

WYROK

z dnia 21 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lipca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „Kartel” S.A. w Jędrzejowie od czynności zamawiającego Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego w Kielcach.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, odrzucenia oferty odwołującego i dokonanie ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;

2. kosztami postępowania obciąża Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „Kartel” S.A. w Jędrzejowie;
- 2) dokonać wpłaty kwoty 10 034 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy trzydzieści cztery złote zero groszy) przez Wojewódzki Szpital Zespolony w Kielcach na rzecz Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego „Kartel” S.A. w Jędrzejowie, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów opłaty skarbowej.

Stosownie do treści art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2010, Nr 113, poz. 759), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

Przewodniczący:

.....

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

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę parkingu wielopoziomowego otwartego dla samochodów osobowych dla potrzeb Wojewódzkiego Szpitala Zespolonego zlokalizowanego przy ul. Grunwaldzkiej w Kielcach ” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, wynosi 2.318.312,06 EURO (8.900.000,00 zł).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod pozycją 131985/10 w dniu 24 maja 2010r.

Pismem z dnia 9 lipca 2010r., które doręczono odwołującemu w tej samej dacie faxem zamawiający powiadomił odwołującego o wynikach oceny ofert, w tym o odrzuceniu jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W dniu 13 lipca 2010r. odwołujący wniósł odwołanie, przekazując jednocześnie jego kopię zamawiającemu, na czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu, polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zarzucając naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 poprzez prowadzenie przedmiotowego postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz nieprzestrzeganie zasad bezstronności i obiektywizmu;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt. 2 - poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ;
- 3) art. 87 ust. 1 - poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty;
- 4) art. 93 ust. 1 pkt. 1 - poprzez unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne mimo braku zaistnienia ku temu ustawowych przesłanek.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty;
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na unieważnieniu postępowania o zamówienie publiczne;
- 3) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty

odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający bezzasadnie odrzucił jego ofertę uzasadniając swoje stanowisko w tym zakresie, że nie uwzględniono w ofercie dwóch sztuk suszarek do rąk, dwóch systemów oddymiania klatek schodowych oraz brak w ofercie uwzględnienia odpowiedzi zamawiającego na pytania wykonawców dotyczące instalacji wodno - kanalizacyjnej - nie precyzując bliżej o jakie pytania i odpowiedzi chodzi. Na tej samej podstawie zamawiający odrzucił wszystkie oferty złożone w tym postępowaniu./11/.

Odwołujący wskazał, że opisane wyżej czynności zostały podjęte z naruszeniem przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Odwołujący podał, że zgodnie z postanowieniami SIWZ dokonał ustalenia zakresu robót, ich ilości i przeprowadził kalkulację, ustalając ceną ryczałtową za wykonanie przedmiotu zamówienia, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego i zgodnie z oświadczeniem, że w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia., w tym koszt 2 suszarek do rąk został uwzględniony w poz. materiały pomocnicze robót elektrycznych ze względu na brak określenia typu suszarek przez zamawiającego; systemy oddymiania klatek schodowych zostały ujęte w cenie klap dymowych - kłapa dachowa wraz z okablowaniem i osprzętem w części budowlanej, natomiast instalacja wodno kanalizacyjna została wyceniona w oparciu o zakres robót niezbędnych do jej wykonania ustalony i wyceniony przez odwołującego zgodnie z zapisem rozdz. XVI pkt. 5 SIWZ. Zatem sposób kalkulacji ceny należał do oferenta i miała ona charakter ryczałtowy, a kosztorys ofertowy miał służyć zamawiającemu do analizy czynników cenotwórczych i sprawdzenia czy zostały ujęte tylko rodzaje robót stanowiące o zakresie przedmiotu zamówienia. Odrzucenie oferty odwołującego z przyczyn podanych w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania świadczy o tym, że zamawiający zmienił zasady oceny ofert w toku postępowania co jest działaniem nieuprawnionym. Zdaniem odwołującego, skoro zamawiający w toku badania i oceny ofert miał wątpliwości co do treści złożonej oferty mógł zgodnie z postanowieniami przepisu art. 87 ustawy Prawo zamówień publicznych zażądać od wykonawcy wyjaśnień, dotyczących treści złożonej oferty w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający dokonując sprawdzenia i oceny ofert nie wezwał do wyjaśnienia treści oferty złożonej przez odwołującego. W związku zatem z zaniechaniem przez zamawiającego wezwania do wyjaśnienia - odwołujący został pozbawiony możliwości udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty.

