

Sygn. akt: KIO 1901/19

WYROK
z dnia 9 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Rafał Kamoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2019 r. przez **A. D.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **A. D. Przedsiębiorstwo Usługowe „ANKOR”**, ul. Ludwika Osieckiego 6, 31-763 Kraków w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Specjalistyczny im. J. Dietla w Krakowie**, ul. Skarbowa 4, 31-121 Kraków

przy udziale wykonawcy **Zakład Budowlano-Montażowy „POLBUD” P. i P. Spółka Jawna z siedzibą w Tarnowie**, ul. Spokojna 6, 33-100 Tarnów zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: A. D. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą A. D. Przedsiębiorstwo Usługowe „ANKOR” ul. Ludwika Osieckiego 6, 31-763 Kraków, i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Specjalistyczny im. J. Dietla w Krakowie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację II etapu zadania inwestycyjnego pn. *Poprawa jakości świadczonych usług zdrowotnych i bezpieczeństwa pacjentów Szpitala Specjalistycznego im. J. Dietla w Krakowie przy ul. Skarbowej 4 – Działanie 2.1.2 RPO*, numer referencyjny: SZP/8/2019. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 lipca 2019 r., numer ogłoszenia: 568340-N-2019.

W dniu 25 września 2019 r. wykonawca A. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą A. D. Przedsiębiorstwo Usługowe „ANKOR” (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec wyboru najkorzystniejszej oferty oraz oceny i badania oferty złożonej przez Zakład Budowlano-Montażowy „POLBUD” P. i P. Sp. j. w Tarnowie (dalej: „POLBUD”). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty POLBUD, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ, gdyż wykonawca ten nie przedstawił zestawienia materiałów wymaganego pkt 15.7.9 SIWZ dla materiałów obciążonych stawką VAT 8%, z ostrożności procesowej - naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia oferty POLBUD, ewentualnie naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia omyłek w ofercie POLBUD;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 stawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty POLBUD, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ, gdyż wykonawca ten zaoferował realizację przedmiotu zamówienia niezgodnego z SIWZ w zakresie wskazanym w pkt. II uzasadnienia odwołania, z ostrożności procesowej - naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia oferty POLBUD, ewentualnie naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia omyłek w ofercie POLBUD;

- 3) naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nieuprawnione wezwanie POLBUD pismem z 23 sierpnia 2019 r. do uzupełnienia oferty, w sytuacji gdy powołany przepis nie uprawnia do wezwania do uzupełnienia oferty (oświadczenia woli) wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 15.7.9 SIWZ wykonawcy byli zobowiązani złożyć „uproszczony kosztorys wykonany w oparciu o załączony opis przedmiotu zamówienia (m.in. przedmiary robót) wraz z zestawieniem materiałów, z czytelnym podziałem kosztów pomiędzy Oddziałem Reumatologii i Rehabilitacji, a szatniami. UWAGA: Kosztorys ma charakter informacyjny, obowiązująca jest bowiem wysokość wynagrodzenia ryczałtowego”. Wykonawca POLBUD złożył w ofercie zestawienie materiałów obciążonych stawką VAT 23 % (k. 52-61 oferty), natomiast nie złożył zestawienia materiałów ze stawką VAT 8 % – przedstawił wyłącznie stronę tytułową (k. 69 oferty). Powyższe stanowi niezgodność oferty POLBUD z SIWZ, co zobowiązywało Zamawiającego do jej odrzucenia na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego wskazany w pkt 2 brak oferty POLBUD nie może zostać uzupełniony na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż stanowi treść oferty. Nie jest także uprawnione potraktowanie go jako omyłki i poprawienie na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Nie znajduje także w tym zakresie zastosowania przepis art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż niezgodność jest jednoznaczna i oczywista. W konsekwencji Zamawiający bezprawnie zaniechał odrzucenia oferty POLBUD jako niezgodnej z SIWZ.

