

**Sygn. akt KIO/UZP 730/09**

**WYROK**  
**z dnia 19 czerwca 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Członkowie: Małgorzata Stręciwilk**  
**Klaudia Szczytowska-Maziarz**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 czerwca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **F.B. Fijałkowski i S-ka Sp. z o.o., ul. Okólna 7A, 87 – 100 Toruń** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Urząd Gminy w Lipnie, ul. A. Mickiewicza 29, 87 – 600 Lipno** protestu z dnia **12 maja 2009 r.**

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie, unieważnia czynność odrzucenia oferty Odwołującego, a w konsekwencji czynność unieważnienia przedmiotowego postępowania i nakazuje dokonanie czynności ponownego badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**

**2. kosztami postępowania obciąża Urząd Gminy w Lipnie, ul. A. Mickiewicza 29, 87 – 600 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy)**

z kwoty wpisu uiszczonego przez **F.B. Fijałkowski i S-ka Sp. z o.o., ul. Okólna 7A, 87 – 100 Toruń,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy), przez **Urząd Gminy w Lipnie, ul. A. Mickiewicza 29, 87 – 600 Lipno** na rzecz **F.B. Fijałkowski i S-ka Sp. z o.o., ul. Okólna 7A, 87 – 100 Toruń** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **xxx zł xxx gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **5 426 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **F.B. Fijałkowski i S-ka Sp. z o.o., ul. Okólna 7A, 87 – 100 Toruń.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu ograniczonego na zadanie: *„Dobudowa budynku dydaktycznego i remont istniejącego budynku szkoły w Jastrzębiu gm. Lipno”* (Numer sprawy: RGK - ZP/340/8/2009), zostało wszczęte przez Gminę Lipno, ul. Mickiewicza 29 87-600 Lipno zwaną dalej: *„Zamawiającym”*, ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 91992-2009 z dnia 03.04.2009 r.

W dniu 08.05.2009 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego oraz Wykonawcy: Firmie Budowlanej Fijałkowski i Sp. z o.o., ul Okólna 7A, 87-100 Toruń zwanej dalej: *„Firma Budowlana Fijałkowski i Sp. z o.o.”* albo *„Protestującym”* albo *„Odwołującym”* zawiadomienie o odrzuceniu złożonej przez niego oraz także przez innego Wykonawcę oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: *„Pzp”*. Zamawiający wskazał, że niniejsza firma złożyła ofertę niezgodnie z SIWZ na wskazane wyżej zadanie inwestycyjne. Złożony kosztorys ofertowy nie jest zgodny z przedmiarem dołączonym do SIWZ stanowiącym podstawę wyceny złożonej oferty.

W złożonej ofercie występują następujące rozbieżności:

1. Brak kosztorysu i wyceny branży elektrycznej zawartej w przedmiarze załączonym do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”. Mając na uwadze powyższe uchybienia oferta nie odpowiada treści SIWZ i z tego względu podlega odrzuceniu we wskazanym trybie.

Jednocześnie w tym samym dniu, Zamawiający przekazał uczestnikom postępowania zawiadomienie o unieważnieniu postępowania na mocy art. 93 ust. 1 pkt 1 i 4 Pzp. Wskazał, że w przetargu oferty złożyło czterech Wykonawców. Dwie oferty tj.:

1. Spółka Budowlano-Usługowa „Budex”, ul. Budowlana 3, 87-600 Lipno
2. Firma Budowlana Fijałkowski i Sp. z o.o.; zostały odrzucone, bo nie spełniły wymogów SIWZ (art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp). Dwóch wykonawców tj.:

1. „Wiksbud” Sp. z o.o.. ul. Okrzei 7, 87-600 Lipno
2. Konsorcjum „Dan-Tech-Jar”. ul. Chrobrego 14, 87-100 Toruń; złożyło oferty z ceną przekraczającą kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zadania. Wykonawcy zarówno na piśmie, jaki i przy otwarciu ofert zostali poinformowani, iż w jego budżecie na zadanie zabezpieczono kwotę: 800 tys. na rok 2009 i 1000 tys. zł. na rok 2010. W tej sytuacji skoro dwie oferty zostały odrzucone a pozostałe dwie zawierają cenę przekraczającą kwotę przeznaczoną przez Zamawiającego na realizację zadania to unieważnienie postępowania stało się konieczne co uczyniono na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 i 4 Pzp.

W dniu 12.05.2009 r. (wpływ bezpośredni) na podstawie przepisu art. 180 ust. 1 Pzp firma: Firma Budowlana Fijałkowski i Sp. z o.o. złożyła protest na czynności podjęte przez Zamawiającego, tj. polegające na:

1. odrzuceniu oferty Protestującego,
2. unieważnieniu postępowania przetargowego.

Protestujący żądał:

1. unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty,
2. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania przetargowego,
3. powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Protestującego.

