

Sygn. akt KIO/UZP 345 /09

WYROK
z dnia 31 marca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Członkowie: Renata Tubisz

Andrzej Niwicki

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **31 marca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: ANTI S.A., Machaj Sp. z o.o. ul. Chabrowa 10, 52-255 Wysoka** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Miasto Sopot, w imieniu której działa Zakład Komunalny Zarządu Dróg i Zieleni Al. Niepodległości 930/4, 81-861 Sopot** protestu z dnia **4 marca 2009 r.**

przy udziale **Konsorcjum: Firma Budowlano Drogowa MTM S.A., WPRD Gravel Sp. z o.o. ul. Hutnicza 35, 81-038 Gdynia** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: ANTI S.A., Machaj Sp. z o.o. ul. Chabrowa 10, 52-255 Wysoka** 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 uiszczanego przez **Konsorcjum: ANTI S.A., Machaj Sp. z o.o. ul. Chabrowa 10, 52-255 Wysoka**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 2 070 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące siedemdziesiąt złotych) przez **Konsorcjum: ANTI S.A., Machaj Sp. z o.o. ul. Chabrowa 10, 52-255 Wysoka** na rzecz **Gmina Miasto Sopot, w imieniu której działa Zakład Komunalny Zarządu Dróg i Zieleni Al. Niepodległości 930/4, 81-861 Sopot** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz przesłania dokumentacji;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: ANTI S.A., Machaj Sp. z o.o. ul. Chabrowa 10, 52-255 Wysoka**.

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

Zamawiający Gmina Miasto Sopot, w imieniu której działa Zakład Komunalny Zarząd Dróg i Zieleni w Sopocie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Rewaloryzację terenów zielonych w uzdrowisku Sopot etap I - renowacja i modernizacja skarpy sopockiej i obszarów zieleni miejskiej w jej sąsiedztwie - Etap V od ul. Haffnera do granicy z Gdynią”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP pod nr 22175-2009 oraz na stronie internetowej zamawiającego w dniu 20 stycznia 2009 r.

Pismem z dnia 25.02.2009 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Firma Budowlano-Drogowa MTM S.A. i "WPRD

Gravel" Sp. z o.o.(dalej "Konsorcjum MTM") jako najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego - Konsorcjum firm: Anti S.A. i Machaj Sp. z o.o. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego stwierdzając, że treść oferty nie odpowiada treści siwz z uwagi na brak w ofercie założeń wyjściowych do kosztorysowania - cen jednostkowych czynników produkcji R,M,S, które były wymagane na podstawie pkt 16.3 siwz.

Odwołujący wniósł protest na powyższe czynności zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zmianami) przez odrzucenie oferty odwołującego oraz zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum MTM oraz art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp przez zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Odwołujący wniósł o powtórzenie czynności badania i oceny ofert, uchylenie czynności odrzucenia oferty odwołującego, o odrzucenie oferty Konsorcjum MTM oraz wykluczenie tego wykonawcy z postępowania.

W uzasadnieniu odwołujący przyznał, że zamawiający rzeczywiście żądał w siwz załączenia zestawienia czynników jednostkowych produkcji R, M, S i takie zestawienie nie zostało złożone w ofercie odwołującego. Zdaniem odwołującego nie załączenie zestawienia nie stanowi o merytorycznej sprzeczności treści oferty z treścią siwz. Odwołujący wskazał, że w siwz określono cenę ryczałtową za wykonanie zamówienia, a zgodnie z definicją ceny ryczałtowej nie można żądać zmiany ustalonego wynagrodzenia choćby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiarów lub kosztów świadczeń. W orzecznictwie KIO (jak i ZA) wyrażany jest pogląd, że w przypadku, gdy cena za przedmiot zamówienia jest ceną ryczałtową, wady dokumentów na podstawie których dokonano jej wyliczenia nie mają znaczenia dla poprawności oferty (wyrok KIO z 2 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 616/08). Cytowany wyrok KIO stwierdza, że przy cenie ryczałtowej kosztorys ma jedynie znaczenie pomocnicze. Nie załączenie zestawienia jest uchybieniem w zakresie formy, a nie treści oferty. Zamawiający żądał załączenia kosztorysu ofertowego w formie uproszczonej, wymagając jednocześnie zestawień R, M, S, a zatem kalkulacji kosztorysowej obrazującej całość kosztów zamówienia. O niezgodności oferty z treścią siwz można mówić jedynie wtedy „gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada wymogom merytorycznym określonym w siwz, nie dotyczy zatem formy, w jakiej te wymagania zostały spełnione przez Wykonawcę” (wyrok KIO/UZP 349/08). Inne orzeczenie stwierdza: "niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferowany przedmiot dostawy (usługi, roboty) nie odpowiada opisanemu w SIWZ przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia (...) - sygn. akt KIO/UZP 218/08. Niezgodność oferty z treścią siwz musi więc mieć wpływ na osiągnięcie właściwego celu postępowania. Odwołujący stwierdził, że jego oferta gwarantuje osiągnięcie celu postępowania, a brak zestawień R,M,S jest bez znaczenia dla tegoż celu.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w razie wątpliwości zamawiający może żądać wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 oraz art. 90 Pzp i w związku z postanowieniem w pkt. 16.7 siwz, w którym stwierdzono, że „W dowolnym momencie badania i oceny ofert, na żądanie Zamawiającego, Wykonawca ma obowiązek udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia wysokości cen jednostkowych i przedstawienia do wglądu kalkulacji tych cen jednostkowych”. Zapis ten pozwala żądać przedłożenia do wglądu nawet kosztorysów szczegółowych, zawierających pełne dane co do wykonania każdego elementu zamówienia. Skoro zamawiający z niego nie skorzystał, to należy uznać, że nie miał wątpliwości co do prawidłowości i kompletności wyliczenia ceny ofertowej.