Powołał się odwołujący na wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 05 marca 2008 r., sygn. Akt KIO/UZP 141/08; uchwałę KIO z dnia 19 marca 2010r., sygn. akt KIO/KD 17/10;

wyrok KIO z dnia 12.05.2010r. sygn. akt KIO/UZP/738/10.

Z powyższego wynika, zdaniem odwołującego, że należało wycenić całość przedmiotu zamówienia na podstawie dokumentacji projektowej bez względu na brzmienie przedmiarów robót i na podstawie własnej kalkulacji. Odwołujący wskazał, że w formularzu oferty złożył oświadczenie, że w zaoferowanej cenie zostały uwzględnione wszystkie koszty wykonania zamówienia, a zatem oferta odwołującego się jest zgodna z treścią SIWZ, tym samym w przedmiotowej sprawie zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy, odrzucając ofertę odwołującego, bez żądania wyjaśnień dotyczących jej treści, co w konsekwencji spowodowało iż doszło także do naruszenia art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, przez unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne na tej podstawie, że nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu. Zamawiający odrzucił wszystkie oferty złożone w tym postępowaniu tj. 11, z tego samego powodu (niezgodności oferty z treścią SIWZ), nie żądając wyjaśnień ich treści. Odwołujący podkreślił, że zamawiający nie wyjaśniając treści oferty odwołującego, naruszył nie tylko w istotny sposób interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia ale i podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych; postąpił wbrew zasadom dyscypliny finansów publicznych, nakazujących m.in. wydawanie środków publicznych w sposób celowy i oszczędny. Rozwiązanie proponowane w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych miało przyczynić się do usprawnienia procedury udzielania zamówień publicznych oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań, przy czym szeroka uznaniowość pozostawiona zamawiającemu co do oceny treści ofert nie oznacza dowolności w jej dokonywaniu. Zatem zamawiający, zdaniem odwołującego winien dążyć do wyjaśnienia treści złożonych ofert i szybkiego rozstrzygnięcia przetargu bez niezbędnej zwłoki i z zachowaniem należytej staranności, a nie przedłużanie bezzasadnie procedur związanych z wyborem wykonawcy. Podał odwołujący, że art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych obliguje zamawiającego do prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przestrzeganie zasady bezstronności i obiektywizmu, zaś powyższa zasada udzielania zamówień publicznych została naruszona w wyniku nieuprawnionej czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Obowiązek przestrzegania zasad uczciwej konkurencji został potraktowany przez zamawiającego w sposób budzący uzasadnione wątpliwości zarówno w kategorii ochrony słuszných interesów uczestników postępowania jak i w kategoriach umacniania zaufania obywateli wobec administracji publicznej.

Na rozprawie w dniu 21 lipca 2010r. strony podtrzymały swoje stanowiska.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożone przez wykonawców, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że wobec wszczęcia w dacie 24 maja 2010 (data ogłoszenia o zamówieniu) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, to jest po dniu 29 stycznia 2010 r., w którym weszły w życie przepisy *ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw* (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do jego rozpoznawania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 2 grudnia 2009 r.

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że do przedmiotowego odwołania zastosowanie znajdują przepisy *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) oraz *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań* (Dz. U. Nr 48, poz. 280).

W drugiej kolejności ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych: skoro odwołanie złożone zostało z zachowaniem wymaganego terminu, to podlega ono rozpatrzeniu przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Ustalono również, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, uprawniający go do złożenia odwołania: jego oferta zawierała najniższą cenę w porównaniu do ofert innych wykonawców, wobec czego w razie uwzględnienia jego oferty uznana zostałaby ona za najkorzystniejszą w tym postępowaniu.