Zarzucił:

1. naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie jego oferty, jako nie spełniającej wymogów SIWZ,
2. naruszenie przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez unieważnienie postępowania przetargowego w sytuacji nie pozwalającej na zastosowanie w/w podstawy prawnej.

Podniósł, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp interes prawny Protestującego doznał oczywistego i bezpośredniego uszczerbku, gdyż jego oferta w wypadku nie odrzucenia była ofertą najkorzystniejszą.

Protestujący podniósł, że odrzucając jego ofertę Zamawiający zarzucił jej niezgodność z treścią SIWZ, poprzez fakt niezgodności kosztorysu ofertowego złożonego przez Protestującego z przedmiarem dołączonym do SIWZ. Zamawiający wskazał brak kosztorysu i wyceny branży elektrycznej. W ocenie Protestującego nie sposób przyznać racji Zamawiającemu, zaś jego stanowisko nie znajduje oparcia tak w orzecznictwie z zakresu prawa zamówień publicznych, jak i stanowisku doktryny.

Zauważył, iż charakter wynagrodzenia za realizację przedmiotowego zamówienia ma charakter wyłącznie wynagrodzenia ryczałtowego. Wynika to z treści § 3 ust. 1 projektu umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ. Tak w SIWZ, jak też w umowie nie przewidziano bowiem możliwości zmiany ustalonego wynagrodzenia w trakcie wykonywania umowy lub rozliczenia jej kosztorysem powykonawczym, co jest synonimem zastosowania innego niż ryczałtowy sposobu wynagrodzenia Wykonawcy.

W treści SIWZ Zamawiający nie zamieścił wymogu załączenia kosztorysu ofertowego jako załącznika do oferty, ani też w żaden inny sposób nie wskazał jego szczególnej rangi dla ważności i poprawności formalnej oferty.

W rozpatrywanym przypadku przedmiar załączony przez Zamawiającego, a zatem także kosztorys ofertowy, miał zatem charakter wyłącznie pomocniczy przy ustaleniu wysokości wynagrodzenia. Miał on służyć za podstawę wyceny (Dział I Opis przedmiotu zamówienia, pkt 3 SIWZ). Dowodzi tego zapis Działu VIII pkt 4 SIWZ, gdzie wskazano, że: *„cena podana w ofercie powinna obejmować wszystkie koszty i składniki niezbędne do realizacji zamówienia”*. Zapis ten w sposób oczywisty świadczy o świadomości Zamawiającego, co do konieczności istnienia także pozakosztorysowych składników wynagrodzenia Wykonawcy. Z przytoczonych wyżej zapisów wynika, iż kosztorys ma w danym przetargu charakter wyłącznie pomocniczy i informacyjny. To wykonawca ponosi tutaj pełne ryzyko i odpowiedzialność za prawidłowe ustalenie ilości i rodzajów robót oraz przeprowadzenie na tej podstawie kalkulacji wynagrodzenia (wyrok ZA z 08.08.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2018/05). Jeżeli więc Wykonawca konstruując ofertę nie ujął w pomocniczo załączonym kosztorysie danego zakresu robót, a jednocześnie zobowiązał się do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z projektem i SIWZ, to skalkulowana cena w sposób oczywisty obejmuje wykonanie wszelkich robót w ilości i w sposób żądane przez Zamawiającego. Instrukcją interpretacyjną dla Zamawiającego winna być treść wyroku KIO z dnia 22.01.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 93/07, w którym wskazano, iż w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego załączone do kosztorysów ofertowych przedmiary robót są dla wykonawców wiążące. Ceny umieszczone przy poszczególnych pozycjach kosztorysowych oferty muszą obejmować koszty wszystkich następujących po sobie faz operacyjnych niezbędnych dla wykonania robót, zgodnie z dokumentacją, wiedzą techniczną i sztuką budowlaną.

Jeżeli w kosztorysie nie uwzględniono pewnych faz związanych z wykonaniem robót ich koszty powinny zostać uwzględnione, jako dodatkowe pozycje kosztorysu, sporządzone metodą kalkulacji uproszczonej, wraz z wyjaśnieniami, pomiędzy którymi fazami operacyjnymi (pozycjami kosztorysu) winny się znaleźć i z czego to wynika. Zamawiający, który chce wybrać wykonawcę na całość zamówienia przewidzianego dokumentacją projektową, bez ryzyka pominięcia jakiegoś zakresu robót w kosztorysie, powinien ustalić wynagrodzenie ryczałtowe, w rozumieniu art. 88 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz art. 632 KC, gdzie przedmiar pełni jedynie funkcję pomocniczą, a zaoferowane wynagrodzenie jest wiążące za całość przedmiotu zamówienia określonego umową i dokumentacją projektową oraz nie podlega zmianie.

