

Sygn. akt: KIO 1837/15

WYROK
z dnia 4 września 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 4 września 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 sierpnia 2015r. przez **wykonawcę Centrum Systemów Komputerowych ZETO Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach, ul. Śniadeckich 31** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Skarb Państwa – Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego z siedzibą w Warszawie, ul. Wspólna 1/3**

przy udziale **wykonawcy Comp Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawa, ul. Jutrzenki 116** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1837/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Centrum Systemów Komputerowych ZETO Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach, ul. Śniadeckich 31** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Centrum Systemów Komputerowych ZETO Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach, ul. Śniadeckich 31** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na położenie dedykowanej instalacji elektrycznej i sieci strukturalnej przeznaczonej dla potrzeb podłączenia urządzeń sieci IT i VOIP w budynku Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych za numerem 2015 -29523 w dniu 3 marca 2015r.

W dniu 18 sierpnia 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o tym, że unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dokonaną w dniu 1 czerwca 2015r., dokonał nowego wyboru oferty najkorzystniejszej, oraz, że odrzucił m. in. ofertę wykonawcy Centrum Systemów Komputerowych ZETO Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach, ul. Śniadeckich 31 – zwanego dalej odwołującym na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późna. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, poz. 478, poz. 605 – dalej ustawy) z uwagi na to, że odwołujący wraz z ofertą złożył kosztorys ofertowy, którego suma poszczególnych wartości w branży teletechnicznej jest niezgodna z wartością kosztorysową robót podaną na pierwszej stronie tego dokumentu, brak danych będących elementami cenotwórczymi uniemożliwia wyliczenie przewidzianych przez zamawiającego ewentualnych robót dodatkowych lub zamiennych oraz prawidłowego ustalenia harmonogramu finansowo-rzeczowego, a niezgodność ta ma charakter nieusuwalny. Zamawiający podniósł, że przedstawienie kosztorysu było wymagane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej siwz), kosztorys ma charakter pomocniczy i informacyjny, który będzie stanowił podstawę wyceny, jeżeli wystąpią roboty dodatkowe lub zamienne i jest konieczny przy ustalaniu harmonogramu finansowo rzeczowego.

W dniu 24 sierpnia 2015r. odwołujący wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji odwołującego, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 24 sierpnia 2015r.

Odwołujący zakwestionował czynność odrzucenia swojej oferty i zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na brak wymaganych danych kosztowych, będących elementami cenotwórczymi, tj. poprawnie sporządzonego kosztorysu ofertowego, pomimo, że wynagrodzenie za zamawiane roboty ma charakter ryczałtowy, a kosztorys znaczenie jedynie pomocnicze, w związku z czym – zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą KIO – art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy nie może być zastosowany,

- art. 25 ust. 1 ustawy przez żądanie od odwołującego dokumentu, który nie jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania tj. prawidłowo sporządzonego kosztorysu ofertowego w sytuacji, gdy siwz i istotne postanowienia umowy przewidują za wykonane roboty zapłatę wynagrodzenia ryczałtowego, a kosztorys w takim przypadku może mieć znaczenie jedynie informacyjne i pomocnicze, nie będąc niezbędnym do przeprowadzenia postępowania,
- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, po przeprowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wniósł o:

- unieważnienie czynności zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty odwołującego oraz wyborze oferty najkorzystniejszej,
- nakazanie zamawiającemu p[owtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w dniu 1 czerwca 2015r. jego oferta została uznana przez zamawiającego za najkorzystniejszą, jest ofertą z najniższą ceną i gdyby nie została odrzucona, to odwołujący uzyskałby zamówienie.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący przytoczył postanowienia rozdziału XIII ust. 1 pkt. 3 siwz, rozdziału XV Opis sposobu obliczenia ceny oraz § 7 załącznika nr 6 do siwz. Jednocześnie wskazał, że w dniu 13 sierpnia 2015r. zamawiający poinformował go o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert oraz tym, że w kosztorysie ofertowym odwołującego suma poszczególnych wartości jest niezgodna z ogólną wartością kosztorysową i wezwał do złożenia wyjaśnień. Odwołujący odpowiadając wskazał, że różnice wartości kosztorysu ofertowego powstały na skutek błędu druku programu Norma – skrócenia przez program poszczególnych bloków rozliczeniowych. Kosztorys został wydrukowany nieadekwatnie do pierwszej strony podsumowania kosztorysu która zawiera prawidłową wartość kalkulacji i została przedstawiona w sposób prawidłowy. Mimo tych wyjaśnień zamawiający odrzucił ofertę odwołującego.

Odwołujący z tą oceną się nie zgadza i podniósł, że w przytoczonych postanowieniach siwz wynika, że kosztorys ofertowy ma charakter wyłącznie pomocniczy i informacyjny, gdyż wynagrodzenie za wykonanie przedmiotowego zamówienia ma charakter ryczałtowy. Wskazał także, że brak kosztorysu nie stanowił by także przeszkody do wykonania robót dodatkowych i zamiennych, gdyż sam zamawiający postanowił, że w przypadku braku w kosztorysie ofertowym danych robót dodatkowych czy zamiennych wykonawca sporządzi nową wycenę. Nadto wykonanie tych robót wymaga zawarcia nowych umów lub aneksów. Z powyższego wynika, że kosztorys nie ma dla wykonawców wiążącego charakteru. Wskazał, że norma art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy stanowi o niezgodności treści oferty z treścią siwz,

natomiast kosztorys służy ustaleniu wynagrodzenia i musi odpowiadać wymaganiom zamawiającego dotyczącym sposobu obliczenia ceny, zaś przy ryczałtowym wynagrodzeniu składniki cenowe nie mają znaczenia dla zamawiającego, gdyż z wykonawcą umawia się o zapłatę globalnej ceny. Odwołujący wskazał także na stanowisko orzecznictwa i doktryny stawiające tezę, że braki kosztorysu ofertowego, czy braki w kosztorysie ofertowym w sytuacji określenia przez zamawiającego ryczałtowego charakteru wynagrodzenia nie mogą być podstawą do odrzucenia oferty w oparciu o treść art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy i tak pismo Prezesa UZP z dnia 29 marca 2013r. UZP/DP/O-AGA/19774/2230/13 dostępne na www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;2431, wyrok KIO z dnia 12 maja 2010r. sygn. akt KIO 717/10, wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2011r. sygn. akt KIO 1673/11, wyrok KIO z dnia 16 marca 2010r. sygn. akt KIO/UZP 139/10, wyrok KIO z dnia 31 marca 2009r. sygn. akt KIO/UZP 345/09, wyrok ZA z dnia 20 lutego 2006r. sygn. akt UZP/ZO/0-430/06, wyrok KIO z dnia 9 maja 2012r. sygn. akt KIO 847/12, uchwała KIO z dnia 13 października 2014r. sygn. akt KIO/KD 94/14

Odwołujący podniósł, że w świetle powyższego odrzucenie jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy jest niezgodne z ustawą i krzywdzące dla odwołującego, który będąc pierwotnie wybranym poczynił już nakłady w celu realizacji przedmiotowej umowy. Odwołujący wskazał także, że uzasadniony jest zarzut naruszenia Art. 25 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym zamawiający może żądać dokumentów wyłącznie niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, podczas gdy kosztorys ofertowy nie ma istotnego znaczenia dla wykonania umowy. Dla zamawiającego, którego interesuje cena globalna nie ma znaczenia podanie wycen częściowych wszystkich elementów w kosztorysie.