Następnie Odwołujący wskazał, że POLBUD złożył kosztorys ofertowy zawierający niezgodności z SIWZ – z Opiszem przedmiotu zamówienia – informacje uzupełniające:

- poz. 4 „Wymogi dodatkowe” wskazano: „pozycja przedmiarowa 7.22 dot. 7.22.1 „Łazienka NSP nr 3.44E” – element wyposażenia w postaci wanny podnośnej zostaje zamieniony na „łóżko-wanna kąpielowa, mobilna, sterowana elektrycznie zasilana akumulatorowo”. POLBUD oferując wannę podnośną złożył ofertę niezgodną z SIWZ;
- poz. 5 „Wymogi dodatkowe” wskazano: „Dyżurki lekarskie/pielęgniarskie i gabinety zabiegowe/konsultacyjne wyposażone w klimatyzację”. POLBUD nie ujął tego elementu w kosztorysie, składając ofertę niezgodną w tym zakresie z SIWZ;
- poz. 12 „Wymogi dodatkowe” wskazano: „W ramach niniejszego zakresu robót należy wykonać roboty związane z dostosowaniem p.poz. całego III piętra. Z niniejszego zakresu II etapu usuwa się pozycje przedmiarowe 4.10 (instalacja oddymiania - klapy zlokalizowane nad klatkami schodowymi), 4.11 (Instalacja oddymiania - okablowanie), drzwi dźwigów szpitalnych 1000 kg oraz instalacji hydrantowej pionu nr 1 i 2. Prace te zostały wykonane w I etapie.)”. POLBUD zaoferował realizację poz. 4.10 i 4.11, w tym zakresie zatem jego oferta jest niezgodna z SIWZ.

W załączniku do odwołania Odwołujący wyspecyfikował dalsze niezgodności oferty POLBUD z treścią SIWZ.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty POLBUD jako najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert i odrzucenia oferty POLBUD, a z ostrożności – wyjaśnienia treści oferty POLBUD, ewentualnie poprawienie omyłek.

W ocenie Odwołującego okoliczność niezgodności oferty POLBUD z SIWZ w zakresie wskazanym w pkt. 2 i 3 zdaje się być bezsporna w świetle zapytania skierowanego przez Zamawiającego do POLBUD z 23 sierpnia 2019 r., w którym Zamawiając w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zwrócił się do POLBUD o uzupełnienie informacji, czy oferta zawiera zakres wynikający ze zmian do SIWZ i czy zakres ten został „należycie skalkulowany w ofercie”. W odpowiedzi pismem z 28 sierpnia 2019 r. POLBUD poinformował, że wynagrodzenie ryczałtowe ujmuje cały zakres przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem zmian do SIWZ. Powołał się na informacyjny charakter zarówno przedmiarów, jak i kosztorysów i zadeklarował wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z SIWZ. Zaznaczył, że wynagrodzenie, jako ryczałtowe, jest niezmienne i obejmuje wykonanie całego przedmiotu zamówienia. Zamawiający uznał uzupełnienie oferty POLBUD dokonane pismem z 28 sierpnia 2019 r. za wystarczające do oceny, że oferta ta jest zgodna z SIWZ, co zdaniem Odwołującego było nieprawidłowe. Odwołujący stwierdził, iż wskazane niezgodności nie mogą zostać usunięte poprzez uzupełnienie oferty dokonane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czy też jej wyjaśnienie bądź poprawę. Niezgodności oferty z SIWZ w omawianym zakresie są jednoznaczne, ewidentne i nie mogą być wyeliminowane po terminie składania ofert. Nie sposób na podstawie oferty POLBUD zrekonstruować treści oświadczenia woli wykonawcy w zakresie, w którym jest ono niezgodne z SIWZ. Wynagrodzenie ryczałtowe jest niezmienne, ale jedynie w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. Ryczałt nie obejmuje natomiast tego, co wykracza poza zakres przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ, a następnie w umowie. Wbrew stanowisku POLBUD i Zamawiającego, charakter informacyjny kosztorysu dotyczy wyłącznie poszczególnych cen jednostkowych (w kontekście ryczałtowego charakteru zamówienia), a nie jego zakresu rzeczowego. Aby oferta mogła być uznana za zgodną z SIWZ zakres rzeczowy (przedmiotowy) prezentowany w kosztorysie musi być zgodny z SIWZ. W przeciwnym przypadku oferta dotyczyłaby innego przedmiotu zamówienia, niż objęty postępowaniem, tak jak to ma miejsce w przypadku oferty POLBUD.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem 15.7.9 SIWZ kosztorys sporządzony miał być w oparciu o opis przedmiotu zamówienia. Jak natomiast wynika z pkt. 3.3 SIWZ „szczegółowy zakres robót określony został w załącznikach w postaci

