

Sygn. akt: KIO/UZP 1045/08

WYROK
z dnia 14 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

**Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Grzegorz Mazurek**

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~ rozprawie* w dniu ~~w dniach~~* 14 października 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Firmę Architektoniczno – Budowlaną Restauracji Zabytków „ARCHITEKTON” Leszek Peljan, Leszek Link sp. j. 67-200 Głogów ul. Rynek 4a** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Powiat Głogowski 67-200 Głogów, ul. Sikorskiego 21** protestu ~~protestów~~* z dnia 1 września 2008 r.

orzeka:

1 oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Firmę Architektoniczno – Budowlaną Restauracji Zabytków „ARCHITEKTON” Leszek Peljan, Leszek Link sp. j. 67-200 Głogów ul. Rynek 4a** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Firmę Architektoniczno – Budowlaną Restauracji**

**Zabytków „ARCHITEKTON” Leszek Peljan, Leszek Link sp. j. 67-200
Głogów ul. Rynek 4a,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz xxx, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu xxx,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Firmę Architektoniczno – Budowlaną Restauracji Zabytków „ARCHITEKTON” Leszek Peljan, Leszek Link sp. j. 67-200 Głogów ul. Rynek 4a.**

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

Zamawiający, Powiat Głogowski reprezentowany przez Zarząd Powiatu Głogowskiego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „termomodernizację budynku sali gimnastycznej i łącznika dydaktycznego w Zespole Szkół Przyrodniczych w Głogowie”. W dniu 28 lipca 2008 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych poz. 173085. W tym samym dniu Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej.

W dniu 27 sierpnia 2008 r Zamawiający dokonał czynności odrzucenia oferty złożonej przez Firmę Architektoniczno – Budowlaną Restauracji Zabytków „ARCHITEKTON” Leszek Peljan, Leszek Link sp. j. w Głogowie oraz wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „Jędrzejczak” Wojciech Jędrzejczak w Głogowie. W dniu 2 września 2008 r. (pismem z dnia 1 września 2008 r.) wykonawca Firma Architektoniczno – Budowlana Restauracji Zabytków „ARCHITEKTON” Leszek Peljan, Leszek Link sp. j. wniósł protest wobec powyższych czynności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w proteście naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „Pzp” polegające na sprzecznym z prawem odrzuceniu oferty

Odwołującego i zaniechaniu odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza. W toku argumentacji Odwołujący wskazał także na naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 2, art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 10 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący wniósł w proteście o przywrócenie oferty Odwołującego do postępowania oraz o odrzucenie oferty wybranej jako najkorzystniejsza i dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podał w uzasadnieniu, że oferta Odwołującego została odrzucona z uwagi na:

1. wskazanie w kosztorysie ofertowym w poz. 15 kostki brukowej szarej zamiast kolorowej (czerwonej),
2. brak wskazania w poz. 61 kosztorysu wentylatorów WD25 - 7 szt.,
3. zaniżenie obmiaru o 1 szt. w zakresie podokiennika granitowego w poz. 106 kosztorysu ofertowego.

Zdaniem Odwołującego powyższe pomyłki nie stanowią o sprzeczności treści oferty z treścią specyfikacji, lecz stanowią kategorię omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny, która zgodnie z art. 88 ust. 1 pkt 3 Pzp powinna być poprawiona w taki sposób, że za prawidłową należało uznać ostateczną cenę ryczałtową podaną w ofercie dla całego zamówienia, bez względu na sposób jej obliczenia, a więc bez względu na błędy w pozycjach kosztorysu. O cenie ryczałtowej w postępowaniu, zdaniem Odwołującego, świadczą zapisy w rozdz. I pkt 3 pdp. 4 siwz oraz § 6 i § 8 wzoru umowy. Zgodnie z tymi postanowieniami, w ocenie Odwołującego, Zamawiający przyjął, że stawki i ceny jednostkowe podane w kalkulacji cenowej są ostateczne, a ewentualne ich zmiany nie będą uwzględniane przy wypłacie wynagrodzenia. Roboty, które nie zostały ujęte w cenie, a były przewidziane projektem budowlanym, wykonawca wykona w ramach wynagrodzenia ofertowego. W tej sytuacji cena oferty jako ryczałtowa powinna być uznana za cenę ostateczną i prawidłową, a w konsekwencji omyłki w ilości, zawarte w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego, nie wpływają na niezgodność treści oferty z treścią siwz.