Odwołujący stwierdził, że również uzasadniony jest zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, gdyż w wyniku ponownej oceny ofert nie został wybrany wykonawca, którego oferta jest najkorzystniejsza, gdyby zamawiający działał prawidłowo, to oferta odwołującego powinna zostać wybrana. Nadto odrzucenie oferty odwołującego jedynie z przyczyn formalnych, stanowi w jego ocenie naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W dniu 25 sierpnia 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 28 sierpnia 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Comp Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Jutrzenki 116 wskazując, że jego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a uwzględnienie odwołania może spowodować unieważnienie wyboru jego oferty i wybór oferty odwołującego, stąd przystępujący ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego. Zgłoszenie zostało podpisane przez wiceprezesa zarządu i członka zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia

zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 28 sierpnia 2015r. faksem. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu odwołał się do brzmienia postanowień siwz wynikającego z rozdziału XIII pkt. pkt. 3 oraz § 7 ust. 5 załącznika nr 6 do siwz i z nich wywiódł, że argumentacja odwołującego dotycząca wynagrodzenia ryczałtowego może być zasadna jedynie w odniesieniu do wynagrodzenia podstawowego, natomiast przy wycenie robót dodatkowych i zamiennych zamawiający przewidział rozliczenie kosztorysowe, stąd kosztorys ma charakter wiążący w odniesieniu do tych robót, których wystąpienia na obecnym etapie postępowania nie można wykluczyć. Stąd przystępujący uważa, że brak pełnego kosztorysu powoduje, że brak jest informacji koniecznych do wykonania zamówienia w przypadku wystąpienia robót dodatkowy i zamiennych, gdyż brak jest cen na podstawie których miały by być wycenione i nie można ustalić, czy zostały objęte oświadczeniem odwołującego. Brak dotyczy 24 stron kosztorysu tak w zakresie pozycji kosztorysu jak i cen poszczególnych pozycji. Braku nie można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy, gdyż spowodowałoby to wprowadzenie do oferty nowej treści. Brakujące pozycje i ceny nie zostały wskazane w innym miejscu oferty, stąd poprawienie nie mogłoby nastąpić bez udziału odwołującego i byłoby znaczną ingerencją zamawiającego w treść oferty. Dla robót zamiennych i dodatkowych, których wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy nieadekwatne jest powołane przez odwołującego orzecznictwo. Ponadto przystępujący wskazał, że argument o możliwości dokonania nowej wyceny w zakresie robót dodatkowych i zamiennych jest nietrafny, gdyż § 7 ust. 5 załącznika nr 6 do siwz tylko potwierdza konieczność złożenia wraz z ofertą kompletnego kosztorysu ofertowego, a brak jakiejś pozycji został przewidziany jako sytuacja wyjątkowa. Nadto kosztorys ofertowy miał służyć do prawidłowego ustalenia harmonogramu finansowo-rzeczowego, brak określonych pozycji kosztorysu może mieć wpływ na rozliczenie poszczególnych etapów prac. W zakresie zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 25 ust. 1 ustawy przystępujący uznał zarzut za niedopuszczalny, gdyż wykracza poza dyspozycję art. 180 ust. 2 ustawy i z mocy art. 189 ust. 2 pkt. 6 ustawy nie może być przedmiotem rozpoznania przez Izbę – tak wyrok z dnia 15 października 2015r. sygn. akt KIO 2030/14, a podnoszenie zarzutów wobec treści ogłoszenia i siwz jest spóźnione. Przystępujący uważa także, że zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy jest nieuzasadnione.

W dniu 4 września 2015r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie oraz wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego w całości. Zamawiający nie zgodził się z podniesionymi w nim zarzutami oraz podtrzymuje swoje stanowisko w sprawie rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania.

Co do zarzutu naruszenia art 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, to zamawiający podniósł, że nie neguje ryczałtowego charakteru wynagrodzenia przewidzianego za realizację przedmiotowego zamówienia (ceny oferty brutto), czemu dał wyraz w stosownych postanowieniach siwz, w tym w istotnych postanowieniach umowy, stanowiących załącznik nr 6 do siwz. Zgodnie bowiem z rozdziałem XV ust. 1 siwz, wykonawca zobowiązany był do określenia ceny oferty brutto, która miała stanowić wynagrodzenie ryczałtowe za realizację całego przedmiotu zamówienia. W powołanym w zdaniu poprzednim ustępie siwz wskazano jednocześnie iż cena ryczałtowa to cena za całość zamówienia, ustalona na podstawie dokumentacji projektowej. Także w § 7 ust. 1 istotnych postanowień umowy wyraźnie wskazano, iż za należyte wykonanie przedmiotu umowy wykonawcy przysługuje wynagrodzenie ryczałtowe. Według zamawiającego należy zatem przyjąć, iż pomocniczy i informacyjny charakter kosztorysu ofertowego, o którym mowa w rozdziale XIII ust. 1 pkt 3 siwz dotyczy ceny oferty brutto za realizację przedmiotu zamówienia, określonego w dokumentacji projektowej, stanowiącej załączniki do siwz. W ocenie zamawiającego błędna jest natomiast interpretacja odwołującego w zakresie pomocniczego charakteru kosztorysu ofertowego przy ustalaniu wynagrodzenia za wykonanie robót dodatkowych i zamiennych w stosunku do przewidzianych w dokumentacji projektowej. W przedmiotowej sprawie podstawowe znaczenie ma ustalenie zakresu merytorycznego siwz oraz odniesienie do niej treści oferty złożonej przez odwołującego, z uwzględnieniem złożenia niekompletnego kosztorysu ofertowego. Bezspornym jest przy tym, iż odwołujący wraz z ofertą z dnia 1 kwietnia 2015 r. nie złożył kompletnego kosztorysu ofertowego, co potwierdził zarówno w piśmie z dnia 13 sierpnia 2015 r., skierowanym do zamawiającego w związku z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących nieprawidłowości w kosztorysie ofertowym (pismo zamawiającego z dnia 13 sierpnia 2015 r., znak: BDG.WZP.311.4.2015.86.JG), jak również w odwołaniu skierowanym do Prezesa KIO. Przedmiotem wskazanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wykonanie robót budowlanych, określonych w dokumentacji przetargowej, w tym w siwz, projektach przetargowo-wykonawczych oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, stanowiących załączniki do siwz (rozdział III ust. 3 siwz oraz § 1 ust. 2 istotnych postanowień umowy). Bezspornie, według zamawiającego, co do zasady celem postępowania jest realizacja przedmiotu zamówienia (wykonania robót budowlanych), zgodnie z projektami i dokumentacją techniczną. Jednakże w przypadku robót budowlanych zawsze istnieje prawdopodobieństwo wystąpienia konieczności wykonania robót niespodziewanych, które nie są objęte dokumentacją projektową i techniczną. Taką sytuację przewidział zamawiający w § 7 ust. 5 istotnych postanowień umowy, zgodnie z którym w przypadku konieczności wykonania robót dodatkowych i/lub zamiennych rozliczenie tych robót nastąpi na podstawie kosztorysów ofertowych na roboty dodatkowe i/lub zamienne sporządzonych przez wykonawcę w oparciu o złożony wraz z

