

Sygn. akt: KIO/UZP 1172/09

WYROK
z dnia 21 września 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska - Maziarz

Członkowie: Ryszard Tetzlaff

Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Budowlano - Inwestycyjne CUPRUMBUD Sp. z o.o., 59-301 Lubin, ul. M. Skłodowskiej - Curie 88** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Powiat Lubiński, 59-300 Lubin, ul. Jana Kilińskiego 12b** protestu z dnia 27 lipca 2009 r.

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Powiat Lubiński, 59-300 Lubin, ul. Jana Kilińskiego 12b**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Przedsiębiorstwo Budowlano - Inwestycyjne CUPRUMBUD Sp. z o.o., 59-301 Lubin, ul. M. Skłodowskiej - Curie 88,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) przez **Powiat Lubiński, 59-300 Lubin, ul. Jana Kilińskiego 12b** na rzecz **Przedsiębiorstwa Budowlano - Inwestycyjnego CUPRUMBUD Sp. z o.o., 59-301 Lubin, ul. M. Skłodowskiej - Curie 88,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 5 538 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Budowlano - Inwestycyjnego CUPRUMBUD Sp. z o.o., 59-301 Lubin, ul. M. Skłodowskiej - Curie 88.**

U z a s a d n i e

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na "Roboty budowlane i instalacyjne zwiane z przebudową warsztatów przy Zespole Szkół Zawodowych i Ogólnokształcących przy ul. Komisji Edukacji Narodowej 6 w Lubinie", prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, wykonawca - Przedsiębiorstwo Budowlano - Inwestycyjne Cuprumbud Sp. z o.o. (dalej protestujący lub odwołujący) wniósł protest na:

1. wybór oferty najkorzystniejszej Zakładu Budownictwa Ogólnego Zbigniew Kłos,
2. odrzucenie oferty protestującego.

Protestujący zarzucił zamawiającemu - Powiatowi Lubińskiemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 91 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) - dalej zwanej ustawą Pzp oraz zażądał:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty,
3. powtórzenia czynności oceny i wyboru złożonych ofert.

W uzasadnieniu protestu wskazał, że zamawiający odrzucił złożoną przez protestującego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ w kosztorysie ofertowym nie ujął do wyceny kilku pozycji przedmiaru stanowiącego załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ), kosztorys ofertowy posiada również niedomiar jednostek miary w poz. 92 i 138 oraz nadmiar jednostek miary w poz. 136.

Protestujący podał, że zgodnie z pkt 6.2. SIWZ kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie załączonych przedmiarów robót stanowi element pomocniczy do ustalenia ceny ofertowej. Wskazał, że cena ofertowa w przedmiotowym postępowaniu jest ceną ryczałtową i ostateczną, a przedkładany kosztorys ofertowy nie ma znaczenia dla opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ z projektu umowy (§ 1) wynika, że wykonawca zobowiązany jest wykonać roboty budowlane i instalacyjne zgodnie z dostarczoną przez zamawiającego dokumentacją projektową, specyfikacją istotnych warunków zamówienia oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót.

Podniósł, że pomocniczy charakter kosztorysu ofertowego przesądza o tym, że zamawiający nie może odrzucić oferty protestującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Powołał się na ukształtowane orzecznictwo sądowe, KIO i Zespołu Arbitrów (UZP/ZO/0-2312/06, UZP/ZO/0-1101/06, UZP/ZO/0-2407/06, KIO/UZP 48/09, KIO/UZP 815/08, wyrok SN II CRN 913/97).

W podsumowaniu protestujący stwierdził, że wykonawca zobowiązany będzie do wykonania przedmiotu umowy wskazanego w projekcie umowy, niezależnie od przedstawionego kosztorysu ofertowego za zaoferowaną cenę ryczałtową, zaś zamawiający winien odróżnić dwie sytuacje: wymóg sporządzenia kosztorysu ofertowego zgodnie z przedmiarem pod rygorem odrzucenia oferty wskazanym w SIWZ i wymóg sporządzenia kosztorysu ofertowego w celu uzyskania ogólnej informacji i mającego charakter pomocniczy.

Zamawiający protest oddalił, podnosząc, że w pkt 8.7 SIWZ zażądał, aby każda pozycja kosztorysowa była wypełniona oraz że kosztorys ofertowy, sporządzony na podstawie przedmiarów robót i przeprowadzonej przez wykonawców wizji lokalnej obiektu, jest niezbędny z uwagi na zapisy pkt 19.3 i 19.4 SIWZ, które stanowią, że w przypadku ograniczenia robót bądź wystąpienia robót zamiennych rozliczenie następować będzie w oparciu o ceny jednostkowe wskazane w ofercie wykonawcy (czytaj: kosztorysie ofertowym, gdzie wykonawca wskazuje ceny jednostkowe poszczególnych robót objętych zamówieniem).