Popierając zajęte stanowisko Protestujący przytacza wyrok KIO z dnia 07.10.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1011/08, zgodnie z którym przy ustalonym wynagrodzeniu ryczałtowym, uchybienia i rozbieżności między kosztorysem ofertowym a dokumentacją przedstawioną przez Zamawiającego dotyczące różnic w ilości nakładów, numerach KNR czy robociznie nie stanowią o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, bowiem z istoty wynagrodzenia ryczałtowego wynika, że wykonawca będzie zobowiązany wykonać przedmiot zamówienia za cenę ryczałtową bez względu na rozmiar i zakres przyjętych przez siebie prac. Podobnie w wyroku KIO z dnia 02.07.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 616/08, gdzie wskazano, że co do zasady kosztorys ofertowy ma przy cenie ryczałtowej znaczenie pomocnicze (...). Jeżeli oferta uwzględnia wszystkie wymienione w przedmiarze roboty, należy uznać, że brak jest podstaw do twierdzenia o niezgodności jej treści z treścią SIWZ. Potwierdzeniem stanowiska Protestującego, a zarazem dowodem na ugruntowanie orzecznictwa w tym zakresie, jest także wyrok ZA z 2007-09-27 UZP/ZO/0-1163/07, zgodnie z którym przejęcie przez Zamawiającego ryczałtowego sposobu obliczenia wynagrodzenia z tytułu wykonanych robót budowlanych, ma taki skutek, iż dołączony do SIWZ przedmiar robót powiązany z klauzulą zobowiązującą oferentów do opracowania na jego bazie kosztorysu ofertowego ma jedynie na celu umożliwienie oferentom wyliczenia ceny ryczałtowej za zadanie objęte przetargiem. Wszelkie wątpliwości w tej kwestii rozwiewa treść wyroku KIO z dnia 15.09.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 914/08, gdzie wskazano, że istotą ceny ryczałtowej jest jej określenie z góry w kwocie absolutnej, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Wynagrodzenie to jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztu prac. Rozróżnia się cenę ryczałtową za cały przedmiot zamówienia (ryczałt globalny) oraz cenę ryczałtową za część zamówienia (ryczałt częściowy). W pierwszym przypadku zestawienie planowanych prac i przewidywanych kosztów jest całkowicie zredukowane, a cena - zglobalizowana za cały przedmiot zamówienia, w drugim przypadku ryczałtowane są tylko poszczególne pozycje zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów. Rozliczenia stron w przypadku zastosowania ryczałtowego charakteru wynagrodzenia

w żaden sposób nie opierają się na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach.

Nadmienić tutaj trzeba powtórnie, że Zamawiający nie żądał przedstawienia wypełnionego przedmiaru lub przedstawienia kosztorysu ofertowego jako załącznika do składanej oferty. Stwierdził, że jego stanowisko odnośnie nieuzasadnionego odrzucenia oferty przez Zamawiającego jest zatem oparte na racjonalnych przesłankach i jako takie zasługuje na uwzględnienie.

Konsekwencją stwierdzenia poprawności oferty, jak wskazał, jest niespełnienie przesłanki unieważnienia postępowania, wskazanej przez Zamawiającego, a zawartej w art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. Stąd uzasadnione jest żądanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania.

W dniu 14.05.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do udziału w postępowaniu protestacyjnym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 22.05.2009 r. faxem, poprzez jego oddalenie. Zamawiający nie uznał przedstawionej argumentacji. Stwierdzając że co do zasady można podzielić pogląd, iż w pewnych okolicznościach w przypadkach przewidywanego wynagrodzenia ryczałtowego można pominąć wymóg dołączania kosztorysu ofertowego lub traktowanie go jako dokumentu pomocniczego nie mającego wpływu na ważność składanej oferty. Jednakże w niniejszym przetargu taka sytuacja nie zachodzi.

Podniósł, iż Zamawiający wskazał obowiązek dołączenia do oferty szeregu dokumentów a w tym także kosztorysu ofertowego. Wynika to zarówno z treści SIWZ, jak i wzoru umowy dołączonego do tej SIWZ, które przekazane były wszystkim oferentom.

Wymóg dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego wynika z następujących punktów SIWZ: (- dział I pkt 3, - dział VI pkt 2 ppkt 2 i 4),

W projekcie umowy obowiązek dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego wynika z zapisów zawartych w § 1 ust.2, § 3 ust.2, § 4 ust. 2 a i § 5.

Ze wskazanych zapisów w treści SIWZ i wzorze umowy jednoznacznie wynika, iż wykonawcy mieli dołączyć do oferty kosztorys ofertowy wykonany na podstawie załączonych przedmiarów robót (w szczególności wskazano to w dziale I pkt 3 SIWZ i § 3 ust.2 wzoru umowy).