Ponadto, zamawiający wybierając jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Konsorcjum MTM naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt. 2 i art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Konsorcjum MTM załączyło do oferty harmonogram realizacji robót, w którym, w zakresie robót obejmujących pielęgnację zieleni, wykonawca przewidział pielęgnację do wykonania w czerwcu 2009 r., podczas gdy pielęgnację zieleni należy wykonywać w ciągu 3 lat od daty wykonania przedmiotu zamówienia. W ten sposób ww. oferta jest sprzeczna z treścią siwz, a tym samym podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp. Dodatkowo Konsorcjum MTM nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania osoby uprawnionej do kierowania pracami konserwatorskimi lub restauratorskimi polegającymi na zabezpieczeniu, uzupełnieniu, rekonstrukcji lub konserwacji parków zabytkowych albo innego rodzaju zorganizowanej zieleni zabytkowej. Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Pzp wzywając odwołującego do uzupełnienia dokumentów, a nie wzywając w ww. zakresie Konsorcjum MTM.

Konsorcjum MTM zgłosiło przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu wnosząc o oddalenie protestu w zakresie zgłoszonych przez odwołującego zarzutów.

Zamawiający oddalił protest. Stwierdził w rozstrzygnięciu, że wymagał w siwz załączenia do kosztorysów ofertowych danych wyjściowych do kosztorysowania, w tym cen jednostkowych oraz czynników produkcji R.M.S. Zastrzegł dodatkowo, że na jego żądanie, w dowolnym momencie badania i oceny ofert, wykonawca będzie zobowiązany do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia wysokości tych cen jednostkowych i przedstawienia ich kalkulacji. Protestujący nie złożył zestawienia, co oznacza, że zawartość, a więc treść jego oferty jest niezgodna z treścią siwz, co stanowi przesłankę odrzucenia oferty. Stanowisko to potwierdza min. teza wyroku Zespołu Arbitrów z 23 lutego 2007 r., sygn. UZP/ZO/0-170/07, zgodnie z którą, „za ofertę nie odpowiadającą treści SIWZ uznać należy ofertę, która jest sporządzona odmiennie niż określają to postanowienia SIWZ, nie zawiera wymaganych dokumentów albo dokumenty nie zawierają informacji wymaganych w SIWZ”. Przywołał także treść wyroku Sądu Okręgowego w Płocku z dnia 27 grudnia 2006r. (sygn. akt IV Ca