ofertą wykonawcy kosztorys ofertowy. W przypadku wystąpienia robót dodatkowych i/lub zamiennych niewystępujących w kosztorysie ofertowym - jak już wyżej wskazano - wykonawca dokona nowej wyceny przedmiotowych pozycji. Również w myśl powołanego wyżej postanowieniem rozdziału XIII ust. 1 pkt 3 siwz, kosztorys ofertowy, który wykonawca miał złożyć wraz z ofertą ma stanowić podstawę wyceny, jeżeli wystąpią ewentualne roboty dodatkowe lub zamienne. Powyższe zdaniem zamawiającego oznacza, iż kosztorys ofertowy złożony wraz z ofertą znajdzie zastosowanie w przypadku konieczności wykonania robót dodatkowych i/lub zamiennych występujących w tym kosztorysie ofertowym, nie znajdzie zastosowania tylko w przypadku robót, które w kosztorysie ofertowym pierwotnie nie występowały. Rozwiązanie dotyczące zasad ustalania wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych nieobjętych zamówieniem podstawowym, przyjęte w przedmiotowym postępowaniu jest zgodne z orzecznictwem Sądu Najwyższego, w myśl którego w umowie o roboty budowlane strony mogą określić wynagrodzenie za wykonane roboty jako wynagrodzenie ryczałtowe, jak też zastrzec możliwość jego modyfikacji, w zależności od zaistnienia konieczności wykonania robót dodatkowych lub zmniejszenia zakresu robót podstawowych (tak: Sąd Najwyższy w wyrokach: z dnia 25 marca 2015 r., sygn. akt II CSK 389/14, z dnia 14 marca 2008 r., sygn. akt IV CSK 460/07 oraz z dnia 26 kwietnia 2007 r., sygn. akt III CSK 366/06). Co więcej, w wyroku z dnia 25 marca 2015 r., sygn. akt II CSK 389/14 Sąd Najwyższy wskazał, iż prawnymi konsekwencjami ukształtowania wynagrodzenia ryczałtowego bez takiej klauzuli jest zarówno niedopuszczalność podwyższenia go, jak też obniżenia, nawet gdyby dochód osiągnięty przez wykonawcę był wyższy od założonego w kalkulacji będącej podstawą określenia wysokości ryczałtu. Ponadto, Sąd Najwyższy w powołanym wyżej wyroku z dnia 14 marca 2008 r., sygn. akt IV CSK 460/07 wyraźnie dopuścił możliwość rozliczenia robót nieobjętych dokumentacją techniczną według stawek cenotwórczych określonych w kosztorysie ofertowym w sytuacji, gdy wynagrodzenie za wykonanie zamówienia podstawowego miało charakter ryczałtowy. W świetle powyższego według zamawiającego należy uznać, iż w przedmiotowym postępowaniu z treści siwz, w tym istotnych postanowień umowy (§ 7) wynika, iż wykonanie zamówienia, a zatem osiągnięcie celu postępowania może wymagać wykonania robót dodatkowych i/lub zamiennych, nieobjętych zamówieniem podstawowym, a tym samym nieopisanych w projektach i dokumentacji technicznej. Wykonanie tych robót będzie podlegało dodatkowemu wynagrodzeniu, które - w przypadku robót występujących w kosztorysie ofertowym - powinno zostać ustalone na podstawie kosztorysu ofertowego, złożonego wraz z ofertą. Kosztorys ofertowy ma stanowić zatem podstawę do ustalenia wynagrodzenia na wypadek wystąpienia prac nieprzewidzianych w dokumentacji zamówienia podstawowego. Uprawnione jest zatem zdaniem zamawiającego przyjęcie stanowiska, iż przedłożenie przez odwołującego wraz z ofertą z dnia 1 kwietnia 2015 r,

nieprawidłowo sporządzonego kosztorysu ofertowego stanowi o niezgodności złożonej oferty z treścią siwz (takie zdanie - w analogicznym stanie faktycznym - wyraziła również Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 31 marca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 345/09).

W przedmiotowym postępowaniu podstawą uznania niezgodności treści oferty odwołującego z siwz jest brak w kosztorysie ofertowym odwołującego wszystkich informacji koniecznych do wykonania przedmiotu zamówienia w przypadku wystąpienia robót dodatkowych i/lub zamiennych objętych kosztorysem ofertowym, co zostało również podniesione przez zamawiającego w informacji o unieważnieniu czynności zamawiającego z dnia 1 czerwca 2015 r. dotyczących wyboru najkorzystniejszej oferty oraz o powtórzonym wyborze najkorzystniejszej oferty (pismo zamawiającego z dnia 18 sierpnia 2015 r., znak: BDG.WZP.311.4.2015.89 JG). Nie można zatem, w ocenie zamawiającego, zgodzić się z cytowanym wyżej twierdzeniem odwołującego, iż skoro wykonanie robót dodatkowych i/lub zamiennych wymaga zawarcia nowej umowy lub aneksu, a więc złożenia kolejnego oświadczenia woli przez wykonawcę, kosztorys ofertowy w tym wypadku nie jest dla wykonawcy wiążący. Co więcej, takie twierdzenie odwołującego należy uznać za niezgodność oświadczenia woli odwołującego (jego oferty) z oczekiwaniami zamawiającego w zakresie realizacji umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu o ile wynagrodzenie za wykonanie zamówienia podstawowego ma charakter ryczałtowy, o tyle wynagrodzenie za roboty dodatkowe i/lub zamienne nieobjęte projektami oraz dokumentacją techniczną będzie wynagrodzeniem kosztorysowym. Taki sposób ustalenia wynagrodzenia wynika z treści siwz i istotnych postanowień umowy, stanowiąc tzw. system mieszany, polegający na określeniu wynagrodzenia w sposób ryczałtowy oraz zastrzeżeniu, że za prace dodatkowe nieobjęte projektem należy się wynagrodzenie kosztorysowe i jest zgodny z przyjętą linią orzecznictwa Sądu Najwyższego.