Wymóg sporządzenia i dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego Zamawiający wprowadził nieprzypadkowo lecz aby zabezpieczyć swoje interesy i możliwość bezkonfliktowego realizowania obowiązków stron wynikających z umowy szczególnie

w kontekście faktu, iż we wzorze umowy przewidziano rozliczanie robót fakturami częściowymi (§ 6 ust 1 i 2 wzoru umowy), co przy braku kosztorysu ofertowego lub istotnej jego części byłoby utrudnione a wręcz niemożliwe. Nadto co wynika głównie z zapisu zawartego w dziale I pkt 3 SIWZ, to kosztorys ofertowy wykonany na podstawie przedmiarów robót jest podstawą wyceny natomiast dokumentacja techniczna wraz z opisem i specyfikacją techniczną stanowią dokument pomocniczy do przedstawionych przedmiarów robót.

W takich okolicznościach odrzucenie oferty było uzasadnione skoro Protestujący wprawdzie dołączył kosztorys ofertowy lecz nie zawierał on istotnej części to jest części dotyczącej wyceny branży elektrycznej zawartej w przedmiarze robót załączonym do SIWZ.

W dniu 27.05.2009 r. (data nadania u operatora pocztowego) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymując zarzuty i żądania z protestu wraz z argumentacją.

Odwołujący podnosi, że charakter wynagrodzenia za realizację przedmiotowego zamówienia ma charakter wyłącznie wynagrodzenia ryczałtowego. Wynika to z treści § 3 ust. 1 projektu umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ. Tak w SIWZ, jak też w umowie nie przewidziano bowiem możliwości zmiany ustalonego wynagrodzenia w trakcie wykonywania umowy lub rozliczenia jej kosztorysem powykonawczym, co jest synonimem zastosowania innego niż ryczałtowy sposobu wynagrodzenia Wykonawcy.

Rozstrzygając protest Zamawiający wskazał, że wymóg dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego wynika z treści działu I pkt 3 i działu VI pkt 2 ppkt 2 i 4 SIWZ oraz § 1 ust. 2, § 3 ust. 2, § 4 ust. 2a i § 5 umowy stanowiącej załącznik do SIWZ.

Z treści działu I pkt 3 SIWZ i tożsamego treścią § 3 ust. 2 umowy wynika, że podstawą wyceny jest kosztorys ofertowy, wykonany na podstawie załączonych przez Zamawiającego przedmiarów, co już samo w sobie świadczy, iż miał on charakter wyłącznie pomocniczy. Jednakże istotny jest dalszy zapis, zgodnie z którym dokumentacja techniczna wraz ze specyfikacją techniczną wykonania robót jest podstawą wykonania powyższej inwestycji i to właśnie ona określa zakres robót objętych umową. Zapis Działu VIII pkt 4 SIWZ stanowi, że: *„cena podana w ofercie powinna obejmować wszystkie koszty i składniki niezbędne do realizacji zamówienia”*. Mając pełny ogląd zakresu prac do wykonania to wykonawca ponosi pełne ryzyko i odpowiedzialność za prawidłowe ustalenie ilości i rodzajów robót oraz przeprowadzenie na tej podstawie kalkulacji wynagrodzenia (podobnie wyrok ZA z dnia 08.08.2005 r., sygn. akt: UZP/ZO/0-2018/05). Jeżeli więc Wykonawca konstruując ofertę nie ujął w pomocniczo załączonym kosztorysie danego zakresu robót, a jednocześnie zobowiązał się do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z projektem i SIWZ, to

skalkulowana cena w sposób oczywisty obejmuje wykonanie wszelkich robót w ilości i w sposób żądane przez Zamawiającego.

Wskazane przez Zamawiającego zapisy działu VI pkt 2 ppkt 2 i 4 SIWZ także nie statuuje wymogu załączenia kosztorysu ofertowego do SIWZ. Mówią one bowiem o wzorach, a sporządzony przez Zamawiającego przedmiar za wzór taki nie można uznać.

Podana przez Zamawiającego treść § 1 ust. 2 i § 4 ust. 2 lit. a projektu umowy w kontekście treści jej § 3 ust. 1 potwierdza, że składając ofertę Wykonawca zobowiązany jest do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z, co najważniejsze, przekazanym mu projektem budowlanym.

Treść powołanego przez Zamawiającego § 5 projektu umowy potwierdza tylko wybór Zamawiającego co do zasady ustalenia ceny za zlecane roboty - wymagając od oferentów ceny ryczałtowej zastrzegł on, że nie przewiduje jej waloryzacji.

Odwołujący nie widzi wykazywanych przez Zamawiającego konsekwencji związku pomiędzy złożonym przez oferenta kosztorysem, a rozliczaniem robót fakturami częściowymi w kontekście podnoszonego już zapisu o cenie ryczałtowej i treści § 6 ust. 3 projektu umowy o wartości granicznej faktur przejściowych.

Stanowisko Odwołującego odnośnie nieuzasadnionego odrzucenia oferty przez Zamawiającego jest zatem, jego ocenie, oparte na racjonalnych przesłankach i jako takie zasługuje na uwzględnienie.