926/06), w którym stwierdzono, że "Choćby zamawiający określił, że cena za przedmiot zamówienia ma być ceną ryczałtową, lecz w specyfikacji wyraźnie domagał się także dołączenia kosztorysu ofertowego, to złożenie oferty z pominięciem kosztorysu powoduje, iż nie odpowiada ona treści specyfikacji". Na zasadzie analogii, brak istotnego elementu kosztorysu i żądanego podania danych do kosztorysowania, w ocenie zamawiającego stanowi o niezgodności treści oferty z treścią siwz. W uzasadnieniu w/w wyroku wskazuje się, iż niezgodność oferty z treścią specyfikacji zachodzi również wtedy, gdy wykonawca ogranicza się do wskazania ceny ryczałtowej, w sytuacji, gdy siwz wymaga również kosztorysu. W sytuacji, gdy zamawiający określa wynagrodzenie za wykonanie zamówienia w postaci ceny ryczałtowej i jednocześnie wymaga od wykonawców dołączenia kosztorysu ofertowego, to nie zwalnia to wykonawców z obowiązku przedstawienia takiego kosztorysu zgodnego ze specyfikacją. Przywołał wyroki: wyrok ZA z dnia 4 czerwca 2007 r. sygn. akt UZP/ZO/0- 637/07, wyrok KIO z dnia 23 października 2008r. sygn. akt KIO/UZP 1097/08, wyrok KIO z dnia 15 lipca 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 669/08; wyrok KIO z dnia 19 czerwca 2008r. sygn. akt KIO/UZP 547/08; wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2008r. sygn. akt KIO/UZP 353/08). Oferta winna uwzględniać wszystkie wymienione w siwz elementy, łącznie z załączeniem danych do kosztorysowania.

Zamawiający wyjaśnił, że złożony przez Konsorcjum MTM harmonogram realizacji robót przewiduje wykonanie wszystkich robót do 30.06.2009 r. (termin ukończenia całego zakresu robót), nie można więc uznać, że Konsorcjum przewidziało wykonanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z treścią siwz. Konsorcjum MTM spełnia także zawarty w pkt 8.1.5 siwz warunek udziału w postępowaniu, bowiem wykazało osoby, które posiadają niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia kwalifikacje zawodowe, doświadczenie i wykształcenie.

Odwołujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią siwz oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej podlegającej odrzuceniu. Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert w celu wybrania oferty najkorzystniejszej w postępowaniu zgodnie z przepisami ustawy.

Wskazał, że część wyroków przywołana przez zamawiającego nie jest adekwatna do rozpatrywanego zagadnienia - dotyczy innego stanu faktycznego (w szczególności wyrok KIO/UZP 547/08 -dotyczy postępowania, w którym wynagrodzenie określono jako umowne a nie ryczałtowe). Stwierdził, że brak zestawienia cen jednostkowych R,M,S jest bez znaczenia dla prawidłowości oferty i stanowi jedynie uchybienie formalne. Podniósł, że siwz zawiera sprzeczne, wykluczające się wzajemnie zapisy, w związku z czym trudno jest ustalić

jej prawidłową treść. W rozdziale 9 siwz zawarto szczegółowe określenie wszystkich dokumentów jakie wykonawcy powinni załączyć wraz z ofertą, w tym kosztorysu ofertowego, nie wspominając o innych dokumentach. W pkt. 16.3 zamawiający postawił wymóg dołączenia do kosztorysu zestawienia cen jednostkowych R, M, S. W tym samym punkcie zamawiający wskazał, że „Cenę oferty Wykonawca zobowiązany jest obliczyć w oparciu o kosztorys ofertowy”, a trzy punkty dalej, że „Przedmiar robót, dołączony do niniejszej SIWZ jest wyłącznie dokumentem informacyjnym, z którego może skorzystać Wykonawca, ale nie ma takiego obowiązku”. Treść zapisów (pkt. 16.5 siwz) „Za ustalenie ilości robót i innych świadczeń oraz sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji ofertowego wynagrodzenia ryczałtowego odpowiada wyłącznie Wykonawca” oraz (pkt. 16.7) „Cena oferowana jest ceną ryczałtową za ustalony w dokumentacji projektowej zakres robót, zgodnej ze sztuką budowlaną realizacji zadania inwestycyjnego.”, a także wzór umowy nie wskazuje przedmiaru ani też zestawienia cen jednostkowych, jako podstawy do ustalenia wynagrodzenia.

Odnosząc się na marginesie do kwestii nie odrzucenia oferty Konsorcjum MTM odwołujący stwierdził, że zamawiający dokonał korzystnej dla konsorcjum interpretacji zapisów siwz i udzielonych odpowiedzi. Poprzez dowolną i wybiórczą interpretację zapisów siwz, naruszony został obowiązek prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji określony w art. 7 ust. 1 Pzp.

Konsorcjum MTM zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania.