Oferta wybrana jako najkorzystniejsza podlega, zdaniem Odwołującego, odrzuceniu ponieważ wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadanego doświadczenia. Wykonawca przedstawił referencje dot. dwóch zadań polegających na remoncie kamienic pn. „Zwiększenie potencjału gospodarczego Gminy Chocianów przez rewaloryzację zabytkowego centrum miasta”. Ponieważ Miasto i Gmina Chocianów realizowało tylko jedno zadanie pod taką nazwą, należy uznać, że wykonawca składając referencje złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania i w związku z tym podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Natomiast Zamawiający wezwał tego wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia wykazu i referencji. W ramach uzupełnienia wykonawca przedstawił dokument z Wrocławskiego Medycznego Parku Naukowo-Technologicznego sp. z o.o. potwierdzający, że wykonano

prace zgodnie ze sztuką budowlaną o wartości 2 763 231, 91 zł. Według informacji zamieszczonych na stronie internetowej zamówienie powyższe ma wartość całkowitą 4 494 499, 92 zł z terminem realizacji do 30 czerwca 2008 r. Jak wynika z treści referencji roboty nie zostały zakończone na dzień 30 lipca 2008 r., a zatem dokument referencji nie może być uznany za potwierdzający należyte wykonanie w całości ww. zamówienia. Ponadto oferta wybrana jako najkorzystniejsza zawiera omyłkę w poz. 73 kosztorysu ofertowego tj. brak wpisania siatki z włókna szklanego.

Zamawiający w dniu 11 września 2008 r. rozstrzygnął protest (pismo doręczone Odwołującemu w dniu 12 września 2008 r.) poprzez jego oddalenie w zakresie zarzutów dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego i uwzględnienie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza.

Zamawiający stwierdził, że załącznikiem do oferty jest szczegółowy kosztorys ofertowy (p. 10 ppkt 2 p.1.lit. a siwz), cena nie jest określona w pkt 13 siwz jako cena ryczałtowa, na wynagrodzenie ryczałtowe nie wskazuje także treść formularza ofertowego, według postanowienia w § 6 wzoru umowy wynagrodzenie zostało ustalone zgodnie z kosztorysem ofertowym, a ponadto wzór umowy dopuszcza wykonanie robót dodatkowych, które zdaniem Zamawiającego nie jest możliwe przy wynagrodzeniu ryczałtowym. Zamawiający wskazał, że uzasadnieniem do zastosowania formy wynagrodzenia kosztorysowego jest stopień skomplikowania kalkulacji prac objętych zamówieniem. Z uwagi na powyższe, braki i niezgodności w kosztorysie ofertowym nie mogą być potraktowane jako omyłki rachunkowe, które można poprawić w trybie art. 88 Pzp.

Zamawiający uznał, że wykonawca P H U „Jędrzejczak” Wojciech Jędrzejczak złożył, w wyniku uzupełnienia dokumentów, referencje potwierdzające spełnianie warunku doświadczenia oraz nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp. Zamawiający uznał jednak za uzasadniony zarzut Odwołującego dotyczący braku ujęcia przez tego wykonawcę w poz. 73 kosztorysu ofertowego siatki z włókna szklanego. W związku z powyższym Zamawiający podjął decyzję o unieważnieniu wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzuceniu oferty PHU „Jędrzejczak” Wojciech Jędrzejczak i powtórzeniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z art. 183 ust. 5 Pzp.

W dniu 17 września 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz rozdz. I pkt 3, 4 siwz poprzez błędne przyjęcie, że oferta Odwołującego jest sprzeczna z siwz, z uwagi na błędy w kosztorysie ofertowym,

- art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z § 1, 2 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605) poprzez błędne uznanie referencji wystawionych na rzecz PHU „Jędrzejczak” jako dokumentów potwierdzających w sposób należyty doświadczenie zawodowe powyższego wykonawcy i tym samym zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania przetargowego.
- art. 24 ust. 2 pkt 2 i art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia PHU „Jędrzejczak” z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wniósł w odwołaniu o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego, wykluczenia wykonawcy PHU „Jędrzejczak” z postępowania i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący podtrzymał w odwołaniu argumentację zawartą w proteście. Odnosząc się do treści rozstrzygnięcia Odwołujący podkreślił, że w żadnym z postanowień siwz Zamawiający nie przewidział wynagrodzenia kosztorysowego. Brak jest postanowienia o rozliczaniu prac kosztorysem powykonawczym, natomiast prace dodatkowe zawsze obejmują roboty nieobjęte przedmiotem zamówienia. W zakresie zaniechania wykluczenia wykonawcy PHU „Jędrzejczak” Odwołujący poniósł, że w piśmie z dnia 5 września 2008 r. przedłożonym przez PHU „Jędrzejczak” potwierdzono, że całość inwestycji na rzecz Parku Naukowo-Technologicznego nie została zakończona, a prace stwierdzone referencjami podlegały odbiorowi częściowemu. Zdaniem Odwołującego zgodnie z przepisami rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów oraz w świetle orzecznictwa ZA nie można uznać za potwierdzające posiadanie doświadczenia - roboty, dostawy lub usługi nie zakończone. Ponadto w ocenie Odwołującego wykonawca podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp bez możliwości uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza, w oparciu o dokumentację zawartą w aktach sprawy, oryginalną dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz wyjaśnienia stron, złożone na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 Pzp uprawniającym do korzystania ze środków ochrony prawnej. W przypadku potwierdzenia się zarzutów dotyczących nieprawidłowego i niezgodnego z przepisami odrzucenia oferty Odwołującego oraz zaniechania wykluczenia wykonawcy PHU „Jędrzejczak” z postępowania i odrzucenia jego oferty, oferta Odwołującego zostałaaby uznana za najkorzystniejszą w przedmiotowym postępowaniu.