Przepis art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że uwzględnienie odwołania może mieć miejsce tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, uwzględniając stanowiska stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, z następujących powodów:

Przedmiotem sporu pomiędzy odwołującym, a zamawiającym jest czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego z uwagi na jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zarzuty dotyczące czynności unieważnienia postępowania nie mogły podlegać rozpatrzeniu, z uwagi na brzmienie przepisu art. 180 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym w postępowaniu o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności: wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki i zapytania o cenę; opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu; wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia; odrzucenia oferty odwołującego. Z uwagi jednak na uwzględnienie zarzutów dotyczących bezpodstawnego zarzutu odrzucenia oferty odwołującego odpadła podstawa unieważnienia (wynikająca z niezłożenia w postępowaniu żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu), stąd orzeczono o nakazaniu zamawiającemu unieważnienia postępowania.

1. Na wstępie podkreślenia wymaga, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia jest tym dokumentem w postępowaniu, który ma decydujące znaczenie dla wykonawców – określa stawiane im wymagania, zawiera opis przedmiotu zamówienia, który wyznacza zakres ich obowiązków na etapie wykonania zamówienia. To powoduje, że winna ona być traktowana w sposób dosłowny, zaś wszelkie nieścisłości na jej tle nie mogą w sposób negatywny obciążać wykonawców.

W analizowanym postępowaniu, zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt III.4) podał, że *„szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został przedstawiony za pomocą dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz przedmiarów robót budowlanych oraz przedmiarów robót: Projekty: - załącznik nr 1 Architektura; - załącznik nr 2 – Drogi; załącznik nr 3 – Instalacja elektryczna; załącznik nr 4 – Instalacja sanitarna; załącznik nr 5 – Konstrukcja; Przedmiary i Specyfikacje techniczne: - załącznik nr 6 – Budowlane; załącznik nr 7 – Drogowe; załącznik nr 8 – Elektryczne; załącznik nr 9 – Sanitarne”*. W pkt XVI.5 Kryteria i tryb oceny ofert oraz sposobu obliczania ceny, wskazano, że *„Załączone do SIWZ przedmiary robót mają tylko i wyłącznie charakter informacyjny, nie stanowią podstawy do wyceny oferty (wyceny robót). Ustalenie zakresu robót i ilości robót do wyceny oferty należy do Wykonawcy. W tym także przeprowadzenie na tej podstawie kalkulacji”*.

Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia kosztorysu ofertowego, wskazując w pkt X.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia: *Inne dokumenty wymagane od Wykonawców składające się na ofertę (...) szczegółowa wycena przedmiotu zamówienia – kosztorys ofertowy, zgodnie z dokumentacją projektową i w oparciu o przedmiar robót, w wersji papierowej i elektronicznej*. W odniesieniu do wskazanych kosztorysów zamawiający zastrzegł dalej (pkt XVI.6 i 7 specyfikacji): *„kosztorysy należy opracować metodą kalkulacji szczegółowej. Kosztorysy szczegółowe należy opracować przez analogię do zasad określonych w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 13 lipca 2001r. w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych”* oraz *„Każdy Wykonawca składający ofertę kosztorysuje roboty budowlane łącznie ze wszystkimi materiałami potrzebnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający zastrzega sobie jednak możliwość dostarczenia materiałów własnych, tzn. betonu określonej marki „Rw” oraz stali zbrojeniowej*”. Końcowo wskazał zamawiający w specyfikacji załączniki, na które składały się wszystkie wymienione w pkt III.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia projekty i przedmiary.

Wykonawca składający odwołanie, w formularzu cenowym załączonym do oferty zawarł oświadczenie, iż *„zapoznał się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia i uznaje się za związanego określonymi w niej postanowieniami i zasadami postępowania.”* W kosztorysie szczegółowym załączonym do oferty nie wyszczególnił dwóch suszarek do rąk a także elementów składających się na system oddymiania. Odwołujący wskazał, że elementy te ujął w zakresie branży elektrycznej – instalacje wewnętrzne, w zestawieniu materiałów w pozycji 101 - „Materiały pomocnicze”, zaś systemy oddymiania ujęte zostały w jego ofercie na stronie 101 oferty pkt 95 (kosztorys ofertowy nr 01B) w branży budowlanej – budowa parkingu, gdzie we wskazanej pozycji 95 ujęto kłapy dymowe 110x110 i 140x140(...), kłapy dachowe 110x110 z okablowaniem i osprzętem.