Konsekwencją stwierdzenia poprawności oferty Odwołującego jest niespełnienie przesłanki unieważnienia postępowania, wskazanej przez Zamawiającego, a zawartej w art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp. Stąd uzasadnione jest żądanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Kopie odwołania otrzymał tego samego dnia Zamawiający (wpływ bezpośredni).

W dniu 28.05.2009 r. Zamawiający przekazał uczestnikom postępowania przetargowego kopię odwołania i wezwał ich do udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią oferty, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron, zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu oraz odwołaniu, a także na rozprawie ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.



Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została odrzucona i nie podlegała klasyfikacji w ramach kryterium oceny ofert, tj. ceny (100%), podczas gdy cenowo była najkorzystniejsza, miał interes prawny w złożeniu tak protestu, jak i odwołania. W przypadku uwzględnienia odwołania i unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, jak i czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania, która była skutkiem m.in. odrzucenia oferty wskazanego, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych w odwołaniu zarzutów, Odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. odrzucenia oferty Odwołującego, jako nie spełniającej wymogów SIWZ, Izba uznała za zasadny.

Oдноśnie istotnych dla rozstrzygnięcia przedmiotowego zarzutu postanowień SIWZ, skład orzekający Izby ustalił:

Zamawiający w ramach opisu przedmiotu zamówienia (Dział I SIWZ) wskazał m.in. przedmiot zamówienia (pkt 1), jego zakres (pkt 2), jak również stwierdził, iż: *„Podstawą wyceny będzie kosztorys ofertowy, wykonany na podstawie załączonych przedmiarów robót natomiast dokumentacja techniczna wraz z opisem i specyfikacją techniczną stanowią dokument pomocniczy do przedstawionych przedmiarów robót. Dokumentacja techniczna wraz ze specyfikacją techniczną wykonania robót jest podstawą wykonania powyższej inwestycji”*(pkt 3).

Dodatkowo w Dziale VI SIWZ: *„Opis sposobu przygotowania ofert”* stwierdził, że: *„Oferta musi obejmować całość przedmiotu zamówienia i być sporządzona zgodnie z niniejszą SIWZ na formularzu o treści zgodnej z określoną we wzorze stanowiącym załącznik Nr 1”* (pkt 1).

Ponadto, określił m. in. następujące wymagania wobec oferty (pkt 2): *„Formularz oferty i wszystkie dokumenty (również te złożone na załączonych do SIWZ wzorach) muszą być podpisane przez osobę(-y) upoważnioną(-e) do reprezentowania, zgodnie z formą reprezentacji wykonawcy, określoną w dokumencie rejestrowym lub innym dokumencie, właściwym dla formy organizacyjnej”* (ppkt 2),

*„Załączniki i dokumenty powinny być przygotowane zgodnie ze wzorami i wymogami SIWZ. (..)” (ppkt 4).*

W ramach opisu sposobu obliczania ceny (Dział VIII, w pkt 4 SIWZ) ustalił Zamawiający, że: *„Cena podana w ofercie powinna obejmować wszystkie koszty i składniki niezbędne realizacji zamówienia (cena ryczałtowa)”*.

Dodatkowo po Dziale XII na ostatniej stronie tej części SIWZ Zamawiający wymienił następujące załączniki:

*„1. Formularz oferty. 2. Wzór umowy. 3. Dokumentacja projektowa. 4. Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót. 4. Kosztorysy ofertowe – nakłady.”*

W ramach formularza ofertowego, tj. załącznika nr 1 do SIWZ zawarto pkt 1, 2 i 3 zgodnie z nimi firma składająca ofertę oświadcza, że: *„Oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami wskazanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia za cenę ryczałtową”; „Zapoznała się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia/wraz z ewentualnymi modyfikacjami/ i nie wnosi do niej żadnych zastrzeżeń, uznaje się za związaną określonymi w niej zasadami postępowania oraz otrzymała wszystkie niezbędne informacje do przygotowania i złożenia oferty”; „Zapoznała się z przedstawionym wzorem umowy, nie wnosi do niego żadnych zastrzeżeń i w przypadku wyboru oferty zobowiązuje się do zawarcia umowy na warunkach w nim określonych, w miejscu i terminie wskazanym przez Zamawiającego”*.

Z kolei w załączniku nr 2 do SIWZ: *„WZÓR UMOWY”* Zamawiający zawarł następujące zapisy przyszłej umowy z wybranym Wykonawcą. W § 1 ust. 1 stwierdził, że: *„Zamawiający zleca, a Wykonawca przyjmuje do realizacji zadanie: Dobudowa budynku dydaktycznego i remont istniejącego budynku szkoły w Jastrzębiu gm. Lipno.”* W ust. 2 niniejszego paragrafu uregulował, że: *„Wykonawca wykona przedmiot zamówienia zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia z przekazanym projektem budowlanym, kosztorysami, ofertą, obowiązującymi przepisami i normami”*. Ponadto, zawarł zapis w dalszej części paragrafu, tj. ust. 3, że: *„Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z zakresem prac stanowiących zakres realizacji umowy”*.