W toku rozprawy strony podtrzymały swoje dotychczasowe stanowiska. Odwołujący podtrzymał zarzut odwołania dotyczący odrzucenia złożonej przez odwołującego oferty z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba uznała, że interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się zarzucanego naruszenia przez

zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego. Odwołujący, który złożył ofertę z najniższą ceną utraciłby, w ten sposób, możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Nie można podzielić zarzutu naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w wyniku odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego z uwagi na nie złożenie wraz z kosztorysem ofertowym zestawienia czynników jednostkowych produkcji R, M, S.

W przedmiotowej sprawie nie są sporne fakty, iż zamawiający żądał w siwz złożenia w ofercie wraz z kosztorysem ofertowym zestawienia czynników jednostkowych produkcji R, M, S oraz, że takie zestawienie nie zostało złożone w ofercie odwołującego. Strony zgodziły się również co do okoliczności, iż cena za wykonanie przedmiotu zamówienia jest ceną ryczałtową. Powyższe okoliczności wynikają z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawartych w:

- pkt 9.2.13 siwz - wykonawca zobowiązany był złożyć w ofercie kosztorys ofertowy.
- pkt 16.3 siwz - zamawiający zawarł wymóg załączenia do kosztorysów ofertowych danych wyjściowych do kosztorysowania, w tym cen jednostkowych czynników produkcji R.M.S. W tym samym punkcie zamawiający wskazał, że "Cenę oferty Wykonawca zobowiązany jest obliczyć w oparciu o kosztorys ofertowy",
- pkt 16.6 – „Przedmiar robót, dołączony do niniejszej SIWZ jest wyłącznie dokumentem informacyjnym, z którego może skorzystać Wykonawca, ale nie ma takiego obowiązku”,
- 16.7 – „Cena oferowana jest ceną ryczałtową za ustalony w dokumentacji projektowej zakres robót, zgodnej ze sztuką budowlaną realizacji zadania inwestycyjnego.”
- 16.5 – „Za ustalenie ilości robót i innych świadczeń oraz sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji ofertowego wynagrodzenia ryczałtowego odpowiada wyłącznie Wykonawca”
- pkt 16.17 - na żądanie zamawiającego, w dowolnym momencie badania i oceny ofert, wykonawca będzie zobowiązany do udzielenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia wysokości tych cen jednostkowych i przedstawienia ich kalkulacji.
- § 9 wzoru umowy – gdzie przewiduje się wynagrodzenie ryczałtowe,

Treści powyższych postanowień siwz, wbrew twierdzeniu odwołującego, należy uznać za jednoznaczne i niepowodujące wątpliwości interpretacyjnych. Brak jest podstaw by uznać, że zapisy siwz są sprzeczne i wykluczające się wzajemnie. Świadczy o tym choćby fakt, iż zamawiający i wykonawca interpretują powyższe postanowienia w ten sam sposób.

Odwołujący oparł zarzut odwołania na twierdzeniu, że nie załączenie zestawienia jest uchybieniem jedynie w zakresie formy, a nie treści oferty. Przywołał orzecznictwo na poparcie tezy, iż o niezgodności oferty z treścią siwz można mówić jedynie wtedy „gdy

zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada wymogom merytorycznym określonym w siwz, nie dotyczy zatem formy w jakiej te wymagania zostały spełnione przez Wykonawcę" (wyrok KIO/UZP 349/08). Jak stwierdził odwołujący niezgodność oferty z treścią siwz musi więc mieć wpływ na osiągnięcie właściwego celu postępowania. Izba podziela w tym względzie poglądy KIO przedstawione w przywołanych przez odwołującego wyrokach.

W rozpoznawanej sprawie podstawowe znaczenie dla rozstrzygnięcia ma ustalenie zakresu merytorycznego treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w szczególności - dotycząca przedmiotu zamówienia) oraz odniesienie do niej - treści oferty złożonej przez odwołującego, z uwzględnieniem braku złożenia zestawienia danych wyjściowych do kosztorysowania, w tym cen jednostkowych czynników produkcji R.M.S.

W świetle orzecznictwa pogląd odwołującego, iż wobec ustalenia ceny ryczałtowej nie można żądać zmiany wynagrodzenia choćby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiarów lub kosztów świadczeń jest słuszny w części, tj. wyłącznie w odniesieniu do zakresu zamówienia podstawowego objętego specyfikacją i wzorem umowy, opisanego projektem i dokumentacją techniczną.