Kosztorys ofertowy jest również konieczny do sporządzenia przez wykonawcę harmonogramu rzeczowo-finansowego a wykonawca zobowiązany jest do realizacji robót będących przedmiotem umowy zgodnie z tym harmonogramem (§ 3 ust. 1 pkt 1 oraz § 11 ust. 1 pkt 2 istotnych postanowień umowy). Także rozliczenia za wykonane roboty mają następować w oparciu o harmonogram rzeczowo-finansowy, który jak wyżej wskazano ma zostać sporządzony na podstawie kosztorysu ofertowego (§ 8 ust. 1 i 2 istotnych postanowień umowy). W przypadku zaś niezgodności tego harmonogramu z kosztorysem ofertowym i niezłożenia poprawionego harmonogramu w wyznaczonym terminie, zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od umowy i naliczenia z tego tytułu kary umownej (§12 ust. 1 pkt 1 oraz § 13 ust. 1 pkt 1 istotnych postanowień umowy). Harmonogram, w zakresie wartości wycenionych prac ma charakter wtórny w stosunku do kosztorysu ofertowego; harmonogram zawierać powinien powielenie wartości pozycji

wycenionych przez odwołującego w kosztorysie ofertowym (tak: KIO w wyroku z dnia 13 maja 2014 r., sygn. akt KIO/KD 42/14). Z uwagi na przedłożenie niekompletnego kosztorysu ofertowego przez odwołującego - w przypadku wyboru jego oferty - nie byłoby zatem w ocenie zamawiającego możliwe prawidłowe sporządzenie harmonogramu rzeczowo - finansowego. Na treść oferty nie wpływa okoliczność, czy do oferty załączono poprawnie sporządzony dokument wskazany w siwz, lecz należy każdorazowo badać, jaki wpływ ma ten dokument na treść oferty rozumianą jako zakres przyszłego świadczenia wykonawcy. KIO w wyroku z dnia 9 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1502/13 wskazała, iż przy ryczałtowym wynagrodzeniu - co do zasady - sporządzenie kosztorysu ma być jedynie pomocą dla wykonawcy przy kalkulacji ceny oferty. Kosztorys jest pomocą dla wykonawców w tym sensie, że umożliwia im objęcie swoim świadczeniem całego przedmiotu zamówienia i prawidłowe obliczenie ceny oferty. Służy też rozproszeniu ewentualnych wątpliwości zamawiającego, które zrodziłyby się w toku badania oceny ofert (wyrok KIO z dnia 27 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 50/14).

Jednocześnie, w powołanym wyżej wyroku z dnia 9 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1502/13) KIO wskazała, iż jednak na mocy decyzji zamawiającego uzewnętrznionej w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, kosztorys ofertowy może zyskać rangę elementu treści oferty; również w przypadku robót budowlanych kluczowe znaczenie dla ustalenia, czy mamy do czynienia z elementem treści oferty wchodzącym w zakres zobowiązania umownego czy tylko potwierdzeniem przedmiotowej zdolności do spełnienia wymagań zamawiającego ma decyzja tego zamawiającego, która powinna być odpowiednio uzewnętrzniona w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu kosztorys ofertowy był wymaganym elementem treści oferty, co wyraźnie zostało wskazane w treści siwz, w tym wyżej wskazanych istotnych postanowieniach umowy dotyczących ustalania wynagrodzenia za roboty dodatkowe i zamiennie oraz harmonogramu rzeczowo-finansowego, w oparciu o kosztorys ofertowy. Zamawiający uważa, że zastrzeżenie wynagrodzenia ryczałtowego nie zwalnia zamawiającego z badania w toku postępowania poprawności oferowanego świadczenia oraz ustalenia niewadliwej kalkulacji ceny oferty. Wymienione czynności są obowiązkami ustawowymi, od których zamawiający nie może się uchylić w żaden sposób (tak: KIO w wyroku z dnia 3 lutego 2014 r., sygn. akt KIO 104/14). Brak w kosztorysie ofertowym wymaganych przez zamawiającego danych dotyczących kosztów, będących elementami cenotwórczymi uniemożliwiłby wyliczenie przewidzianych przez zamawiającego w siwz ewentualnych robót dodatkowych i/lub zamiennych, jak również prawidłowe ustalenie harmonogramu rzeczowo-finansowego. Brak szczegółowego i pełnego kosztorysu skutkowałby także niemożnością prawidłowego rozliczenia etapów robót budowlanych. Zamawiający uważa, że należy zatem uznać, iż nieprzedstawienie przez odwołującego wraz z ofertą z dnia 1 kwietnia 2015 r. poprawnie

sporządzonego kosztorysu ofertowego jest uchybieniem wywierającym wpływ na wykonanie umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego i to wpływ tego rodzaju, iż wykonanie umowy zgodnie z opisanymi wymaganiami zamawiającego jest niemożliwe.

Niezgodność ta ma charakter nieusuwalny i nie było możliwe wezwanie odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentacji o prawidłowo sporządzony kosztorys ofertowy, bowiem dokument ten nie jest dokumentem potwierdzającym spełnienie wymagań, określonym w art. 25 ust. 1 ustawy (tak: KIO w wyroku z dnia 2 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 543/12).

Mając na uwadze powyższe zamawiający stwierdził, iż błędne jest twierdzenie odwołującego, że zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy .

W ocenie zamawiającego zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 25 ust. 1 ustawy nie powinien podlegać rozpatrzeniu w toku niniejszego postępowania. Zgodnie z rozdziałem II ust. 1 siwz, przedmiotowe postępowanie prowadzone jest zgodnie z przepisami obowiązującymi dla postępowań, których wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy. W odniesieniu do postępowań, których wartość nie przekracza kwot, o których mowa w art. 11 ust. 8 ustawy , ustawodawca w art.180 ust. 2 ustawy , określił enumeratywny katalog czynności, od których przysługuje odwołanie. Ustawodawca nie dopuścił przy tym możliwości zaskarżenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 15 października 2014 r., sygn. akt KIO 2030/14, rozpoznanie odwołania wobec ww. czynności jest zatem niedopuszczalne w postępowaniach o wartości nieprzekraczającej kwot, o których mowa w art. 11 ust. 8 ustawy. W przypadku stwierdzenia, że zarzuty odwołania wykraczają poza granice określone w przepisie art. 180 ust, 2 ustawy - jak ma to miejsce w przypadku odwołania odwołującego – i jednocześnie nie dysponując instrumentem pozwalającym na odrzucenie odwołania w części, KIO powinna pozostawić poza zakresem rozpoznania zarzuty dotyczące czynności innych niż wymienione w tym przepisie (tak: KIO w wyroku z dnia 6 lutego 2015 n, sygn. akt KIO 157/15 oraz w powołanym wyżej wyroku z dnia 15 października 2014 r., sygn. akt KIO 2030/14). Nie mniej jednak zamawiający nie może zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, iż zamawiający żądał dokumentu, który nie jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. prawidłowo sporządzonego kosztorysu ofertowego w sytuacji, gdy siwz i istotne postanowienia umowy przewidują za wykonane roboty budowlane zapłatę wynagrodzenia ryczałtowego, a kosztorys może mieć w takim wypadku znaczenie jedynie informacyjne i pomocnicze, nie będąc niezbędnym do przeprowadzenia postępowania. Możliwość wymagania od wykonawców przedłożenia kosztorysu ofertowego przy wynagrodzeniu ryczałtowym została wskazana m. in. w wyroku KIO z dnia 21 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1874/13; KIO 1885/13, gdzie podniesiono, iż żądanie takiego dokumentu przy