Izba uznała za niezasadny zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił w rozdz. I pkt 3 siwz „Opis przedmiotu zamówienia” ppkt 2, iż „Szczegółowy zakres i warunki wykonania zamówienia określa:

- projekt architektoniczno-budowlany – załącznik nr 2 do siwz,
- kosztorys ślepy – załącznik nr 3 do siwz,
- specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót – załącznik nr 4 do siwz,
- projekt umowy – załącznik nr 5 do siwz.

Jednocześnie w ppkt 4 zobowiązał wykonawców do szczegółowego przeanalizowania dokumentacji projektowej i przedmiarów, aby wyeliminować różnicę wielkości robót, podkreślając, że „jeżeli wykonawca nie dokona takiego sprawdzenia i nie powiadomi o tym Zamawiającego, to ewentualne roboty, których wartości nie ujął w cenę a były przewidziane projektem budowlanym, wykona w ramach wynagrodzenia ofertowego.”

W pkt 10 ppkt 2.1 siwz „Forma oferty” Zamawiający stwierdził, że kompletna oferta powinna zawierać m.in. „a) formularz Oferty, sporządzony na podstawie wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do niniejszej siwz. Integralną część oferty stanowi szczegółowy kosztorys ofertowy sporządzony przez wykonawcę w oparciu o kosztorys ślepy – (załącznik nr 3 do siwz)”, b) wypełniony harmonogram rzeczowo – finansowy.”

W pkt 12 siwz „Opis sposobu obliczenia ceny” ppkt 1 zdanie drugie Zamawiający stwierdził, że „Do oferty należy dołączyć szczegółowy kosztorys ofertowy sporządzony przez wykonawcę w oparciu o kosztorys ślepy wraz z wypełnionym harmonogramem rzeczowo – finansowym.”, natomiast w ppkt 2, że „Cena musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej siwz oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.”

W § 6 ust. 1 i 2 wzoru umowy Zamawiający postanowił „strony ustalają wynagrodzenie przysługujące wykonawcy robót zgodnie z kosztorysem ofertowym w wysokości [...]” oraz „wynagrodzenie ustalone w ust. 1 obejmuje w całości wykonanie przedmiotu umowy

oraz wszystkie koszty określone w § 4, a także inne koszty wynikające z realizacji określonego niniejszą umową zadania.” W § 8 ust. 1 zawarte zostało postanowienie „Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z przedmiotem umowy oraz warunkami jej realizacji i oświadcza, że wynagrodzenie o którym mowa w § 6 ust. 1 i 2 uwzględnia wszystkie okoliczności związane z realizacją przedmiotu umowy. Ponadto wykonawca oświadcza, że nie będzie domagał się podwyższenia ustalonego niniejszą umową wynagrodzenia (z wyłączeniem postanowień § 7)”, dotyczących prac dodatkowych.

W § 10 ust. 1 i 2 wzoru umowy zawarte zostało postanowienie, iż „Rozliczenie za wykonane roboty nastąpi fakturami częściowymi w dostosowaniu do harmonogramu rzeczowo – finansowego robót [...] oraz fakturą końcową [...]. Podstawę do wystawienia faktury częściowej będzie protokół odbioru elementu robót potwierdzony przez inspektora nadzoru [...]”

W sprawie bezsporne są okoliczności, co strony potwierdziły w toku rozprawy, dotyczące nieuwzględnienia przez Odwołującego w złożonej ofercie w kosztorysie ofertowym w poz. 15, 61 i 106 wymagań Zamawiającego zawartych w przedmiarach robót. Odwołujący przyznał, że w poz. 15 nie uwzględnił koloru czerwonej kostki brukowej - tylko szary (rodzaj kostki najtańszy), w poz. 61 – 7 szt. wentylatorów WD 25 (o wartości ok. 22 tys zł) i w poz. 106 - 1 szt. podokiennika granitowego (o wartości ok. 5 tys. zł).