Poddając ocenie czynność zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty odwołującego z powodu jej niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (w tym wypadku: z częścią specyfikacji, na którą składała się dokumentacja projektowa), w kontekście zarzutów odwołującego, dostrzec na wstępie należało, że wymagania zawarte w dokumentacji projektowej były wiążące dla wykonawców. Nie ulega wątpliwości, że zamawiający zawarł wymaganie, by wszystkie prace wykonane były zgodnie ze wskazaniem zawartymi w poszczególnych elementach dokumentacji projektowej. Oferty wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie musiały uwzględniać w kalkulacji ceny, założeniach rzeczowo – ilościowych materiałów i prac przyjętych do obliczenia ceny wykonanie wszystkich wynikających z dokumentacji projektowej robót. Powyższego nie kwestionował także odwołujący, uznając że jest związany załączoną do specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumentacją projektową i wykazując, że zaoferował wykonanie zamówienia w sposób zgodny z tą dokumentacją oraz wszystkimi

wymaganiami postawionymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający, w brzmieniu skonstruowanej przez siebie specyfikacji istotnych warunków zamówienia zastrzegł jednak względnie szeroki zakres swobody w prezentacji przez wykonawców wykonania zamówienia, wymagając z jednej strony przedłożenia w tym celu kosztorysu szczegółowego obejmującego wszystkie prace składające się na wykonanie zamówienia, z drugiej zaś zawierając wytyczne co do sposobu jego konstrukcji oraz zawartości, gdzie podano, że stanowiące załącznik do specyfikacji przedmiary robót (mające przecież być podstawą sporządzenia przez wykonawców kosztorysów szczegółowych) mają tylko i wyłącznie charakter informacyjny, nie stanowią podstawy do wyceny oferty (wyceny robót); ustalenie zakresu robót i ilości robót do wyceny oferty należy do wykonawcy, w tym także przeprowadzenie na tej podstawie kalkulacji (pkt XVI.5 specyfikacji). Dostrzec trzeba w tym miejscu, na potrzeby interpretacji specyfikacji, a w konsekwencji – oceny obowiązków wykonawców w wykonaniu postawionych tą specyfikacją wymagań zamawiającego, kategorię formę w zakresie określenia charakteru przedmiaru robót, gdzie zamawiający wyraźnie wskazał na tylko i wyłącznie informacyjne znaczenie tego dokumentu. Poza przytoczonym, kategorię formę zapisu pkt XVI.5 specyfikacji, zamawiający powtórzył powyższą intencję w zakresie swobody wykonawców przy ustaleniu zakresu robót i ilości robót do wyceny oferty wyjaśniając zapisy specyfikacji poprzez udzielenie odpowiedzi na zadane w tej mierze pytanie. I tak, odpowiadając na zadane do specyfikacji pytanie, o treści: „czy Zamawiający zgadza się na ingerencje w podane w przedmiarach nakłady, opisy, ilości oraz jednostki a także dodawanie bądź ujmowanie pozycji”, Zamawiający udzielił odpowiedzi: „TAK, wyraża zgodę i podtrzymuje zapisy specyfikacji.” (vide: odpowiedź na pytanie nr 5, pismo nr EZ/ZP/55/2010 z dnia 18 czerwca 2010r.). Stanowisko to zamawiający podtrzymał, odpowiadając na pytanie nr 66.

Dalej w odpowiedzi zamawiającego z dnia 18 czerwca 2010r. (pismo nr EZ/ZP/55/2010) na pyt. nr 1 wskazano: „Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 1 oświadcza, że w przedmiotowym postępowaniu obowiązuje wynagrodzenie ryczałtowe, zgodnie ze SIWZ, za całościowe wykonanie przedmiotu zamówienia. Do oceny i porównania ofert będzie brana pod uwagę cena, po sporządzeniu kosztorysu ofertowego szczegółowego. Cena oferty ma wynikać z kosztorysu ofertowego sporządzonego przez Wykonawcę zgodnie z dokumentacją projektową i w oparciu o załączone przez Zamawiającego przedmiary robót, które mają charakter informacyjny. Kosztorys ofertowy przedstawiony przez wykonawcę ma służyć do analizy czynników cenotwórczych i sprawdzenia, czy zostały ujęte wszystkie rodzaje robót stanowiących o zakresie przedmiotu zamówienia.” Odpowiadając na pytania wykonawców nr 2 i nr 3 dotyczące sporządzania kosztorysów ofertowych, zamawiający podtrzymuje swoje stanowisko przedstawione w odpowiedzi na pytanie nr 1.