projektu budowlanego i wykonawczego, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, przedmiarów traktowanych jako materiały pomocnicze, zestawienia wyposażenia (z vat 8 i 23 %) oraz pozwolenia na budowę". Dalej zostało określone w pkt. 3.5 SIWZ, że „Zamawiający zamieszcza przedmiary robót jako materiał pomocniczy. Wykonawca nie może powoływać się na błędy i pominięcia w przedmiarach. Wykonawca winien sporządzić ofertę (wraz z uproszczonym kosztorysem i zestawieniem materiałów) w oparciu o dokumentację projektową, STWOiR oraz opis przedmiotu zamówienia – informacje uzupełniające" i postanowienia projektu umowy, a także po zapoznaniu się przedmiotem zamówienia w trakcie wizji lokalnej". Z powyższym koresponduje postanowienie pkt. 26.2 SIWZ, w którym Zamawiający zaznaczył, że „Cena podana w ofercie winna być ceną kompletną i ostateczną, uwzględniającą wszelkie koszty wykonania całości zamówienia (...). Cena oferty brutto powinna obejmować pełne wykonanie przedmiotu zamówienia, na podstawie: dokumentacji projektowej, STWOiR, oględzin terenu robót, opisu przedmiotu zamówienia i postanowień zawartych we wzorze umowy stanowiącym ZAŁĄCZNIK DO SIWZ". Jak zaznaczono w pkt. 26.3 SIWZ „Przedmiary robót są materiałami pomocniczymi dołączonymi do SIWZ celem ułatwienia Wykonawcy obliczenia ceny oferty. Podane w przedmiarach podstawy wyceny i ilości należy traktować jako orientacyjne. Wykonawca nie może powoływać się na błędy i pominięcia w przedmiarach". We wzorze umowy w § 1 ust. 2 pkt 4 pt. „Przedmiot umowy" Zamawiający wskazał, że oferta wykonawcy stanowi załącznik do umowy, a zatem jest jej integralną częścią określając zakres zobowiązań wykonawcy. Zdaniem Odwołującego w przedmiotowej sprawie jednak oferta ta jest z niezgodna z SIWZ, nie wiadomo zatem, jaki byłby zakres zobowiązania POLBUD wynikający z umowy.

Odwołujący podniósł, że kompleksowa analiza SIWZ prowadzi do wniosku, że wykonawcy zobowiązani byli sporządzić ofertę zgodną z dokumentacją projektową, STWOiR, projektem umowy i opisem przedmiotu zamówienia – informacjami uzupełniającymi. Oferta wykonawcy POLBUD nie jest zgodna z powyższym, co wprost wynika z oferty – z kosztorysu zawartego w ofercie, który ma walor informacyjny jedynie w kontekście wskazanym w SIWZ przez Zamawiającego: „Kosztorys ma charakter informacyjny, obowiązująca jest bowiem wysokość wynagrodzenia ryczałtowego". Innymi słowy informacyjny walor kosztorysu Zamawiający łączy tylko z rodzajem wynagrodzenia (ryczałtowym, a nie kosztorysowym). W żadnym przypadku nie oznacza to, że kosztorys może dotyczyć innego przedmiotu zamówienia, niż wymagany w SIWZ. W SIWZ Zamawiający jednoznacznie wskazał, że oferta musi być zgodna z dokumentami opisującymi przedmiot zamówienia wymienionymi w SIWZ. Zamawiający – będąc związanym postanowieniami SIWZ – zobowiązany jest je stosować badając i oceniając oferty wykonawców. Nie jest uprawniony do nadawania nowej treści SIWZ po upływie terminu

