostawcami z podaniem nazw i siedzib dostawców oraz uzgodnionych cen, na fakt ujęcia danego kosztu w innej pozycji czy wreszcie na korzystanie z własnych środków transportu. Nadto obaj wykonawcy wskazali na przyjęte przez siebie narzuty, które są niższe od narzutów przyjętych przez Odwołującego, ale gwarantują wykonanie zamówienia z zyskiem na poziomie odpowiednio 12% i 13%. SEKOCENBUD jest informatorem o charakterze ogólnym. Odnosi się do cen materiałów budowlanych, robocizny i sprzętu, natomiast nie ujmuje pozycji scalonych. Trudno jest zatem jednoznacznie uznać, że dane w nim zawarte mogą być bezpośrednią podstawą do przyjęcia, że ceny oferowane przez wykonawców nie mogą od tego cennika odbiegać w górę lub w dół, co jednoznacznie wynika z przedstawionego przez Odwołującego zestawienia. Należy uwzględnić stanowisko Zamawiającego, że zarzuty Odwołującego odnoszą się tylko do jednego kosztorysu, kosztorysu budowlanego, a pomijają kosztorysy branżowe i odnoszą się jedynie do 25 pozycji tego kosztorysu, podczas gdy wszystkie pozycje kosztorysowe to łącznie ponad sześćset pozycji. Izba uznała te wyjaśnienia za wystarczające i stwierdziła, że złożone oferty nie są rażąco niskie, zwłaszcza, że jest rzeczą powszechnie znaną, że ceny materiałów budowlanych rosną, a więc wykorzystanie

materiałów magazynowych zakupionych po niższych niż obecne cena pozwala na zaproponowanie niższej ceny realizacji całej inwestycji. Wskazać należy, że jak wynika z analizy poszczególnych kosztorysów załączonych do ofert Przystępującego, Odwołującego i Spółdzielni Rzemieśniczej Wielobranżowej, to w każdej z ofert da się wyodrębnić takie kosztorysy, których ceny są niższe lub wyższe od pozostałych wykonawców np. kosztorys instalacji CO : przedmiar 83 884,45zł., JAMAR – 78 931,63zł., Spółdzielnia 66 967,24zł., Odwołujący – 66 169,06zł. instalacja p-poż : przedmiar - 120 585,82zł., JAMAR – 93 835,79zł., Spółdzielnia 62 796, 65zł., Odwołujący 79 686,85zł. czy branża budowlana : przedmiar – 1 079 161,27zł., JAMAR – 695 022,60zł., Spółdzielnia 785 016, 24zł., Odwołujący – 975 991,92zł. Wynika z powyższego, że analiza poszczególnych nawet zbiorczych kosztorysów branżowych nie daje podstaw do podzielenia tezy Odwołującego, że wykonawcy złożyli oferty o rażąco niskich cenach.

Mając powyższe na uwadze Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy w związku z art. 90 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert zawierających rażąco niską cenę.

3. Zarzut ewentualny naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 3 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia firmy „Jamar” Michał Jarzyna Instalatorstwo Sanitarne CO i GAZ i Spółdzielni Wielobranżowej w Rybniku, mimo tego, że oferty te stanowiły czyn nieuczciwej konkurencji.

Wobec nie stwierdzenia, że złożone oferty oferują wykonanie zamówienia z rażąco niską ceną, nie można stwierdzić, że złożone oferty stanowią czyn nieuczciwej konkurencji polegający na eliminowaniu konkurencji z rynku poprzez oferowanie cen poniżej kosztów wytworzenia lub zakupu. Jak wskazano powyższej obaj wykonawcy są w stanie zrealizować zamówienie i osiągnąć zysk. Powyższe powoduje, że zarzut ten także Izba uznała za niezasadny i nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Przystępującego i Spółdzielni Rzemieśniczej Wielobranżowej, których złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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/~~postanowienie~~\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....