W § 3 wzoru umowy określono, że: *„Strony ustalają wynagrodzenie ryczałtowe, niezmiennie w okresie ważności umowy, zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz wybraną w trybie przetargu ograniczonego ofertą Wykonawcy, wyrażające się kwotą (....)”* (ust.1). Ponadto ponowiono zapis z SIWZ, że: *„Podstawą wyceny stanowi kosztorys ofertowy, wykonany na podstawie załączonych przedmiarów robót natomiast dokumentacja techniczna wraz z opisem i specyfikacją techniczną stanowią dokument pomocniczy do przedstawionych przedmiarów robót”*. (ust.2). Z kolei § 4 ust. 2 lit. a wzoru umowy stanowi, że: *„Do obowiązków Wykonawcy w szczególności należy: wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z kosztorysem ofertowym, projektem budowlanym, z zasadami*

wiedzy technicznej, sztuką budowlaną, polskimi normami oraz innymi obowiązującymi przepisami”.

W § 5 wzoru umowy stwierdzono z kolei, że: „Ceny robót w załączonym kosztorysie ofertowym, nie będą podlegały waloryzacji ze względu na inflację”. W § 6 ustalono, że: „Rozliczanie robót będzie następowało fakturami przejściowymi za wykonane roboty” (ust. 1). Zaś: „Wynagrodzenie Wykonawcy rozliczone fakturami przejściowymi nie może przekroczyć 80 % wynagrodzenia przedmiotu zamówienia” (ust. 3). Natomiast: „Rozliczenie końcowe nastąpi fakturą końcową płatną w terminie 14 dni od daty jej otrzymania przez Zamawiającego na podstawie protokołu odbioru końcowego robót. Do protokołu odbioru końcowego Wykonawca ma obowiązek dostarczyć komplet dokumentów odbiorowych” (ust. 4).

W § 8 wzoru umowy Zamawiający ustalił, że: „Jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady to Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia: (...)

b. jeżeli wady nie nadają się do usunięcia, Zamawiający może:

- obniżyć wynagrodzenie, jeżeli wady nie uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem ,
  - odstąpić od umowy lub żądać wykonania przedmiotu zamówienia po raz drugi jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z przeznaczeniem” (ust.1 lit. b).
- „Wykonawca nie może odmówić usunięcia wad na swój koszt bez względu na wysokość związanych z tym kosztów” (ust. 2).

W ramach załącznika nr 5 do SIWZ: „Kosztorysy ofertowe – nakłady” Zamawiający dołączył do SIWZ następujące kosztorysy ofertowe - nakłady: 1. Roboty budowlane w części istniejącej. 2. Roboty budowlane – dobudowa. 3. Roboty sanitarne – c. o. i kotłownia. 4. Roboty sanitarne – wewnętrzne instalacja wod.- kan. 5. Roboty inżynierskie – przyłącze wody i kanalizacja. 6. Roboty instalacji elektrycznych.

Odwołujący złożył formularz ofertowy zgodny z załącznikiem nr 1 do SIWZ (str. od 1 do 2 oferty). Ponadto, przedłożył podpisany wzór umowy – załącznik nr 2 do SIWZ (str. od 24 do 33 oferty). Nadto, Odwołujący załączył zestawienie kosztorysów (str. 9 oferty) wymieniające wszystkie kosztorysy ofertowe, o których mówił Zamawiający w załączniku nr 5 do SIWZ za wyjątkiem kosztorysów robót sanitarnych elektrycznych oraz kosztorysy szczegółowe (od str. 10 do 23 oferty).

Odnosząc zapisy SIWZ do powyższego stanu faktycznego, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba uznaje za okoliczność bezsporną, że wynagrodzenia za realizację przedmiotowego zamówienia ma charakter wyłącznie wynagrodzenia ryczałtowego. Wynika

to wprost z Działu VIII pkt 4 SIWZ, formularza ofertowego, tj. załącznika nr 1 do SIWZ pkt 1 oraz § 3 ust. 1 wzoru umowy.

Po drugie, wbrew stanowisku Zamawiającego zapisy Działu I pkt 3 SIWZ oraz § 3 ust.2 wzoru umowy wcale nie kreują wymogu dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego wykonanego na podstawie załączonych przedmiarów robót. Wskazane zapisy stwierdzają bowiem, że: *„Podstawą wyceny będzie/stanowi kosztorys ofertowy, wykonany na podstawie załączonych przedmiarów robót natomiast dokumentacja techniczna wraz z opisem i specyfikacją techniczną stanowią dokument pomocniczy do przedstawionych przedmiarów robót. Dokumentacja techniczna wraz ze specyfikacją techniczną wykonania robót jest podstawą wykonania powyższej inwestycji”*. Wynika z nich tylko i wyłącznie opis sposobu obliczenia ceny oparty na załączonych przedmiarach robót, w żadnym wypadku nie odnoszą się one do zakresu przedmiotu zamówienia.