wynagrodzeniu ryczałtowym może służyć zamawiającemu w celu weryfikacji obliczenia ceny, zgodności z opisem przedmiotu zamówienia, ewentualnie do późniejszych rozliczeń z wykonawcami. Zgodnie z uchwałą KIO z dnia 25 września 2012 r., sygn. akt KIO/KD 79/12, kosztorys ofertowy stanowi element oferty w rozumieniu art. 66 Kodeksu cywilnego. Nie jest to dokument potwierdzający spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zamawiający stoi na stanowisku, że wykazał, iż w przedmiotowym postępowaniu kosztorys ofertowy ma charakter pomocniczy i informacyjny odnośnie wynagrodzenia ryczałtowego za realizację przedmiotu zamówienia (ceny oferty brutto), natomiast stricte stanowi element treści oferty w zakresie podstawy wyceny ewentualnych robót dodatkowych i/lub zamiennych oraz ustalania harmonogramu rzeczowo-finansowego i dokonywania zapłaty wynagrodzenia za wykonane roboty w oparciu o ten harmonogram.

Nie można zatem, w ocenie zamawiającego, uznać za poprawne twierdzenia odwołującego, iż kosztorys ofertowy to dokument, który nie ma żadnego znaczenia dla istotnych warunków umowy.

Co do naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy, to zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem odwołującego, iż zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z uwagi na odrzucenie oferty odwołującego w związku z nieprzedstawieniem prawidłowo sporządzonego kosztorysu ofertowego a w konsekwencji udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, po przeprowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Zamawiający jest zobligowany w obecnym stanie prawnym do badania na równych zasadach ofert niezależnie od sposobu obliczenia wynagrodzenia wykonawcy, gdyż ustawa nie wprowadza już w tym zakresie żadnych domniemań. Zamawiający jest również zobowiązany, niezależnie od charakteru wynagrodzenia, do oceny możliwości poprawy uchybień stwierdzonych w kosztorysach złożonych przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy (tak: KIO w wyroku z dnia 3 lutego 2014 r. sygn. akt KIO 104/14). Jak zostało wyżej wskazane - i czego nie kwestionuje odwołujący - w przedmiotowym postępowaniu odwołujący wraz z ofertą złożył nieprawidłowo sporządzony kosztorys ofertowy. Z uwagi na fakt, iż tego rodzaju uchybienie nie mogło zostać samodzielnie poprawione przez zamawiającego, bez udziału odwołującego należy według zamawiającego uznać, iż jest to wada nieusuwalna. Co więcej, prowadzenie ustaleń (negocjacji) w celu poprawy kosztorysu ofertowego zaburzyłoby zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, która to zasada jest naczelną w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Taka praktyka jest niedopuszczalna z oczywistych względów, jak podkreślił Sąd Okręgowy w Warszawie w

wyroku z dnia 21 stycznia 2010 r., sygn. akt V Ca 1051/10. Wobec wskazanych powyżej ustaleń, w tym przyjęcia w przedmiotowym postępowaniu do ustalania wynagrodzenia systemu mieszanego, a co za tym idzie niepotwierdzenia się zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, nie ma podstaw do stwierdzenia zasadności zarzutu naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 ustawy. Należy zatem w ocenie zamawiającego uznać, iż zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający był zobligowany, zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz ustaloną linią orzecniczą, do oceny poprawności sporządzenia kosztorysów ofertowych, odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na niezgodność kosztorysu ofertowego z treścią siwz i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej, spełniającej wymagania zamawiającego, w tym w zakresie kosztorysu ofertowego. Nie można się zatem zgodzić ze stanowiskiem Odwołującego, że odrzucenie jego oferty nastąpiło z powodów czysto formalnych. Nieprawdziwy jest także, zdaniem zamawiającego, zarzut, iż zamawiający udzielił zamówienia wykonawcy Comp S.A. niezgodnie z przepisami ustawy (a właściwie na tym etapie postępowania dokonał wyboru oferty wykonawcy Comp S.A. niezgodnie z przepisami ustawy).

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz wraz z załącznikami, oferty odwołującego, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 1 czerwca 2015r., pism zamawiającego z dnia 13 sierpnia 2015r., odpowiedzi odwołującego na pismo z dnia 13 sierpnia 2015r., informacji o wyniku postępowania z 18 sierpnia 2015r.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, że

W rozdziale III. pkt. 3 siwz zamawiający określił, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w:

1) Projekcie przetargowo – wykonawczym (branża elektryczna), w skład którego wchodzi opis techniczny i 23 rysunki - Załącznik nr 1 do SIWZ

UWAGA

Zamawiający doprecyzowuje zapisy zawarte w pkt 8.1 sekcja BATERIE Projektu przetargowo - wykonawczego (branża elektryczna) stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ, jak niżej:

Minimalna pojemność: 9 Ah w uzgodnieniu ze służbami IT

Czas podtrzymania: min 25 minut dla 15kVA w uzgodnieniu ze służbami IT

2) Projekcie przetargowo – wykonawczym (branża teletechniczna), w skład którego wchodzi opis techniczny i 22 rysunki - Załącznik nr 2 do SIWZ

3) Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (STWiOR)

- Załącznik nr 3 do SIWZ

4) Przedmiarze robót¹ - instalacje elektryczne - Załącznik nr 4 do SIWZ

5) Przedmiarze robót – instalacje teletechniczne - Załącznik nr 5 do SIWZ

4. Pozostałe warunki dotyczące realizacji zamówienia zostały określone w Istotnych postanowieniach umowy, stanowiących Załącznik nr 6 do SIWZ

Zamawiający wskazał, że przedmiar jest dokumentem pomocniczym, który może służyć do oszacowania rozmiarów zadania.

Dla szczegółowej wyceny oferty należy zapoznać się szczegółowo z Projektami przetargowo - wykonawczymi oraz STWiOR.

W cenie oferty należy uwzględnić wszystkie nakłady na wykonanie przedmiotowych robót budowlanych zgodnie z Projektami przetargowo - wykonawczymi i STWiOR z uwzględnieniem lokalnych warunków wykonywania robót.