Wskazał też, że zarówno orzecznictwo Zespołów Arbitrów jak i Krajowej Izby Odwoławczej faktycznie stanowi, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego "drobne" uchybienia w kosztorysie ofertowym załączonym do oferty nie stanowią o jej niezgodności z treścią SIWZ, jednak jednocześnie orzecznictwo to stanowi, że w przypadku nieuwzględnienia wszystkich pozycji wymienionych w przedmiarze robót oferta jest niezgodna z SIWZ i podlega odrzuceniu.

Powołał się na wyrok KIO/UZP 353/08, UZP/ZO/0-205/07.

Dodał, że nie sposób przyjąć, że przy tak znacznych rozbieżnościach pomiędzy pozycjami przedmiarów robót a złożonym przez protestującego kosztorysie ofertowym -braku wyceny 34 pozycji niezbędnych do wykonania zamówienia, mając jednocześnie na względzie, że suma pozycji kosztorysowych jest równa zaoferowanej przez protestującego wykonawcę cenie za przedmiot zamówienia, zamawiający miałby domniemywać, że wykonawca wykona pozostałe, nie ujęte w kosztorysie, pozycje.

W odwołaniu odwołujący podtrzymał zarzuty zawarte w proteście, dodatkowo zarzucając niezasadne oddalenie złożonego wcześniej protestu, ponowił argumentację zawartą w proteście oraz przywołał nowe argumenty.

Wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. powtórzenia czynności oceny i wyboru złożonych ofert.

W uzasadnieniu odwołania podniósł, że skoro przedmiar robót ma charakter pomocniczy to sporządzony na jego podstawie dokument pochodny, w tym przypadku kosztorys ofertowy, musi mieć taki charakter.

Podał, że kosztorys, jak wymagał zamawiający w pkt 8.5 i 8.7. SIWZ winien być wykonany metodą szczegółowej kalkulacji przy zastosowaniu powszechnych metod sporządzenie kosztorysów ofertowych na roboty budowlane i każda pozycja tego kosztorysu powinna być wypełniona, przy czym nie dopuszczono wypełniania wyceny pozycji z ceną zero złotych.

Odwołujący podniósł, że jego kosztorys spełnia te wymagania, albowiem został wykonany zgodnie ze sztuką, każda pozycja jest wypełniona i zawiera wszystkie niezbędne informacje nawet do ustalenia wynagrodzenia w przypadku wystąpienia robót zamiennych lub ograniczenia zakresu robót. Wskazał, że na stronie tytułowej kosztorysu ofertowego podał dane wyjściowe do kosztorysowania stanowiące podstawę do obliczenia cen jednostkowych, tj. Rg, Z, Kp i Kz i na tej podstawie sporządził zbiorcze zestawienie kosztorysów zgodnie ze wzorem podanym w pkt 8.5 i 8.6 i 8.7 SIWZ. Podane w ofercie ceny jednostkowe jak wyżej

i obmiary faktycznie wykonanych robót będą podstawą do określenia wynagrodzenia z tytułu robót zamiennych lub ich ograniczenia.

Wskazał nadto, że sam zamawiający dopuścił w § 13 projektu umowy możliwość, że jeżeli w ofercie wykonawcy prace zamienne nie będą występowały to rozliczenie ich nastąpi na podstawie średnich wskaźników i cen jednostkowych dla województwa dolnośląskiego zawartych w wydawnictwie Sekocenbud z okresu ostatniego kwartału poprzedzającego konieczność realizowania tych robót.

Powołał się na wyrok KIO/UZP 345/09.

Podniósł, że faktycznie nie wycenił tylko 19 pozycji (nie 34 jak podał zamawiający) z przedmiaru, co przy 403 pozycjach tego przedmiaru stanowi tylko 4,71%, a ich wartość przy zastosowaniu tych samych wskaźników cenowych jak w kosztorysie ofertowym wynosi 9.241,33 zł brutto, tj. 1,53% zaoferowanej ceny. Wyjaśnił, że pozycje te są pojedynczymi pozycjami w przedmiarze i nie dotyczą pełnych elementów robót, czy całych instalacji lub np. pomieszczeń.