„Treść oferty nie odpowiada treści siwz wówczas, gdy została sporządzona niegodnie z postanowieniami specyfikacji.” (Prawo Zamówień Publicznych Komentarz Wydanie trzecie pod redakcją Tomasza Czajkowskiego, UZP Warszawa 2007.).

W ocenie Izby, postanowienia zawarte w specyfikacji i wzorze umowy wskazują, że wymagany przez Zamawiającego szczegółowy kosztorys ofertowy stanowiący integralną część oferty i następnie integralną część zawieranej umowy z wykonawcą, nie ma wyłącznie charakteru pomocniczego czy też informacyjnego w przedmiotowym postępowaniu. O istotnym znaczeniu kosztorysu ofertowego w przedmiotowym postępowaniu świadczą okoliczności, iż w oparciu o szczegółowy kosztorys ofertowy - wskazany przez Zamawiającego kosztorys ślepy, jako jeden z dokumentów, za pomocą których nastąpiło opisanie przedmiotu zamówienia, wykonawcy byli zobowiązani do obliczenia ceny ofertowej za realizację przedmiotu zamówienia, opracowania harmonogramu rzeczowo – finansowego, na podstawie którego nastąpi rozliczenie realizacji robót. W myśl § 6 ust. 1 i 2 wzoru umowy ustalono wynagrodzenie przysługujące wykonawcy robót zgodnie z kosztorysem ofertowym. Powyższe postanowienia wskazują w sposób czytelny na istotne znaczenie, które Zamawiający przypisał temu dokumentowi w postępowaniu. W konsekwencji bowiem tych

postanowień w oparciu o kosztorys ofertowy i cenę zaoferowaną zgodnie z tym kosztorysem Zamawiający dokonał oceny ofert.

W świetle powyższego Izba uznała, że dopuszczenie do porównania ofert, które zawierają np. różne ilości robót i materiałów w poszczególnych pozycjach kosztorysu, nie odpowiadające ilościom przewidzianym i zaplanowanym przez Zamawiającego w kosztorysie tzw. „ślepy” załączonym do siwz, skutkowałoby porównaniem ofert nieporównywalnych, obejmujących inny zakres robót. Opisanie przedmiotu zamówienia za pomocą kosztorysu „ślepego”, uwzględniając wszystkie okoliczności, które mogą mieć wpływ na sporządzenie oferty, umożliwia wybranie oferty najkorzystniejszej na realizację zamówienia jednakowego dla wszystkich wykonawców. W ocenie Izby w tym znaczeniu należy odczytywać zapis zawarty w pkt 3.4 siwz (rozdz. I), który w ten sposób został wyjaśniony także przez Zamawiającego w toku rozprawy.

W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu dla oceny zgodność treści oferty z treścią siwz nie ma istotnego znaczenia fakt, iż Zamawiający nie określił literalnie sposobu wynagrodzenia wykonawcy za realizację przedmiotu zamówienia: kosztorysowego lub ryczałtowego. Należy podkreślić, że Prawo zamówień publicznych ani też inne przepisy nie formułują takiego obowiązku.

Powyższe stanowisko Izby jest zgodne z dotychczasowym orzecznictwem sądów okręgowych. I tak Sąd Okręgowy w Warszawie stwierdził w wyroku z dnia 13.03.2006 r. sygn. akt V Ca 2469/05 „Oferta, która nie uwzględnia wszystkich wymienionych w przedmiarze robót pozycji, jest niezgodna z siwz i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Bez znaczenia jest tu fakt, że wynagrodzenie wykonawcy zostało określone jako ryczałtowe. Brak wskazania prawidłowych pozycji kosztorysu, a co za tym idzie zaniżenie ceny za przedmiot zamówienia, w sposób istotny wpłynęło na zaoferowaną cenę”.

Także Sąd Okręgowy w Poznaniu w wyroku z dnia 14.10.2005 r. sygn. akt II Ca 1355/05 zwrócił uwagę, że „pomimo, iż zamawiający istotnie określił, że cena za przedmiot zamówienia ma być ceną ryczałtową, to jednak w specyfikacji wyraźnie domagał się dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego przygotowanego na podstawie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz na podstawie odbioru robót. Dlatego złożenie oferty z pominięciem w kosztorysie ofertowym przez oferenta niektórych pozycji cenotwórczych uwzględnionych przez zamawiającego w przedmiarze robót albo wynikających z dokumentacji projektowej oraz uwzględnienie w tym kosztorysie pozycji nieuwjętych w projekcie i przedmiarze robót bez zgłoszenia do zamawiającego i uzyskania jego wyjaśnień w trybie art. 38 ustawy spowodowało, że treść oferty nie

odpowiada treści specyfikacji, a to uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.”