Skład orzekający Izby podjął swoje rozstrzygnięcie, przyjmując, iż po pierwsze, przedmiar robót stanowi dokument pomocniczy w stosunku do projektu i specyfikacji technicznych, po drugie, iż w przedmiotowym postępowaniu przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe.

Dostrzegając w tym miejscu, że czym innym jest przyjęcie odpowiednich założeń na potrzeby wyceny (co przy wyraźnym i nie budzącym wątpliwości ryczałtowym charakterze ceny ma znaczenie drugorzędne) a czym innym wskazanie odpowiednich robót i materiałów na potrzeby umożliwienia zbadania, czy zakres oferty, określone w niej sposób wykonania oraz zaproponowane materiały odpowiadają wymaganiom zamawiającego, należało stwierdzić, że przytoczone wytyczne zamawiającego co do zawartości oferty, co należy podkreślić, również na użytek badania jej zawartości w zakresie prac i materiałów zamieszczonych w kosztorysie szczegółowym, a nie tylko na potrzeby określenia ceny odnoszą się do kosztorysu oraz jego zawartości. Skoro jednak zamawiający, co najmniej dwukrotnie: raz w brzmieniu specyfikacji, a następnie udzielając odpowiedzi na zadane pytanie podał, że co do prezentacji oferty w zakresie robót i materiałów zaoferowanych do wykonania zamówienia (co tutaj oznacza kosztorys ofertowy szczegółowy) wykonawcy posiadają swobodę, ponieważ przedmiar robót ma charakter tylko informacyjny; dopuszczalne są ingerencje w podane w przedmiarach nakłady, opisy, ilości oraz jednostki a także dodawanie bądź ujmowanie pozycji, to należało uznać, że niedopuszczalne byłoby obciążanie wykonawców negatywnymi konsekwencjami w wyniku zastosowania się do tak postawionych wskazówek.

Podkreślenia w tym miejscu wymagało, że roboty budowlane, będące przedmiotem niniejszego zamówienia, zamawiający opisał za pomocą dokumentacji projektowej oraz przedmiarów i specyfikacji technicznych (załączonych do SIWZ).

Stwierdzić należy, że przedmiar robót, stanowiący podstawę sporządzenia kosztorysu, jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu i specyfikacji technicznych i to nie on determinuje zakres prac objętych przedmiotem zamówienia. Zawarte w przedmiarze robót zestawienia mają zobrazować skalę roboty budowlanej i pomóc wykonawcom w oszacowaniu kosztów inwestycji, wobec czego przedmiarowi robót można przypisać wyłącznie charakter dokumentu pomocniczego, którego znaczenie sprowadza się do czynności skalkulowania kosztów realizacji zadania, a nie wyszczególnienia materiałów i prac, które składają się na zamówienie. Taki też charakter wskazanemu przedmiarowi nadał zamawiający w tym postępowaniu.

Nie można przyjąć, by w przedmiotowym postępowaniu przedmiar robót obejmował pełny zakres prac, ponieważ oprócz pozycji w nim uwzględnionych, należało ująć inne