składania ofert. Zamawiający nie wskazał w SIWZ, że wykonawcy mają prawo zaoferować przedmiot zamówienia odbiegający od określonego w SIWZ, w dokumentach wskazanych w pkt. 3.5 oraz 26.2 SIWZ. Waler pomocniczy przedmiarów oznacza – jak sam Zamawiający jednoznacznie określił w SIWZ – że wykonawcy nie mogą powoływać się na błędy i pominięcia w przedmiarach. Nie oznacza to jednak, że mogą zaoferować przedmiot zamówienia niezgodny z SIWZ. Wręcz przeciwnie, Zamawiający wprost wskazał dokumenty, z którymi oferta ma być zgodna. Waler informacyjny kosztorysu (nawet w wymiarze dotyczącym wynagrodzenia) nie oznacza, że jest on pozbawiony znaczenia prawnego. Oznacza jedynie, że wynagrodzenie za poszczególne prace nie będzie obliczane na podstawie cen jednostkowych (gdyż wynagrodzenie jest ryczałtowe). Jednak, gdyby Zamawiający przykładowo dokonywał wyjaśnienia, czy POLBUD nie zaoferował rażąco niskiej ceny, nie mógłby pominąć informacyjnie (w zakresie cen jednostkowych) przedstawionego kosztorysu. Także w przypadku, gdy zgodnie z § 17 ust. 9 wzoru umowy konieczne będzie zaniechanie realizacji części przedmiotu zamówienia bądź jego zmiana, Zamawiający odwoła się do oferty wykonawcy, w tym kosztorysowych cen jednostkowych. Zatem ich waler informacyjny ma znaczenie wyłącznie w kontekście ustalenia wynagrodzenia ryczałtowego za realizację umowy. W pozostałym zakresie, tj. rzeczowym oraz w okolicznościach określonych w § 17 ust. 9 wzoru umowy Zamawiający przyjął wiążący charakter kosztorysu.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie odrzucając oferty POLBUD, jako niezgodnej z SIWZ, zdaje się pomijać przytoczone w odwołaniu postanowienia SIWZ, w tym treść m.in. wzoru umowy. Tymczasem SIWZ należy odczytywać kompleksowo, nie pomijając żadnych jej elementów rzutujących na ocenę ofert wykonawców. Zatem wzór umowy załączony do SIWZ nie może być pomijany przez Zamawiającego przy ocenie oferty POLBUD.

Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego dokumentację postępowania złożoną przez Zamawiającego.

Na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę stanowiska uczestników postępowania, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wykazując swoje uprawnienie do wniesienia odwołania Odwołujący wskazał m.in., iż poprzez zaniechanie odrzucenia oferty POLBUD i dokonanie niezgodnego z ustawą Pzp wyboru tej oferty, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, bowiem jego oferta, w przypadku prowadzenia postępowania zgodnie z ustawą Pzp, byłaby wybrana i mógłby uzyskać zamówienie.

Izba stwierdziła, że zaistniały przesłanki dla wniesienia odwołania, określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, Odwołujący miałby szansę uzyskania zamówienia i korzyści płynących z realizacji umowy zawartej w jego wyniku.