Izba uznała, że błędy i niezgodności w kosztorysie ofertowym dotyczące zaniżenia ilości robót lub materiałów skutkują w konsekwencji obliczeniem ceny w sposób niezgodny ze specyfikacją. Biorąc pod uwagę zapisy specyfikacji w przedmiotowym postępowaniu w tym zakresie, kosztorys ofertowy zawiera cechy formularza cenowego, w którym zamawiający wymagał podania cen jednostkowych oraz wartości poszczególnych robót zgodnie z przedmiarem, które to wartości podlegają zsumowaniu i w postaci ceny za cały przedmiot zamówienia przeniesieniu do formularza ofertowego. W takiej sytuacji zamawiający jest zobowiązany odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (vide wyrok Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim z 9.11.2005 r., sygn. akt II Ca 44/05).

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, iż niezmiennosc wynagrodzenia zastrzeżona w treści wzoru umowy (§ 8 ust. 1) stanowi o ryczałtowym charakterze wynagrodzenia, a wobec powyższego błędy w kosztorysie ofertowym i sposób obliczenia ceny nie mają znaczenia stosownie do treści art. 88 ust. 3 lit a Pzp Izba stwierdziła, że postanowienie o niezmienności wynagrodzenia nie przesądza o ryczałtowym charakterze wynagrodzenia wykonawcy. Jak stwierdził Sąd Okręgowy w Piotrkowie Trybunalskim w wyroku z dnia 17.07.2006 r. sygn. akt II Ca 342/06 „Z treści przepisów Kodeksu cywilnego (art. 632 k.c.) oraz z praktyki wynika, że istotą ceny ryczałtowej jest jej ustalenie z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów przedmiotu zamówienia, z uwagi na brak możliwości jej przeprowadzenia. **Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza umówione z góry wynagrodzenie za całość dzieła, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego.** Zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie SN zgodnie przyjmuje się, że wynagrodzenie ryczałtowe oznacza umówione z góry wynagrodzenie za całość dzieła, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego (por. KC. Komentarza, t. II, pod red. K. Pietrzykowskiego, Warszawa 1998 r., s. 192; wyrok SN z 20.11.1998 r., II CKN 913/97, Lex nr 138655).”

Izba uznała za nieistotne w sprawie sporne twierdzenia stron co do znaczenia i interpretacji faktu, iż we wzorze umowy zostały przewidziane prace dodatkowe. Podkreślić należy, że powyższe nie przesądza o charakterze wynagrodzenia. Istota prac dodatkowych polega na możliwości ich realizacji wyłącznie w zakresie nieobjętym przedmiotem zamówienia – w tym wypadku, w zakresie nie opisanym w projekcie budowlanym. Prace dodatkowe w stosunku do zamówienia podstawowego mogą być realizowane, bez względu

na charakter wynagrodzenia określonego w tym zamówieniu, w ramach odrębnych postępowań.

Zważywszy powyższe Izba uznała, że błędy w kosztorysie ofertowym polegające na wskazaniu niezgodnie z siwz koloru kostki brukowej, nieujęcie 7 szt. wentylatorów WD 25 oraz 1 szt. podokiennika granitowego stanowi niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji, a wobec tego oferta Odwołującego podlega odrzuceniu stosownie do treści przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba nie rozpoznawała zarzutów zawartych w odwołaniu i proteście, dotyczących zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia wykonawcy PHU „Jędrzejczak” z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp i art. 24 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, wobec wycofania przez Odwołującego w toku rozprawy wszystkich zarzutów w powyższym zakresie. Wykonawca PHU „Jędrzejczak” nie przyłączył się do postępowania odwoławczego, skutkiem czego utracił możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej w zakresie zarzutów objętych protestem wniesionym przez Odwołującego. W tym stanie faktycznym protest w zakresie zgłoszonego przez Odwołującego żądania odrzucenia oferty PHU „Jędrzejczak” uwzględnionego przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu, należało uznać za ostatecznie rozstrzygnięty. Dokonana w dniu 12 września 2008 r. przez Zamawiającego czynność odrzucenia oferty złożonej przez PHU „Jędrzejczak” stała się również ostateczna.

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

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

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*