W tym kontekście Izba wskazuje, że podziela stanowisko Odwołującego zawarte w odwołaniu, a będące odpowiedzią na argumentację, Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, odnośnie istotności zapisu, zgodnie z którym dokumentacja techniczna wraz ze specyfikacją techniczną wykonania robót jest podstawą wykonania powyższej inwestycji i to właśnie ona wyznacza zakres robót objętych umową. Należy bowiem wskazać, iż rozstrzygającym zapisem dla rozumienia SIWZ jest zdanie 2 Działu I pkt 3 SIWZ także w kontekście § 3 ust. 2 wzoru umowy, a nie zdanie 1. To właśnie to stwierdzenie nadaje sens rozumieniu zdania 1.

W rezultacie, w ocenie Izby istotą zapisów SIWZ jest bezwzględny wymóg, zgodnie z którym - dokumentacja techniczna wraz ze specyfikacją techniczną wykonania robót jest podstawą wykonania inwestycji – wynika to wprost z Działu I pkt 3 zd. 2 oraz pośrednio z § 3 ust. 2 wzoru umowy, jak również z § 1 ust. 2 wzoru umowy. Przywołanie w § 1 ust. 2 wzoru umowy także kosztorysów tylko potwierdza zasadność argumentacji Izby, gdyż każdy z wymienionych „*elementów*” ma charakter uzupełniający względem pozostałych. Podobnie należy rozumieć zapis z § 4 ust. 2 lit. a wzoru umowy o obowiązkach ciążących na Wykonawcy umowy.

Po trzecie, Izba zauważa, że Zamawiający określił przedmiot zamówienia w Dziale I pkt 1 SIWZ oraz § 1 ust. 1 wzoru umowy. Sam zaś jego zakres, wskazano, po pierwsze w Dziale I pkt 2 SIWZ, po drugie w dokumentacji technicznej wraz ze specyfikacją techniczną wykonania robót. Izba także wskazuje, że zgodnie z Działem VI pkt 1 SIWZ: *„Oferta musi obejmować całość przedmiotu zamówienia (...)”*. Zaś sam Zamawiający wymagał złożenia przez Wykonawców w formularzu ofertowym oświadczeń o oferowaniu wykonania: *„przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami wskazanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (...)”*, jak również wymagał oświadczenia o zapoznaniu o zapoznaniu się ze SIWZ / wraz z ewentualnymi modyfikacjami/ i wskazania, że nie wnosi

do niej żadnych zastrzeżeń, uznaje się za związanego określonymi w niej zasadami postępowania oraz iż otrzymał wszystkie niezbędne informacje do przygotowania i złożenia ofert. Ponadto, wymagane było także analogiczne oświadczenie odnośnie przedstawionego wzoru umowy. Wszystkie niniejsze oświadczenia zostały złożone przez Odwołującego w ofercie (str. 1 oferty), co w ocenie Izby zabezpiecza m.in. interesy Zamawiającego oferowania mu całości przedmiotu zamówienia w tym także robót instalacji elektrycznych.

W tym kontekście dodatkowo należy przywołać, że zgodnie z § 1 ust. 3 wzoru umowy: *„Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z zakresem prac stanowiących zakres realizacji umowy”*.

Po czwarte, Izba wskazuje, że zapisy z Działu VI pkt 2 ppkt 2 i 4 SIWZ mówiące o wzorach, w swym brzmieniu są niejednoznaczne i nie mogą skutkować niekorzystnie względem Odwołującego, gdyż Zamawiający w żadnym zapisie SIWZ nie określił co rozumie przez załączone do SIWZ wzory. Wśród wymienionych do SIWZ załączników jest bowiem tylko jeden wzór, tj. wzór umowy, zaś formularz oferty jest wskazany wprost w przywołanych powyżej zapisach SIWZ. Poza tym, Izba wskazuje, iż są jeszcze załączniki 1/2 oraz 1/3, o których nigdzie nie ma wzmianki w SIWZ, a które tylko na podstawie przyjętej numeracji można uznać za część składową formularza ofertowego. Odnośnie załącznika nr 3, 4 i 5 do SIWZ została pozostawiona Wykonawcom całkowita dowolność interpretacyjna.