wynikające z dokumentacji projektowej – zresztą zamawiający w przytoczonych częściach specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz odpowiedziach na zadane pytania wyraźnie dopuścił wszelkie ingerencje w zakresie opracowywanego na podstawie tego przedmiaru kosztorysu. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zastrzegł, że przedmiar robót i sporządzony w oparciu o niego kosztorys mają obrazować wszystkie prace, materiały, bez możliwości jakichkolwiek odstępstw, zaś ujęcie któregośkolwiek z materiałów lub prac w taki sposób, że nie będzie ono możliwe do zidentyfikowania w kosztorysie (np. poprzez zagregowanie ich w ramach ogólniejszych pozycji) będzie uznane za równoznaczne z oświadczeniem, że te elementy nie są częścią oferty i że wykonawca w takim wypadku wyraża zamiar niewykonania prac we wskazanym zakresie czy też niezastosowania wymaganych materiałów, urządzeń. Przeciwnie – zamawiający zastrzegł znaczny stopień swobody w prezentacji robót, materiałów, urządzeń w kosztorysie, przy czym wskazane ujęcie lub pominięcie w kosztorysie nie jest tożsame z oświadczeniem o zamiarze niewykonania robót w sposób wymagany treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz załączoną do niej dokumentacją. Wykonawca zobowiązany będzie bowiem do wykonania robót zgodnie z treścią dokumentacji, w tym do zainstalowania w odpowiednich miejscach spornych dwóch suszarek do rąk, zamontowania systemów oddymiania, jak również zbudowania instalacji wodno – kanalizacyjnej w sposób czyniący zadość wymaganiom zawartym w dokumentacji.

Skoro zatem przedmiar robót nie determinuje zakresu prac objętych przedmiotem zamówienia, ten bowiem wynika z dokumentacji projektowej, to nieujęcie w kosztorysie pewnych elementów – zagregowanie ich w innych pozycjach, nie może stanowić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, co jednocześnie przesądza o niedopuszczalności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Podkreślenia w tym miejscu wymaga, że przy tak ukształtowanym przez zamawiającego postępowaniu, wykonawcy są obowiązani wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową. Powyższe wynika wprost z brzmienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia a także z istoty umowy o roboty budowlane. Zgodnie z treścią art. 647 Kc, przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Natomiast przepis art. 648 Kc stanowi, że umowa o roboty budowlane powinna być stwierdzona pismem, zaś wymagana przez właściwe przepisy dokumentacja stanowi część składową umowy,

przy czym, na mocy art. 649 Kc, w razie wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy. Nie ulega zatem wątpliwości, że wykonawca w analizowanym postępowaniu obowiązany jest wykonać przedmiot zamówienia zgodnie ze stanowiącą załączniki do specyfikacji dokumentacją projektową, a nie załączonym do oferty kosztorysem (wykonanym na podstawie przedmiaru robót). Nie bez znaczenia jest, że odwołujący nie zaprzeczał intencji wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją stanowiącą załącznik do specyfikacji, w tym także w kwestionowanym przez zamawiającego zakresie (dotyczącym dwóch suszarek oraz dwóch systemów oddymiania, jak również w odniesieniu do instalacji wodno – kanalizacyjnej). W sytuacji bowiem, gdy zamawiający wymaga załączenia do oferty kosztorysu, wyraźnie wskazując, że służące do jego opracowania przedmiary robót mają charakter elastyczny i pozwalając na wszelkie ingerencje w ten przedmiar, przyjmując jednocześnie że wykonawcom będzie należne wynagrodzenie ryczałtowe, to należy uznać, że wskazany kosztorys ma znaczenie jedynie dla zbadania, czy cena nie ma charakteru rażąco niskiej. Powyższe wynika z charakteru kosztorysu, jako dokumentu co do zasady natury kalkulacyjnej, postrzeganego w kategorii dokumentu służącego określeniu kosztów realizacji zadania, a nie opisowi elementów rzeczowo – ilościowych oraz jakościowych wymaganych do wykonania robót budowlanych. W tym zakresie kosztorys złożony przez wykonawcę nie może zastępować zasadniczych dokumentów, w tym przede wszystkim dokumentacji projektowej. O sprzeczności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia można mówić tylko w takim wypadku, gdy wykonawca w złożonej ofercie wprost wyrazi zamiar odstąpienia w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia od wymagań opisanych w dokumentacji projektowej, co nie może być utożsamiane z „przemilczeniem” lub pominięciem w kosztorysie pewnych pozycji, szczególnie gdy zamawiający wyraźnie, kilkakrotnie dopuścił swobodę w zakresie szczegółowej treści tego kosztorysu, pozwalając wykonawcom na dzielenie, łączenie czy pomijanie poszczególnych pozycji (podanych w przedmiarach nakładów, opisów, ilości oraz jednostek a także dodawanie bądź ujmowanie pozycji).