Pismem z dnia 1 października 2019 r. swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zgłosił wykonawca Zakład Budowlano-Montażowy „POLBUD” P. i P. Spółka Jawna z siedzibą w Tarnowie. Wykonawca ten (dalej również: „Przystępujący”) wypełnił wymogi określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i stał się uczestnikiem postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Nie potwierdziły się zarzuty przedstawione w odwołaniu dotyczące naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty POLBUD z uwagi na jej niezgodność z SIWZ z uwagi na treść kosztorysu uproszczonego, załączonego do oferty oraz ze względu na brak w ofercie zestawienia materiałów wymaganego pkt 15.7.9 SIWZ dla materiałów obciążonych stawką VAT 8%, jak również postawione z ostrożności procesowej zarzuty naruszenia przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia oferty POLBUD, oraz przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia omyłek w ofercie POLBUD. Natomiast zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest zarzutem spóźnionym. Ustawowy termin na wniesienie odwołania na tę czynność Zamawiającego z 23 sierpnia 2019 r. upłynął bezskutecznie. Na marginesie zauważenia jedynie wymaga, iż wbrew stanowisku Odwołującego, wezwanie POLBUD pismem z 23 sierpnia 2019 r. nie dotyczyło uzupełnienia, lecz wyjaśnienia oferty, na co wskazuje m.in. wymóg: „Przedmiotowe wyjaśnienie należy przedstawić Zamawiającemu w formie pisemnej do dnia 28.08.2019 r. do godz.12:00. Wyjaśnienia złożone w odpowiedzi na ww. potwierdzają takie rozumienie wystąpienia Zamawiającego.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Zgodnie z pkt 15.7.9 SIWZ wraz z ofertą wykonawcy zobowiązani byli złożyć: „9) *uproszczony kosztorys wykonany w oparciu o załączony opis przedmiotu zamówienia (m.in. przedmiary robót wraz z zestawieniem materiałów, z czytelnym podziałem kosztów pomiędzy*

Oddziałem Reumatologii i Rehabilitacji, a szatniami. UWAGA: Kosztorys ma charakter informacyjny, obowiązująca jest bowiem wysokość wynagrodzenia ryczałtowego".

Jak zauważył na rozprawie Zamawiający i co wynika z przedłożonej przez niego, w ofercie POLBUD na kartach 66, 67, 68 i 69 kosztorysu uproszczonego załączonego do oferty tego wykonawcy znajdują się wymagane przez Zamawiającego informacje dotyczące zestawienia materiałów, do których zastosowanie ma stawka VAT 8%, podana została również sumaryczna wartość materiałów, jest zatem zarówno zestawienie, jak i wycena materiałów, czyli to, czego oczekiwał Zamawiający w SIWZ. Tym samym, Zamawiający wszedł w posiadanie niezbędnych informacji w tym zakresie.

Skoro zestawienie materiałów obciążonych stawką VAT w wysokości 8% znajduje się w ofercie to należy uznać, iż nie potwierdził się zarzut dotyczący jego braku, wskazany w pkt 1 zarzutów odwołania. Na marginesie zauważenia wymaga, iż zestawienie materiałów ze stawką 8% zostało sporządzone przez POLBUD w porównywalny sposób z zestawieniem materiałów obciążonych stawką VAT w wysokości 23%, którego brak nie jest podnoszony przez Odwołującego.

Odnosząc się do drugiego z zarzutów postawionych przez Odwołującego, na wstępie wskazać należy, iż z treści odwołania oraz stanowisk uczestników postępowania zaprezentowanych na rozprawie wynika, że istota sporu wynika z zasadniczo odmiennego rozumienia treści SIWZ, w szczególności znaczenia przypisanego w niej kosztorysowi uproszczonemu, składanemu przez wykonawców wraz z ofertą, przy jednoczesnym, zgodnie prezentowanym stanowisku, że SIWZ należy czytać i interpretować w całości wraz z jej załącznikami, w tym wzorem umowy.

Ze stanowiska Odwołującego wynika, że przypisuje on kosztorysowi uproszczonemu przymiot składanego przez wykonawcę oświadczenia woli, stanowiącego treść oferty i w związku z tym wskazywane przez niego błędy w tym kosztorysie, stanowią o sprzeczności oferty z treścią SIWZ, natomiast ze stanowiska Zamawiającego i Przystępującego wynika, że kosztorys uproszczony ma jedynie informacyjny charakter, a zatem ewentualne błędy w nim nie skutkują uznaniem wystąpienia sprzeczności oferty z treścią SIWZ.

Z tych względów w okolicznościach analizowanej sprawy, dla rozstrzygnięcia sporu, kluczowe znaczenie ma ocena czy kosztorys uproszczony zawiera oświadczenie woli w rozumieniu art. 66 Kodeksu cywilnego i stanowi treść oferty, czy nie zawiera takiego oświadczenia, lecz stanowi jedynie materiał informacyjny, pomocniczy, nadto czy wiążą się z nim określone skutki, związane z jego ewentualnym wykorzystaniem na etapie realizacji umowy.