Sąd Najwyższy, w wyroku z dnia 26 kwietnia 2007 r. sygn. akt III CSK 366/06 stwierdził, że „w umowie o roboty budowlane strony mogą określić wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane (podstawowe i dodatkowe) w postaci wynagrodzenia ryczałtowego przy możliwej modyfikacji tego wynagrodzenia w zależności od konieczności wystąpienia robót dodatkowych lub zmniejszenia zakresu robót podstawowych.” Podobnie stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 marca 2008 r. sygn. akt IV CSK 460/07 uznając, że „w umowie o roboty budowlane strony mogą zastrzec modyfikację wynagrodzenia ryczałtowego w zależności od konieczności wykonania robót dodatkowych.”

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót. Zobowiązując się do wykonania umowy, zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, wykonawca przyjmuje do wykonania roboty wchodzące w zakres rzeczowy zamówienia w zamian za określone w umowie wynagrodzenie ryczałtowe. Zgodnie z art. 649 k.c. w razie wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszelkich robót objętych projektem, stanowiącym część składową oferty i umowy, czyli wprowadza domniemane rozwinięcie obowiązków wykonawcy. Zamawiający, w przedmiotowym postępowaniu, przewidział ponadto udzielenie zamówień uzupełniających w trybie art. 67 ust. 1 pkt 6 i 7 Pzp, co wynika z treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (rozdział 6).

Celem postępowania jest bezsprzecznie realizacja przedmiotu zamówienia. Osiągnięcie tego celu jest możliwe po wykonaniu robót, które zostały przewidziane przez zamawiającego, zgodnie z treścią projektu i dokumentacji technicznej. Jednak istnieje także prawdopodobieństwo wystąpienia konieczności wykonania robót niespodziewanych, które

nie mieszczą się w ramach dokumentacji projektowej. Taką sytuację przewidział zamawiający w § 10 wzoru umowy, wskazując, iż „bez uprzedniej zgody zamawiającego mogą być wykonane jedynie prace niezbędne ze względu na bezpieczeństwo lub zabezpieczenie przed awarią. Inspektor nadzoru upoważniony jest do udzielenia wykonawcy zlecenia na wykonanie takich robót wpisem do dziennika budowy, z niezwłocznym powiadomieniem o tym fakcie zamawiającego, a stosowne dokumenty zostaną przedłożone zamawiającemu do akceptacji. Zamawiający zapłaci za wykonane prace, jeżeli konieczność ich wykonania nie powstała z przyczyn, za które odpowiada wykonawca.” Izba uznała za przekonywujące wyjaśnienia zamawiającego, iż postanowienie zawarte w § 10 wzoru umowy dotyczy robót, które nie zostały objęte przedmiotem postępowania i dokumentacją projektową, a których konieczność wykonania może wynikać z okoliczności, iż bardzo prawdopodobne jest, że na terenie objętym przedmiotem zamówienia znajdują się niezainwentaryzowane instalacje i urządzenia, wymagające podjęcia dodatkowych prac przez wykonawcę. Za powyższe prace zamawiający przewidział wynagrodzenie w ramach § 10 wzoru umowy.

Sąd Najwyższy w cytowanym wyżej wyroku (sygn. akt IV CSK 460/07) stwierdził, co następuje: „w zawartej umowie strony określiły wprawdzie tzw. wynagrodzenie ryczałtowe, ale także przewidziały możliwość wystąpienia konieczności wykonania robót dodatkowych, tj. nieuwjętych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy w dokumentacji technicznej, których wartość – do rozliczenia – powinna być ustalona według stawek cenotwórczych określonych w kosztorysie wykonawcy, z tym ograniczeniem, że cena wykonanych tych robót nie mogła przekraczać 20 % wartości umowy.” Prace dodatkowe odpowiadające przesłankom przepisu art. 67 ust. 1 pkt 5 Pzp ustawy Pzp Stanowic będą wobec tego wykonanie zamówienia. Sad Najwyższy uznał ponadto, że „Stwierdzenie, że wykonanie danej roboty jest konieczne dla realizacji inwestycji, to oświadczenie wiedzy a nie woli. Jest to dokument dotyczący kwestii technicznych, któremu nie można przypisywać cech formy zawarcia umowy o roboty budowlane. Jeżeli więc strony dodatkowe roboty określiły np. na protokołowanych spotkaniach dotyczących prowadzonej budowy, to spełnione zostało wymaganie dotyczące sporządzenia protokołu konieczności. Identycznie trzeba zakwalifikować wpis przez przedstawiciela inwestora w dzienniku budowy, nie zakwestionowany przez wykonawcę. Sporządzenie takich dokumentów w okolicznościach sprawy zgodnie z występującym w budownictwie zwyczajem można uznać za wykonywanie umowy.” Podobnie SN w wyroku z dnia 21 lutego 1991 r. sygn. akt II CR 538/90 uznał, że „wpis do dziennika robót tylko wtedy może być podstawą wykonania robót nie objętych umową, jeżeli są one niezbędne ze względu na bezpieczeństwo lub zabezpieczenie przed awarią.”