Ponadto, co pominął zamawiający, pozostałe zakwestionowane pozycje zostały przewidziane i wycenione w kosztorysie w innych pozycjach kosztowych lub też zostały ujęte jako roboty wykonywane przez wykonawcę w przyjętej przez niego technologii na podstawie dokumentacji technicznej, wizji lokalnej i doświadczenia, tj.

1. odwołujący pominął, ale nie bez przyczyny, pozycje demontażu skrzydeł drzwiowych, ponieważ zastosowana tabela znacznie zawyża wartość robot do wykonania, które polegają tylko na zdjęciu skrzydła drzwi z zawiasów. Pozycje tych nie ujęto ze względu na błędnie zastosowaną tabelę KNR i ze względu na znikomą pracochłonność jak i brak w dostępnych KNR-ach tabel właściwie tę pracochłonność wyceniających. Norma czasu na wykucie ościeżnicy jest wystarczająco wysoka, aby uwzględnić w niej demontaż skrzydła drzwiowego.
2. pominął pozycję dotyczącą wykucia otworu dla drzwi obmiar 0,092 m³, tj. poszerzenie otworu na drzwi o 15 cm czyli o 7,5 cm z każdej strony. Podczas wykucia starej ościeżnicy ze ściany, otwór drzwiowy zostaje rozkuty na tyle, że nie ma potrzeby kalkulowania oddzielnej pozycji zawyżającej wartość robót. Pozycja nr 4 przedmiaru robót rozbiórkowych ujęta została w poz. 2.
3. odnośnie pozycji rozbiórki izolacji podposadzkowej wyjaśnił, że w przyjętej przez niego technologii robót założono, że podczas rozbierania podłogi betonowych posadzek izolacja ulega zniszczeniu i usunięciu wraz z betonem podłoga w takim stopniu, że nie wymaga to dodatkowej wyceny, w związku z czym kwestionowane pozycje przedmiaru robót rozbiórkowych nr 12,13,19,20,26,27 ujęte zostały w poz. 11, 18, 25.

4. odnośnie pozycji kanalizacja sanitarna - braku wyceny osypki piaskowej rurociągu wyjaśnił, że w przedmiarach założono, że podsypką, obsypką i nadsypką należy wypełnić całą szerokość wykopu, tj. 60 cm na łączną grubość 40 cm, natomiast wykonawca założył wykonanie warstw tej samej grubości jednak o szerokości 40 cm, co jest zgodne z wymogami technicznymi, a dało oszczędność 2,529 m³ w osypkach.
5. odnośnie wyceny przewozu piasku taczkami wyjaśnił, że policzono 4,215 m³ zamiast 8,28 m³ jak zakłada poz. 89 przedmiaru, która jest jednak zawyżona przez nieuzasadnione zastosowanie do przedmiaru współczynnika 1,22. Prawidłowy obmiar inwestorski powinien wynosić 6,744 m³. Zmniejszając ilość piasku na podsypki o 2,529 m³, uległa zmianie ilość piasku do przewiezienia taczkami o taką samą ilość (6,744m³-2,529m³=4,215m³).
6. odnośnie pozycji przewóz gruntu taczkami - poz. 92 przedmiaru w ilości 8,228 m³, wyjaśnił, że nie uwzględniano jej w ofercie, gdyż obejmuje to poz. 91 - usunięcie gruntu z budynku (norma przewiduje przeniesienie gruntu na nosiłkach na odległość, do 50 m). Podczas wizji lokalnej na obiekcie odwołujący stwierdził, że taka odległość przeniesienia zapewnia bezpośredni załadunek na środki transportu zewnętrznego lub składowanie poza obiektem.
7. odnośnie instalacji ciepła technologicznego - braku miniowania rur wodociągowych 122,5 mb wg poz.154 przedmiaru odwołujący wyjaśnił, że w poz.155 ujęto dwukrotne malowanie rur, które obejmuje oczyszczenie, miniowanie i dwukrotne malowanie rur. Zastosowaną w przedmiarach pozycję KNR stosuje się w przypadku wykonywania tylko miniowania rur jako oddzielnej pracy.

Zdaniem odwołującego, powyższe decyduje, że nie można przyjąć, iż w swojej ofercie pominął on istotny zakres rzeczowy robót, o którym mowa w wyroku UZP/ZO/0-205/07 na które powołuje się zamawiający.

W ocenie odwołującego, chybione jest powołanie się przez zamawiającego na wyrok KIO/UZP 353/08, albowiem w postępowaniu zamawiający wskazał, że przedmiar robót jest wytyczną i oferent winien sporządzić kosztorys ściśle, a nie jak w przedmiotowym postępowaniu, gdzie przedmiar robót ma charakter pomocniczy.