W rozdziale IV pkt. 2 Zamawiający określił, że wykonawca zobowiązany będzie dostarczyć zamawiającemu w terminie do 7 dni roboczych od dnia zawarcia umowy harmonogram rzeczowo-finansowy sporządzony na podstawie kosztorysu ofertowego oraz uwzględniający stopień zaawansowania (wykonania) robót z podziałem na poniższe etapy:

1) etap I:

a) montaż (modernizacja rozdzielnic RG-3),

b) montaż (wymiana) kabla RF1 :- RG-3,

c) montaż rozdzielnic RG-K1, RG-K2,

d) montaż węzłów sieci teleinformatycznej,

e) montaż linii WLZ oraz tablic kondygnacyjnych w szafach i WSK2,

f) montaż okablowania światłowodowego (pionowego),

g) montaż wspólnego korytka PVC instalacji odbiorczej gniazdkowej i instalacji sieci LAN (w pokojach biurowych i na korytarzach),

h) montaż obwodów odbiorczych i osprzętu gniazdkowego,

i) montaż linii LAN i VOIP wraz z osprzętem,

j) pomiary sprawdzające i uruchomienie instalacji;

2) etap II - modernizacja serwerowni;

3) etap III:

a) demontaż rozdzielnic istniejących i linii WLZ,

b) demontaże instalacji w pokojach biurowych i na korytarzach,

c) naprawa i pomalowanie powierzchni po zdemontowanej instalacji.

W rozdziale XIII pkt. 1 ust. 2 zamawiający postanowił, że wykonawca wraz z ofertą ma złożyć kosztorys ofertowy z tym zastrzeżeniem, że dokument ten ma jedynie charakter

pomocniczy i informacyjny, który będzie stanowił podstawę wyceny, jeżeli wystąpią ewentualne roboty dodatkowe lub zamienne.

W rozdziale XV Opis sposobu obliczenia ceny zamawiający wskazał, że:

1. Wykonawca określi cenę oferty brutto, która stanowić będzie wynagrodzenie ryczałtowe za realizację całego przedmiotu zamówienia, podając ją w zapisie liczbowym (z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku) i słownie (...)Cena ryczałtowa to cena za całość zamówienia, ustalona na podstawie dokumentacji projektowej, dla której przedmiar ma znaczenie jedynie pomocnicze

UWAGA

Anuluje się zawarte w pkt. 5.4. Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót stanowiącej Załącznik nr 3 do SIWZ zapisy dotyczące ustaleń ogólnych odnoszących się do podstawy płatności

2. Cena oferty brutto jest ceną ostateczną obejmującą wszystkie koszty związane z realizacją robót objętych dokumentacją projektową oraz STWiOP, w tym ryzyko Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, a także oddziaływania wszelkich innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty.

3. Określona cena ryczałtowa zostanie ustalona na cały okres obowiązywania umowy i nie będzie podlegać zmianom z wyjątkiem zmian dopuszczonych w umowie.

4. Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany określonego w ofercie Wykonawcy wynagrodzenia ryczałtowego.

5. Zapisy dotyczące ewentualnych robót dodatkowych i/lub zamiennych oraz zmniejszenia zakresu robót zawarte są w Istotnych postanowieniach umowy, stanowiących załącznik nr 6 do SIWZ.

6. Jeżeli złożona oferta powodować będzie powstanie obowiązku podatkowego Zamawiającego, zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług w zakresie dotyczącym wewnątrzwspólnotowego nabycia towarów, Zamawiający w celu oceny takiej oferty doliczy do oferowanej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek wpłacić zgodnie z obowiązującymi przepisami.

7. Rozliczenia między Zamawiającym i Wykonawcą będą prowadzone w złotych polskich.

W Istotnych postanowieniach umownych – załącznik nr 6 do siwz zamawiający wskazał, że:

W §2 Obowiązki Zamawiającego - Do obowiązków Zamawiającego należy, w szczególności:

2) akceptacja lub zgłoszenie uwag do harmonogramu rzeczowo-finansowego, w terminie do 3 dni roboczych od dnia jego otrzymania. W przypadku zgłoszenia uwag § 12 ust.1 pkt 1 umowy stosuje się;

W §3 Obowiązki Wykonawcy ust.1. Do obowiązków Wykonawcy należy, w szczególności:

1) dostarczenie Zamawiającemu w terminie do 7 dni roboczych od dnia zawarcia umowy harmonogramu rzeczowo-finansowego sporządzonego na podstawie kosztorysu ofertowego oraz uwzględniającego stopień zaawansowania (wykonania) robót z podziałem na etapy, o których mowa w § 11 ust. 1 pkt 2 umowy;

W § 8 Płatności:

1. Rozliczenie pomiędzy Stronami za wykonane roboty nastąpi na podstawie faktur częściowych w kolejności:

- I (pierwsza) płatność po wykonaniu I etapu robót zgodnie z harmonogramem rzeczowo - finansowym, w wysokości 50% wynagrodzenia, o którym mowa w § 7 ust. 1,

- II (druga) płatność po wykonaniu II etapu robót zgodnie z harmonogramem rzeczowo - finansowym, w wysokości 20% wynagrodzenia, o którym mowa w § 7 ust. 1,

- III (trzecia) płatność po wykonaniu III etapu robót, zgodnie z harmonogramem rzeczowo - finansowym, w wysokości 30% wynagrodzenia, o którym mowa w § 7 ust. 1, z zastrzeżeniem ust. 4.

2. Rozliczenia, o których mowa w ust. 1 będą się odbywały w oparciu o harmonogram rzeczowo-finansowy.

3. Po każdym wykonanym etapie, o których mowa w § 11 ust. 1 pkt 2 umowy zostanie sporządzony protokół odbioru poszczególnego etapu. Podpisany protokół odbioru poszczególnego etapu, będzie podstawą do wystawienia faktury.

4. Zapłata za etap III zostanie dokonana po podpisaniu protokołu końcowego.

W § 7 Wynagrodzenie i warunki płatności - załącznika nr 6 do siwz zamawiający określił, że:

1. Za należyte wykonanie przedmiotu umowy Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości złotych brutto (słownie złotych:).

Wynagrodzenie obejmuje podatek VAT, w kwocie złotych (słownie złotych:).

2. Wynagrodzenie ryczałtowe, o którym mowa w ust. 1 obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją robót objętych dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, w tym materiały do wykonania przedmiotu umowy, ryzyko Wykonawcy z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy, a także oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty.

3. Wynagrodzenie może podlegać zmianom przewidzianym w umowie.

4. Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do żądania zwiększenia wynagrodzenia ryczałtowego określonego w ust. 1.

5. W przypadku konieczności wykonania robót dodatkowych i/lub zamiennych rozliczenie tych robót nastąpi na podstawie kosztorysów ofertowych na roboty dodatkowe i/lub zamienne sporządzonych przez Wykonawcę w oparciu o złożony wraz z ofertą Wykonawcy

kosztorys ofertowy. W przypadku wystąpienia robót dodatkowych i/lub zamiennych niewystępujących w kosztorysie ofertowym Wykonawca dokona nowej wyceny przedmiotowych pozycji. Kosztorysy ofertowe na roboty dodatkowe i/lub zamienne wymagają zatwierdzenia Inspektora nadzoru inwestorskiego.

6. Rozpoczęcie wykonywania robót dodatkowych, o których mowa w ust. 5 może nastąpić wyłącznie na podstawie pisemnej umowy o roboty dodatkowe, zawartej na podstawie protokołu konieczności sporządzonego przez Wykonawcę i potwierdzonego przez Zamawiającego, z uwzględnieniem przepisów o zamówieniach publicznych.