Przeprowadzone postępowanie wykazało, że odwołujący zaoferował wykonanie zamówienia w sposób zgodny ze specyfikacją. Istotnie, jego oferta, co należy podkreślić, sporządzona w oparciu o opisane wyżej wskazania zamawiającego, w zakresie załączonego kosztorysu szczegółowego, nie wymieniała wprost dwóch suszarek a także dwóch systemów oddymiania, niemniej zostało wykazane, że wykonanie tych elementów było objęte oświadczeniem o zamiarze wykonania również tych elementów, przy czym zostały one ujęte w innych pozycjach kosztorysu, w ramach zbiorczych pozycji: dwie suszarki, zostały ujęte w jego ofercie w kosztorysie ofertowym nr – 07E w zakresie branży elektrycznej – instalacje

wewnętrzne, w zestawieniu materiałów w pozycji 101 - „Materiały pomocnicze”, zaś systemy oddymiania zrealizowane zostało jego ofercie na stronie 101 oferty pkt 95 (kosztorys ofertowy nr 01B) w branży budowlanej – budowa parkingu, gdzie we wskazanej pozycji 95 ujęto klapy dymowe 110x110 i 140x140(...), klapy dachowe 110x110 z okablowaniem i osprzętem. Skoro, jak wskazano wyżej, zamawiający dopuścił swobodę w zakresie ingerencji przez wykonawców w przedmiar robót, ustalił za wykonanie zamówienia cenę ryczałtową to brak było podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy z powodu nieujęcia wskazanych pozycji w kosztorysie.

Dalej istotne jest, że zamawiający ustalił jako zasadę w postępowaniu cenę o charakterze ryczałtowym. W analizowanym postępowaniu zamawiający wyraźnie zastrzegł wynagrodzenie ryczałtowe: w piśmie z dnia 18 czerwca 2010r. nr EZ/ZP/55/2010 na pytanie nr 1 zamawiający podał, bowiem że *„w przedmiotowym postępowaniu obowiązuje wynagrodzenie ryczałtowe, zgodnie ze SIWZ, za całościowe wykonanie przedmiotu zamówienia . Do oceny i porównania ofert będzie brana pod uwagę cena, po sporządzeniu kosztorysu ofertowego szczegółowego. Cena oferty ma wynikać z kosztorysu ofertowego sporządzonego przez Wykonawcę zgodnie z dokumentacją projektową i w oparciu o załączone przez Zamawiającego przedmiary robót, które mają charakter informacyjny. Kosztorys ofertowy przedstawiony przez wykonawcę ma służyć do analizy czynników cenotwórczych i sprawdzenia, czy zostały ujęte wszystkie rodzaje robót stanowiących o zakresie przedmiotu zamówienia.”*

Wprawdzie wśród definicji legalnych, zawartych w art. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, brak jest definicji „ceny ryczałtovej” („wynagrodzenia ryczałtovej”), zaś Kodeks cywilny, w części dotyczącej umowy o roboty budowlane, nie reguluje kwestii wynagrodzenia ryczałtovej, to przyjęć należy, że istotą wynagrodzenia ryczałtovej jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Wynagrodzenie to jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztu prac. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r. II CRN 913/97, ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego. Zatem cena ryczałtovej to cena ustalona za całość zamówienia, na podstawie dokumentacji projektowej, a przedmiary mają jedynie znaczenie pomocnicze. Z tego też powodu nawet w sytuacji braku w kosztorysie szczegółowym niektórych robót nie można uznać, że wykonawca złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ, bowiem to dokumentacja projektowa określa treść i przedmiot zamówienia.