Przywołał nadto wyrok SN z dnia 26 kwietnia 2007 r. sygn. akt. III CSK 366/06, w którym przyjęto, że "w umowie o roboty budowlane strony mogą określić wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane (podstawowe i dodatkowe) w postaci wynagrodzenia ryczałtowego przy możliwej modyfikacji tego wynagrodzenia w zależności od konieczności wystąpienia robót dodatkowych lub zmniejszenia zakresu robót podstawowych."

Podobnie stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 14 marca 2008 r. sygn. akt IV CSK 460/07 uznając, że "w umowie o roboty budowlane strony mogą zastrzec modyfikację wynagrodzenia ryczałtowego w zależności od konieczności wykonania robót dodatkowych."

Podniósł, że zgodnie z art. 649 k.c. w razie wątpliwości poczytuje się, że wykonawca podjął się wszelkich robót objętych projektem, stanowiącym część składową oferty i umowy, czyli wprowadza się domniemane rozwinięcie obowiązków wykonawcy.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, oferty odwołującego, Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp wraz z załącznikami, oświadczeń i stanowisk zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu, odwołaniu oraz w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odnosnie interesu prawnego odwołującego skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadał interes prawny tak na etapie wnoszenia protestu, jak i odwołania, ponieważ potwierdził zarzut, że zamawiający bezprawnie odrzucił ofertę odwołującego w sytuacji, gdy ten zaoferował najniższą cenę (zgodnie z ZP - 12), będącą jedynym kryterium oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu (zgodnie z pkt 8 SIWZ „Kryteria oceny ofert”) oznaczaloby dla odwołującego szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby ustalił, że zamawiający w treści SIWZ zamieścił następujące istotne dla rozstrzygnięcia sporu postanowienia:

1. pkt 2 SIWZ „Opis przedmiotu zamówienia”: „Uszczegółowiony zakres zamówienia znajduje się w dokumentacji projektowej, w przedmiarach robót, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, stanowiących załączniki do specyfikacji istotnych warunków zamówienia”,
2. pkt 6 „Pozostałe dokumenty i oświadczenia bezwzględnie wymagane w przedłożonej do zamawiającego ofercie” ppkt 2: „Kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie załączonych przedmiarów, stanowiących załącznik nr 2, które stanowią element pomocniczy do ustalenia ceny ofertowej. W celu uszczegółowienia przedmiotu zamówienia wykonawca winien dokonać wizji lokalnej obiektu objętego przedmiotem zamówienia”,

3. pkt 8 „Opis sposobu obliczenia ceny” ppkt 8.1.: „Cenę należy określić jako cenę ryczałtową i ostateczną, zawierającą wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem niniejszego zamówienia”; w § 4 projektu umowy (załącznik nr 5 do SIWZ) wskazano: „Ustalone w wyniku przetargu wynagrodzenie ryczałtowe brutto Wykonawcy wynosi: zł (słownie złotych)”,
4. pkt 8 „Opis sposobu obliczenia ceny” ppkt 8.7: „Zamawiający wymaga, aby każda pozycja kosztorysowa była wypełniona. Nie dopuszcza się wyceny pozycji z ceną zero zł”,
5. pkt 19 „Istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego” ppkt 19.3 lit. a.: „Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmian postanowień umowy w zakresie dopuszczenia możliwości wykonania robót zamiennych oraz ograniczenia zakresu robót. W przypadku wystąpienia robót zamiennych rozliczenie za roboty zamienne następować będzie w oparciu o kosztorys ofertowy oraz obmiar wykonawcy. Jeżeli w ofercie wykonawcy prace wykonywane jako zamienne nie występowałyby, rozliczenie ich następować będzie na podstawie średnich wskaźników dla woj. dolnośląskiego: Rg, Z, Kp, Kz i cen jednostkowych, które nie będą dla zamawiającego mniej korzystne niż zawarte w wydawnictwie Sekocenbud z okresu ostatniego kwartału poprzedzającego konieczność realizacji tych robót”; tożsame uregulowanie zawarto w § 13 ust. 1 lit. 1 projektu umowy (załącznik nr 5 do SIWZ).