7. Rozpoczęcie wykonywania robót zamiennych, o których mowa w ust. 5, może nastąpić wyłącznie na podstawie pisemnego aneksu do niniejszej umowy, zawartego na podstawie protokołu konieczności sporządzonego przez Wykonawcę i potwierdzonego przez Zamawiającego.

8. W przypadku konieczności zmniejszenia zakresu robót będących przedmiotem umowy, wynagrodzenie, o którym mowa w ust.1 zostanie odpowiednio pomniejszone o wartość robót, o które pomniejszono zakres robót będących przedmiotem umowy. Zmniejszenie zakresu robót będących przedmiotem umowy może nastąpić wyłącznie na podstawie pisemnego aneksu do niniejszej umowy, zawartego na podstawie protokołu konieczności sporządzonego przez Wykonawcę i potwierdzonego przez Zamawiającego.

W § 12 Odstąpienie od umowy:

1. Zamawiający może – według swojego wyboru – odstąpić od całości lub części umowy, jeżeli Wykonawca narusza postanowienia umowy, w szczególności w następujących przypadkach:

1) Wykonawca w terminie wskazanym w § 3 ust.1 pkt 1 umowy nie dostarczy harmonogramu rzeczowo-finansowego sporządzonego na podstawie kosztorysu ofertowego uwzględniającego stopień zaawansowania (wykonania) robót z podziałem na etapy, o których mowa w § 11 ust. 1 pkt 2 umowy. W przypadku niezgodności dostarczonego przez Wykonawcę harmonogramu rzeczowo-finansowego z kosztorysem ofertowym lub nieuwzględnienia w nim stopnia zaawansowania (wykonania) robót z podziałem na etapy, Zamawiający wezwie Wykonawcę do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym jednak niż 3 dni robocze, prawidłowo sporządzonego harmonogramu rzeczowo-finansowego i dopiero po bezskutecznym upływie tego terminu będzie uprawniony do odstąpienia od umowy, w terminie 7 dni od dnia upływu tego terminu;

W § 13 Kary umowne:

1. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości:

1) 5% wynagrodzenia brutto, określonego w § 7 ust. 1 niniejszej umowy w przypadku gdy Zamawiający odstąpi od umowy z przyczyn, za które odpowiada Wykonawca;

Bezsporne jest pomiędzy stronami, że w ofercie odwołującego brak jest kilku stron kosztorysu ofertowego przez co suma poszczególnych wartości w branży teletechnicznej nie zgadza się z ogólną wartością kosztorysową.

W dniu 1 czerwca 2015r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i ofertą tą była oferta odwołującego.

W dniu 12 sierpnia 2015r. zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i zapowiedział powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W dniu 13 sierpnia 2015r. zamawiający poinformował odwołującego o tym że kosztorys ofertowy ma jedynie charakter pomocniczy i informacyjny, który będzie stanowił podstawę wyceny, jeżeli wystąpią roboty dodatkowe lub zamiennie. Dodatkowo kosztorys ofertowy jest konieczny przy ustalaniu harmonogramu finansowo-rzeczowego, a w załączonym kosztorysie występuje rozbieżność pomiędzy sumą poszczególnych wartości w branży teletechnicznej a ogólną wartością kosztorysową. Zamawiający wezwał w trybie art. 87 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień.

W dniu 18 sierpnia 2015r. odwołujący wyjaśnił, że różnice w wartości powstały na skutek błędu druku programu NORMA – skrócenia przez program poszczególnych bloków rozliczeniowych. Kosztorys został wydrukowany nieadekwatnie do pierwszej strony podsumowania kosztorysu, która to zawiera poprawną wartość kalkulacji i która została przedstawiona w sposób prawidłowy. Z racji traktowania kosztorysu ofertowego jako pomocniczego i informacyjnego odwołujący w celu odniesienia do szacowania wartości robót dodatkowych dołączył pełny kosztorys, który zawiera identyczną wartość przedstawioną w załączonej ofercie oraz wszystkie bloki służące do zliczenia i uzyskania ceny podanej na pierwszej stronie kosztorysu ofertowego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy. Izba nie dopatrzyła się zaistnienia okoliczności, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy. Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania wynikająca z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na brak wymaganych danych kosztowych, będących elementami cenotwórczymi, tj. poprawnie sporządzonego kosztorysu ofertowego, pomimo, że wynagrodzenie za zamawiane roboty ma charakter ryczałtowy, a kosztorys znaczenie

jedynie pomocnicze, w związku z czym – zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą KIO – art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy nie może być zastosowany.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Tym samym w ocenie Izby musi istnieć ustalona treść siwz, do której należy porównać treść oferty. Pojęcie „nie odpowiada” jest pojęciem szerokim i obejmuje zarówno sprzeczność treści oferty z treścią siwz jak i brak w treści oferty określonych wymagań, które wynikają z treści siwz. Pomiędzy stronami bezsporne jest, że zamawiający w rozdziale XIII pkt 1 ppkt. 3 wskazał, że wymaga kosztorysu ofertowego dla wyceny robót dodatkowych i zamiennych, natomiast z § 3 ust. 1 pkt 1 w związku z §12 ust. 1 pkt 1 istotnych postanowień umowy wynika, że zamawiający nałożył także na wykonawcę obowiązek sporządzenia harmonogramu finansowo-rzeczowego, który powinien być zgodny z kosztorysem ofertowym, a zatem kosztorys ofertowy miał znaczenie dla sporządzenia tegoż harmonogramu. W ocenie Izby niezasadna jest argumentacja odwołującego co do tego, że roboty dodatkowe, czy zamienne nie mogą stanowić przedmiotu uregulowania wymagań zamawiającego związanych z wykonaniem przedmiotu zamówienia, gdyż zobowiązania powstałe z ich tytułu będą realizowane na podstawie aneksów czy nowych umów. Takie stanowisko pozostaje w sprzeczności z ugruntowaną linią orzecniczą Sądu Najwyższego, którą powołał w odpowiedzi na odwołanie zamawiający, a którą Izba przyjmuje i w całości uznaje za własną. W szczególności z uzasadnienia wyroku Sądu Najwyższego z dnia 25 marca 2015r. sygn. akt 389/14 wynika, że „W umowie o roboty budowlane, uregulowanej w art. 647 i następane k.c., strony mogą określić wynagrodzenie za wykonane roboty jako wynagrodzenie ryczałtowe, przewidziane w art. 632 § 1 k.c., jak też zastrzec możliwość jego modyfikacji, w zależności od zaistnienia konieczności wykonania robót dodatkowych lub zmniejszenia zakresu robót podstawowych. Prawnymi konsekwencjami ukształtowania wynagrodzenia ryczałtowego bez takiej klauzuli jest zarówno niedopuszczalność podwyższenia go, jak też obniżenia, nawet gdyby dochód osiągnięty przez wykonawcę był wyższy od założonego w kalkulacji będącej podstawą określenia wysokości ryczałtu. Ustalony ryczałt nie może być przedmiotem zmian, może być jednak zmniejszony na rzecz zamawiającego, jeśli nie doszło w pełni do wykonania zleconych prac.” Tym samym dopuszczalne jest wprowadzenie określonego sposobu rozliczania robót dodatkowych i wzajemnych w umowie o roboty budowlane, co powoduje, że taka klauzula staje się elementem umowy o zamawiane zamówienie publiczne na roboty budowlane. Tym samym zamawiający ma uzasadniony interes w tym, żeby zabezpieczyć się w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zastrzeżenie możliwości modyfikacji wynagrodzenia ryczałtowego na wypadek zaistnienia nieprzewidzianych