Po piąte, zapis § 5 wzoru umowy odnosi się do zasady ustalenia ceny za zlecane roboty – w kontekście wynagrodzenia ryczałtowego i w swej istocie dodatkowo potwierdza zasadność stanowiska Izby wyrażonego powyżej (trzecie w kolejności). Fragment odnoszący się do kosztorysów ofertowych można interpretować co najwyżej jako konieczność załączenia kosztorysów ofertowych do umowy przed jej podpisaniem, a nie do oferty. W tym kontekście Izba nie podzieliła przeciwnego stanowiska Zamawiającego, przedstawionego na rozprawie, że zapis ten świadczy o konieczności dołączenia kosztorysu ofertowego do oferty, gdyż jest praktyką powszechnie stosowaną przez Zamawiających, taki właśnie sposób konstruowania zapisów SIWZ, przy wynagrodzeniu ryczałtowym i żądanie kosztorysu ofertowego lub harmonogramu rzeczowo – finansowego przed podpisaniem umowy.

Przy czym, w tym kontekście Izba podnosi także, że stanowisko Zamawiającego byłoby niespójne z § 6 wzoru umowy, gdzie ustalono, że: *„Rozliczanie robót będzie następowało fakturami przejściowymi za wykonane roboty”* (ust. 1). Zaś: *„Wynagrodzenie Wykonawcy rozliczone fakturami przejściowymi nie może przekroczyć 80 % wynagrodzenia przedmiotu zamówienia”* (ust. 3). Natomiast: *„Rozliczenie końcowe nastąpi fakturą końcową płatną w terminie 14 dni od daty jej otrzymania przez Zamawiającego na podstawie protokołu odbioru końcowego robót. Do protokołu odbioru końcowego Wykonawca ma obowiązek dostarczyć komplet dokumentów odbiorowych”* (ust. 4). Wskazano bowiem wartości graniczne faktur przejściowych, więc ewentualny kosztorys ofertowy miałby charakter

pomocniczy, albowiem to *de facto* § 6 wzoru umowy reguluje rozliczanie pomiędzy stronami umowy w toku jej realizacji.

Po szóste, Izba uznała, że przywołanie przez Odwołującego na rozprawie art. 647, 648 oraz 385 Kc w związku z art. 14 Pzp w przedmiotowym stanie faktycznym, z uwzględnieniem ryczałtowego charakteru wynagrodzenia oraz niespójności i niejednoznaczności zapisów SIWZ oraz wzoru umowy jest w pełni zasadne. Podstawą przyjętych przez Izbę ustaleń był brak wymogu w SIWZ przedłożenia wraz z ofertą kosztorysów ofertowych oraz określenie jako obowiązującego wynagrodzenia ryczałtowego w niniejszym wynagrodzeniu.

W rezultacie biorąc pod uwagę całokształt zapisów SIWZ Izba stwierdza, że: *„Określając w ten sposób zasady ustalania i wypłacania wynagrodzenia za realizację przedmiotu zamówienia Zamawiający faktycznie ciężar odpowiedzialności za prawidłowe wykonanie inwestycji, tj. zgodnie z dokumentacją projektową, przełożył na wykonawców”* (wyrok KIO z dnia 30.04.2008 r., sygn. akt: KIO/UZP/363/08).

Reasumując Izba uznaje, iż z oświadczeń złożonych przez Odwołującego w ofercie wynika, że treścią oferty jest wykonanie zamówienia zgodnie z dokumentacją wymienioną przez Zamawiającego w SIWZ. Przedmiar miał charakter dokumentu pomocniczego, na którym oparty był kosztorys ofertowy i nie stanowił *de facto*, co wynika z analizy zapisów SIWZ, podstawy realizacji przedmiotu zamówienia (tak, jak i sam kosztorys ofertowy). Izba wskazuje także, że Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji odnośnie nie wyartykułowanych w SIWZ zapisów.

W wyniku powyższego, Izba uznała zasadność naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp.

Oдноśnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp poprzez unieważnienie postępowania przetargowego w sytuacji nie pozwalającej na zastosowanie w/w podstawy prawnej, Izba wskazuje na następujące okoliczności:

Po pierwsze, niniejszy zarzut jest konsekwencją m.in. odrzucenia oferty Odwołującego, co wobec potwierdzenia niezasadności czynności odrzucenia czyni czynność unieważnienia bezprzedmiotową.

Po drugie, wobec uwzględnienia przez Zamawiającego protestu innego uczestnika przedmiotowego postępowania, jak i zapowiedzi unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, uznanie niezasadności odrzucenia oferty Odwołującego, czyni jego przywrócenie do postępowania odwoławczego dodatkowo zgodnym z jego interesem

prawnym. W tym zakresie unieważnienie będzie odnosiło się do przywołanej czynności w całości, także w odniesieniu do art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp (powyższa podstawa prawna nie była przedmiotem zaskarżenia w proteście przez Odwołującego).

Z tych powodów Izba uznała, że uprawniona jest do rozpatrzenia wskazanego wyżej zarzutu, mimo formalnego zakazu wnoszenia odwołania na unieważnienie postępowania w postępowaniach o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. (art. 184 ust. 1a Pzp).

Reasumując, wobec uznania zasadności naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, Izba uznała że Zamawiający nie miał prawa do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, wobec braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*