Zamawiający, informując odwołującego (pismo z dnia 21.07.2009 r.) o odrzuceniu złożonej przez niego oferty podał art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako podstawę prawną swojej decyzji oraz wskazał w uzasadnieniu, że odwołujący „nie ujął do wyceny kilku pozycji przedmiaru stanowiącego załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kosztorys ofertowy posiada również niedomiar jednostek miary w poz. 92 i 138 oraz nadmiar jednostek miary w poz. 136”.

Odwołujący nie kwestionował, że sporządzony przez niego kosztorys ofertowy nie zawiera wszystkich pozycji przedmiarowych, a także nie kwestionował występowania pozycji z niedomiarem i nadmiarem w stosunku do przedmiaru zamawiającego.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie.

Bez wątplenia w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nadał przedmiarom robót charakter pomocniczy. Przedmiary robót stanowić miały wsparcie przy obliczeniu przez wykonawców ceny ofertowej (pkt 6 ppkt 6.2. SIWZ zdanie pierwsze).

Zarówno przedmiarom robót, jak i kosztorysom ofertowym zamawiający przypisał znaczenie wyłącznie z punktu widzenia obliczenia ceny ofertowej, nie zaś z punktu widzenia zgodności oferowanego zakresu zamówienia.

W ocenie składu orzekającego Izby, faktu tego nie zmienia brzmienie zdania drugiego pkt. 6.2. SIWZ, z którego w powiązaniu ze zdaniem pierwszym miałyby wynikać, że przedmiar robót jest dokumentem opisującym przedmiot zamówienia. Charakter przedmiaru robót wynika ze zdania pierwszego pkt 6.2. w sposób jednoznaczny i nie budzi on wątpliwości Izby.

Opis przedmiotu zamówienia wynika w przedmiotowym postępowaniu z dokumentacji projektowej, przedmiarów robót, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, zweryfikowanych poprzez wizję lokalną wykonawcy (pkt 2 ppkt 2.1 zdanie ostatnie), przy czym nie sposób pominąć, że przedmiar robót jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu i specyfikacji technicznych i to nie on determinuje zakres prac objętych przedmiotem zamówienia.

Konieczność weryfikacji przedmiaru wynika zarówno z ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w przedmiotowym postępowaniu, jak i wyrażonego wprost przez zamawiającego obowiązku „uszczegółowienia” przedmiotu zamówienia w wyniku wizji lokalnej obiektu (pkt 6 ppkt 6.2 SIWZ). Odnosząc się do argumentu zamawiającego, podniesionego na rozprawie, że wykonawca winien zgłosić ewentualne niezgodności przedmiaru robót po dokonanej przez siebie wizji lokalnej, skład orzekający Izby stwierdza, że brak w postanowieniach SIWZ takich obowiązków po stronie wykonawcy.

W SIWZ przedmiotowego postępowania zamawiający zawarł zatem ogólny wymóg sporządzenia kosztorysu ofertowego na podstawie przedmiarów robót - dokumentów pomocniczych, jednocześnie nie wprowadzając wymogu opracowania kosztorysu ściśle według przekazanego przedmiaru oraz nie zawierając w treści SIWZ postanowień limitujących odstępstwa od przedmiaru robót.

Obowiązek wypełnienia przez wykonawców każdej pozycji kosztorysowej (pkt 8 ppkt 8.7. SIWZ) został przez odwołującego wypełniony, ponieważ każdej pozycji, którą wykonawca ujął w kosztorysie została przypisana wartość inna niż zero złotych.

Przyjąć należy, że istotą wynagrodzenia ryczałtowego 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 20.11.1998 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. Poza sporem między stronami było, że wynagrodzenie w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest wynagrodzeniem ryczałtowym.

Skład orzekający Izby nie znalazł także przeszkód rozliczenia przez zamawiającego robót zamiennych, w przypadku konieczności ich wykonania. Kwestia ta, jak trafnie podnosił odwołujący, została przewidziana przez samego zamawiającego w postanowieniach pkt 19 ppkt 19.3 lit. a SIWZ oraz § 13 ust. 1 lit. a projektu umowy.

W ocenie składu orzekającego Izby, powyższe przesądza o niedopuszczalności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ to nie przedmiar robót stanowi opis, zakres przedmiotu zamówienia w tym postępowaniu.

W konsekwencji uznania zasadności zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, skład orzekający Izby uznał naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Jednocześnie, odnosząc się do zarzutu odwołującego, polegającego na oddaleniu przez zamawiającego protestu odwołującego skład orzekający Izby dodatkowo stwierdza, że Izba nie ma uprawnień do uchylenia rozstrzygnięcia protestu. Orzeczenie Izby ma bowiem charakter orzeczenia co do istoty sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

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

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....