okoliczności związanych z koniecznością wykonania robót zamiennych i dodatkowych. W tym znaczeniu brak możliwości ustalenia podstaw do wyceny takich robót, którą zamawiający miał zamiar dokonać w oparciu o złożony kosztorys ofertowy powoduje, że w ofercie występuje brak istotnego elementu cenotwórczego stanowiącego element umowy o robotę budowlaną pozbawiający zamawiającego (wbrew jego intencji) możliwości późniejszej korekty wynagrodzenia wykonawcy. W tej sytuacji Izba przychyliła się do stanowiska zamawiającego i przystępującego, że taki brak jest brakiem przedmiotowo istotnym i nie może podlegać korekcie w drodze poprawy omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Podobne stanowisko, wbrew twierdzeniom odwołującego, zajęła także Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 31 marca 2009r. sygn. akt KIO 345/09, która stwierdziła, że

„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 2 lipca 2008 r., 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.”

Przy czym Izba ustaliła, że wyrok ten dotyczył sytuacji braku w kosztorysie ofertowym wymaganych nakładów: robocizny, materiałów i sprzętu i o ile można by rozważać, jaki charakter miał na gruncie niniejszej siwz przyjąć kosztorys ofertowy, to jest czy miał to być kosztorys uproszczony, czy szczegółowy, to jednak z uwagi na nałożony na wykonawcę obowiązek skalkulowania wszelkich kosztów, należy wywieść, że miał być to kosztorys ofertowy szczegółowy, co z resztą znajduje odzwierciedlenie w złożonych ofertach, które podają koszty R, S, M, koszty pośrednie i narzuty, a także zawierają zestawienia materiałów. Tym samym w ocenie Izby, dla wykonawców nie było wątpliwości co do charakteru kosztorysu ofertowego, jaki mieli złożyć. Nadto Izba podziela także pogląd zamawiającego i przystępującego, że na podstawie przedłożonego przez odwołującego kosztorysu ofertowego nie można sporządzić zgodnego z nim harmonogramu finansowo-rzeczowego. Należy bowiem wziąć pod uwagę fakt, że przedmiary robót obejmowały dwie branże teletechniczną i elektryczną, zatem ich strony pierwsze stanowiące podsumowania obu przedmiarów mogły dotyczyć tylko globalnie obu branż, zaś zamawiający w § 3 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy wymagał, aby harmonogram uwzględniał stopień zaawansowania robót z

podziałem na etapy, które określał § 11 ust. 1 pkt 2 ustawy i etapy te nie polegały na osobnym wykonywaniu każdej z branż, ale obejmowały ogólnie rzecz ujmując w etapie pierwszym prace instalacyjne w obu branżach, w etapie 2 modernizację serwerowni, w etapie trzecim demontaże rozdzielnic i instalacji. Tym samym sporządzone kosztorysy nie dawały się jednoznacznie przypisać do konkretnego etapu, jedynie poszczególne ich pozycje można było tak przyporządkowywać budując na podstawie kosztorysu ofertowego nową informację tj. informację o wartości należnego wynagrodzenia dla każdego z etapów z osobna. Wobec braku pozycji kosztorysowych w kosztorysie ofertowego odwołującego, w ocenie Izby nie możliwe było wykonanie wymogu zamawiającego na etapie realizacji umowy, tj. dokonanie podziału robót wycenionych w kosztorysach na poszczególne etapy. Tym samym w ocenie Izby treść oferty odwołującego nie odpowiadała treści siwz, a zatem zamawiający prawidłowo zastosował przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 25 ust. 1 ustawy przez żądanie od odwołującego dokumentu, który nie jest niezbędny do przeprowadzenia postępowania tj. prawidłowo sporządzonego kosztorysu ofertowego w sytuacji, gdy siwz i istotne postanowienia umowy przewidują za wykonane roboty zapłatę wynagrodzenia ryczałtowego, a kosztorys w takim przypadku może mieć znaczenie jedynie informacyjne i pomocnicze, nie będąc niezbędnym do przeprowadzenia postępowania

Zarzut nie potwierdził się. Przepis art. 25 ust. 1 ustawy stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

- 1) warunków udziału w postępowaniu,
- 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Jak już Izba ustaliła i oceniła powyżej kosztorys ofertowy miał służyć zamawiającemu do możliwości zmiany wynagrodzenia ryczałtowego w toku wykonywania umowy jako sposób ustalenia wynagrodzenia robót dodatkowych i zamiennych, pod rygorem utraty tego prawa w przypadku braku takiej klauzuli i podstawy, stąd w ocenie Izby nie można uznać kosztorysu ofertowego jako dokumentu zbędnego zamawiającemu. Izba stawiany zarzut oceniła nie jako zarzut żądania w treści siwz dokumentu zbędnego, ale jako w rzeczywistości zarzut nieuprawnionego weryfikowania treści oferty przez przyzmat dokumentu, który nie jest

podstawą oceny ofert, gdyż dotyczy według odwołującego elementów realizacji przyszłych zamówień dodatkowych i zamiennych nie objętych przedmiotem zamówienia i w tym kontekście Izba uznała zarzut za postawiony w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i dotyczący czynności zamawiającego określonej w art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy. Izba uznając dopuszczalność takiego zarzutu jednocześnie wskazała, że kosztorys ofertowy był dokumentem potwierdzającym wymagania określone przez zamawiającego w zakresie oferowanych podstaw ustalenia wynagrodzenia robót dodatkowych i zamiennych. Jednak z uwagi na jego merytoryczny charakter nie był to dokument uzupełnialny w rozumieniu art. 26 ust. 3 ustawy z uwagi na treść art. 87 ust. 1 ustawy. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 25 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, po przeprowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W myśl zaś ust. 3 tegoż przepisu zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Powyższe zarzuty zostały skonstruowane w oparciu o przekonanie odwołującego, że wprowadzenie do umowy o robotę budowlaną klauzuli rozliczania robót dodatkowych i zamiennych nie stanowi przedmiotu niniejszego zamówienia, a zatem zostały postanowione w związku z zarzutami naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i art. 25 ust. 1 ustawy. W sytuacji zatem, gdy powyższe zarzuty się nie potwierdziły, nie potwierdził się także zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając odwołującego kosztami postępowania w postaci uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania.

Przewodniczący :.....