Podstawą oceny w tym zakresie jest treść SIWZ obowiązującej w postępowaniu, w której znajduje się uzewnętrznienie decyzji Zamawiającego w tym zakresie. Niezależnie od przytoczenia jej niektórych postanowień powyżej, z uwagi na ich wskazanie w odwołaniu, przywołania w tym miejscu wymagają postanowienia istotne dla oceny zarzutów w przedmiotowej sprawie, w szczególności.:

- pkt 3.3 SIWZ zgodnie z którym: „Szczegółowy zakres robót określony został w załącznikach w postaci projektu budowlanego i wykonawczego, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, przedmiarów traktowanych jako materiały pomocnicze, zestawienia wyposażenia (z vat 8 i 23 %) oraz pozwolenia na budowę”;

- pkt 3.5 SIWZ, zgodnie z którym: „Zamawiający zamieszcza przedmiary robót jako materiał pomocniczy. Wykonawca nie może powoływać się na błędy i pominięcia w przedmiarach. Wykonawca winien sporządzić ofertę (wraz z uproszczonym kosztorysem i zestawieniem materiałów) w oparciu o dokumentację projektową, STWOiR oraz opis przedmiotu zamówienia – informacje uzupełniające” i postanowienia projektu umowy, a także po zapoznaniu się przedmiotem zamówienia w trakcie wizji lokalnej”;

- pkt 15.7.9 SIWZ, zgodnie z którym wykonawcy zobowiązani byli złożyć: „uproszczony kosztorys wykonany w oparciu o załączony opis przedmiotu zamówienia (m.in. przedmiary robót wraz z zestawieniem materiałów, z czytelnym podziałem kosztów pomiędzy Oddziałem Reumatologii i Rehabilitacji, a szatniami. UWAGA: Kosztorys ma charakter informacyjny, obowiązująca jest bowiem wysokość wynagrodzenia ryczałtowego”;

- pkt 26.2 SIWZ, w którym Zamawiający wskazał: „Cena podana w ofercie winna być ceną kompletną i ostateczną, uwzględniającą wszelkie koszty wykonania całości zamówienia (...). Cena oferty brutto powinna obejmować pełne wykonanie przedmiotu zamówienia, na podstawie: dokumentacji projektowej, STWOiR, oględzin terenu robót, opisu przedmiotu zamówienia i postanowień zawartych we wzorze umowy stanowiącym ZAŁĄCZNIK DO SIWZ”;

- pkt 26.2. SIWZ, zgodnie z którym: „Cena podana w ofercie winna być ceną kompletną i ostateczną, uwzględniającą wszystkie koszty wykonania całości zamówienia. Winna uwzględniać wszystkie wymagania SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnie z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia, na podstawie: dokumentacji projektowej, STWIORE, oględzin terenu robót, opisu przedmiotu zamówienia i postanowień zawartych we wzorze umowy stanowiącym załącznik do SIWZ”;

- pkt 26.3 SIWZ, gdzie zostało wskazane: „Przedmiary robót są materiałami pomocniczymi dołączonymi do SIWZ celem ułatwienia Wykonawcy obliczenia ceny oferty. Podane

w przedmiarach podstawy wyceny i ilości należy traktować jako orientacyjne. Wykonawca nie może powoływać się na błędy i pominięcia w przedmiarach";

- pkt 26.5 SIWZ, zgodnie z którym: *„Cena oferty winna uwzględniać wszystkie wymagania zawarte w SIWZ oraz obejmować wszystkie koszty związane z uzyskaniem przez Wykonawcę przychodu z tytułu niniejszego zamówienia, jak również koszty prac nie ujętych w dokumentacji projektowej oraz SIWZ, a których wykonanie jest niezbędne dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, np. koszty robót przygotowawczych, koszty utrzymania porządku i bezpieczeństwa w trakcie realizacji robót, koszty zorganizowania placu budowy, wszelkie opłaty, narzuty, podatki, cła itp., ubezpieczenie budowy oraz wszelkie inne koszty”;*