W świetle powyższego, Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym wzoru umowy (§ 10) wynika, że wykonanie zamówienia, a zatem osiągnięcie celu postępowania, może wymagać wykonania robót dodatkowych, nie objętych zamówieniem podstawowym, a tym samym nie opisanych w projekcie i dokumentacji technicznej. Wykonanie tych robót będzie podlegało dodatkowemu wynagrodzeniu, które powinno zostać ustalone według stawek cenotwórczych zawartych w zestawieniu, którego złożenia wymagał zamawiający. Złożenie w ofercie zestawienia jest tym bardziej istotne wobec wymagania złożenia kosztorysu uproszczonego, który nie zawiera ww. stawek. Zestawienie stawek R,M,S nie jest wobec tego konieczne dla zobrazowania kalkulacji kosztorysowej, co twierdził odwołujący, lecz stanowić ma podstawę do ustalenia wynagrodzenia na wypadek wystąpienia prac nieprzewidzianych w dokumentacji zamówienia podstawowego. Może stanowić także podstawę do uzgodnień w zakresie udzielenia i określenia wynagrodzenia w przypadku zamówień uzupełniających. W tym stanie rzeczy nie ma prawnego uzasadnienia do zastosowania art. 87 ust. 1 oraz art. 90 Pzp w związku z postanowieniem pkt. 16.7 siwz - w celu żądania wyjaśnień przez zamawiającego w zakresie niezłożonego zestawienia stawek kalkulacyjnych. W ofercie brakuje istotnych informacji, wymaganych w siwz, których zamawiający nie może uzupełnić ani wystąpić o ich wyjaśnienie wobec ich braku. Wobec powyższego należało uznać, że brak istotnego elementu oferty w postaci zestawienia danych do kosztorysowania stanowi o niezgodności treści złożonej oferty z treścią siwz (vide: wyrok Sądu Okręgowego w Płocku z dnia 27.12.2006r. sygn. akt IV Ca 926/06).

Izba podziela stanowisko odwołującego, iż w sytuacji, gdy cena za przedmiot zamówienia jest ceną ryczałtową, wady dokumentów, na podstawie których dokonano jej wyliczenia, nie mają znaczenia dla poprawności oferty (wyrok KIO z 2008-07-02 sygn. akt KIO/UZP 616/08), a kosztorys ma jedynie znaczenie pomocnicze.

W przedmiotowym postępowaniu podstawą uznania niezgodności treści oferty z treścią siwz nie jest jednak sposób wyliczenia ceny oferty lub błędy w pozycjach kosztorysowych, lecz brak informacji koniecznych dla wykonania przedmiotu zamówienia w przypadku wystąpienia robót dodatkowych, których wystąpienia nie można wykluczyć. O ile wynagrodzenie za wykonanie zamówienia podstawowego ma charakter ryczałtowy, o tyle wynagrodzenie za roboty dodatkowe nieobjęte projektem będzie wynagrodzeniem kosztorysowym. Taki sposób ustalenia wynagrodzenia wynika z treści siwz i wzoru umowy, stanowiąc tzw. system mieszany.

Wobec powyższych ustaleń i nie potwierdzenia się zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w konsekwencji, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia zasadności zarzutu

naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niezachowanie w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art.191 ust.1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 2 070,00 zł, na podstawie rachunku z dnia 31 marca 2009 r. złożonego do akt sprawy oraz faktury za usługę wysyłki dokumentacji do UZP, stosownie do brzmienia § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.). Izba nie uwzględniła kosztów dojazdu i delegacji pełnomocników zamawiającego wobec braku udokumentowania poniesienia tych kosztów rachunkami. Izba nie uwzględniła również kosztu ujętego w rachunku z dnia 16 marca 2009r. za „przygotowanie projektu rozstrzygnięcia protestu” z uwagi, iż został on poniesiony na etapie przed wszczęciem postępowania odwoławczego.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....