Przyjęcie wynagrodzenia ryczałtovej oznacza, że ocena rozmiaru, a co za tym idzie kosztów robót należy do wykonawcy i stanowi jego ryzyko. W przypadku ceny ryczałtovej przedmiar robót pozostaje elementem dokumentacji technicznej i służy do opisanie przedmiotu

zamówienia. Jest to jednak dokument zamawiającego, który wyznacza wykonawcom zakres informacyjny opracowanego na podstawie tego przedmiaru kosztorysu. Jeśli jednak przedmiar ten nie ma charakteru sztywnego, dopuszczono odstępstwa od niego in plus, in minus, dodawanie, ujmowanie, łączenie pozycji, to nie sposób przypisywać opracowanemu na jego podstawie kosztorysowi znaczenia oświadczenia o tym, co będzie przedmiotem świadczenia takiego wykonawcy. Brak w takiej sytuacji podstaw do wnioskowania, że nieujęcie pewnych pozycji (skumulowanie ich pod innymi pozycjami) jest tożsame z oświadczeniem o zamiarze niewykonania pewnych prac/zastosowania materiałów świadczącym o niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Powyższe okoliczności przemawiały zatem o uznaniu odwołania za uzasadnione. Podzielając zatem zarzut w zakresie bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, w konsekwencji nakazano zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, odrzucenia oferty odwołującego i dokonanie ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego. Skoro bowiem oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu, odpadła podstawa unieważnienia postępowania (okoliczność, że w postępowaniu nie złożono żadnej nie podlegającej odrzuceniu oferty).

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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). Odwołujący złożył wykaz wydatków zatytułowany Rachunek nr NR 1/2010 dla Wojewódzkiego Szpitala Zespołonego w Kielcach na łączną kwotę 14.056,11 zł, obejmujący wydatki: wpis od odwołania – 10.000 zł; wynagrodzenie pełnomocnika – w kwocie 3.600 zł; opłatę skarbową od pełnomocnictw – w wysokości 34 zł; koszty podróży samochodem – na kwotę 376,11 zł (obliczone przy przyjęciu 450 km i stawce za 1 km 0,8358 zł) oraz diety dot. 2 osób – na kwotę 46,00 zł. Z wymienionych wydatków zasądzono jedynie równowartość wpisu uiszczanego od odwołania oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw, uznając, że poniesienie tego wydatku nie budzi wątpliwości zaś potwierdzeniem jego poniesienia jest dowód przelewu na rachunek właściwych organów. Pozostałe wydatki nie mogły zostać uwzględnione z następujących powodów: zgodnie z treścią

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, zasądzenie wynagrodzenia pełnomocnika, do wysokości kwoty 3.600 zł wymaga złożenia rachunku przedłożonego do akt sprawy. Pojęcie rachunku definiują przepisy art. 87 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz. U. z 2005r. Nr 8 Poz. 60 z późn. zm.) oraz Rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 22 sierpnia 2005 r. w sprawie naliczania odsetek za zwłokę oraz opłaty prolongacyjnej, a także zakresu informacji, które muszą być zawarte w rachunkach (Dz. U. z 2005 Nr 165 poz. 1373 z późn. zm.), w świetle których złożony wykaz wydatków nie może być uznany za rachunek. Skoro taki rachunek nie został złożony, wskazane wynagrodzenie pełnomocnika nie mogło zostać zasądzone, nie jest także możliwe uzupełnienie wskazanego rachunku po zamknięciu rozprawy i wydaniu wyroku. Pozostałe wydatki, to jest koszty podróży samochodem oraz dieta – wykazane w wysokości wynikającej z przepisów Rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 19 grudnia 2002 r. w sprawie wysokości oraz warunków ustalania należności przysługujących pracownikowi zatrudnionemu w państwowej lub samorządowej jednostce sfery budżetowej z tytułu podróży służbowej na obszarze kraju (Dz.U. z 2002 Nr 236 poz. 1990 z późn. zm.) a także Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy (Dz.U. 2002 nr 27 poz. 271 z późn. zm.), przy przyjęciu stawki kilometrowej oraz współczynnika właściwego dla pojazdów o pojemności skokowej silnika powyżej 900 cm³ (0,8358 zł) nie mogły zostać uwzględnione. Uznając co do zasady możliwość uznania za właściwe wykazanie wysokości tych wydatków w oparciu o wskazane przepisy, uznano że zasądzenie wymienionych kwot w takim wypadku wymagałoby przedłożenia dokumentu odpowiadającego rachunkowi, o którym mowa w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania, to jest delegacji na podstawie której nastąpiłoby udokumentowanie tego wydatku (tak też: wyrok KIO z dnia 14 lipca 2010r. w spr. o sygn. 1369/10).

Przewodniczący:

.....