- pkt 26.9 SIWZ, w którym zostało określone, że wskazana przez wykonawcę cena/wynagrodzenie jest wynagrodzeniem ryczałtowym w rozumieniu Kodeksu cywilnego, z którym związane jest oświadczenie zawarte w formularzu ofertowym, iż łączna cena ofertowa stanowi całkowite wynagrodzenie wykonawcy uwzględniające wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z SIWZ;

- § 1 ust. 2 umowy, w którym w pkt 1 ÷ 7 zostało wskazane, że przedmiot umowy należy wykonać zgodnie z: dokumentacją techniczną i projektową, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót (załącznik 1 do umowy - opis przedmiotu zamówienia); wymogami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia; postanowieniami umowy; ofertą Wykonawcy; harmonogramem wykonania robót budowlanych, ustaleniami nadzorów autorskiego i inwestorskiego, obowiązującymi przepisami prawa;

- § 4 ust. 1 umowy, zgodnie z którym Wykonawca jest zobowiązany do kompleksowego wykonania robót zgodnie z umową, dokumentacją projektową i techniczną, zasadami wiedzy techniczno-budowlanej, w terminie określonym w umowie;

- § 14 ust. 1 i 2 umowy, w który zostało m.in. wskazane, iż wynagrodzenie należne Wykonawcy za wykonanie całego przedmiotu umowy jest wynagrodzeniem ryczałtowym i zawiera wszystkie koszty związane z wykonaniem jej przedmiotu oraz ryzyko Wykonawcy z tytułu błędnego oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją umowy oraz oddziaływania innych czynników mających lub mogących mieć wpływ na koszty realizacji umowy;

- § 17 ust. 9 umowy, zgodnie z którym: *„W przypadku niewykonania/zmiany wykonania jakichkolwiek robót lub niedostarczenia jakichkolwiek materiałów niezależnie od przyczyny- wynagrodzenie zostanie odpowiednio zmienione. Zmiana wynagrodzenia nastąpi po wyliczeniu wartości niewykonanych robót, zastąpionych innymi robotami lub niedostarczonych materiałów z zastosowanych:*

1) *kosztorysowych cen jednostkowych rodzajów robót,*

2) *w przypadku braku w/w parametrów cenotwórczych w przedstawionym przez Wykonawcę kosztorysie, wycena nastąpi przez Zamawiającego wg średnich cen SEKOCENBUDU dla województwa małopolskiego z ostatniego kwartału poprzedzającego powyższe rozliczenie.”*

Nadto w pkt 29 ppkt 2 SIWZ Zamawiający przewidział obowiązek przedstawienia przed zawarciem umowy przez wykonawcę, którego oferta została wybrana za najkorzystniejszą, kosztorysu szczegółowego i, jak stwierdził na rozprawie, zestawienie dołączone od oferty może nie zawierać wszystkich materiałów, gdyż z uwagi na znaczny zakres robót przewidział, iż do oferty miał być załączony kosztorys uproszczony, natomiast wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, winien złożyć kosztorys szczegółowy, zaś zakres robót, do których wykonania wykonawca jest zobowiązany, determinowany jest dokumentami, o których mowa w pkt 3 ppkt 3 SIWZ, a nie elementami podanymi w kosztorysie uproszczonym.

Zauważenia wymaga, iż ww. przepis § 17 ust. 9 wzoru umowy, który reguluje kwestie rozliczeń w toku realizacji umowy w razie np. ewentualnych robót zamiennych, literalnie nie wskazuje, o którym kosztorysie jest w nim mowa tj. uproszczonym (składanym wraz z ofertą) czy szczegółowym (składanym przed zawarciem umowy), jednak skoro w SIWZ zostało wyraźnie zaznaczone, iż kosztorys uproszczony składany wraz z ofertą ma jedynie charakter informacyjny, to należy zgodzić się z Zamawiającym, iż celem wprowadzenia wymogu przedstawienia przed zawarciem umowy kosztorysu szczegółowego jest to, aby w toku realizacji umowy istniała podstawa do rozliczeń w razie ewentualnych np. robót zamiennych.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Wykonawca POLBUD w swojej ofercie zobowiązał się do wykonania całego przedmiotu zamówienia, zgodnie z ww. dokumentami określonymi przez Zamawiającego, za podaną w ofercie cenę ryczałtową, zaś dla rozliczenia ewentualnych robót np. zamiennych, których potrzeba wyniknie w toku realizacji zamówienia, jak wyżej wskazano, przewidziany został przez Zamawiającego kosztorys szczegółowy, złożony przez wykonawcę przed zawarciem umowy, a nie kosztorys uproszczony składany wraz z ofertą.

W ocenie Izby obowiązująca w analizowanym postępowaniu SIWZ zawiera wyraźne wskazanie, że kosztorys uproszczony ma charakter materiału informacyjnego, co wskazuje, że Zamawiający nie nadał temu kosztorysowi rangi elementu treści oferty, co do przyjętego przez wykonawcę zakresu rzeczowego robót, który to wynika z wymienionych w SIWZ dokumentów, do wykonania których, za cenę ryczałtową, zobowiązał się w swojej ofercie

wykonawca POLBUD.. Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest to, że jest ono określone z góry i jest niezmiennie. Zgodnie bowiem z art. 632 § 1 Kodeksu cywilnego *jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac*. W analizowanym postępowaniu, wobec treści SIWZ, kosztorys ofertowy nie wpływa na merytoryczną ocenę oferty. W związku z tym ewentualne nieprawidłowości w takim kosztorysie nie mogą być podstawą odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Tym bardziej, że jak wynika z SIWZ pomimo wynagrodzenia ryczałtowego został wprowadzony przewidziany przez Zamawiającego przedmiar robót, jednak wyraźnie zostało zaznaczone, że jest on traktowany jako materiał pomocniczy, a wykonawca nie może powoływać się na błędy i pominięcia w przedmiarach, natomiast winien sporządzić ofertę w oparciu o dokumentację projektową i inne dokumenty wskazane w SIWZ. Oznacza to, że z uwagi na ryczałtowe wynagrodzenie i treść SIWZ nie stanowi on podstawy merytorycznej weryfikacji oferty w zakresie zgodności z zakresem robót przewidzianym w SIWZ, lecz ma jedynie charakter pomocniczy.

Ponadto, jak zauważył na rozprawie Przystępujący nie można porównać kosztorysów uproszczonych poszczególnych wykonawców, ponieważ jedni wykonawcy określone prace uwzględniają w kosztorysie uproszczonym jako odrębną pozycję, a inni uwzględniają je w kosztach ogólnych, co nie zmienia sytuacji, że każdy wykonawca musi wykonać prace, które zostały przewidziane przez Zamawiającego w ramach wynagrodzenia ryczałtowego.

Na marginesie, zważywszy na uwagę poczynioną w uzasadnieniu odwołania, zauważenia wymaga, iż cena ryczałtowa nie zwalnia Zamawiającego z badania czy wystąpiła wadliwa kalkulacja ceny oferty, jednak Odwołujący nie postawił zarzutu i nie wykazał, iż cena oferty Przystępującego uniemożliwia wykonanie całego zamówienia zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego wyrażonymi w SIWZ.

W sytuacji, gdy w analizowanym postępowaniu kosztorys uproszczony nie stanowi oświadczenia woli wykonawcy, to badanie istnienia w nim nieprawidłowości, jak również badanie, czy podlegają one, jako omyłki, ewentualnej poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp jest w tych okolicznościach zbędne, nie stanowią one bowiem o ewentualnej sprzeczności oferty złożonej przez POLBUD z SIWZ.

Tym samym nie potwierdziły się również zarzuty ewentualne dotyczące naruszenia przez Zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia oferty POLBUD, ewentualnie naruszenie przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia omyłek w ofercie POLBUD. Zarzuty te są powiązane ze stanowiskiem

Odwołującego, iż kosztorys uproszczony stanowi treść oferty, podczas gdy, jak wyżej wskazano, z SIWZ wynika, że nie ma on takiego charakteru.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W sprawie nie zostało wykazane, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało istotny wpływ na wynik postępowania.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Zamawiającego.

Przewodniczący: