

**WYROK**  
**z dnia 6 czerwca 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ewa Sikorska**

**Protokolant: Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2018 r. przez wykonawcę **S-SPORT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Blachownia w Blachowni**

przy udziale wykonawcy **TAMEX Obiekty Sportowe Spółka Akcyjna w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **S-SPORT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **S-SPORT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania.
3. zasądza od **S-SPORT Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach** na rzecz **Gminy Blachownia w Blachowni** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Częstochowie**.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający – Gmina Blachownia w Blachowni – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę boiska do piłki nożnej wraz z nawodnieniem i oświetleniem i infrastrukturą towarzyszącą w Blachowni.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 roku, poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 22 maja 2018 roku wykonawca S-SPORT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności: Gminy Blachownia zamawiającego, polegającej na nieuprawnionym odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez: nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego ze względu na rzekome nieuwzględnienie w kosztorysie ofertowym wszystkich pozycji, które zawiera przygotowany przez zamawiającego przedmiar robót, pomimo że kosztorys ofertowy:

- został sporządzony przez odwołującego w formie uproszczonej, ściśle według wskazań zamawiającego, zawartych w s.i.w.z. rozdz. VI ust. 1 pkt 1 oraz rozdz. XII oraz
- jest jedynie dokumentem informacyjnym, którego zawartość nie stanowi treści oferty w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. ze względu na formułę wynagrodzenia ryczałtowego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący podniósł, że przysługuje mu prawo do wniesienia niniejszego odwołania, ponieważ wypełniona została materialnoprawna przesłanka interesu odwołującego w uzyskaniu niniejszego zamówienia publicznego oraz zachodzi także możliwość poniesienia szkody przez odwołującego. Odwołujący posiada obiektywną - wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania przedmiotowego kontraktu - potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej, polegającego na uwzględnieniu przedmiotowego odwołania. Otóż w wyniku naruszenia przez zamawiającego fundamentalnych zasad obowiązujących w systemie prawa zamówień publicznych, tj. uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców interes odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1

1. unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego

2. unieważnienie czynności wyboru w przypadku, gdy do czasu rozstrzygnięcia zamawiający dokona wyboru oferty złożonej przez: TAMEX Obiekty Sportowe S.A. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej

3. dokonanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Ponadto odwołujący wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w treści s.i.w.z. [rozdz. VI ust. 1 pkt 1] żądał od wykonawców „na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia” załączenia do oferty kosztorysu ofertowego. Zgodnie ze dalszymi wskazaniem zamawiającego, w tymże miejscu s.i.w.z.: „Kosztorys ofertowy powinien zostać sporządzony w formie uproszczonej tj. tabela kosztorysu powinna zawierać kolumny: liczba porządkowa, podstawa, opis pozycji, jednostka obmiarowa, ilość, cena jednostkowa oraz wartość netto”.

Odwołujący wskazał, że już sam fakt żądania przez zamawiającego kosztorysu ofertowego w celu: „potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia”, czyli utożsamiania kosztorysu ofertowego z dokumentami potwierdzającymi, o których mowa w art 25 ust 1 pkt 1 i 3 ustawy P.z.p. może świadczyć o braku świadomości zamawiającego co do rangi dokumentu kosztorysu ofertowego w tymże postępowaniu. W ocenie odwołującego, nie ulega wątpliwości, że na gruncie zamówień publicznych, kosztorys ofertowy, w zależności od obowiązującej formuły wynagrodzenia, tj. kosztorysowego lub ryczałtowego, stanowi odpowiednio: w pierwszym ze wskazanych przypadków - element oświadczenia woli wykonawcy [oferty], którego brak nie podlega uzupełnieniu bądź wyjaśnieniu, zaś w drugim ma on charakter jedynie informacyjny [poglądowy], nie wpływając zasadniczo na merytoryczną ocenę oferty. Wynika to z tego, że istotą wynagrodzenia kosztorysowego jest ustalenie jego wysokości na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów, natomiast w przypadku ryczałtu wynagrodzenie określone jest z góry, w oderwaniu od ww. elementów (art. 629 i art. 632 § 1 k.c.).

Odwołujący podniósł, że wymaganie przez zamawiającego złożenia w tymże postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego kosztorysu ofertowego na „potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia” niewątpliwie mogło wprowadzić wykonawców ubiegających się o niniejsze zamówienie w błąd.

Ponadto zgodnie z treścią s.i.w.z. (rozdz. XII), zamawiający wskazywał m.in., że:

— „Wykonawca określi cenę oferty netto i brutto z wyodrębnieniem podatku VAT (jeżeli występuje), w walucie polskiej, na podstawie opracowanego przez Wykonawcę kosztorysów ofertowych, za realizację całego przedmiotu zamówienia podając ją w zapisie liczbowym i słownie z dokładnością do jednego grosza (do dwóch miejsc po przecinku)

— W celu wyliczenia ceny ofertowej należy sporządzić kalkulację sumując koszty (kosztorys ofertowy) na podstawie dokumentów dostarczonych przez zamawiającego:

- a. Przedmiarów robót;
- b. Dokumentacji projektowej Zamawiającego;
- c. Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót;
- d. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

— Ceny jednostkowe w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego powinny obejmować wszystkie koszty niezbędne do wykonania prac o wymaganej jakości i w wymaganym terminie, uwzględniając:

- a. Koszty bezpośrednie, w tym:

koszty wszelkiej robocizny do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, obejmujące płace bezpośrednie, płace uzupełniające, koszty ubezpieczeń społecznych i podatki od płac;

koszty materiałów podstawowych i pomocniczych do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, obejmujące również koszty transportu materiałów z miejsca ich zakupu do miejsca wbudowania lub składowania na budowie; koszty najmu wszelkiego sprzętu budowlanego, niezbędnego do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, obejmujące również koszty dostawy sprzętu na plac budowy, jego montaż oraz demontaż po zakończeniu robót.

- b. Koszty ogólne (koszty pośrednie), w tym:

koszty zatrudnienia przez Wykonawcę personelu kierowniczego, technicznego i administracyjnego budowy, obejmujące wynagrodzenie tych pracowników nie zaliczone do płac bezpośrednich, wynagrodzenie uzupełniające, koszty ubezpieczeń społecznych i podatki od wynagrodzeń;

wydatki bezosobowe, które wg Wykonawcy obciążają budowę:

koszty montażu i demontażu obiektów zaplecza tymczasowego oraz koszty amortyzacji lub zużycia tych obiektów;

koszty wyposażenia zaplecza tymczasowego budowy w tymczasowe: drogi, sieci elektryczne, energetyczne, wodociągowe, klimatyzacyjne, łączność bezprzewodową, oświetlenie placu budowy, urządzenia zabezpieczające materiały i roboty przed opadami atmosferycznymi, słońcem, niskimi i wysokimi temperaturami oraz inne niezbędne urządzenia podobnego typu; koszty zużycia, konserwacji i remontów lekkiego sprzętu, przedmiotów i narzędzi, które są środkami trwałymi;

koszty bezpieczeństwa i higieny pracy, obejmujące koszty odzieży i obuwia ochronnego, środków higienicznych, sanitarnych i leczniczych, koszty wykonania niezbędnych zabezpieczeń stanowisk roboczych i miejsc wykonywania robót oraz zabezpieczenia związanych z obsługą ruchu drogowego na placu budowy, koszty przygotowania i wprowadzenia zmiany organizacji ruchu drogowego: koszty zatrudnienia pracowników zamiejscowych;

koszty zużycia wszelkich materiałów, wody i energii elektrycznej lub ciepłej na cele administracyjne i nieprodukcyjne budowy;

koszty podróży służbowych personelu budowy;

koszty uporządkowania terenu budowy po wykonaniu robót;

opłaty graniczne, cła, akcyzy i inne podatki należne za robociznę, materiały i sprzęt;

wszelkie inne nie wymienione wyżej ogólne koszty budowy, które mogą wystąpić w związku z wykonywaniem robót budowlanych zgodnie z warunkami umowy oraz przepisami technicznymi i obowiązującym prawem;

c. Ogólne koszty prowadzenia działalności przez Wykonawcę;

d. Ryzyko obciążające Wykonawcę i kalkulowany przez Wykonawcę zysk;

e. Wszystkie inne koszty, opłaty i należności, związane z wykonywaniem robót, odpowiedzialnością materialną i zobowiązaniami Wykonawcy wymienionymi lub wynikającymi ze specyfikacji technicznych, warunków umowy oraz przepisów dotyczących wykonywanych robót.

Odwołujący sporządził i załączył przy ofercie kosztorys ofertowy w formie uproszczonej ze wszystkimi wymaganymi przez zamawiającego w s.i.w.z. (rozdz. VI ust. 1 pkt 1) elementami, tj. tabela kosztorysu zawiera kolumny: liczba porządkowa, podstawa, opis pozycji, jednostka obmiarowa, ilość, cena jednostkowa oraz wartość netto.

Kosztorys ofertowy sporządzony przez odwołującego zawiera wycenę scalonych robót wszystkich pozycji przedmiarowych, tj:

- Wykonanie murawy boiska o wartości 1.140.088 zł netto
- Piłkochwyty boiska trawiastego o wartości 47.120 zł netto
- Wykonanie nawodnienia boiska o wartości 74.120,00 zł netto
- Boisko wielofunkcyjne poliuretanowe o wartości 244.308,80 zł netto
- Ścianka oporowa o wartości 64.610 zł netto
- Nawierzchnie - trakty pieszce o wartości 39.046,80 zł netto
- Ławki i kosze o wartości 29.540,00 zł netto
- Górka saneczkowa i formowanie terenu o wartości 68.000,00 zł netto
- Prace rozbiórkowe o wartości 1.500,00 zł netto
- Zasilanie elektryczne o wartości 35.000,00 zł netto
- Oświetlenie boiska trawiastego o wartości 117.450,00 zł netto
- Oświetlenie boiska poliuretanowego oraz rampy zjazdowej o wartości 70.000,00 zł netto o łącznej wartości 1.930.783,60 zł netto/ 2.374.863,83 zł netto.

Zamawiający pismem nr ZP.271.7.2018 z dnia 17 maja 2018 4. zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. podając w uzasadnieniu faktycznym co następuje: „[...] Na podstawie załączonego do oferty kosztorysu uproszczonego Zamawiający nie jest w stanie ocenić cen jednostkowych poszczególnych

robót, a tym bardziej później rozliczyć robót Również ze względu na fakt iż Zamawiający przyjął kosztorysową formę wynagrodzenia, kosztorys ofertowy nie kwalifikuje się do uzupełnienia lub poprawienia ponieważ doprowadziłoby to do wytworzenia nowej treści oferty".

Odwołujący nie podzielił argumentacji zamawiającego w tym zakresie wskazując, że w żadnym miejscu s.i.w.z., zamawiający nie żądał, żeby sporządzony przez wykonawcę kosztorys ofertowy przy obliczaniu ceny oferty musiał uwzględnić wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w przedmiarach robót. Co więcej, zamawiający nie zastrzegł nawet, że wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać w kosztorysie ofertowym zmian w stosunku do przedmiarów robót.

Odwołujący podniósł, że zamawiający ustanawiając tego rodzaju wymogi dopiero na etapie oceny ofert dopuścił się naruszenia fundamentalnych zasad w systemie prawa zamówień publicznych, o których mowa w art 7 ust. 1 ustawy P.z.p., tj. zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a nade wszystko zasady przejrzystości postępowania.

Odwołujący stwierdził, że obowiązującą formułą wynagrodzenia w tymże postępowaniu jest wynagrodzenie ryczałtowe, nie zaś wynagrodzenie kosztorysowe. Zgodnie bowiem z treścią s.i.w.z. (rozdz. XII):

— „Cena oferty musi zawierać wszystkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające wprost z dokumentów opisanych w ust 2 niniejszej s.i.w.z., jak również w niej nie ujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia. Wykonawca jest zobowiązany w cenie oferty uwzględnić także załatwienie wszelkich innych formalności dotyczących budowy i kosztów z tym związanych.

— Wykonawca musi przewidzieć wszelkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia. W związku z powyższym zamawiający zaleca sprawdzenie w terenie warunków wykonania zamówienia

— Wszystkie inne koszty, opłaty i należności, związane z wykonywaniem robót, odpowiedzialnością materialną i zobowiązaniami Wykonawcy wymienionymi lub wynikającymi ze specyfikacji technicznych, warunków umowy oraz przepisów dotyczących wykonywanych robót

— Zamawiający przyjmuje rozliczenie robót objętych ofertą na podstawie kosztorysu powykonawczego (rozliczenie kosztorysowe) z zastrzeżeniem, że wynagrodzenie Wykonawcy za całkowite wykonanie przedmiotu umowy nie może przekroczyć ceny ofertowej Wykonawcy, a co za tym idzie wartości podane/ w umowie na realizację przedmiotu zamówienia zawartej z wybranym Wykonawca.

Powyższe znalazło odzwierciedlenie także w postanowieniu § 3 ust. 1 wzoru umowy, stanowiącej załącznik nr 4 do s.i.w.z., zgodnie z którym: „Za wykonanie przedmiotu umowy, określonego w §1 niniejszej umowy, Strony ustalają wynagrodzenie zgodne z kosztorysem

ofertowym Wykonawcy z zastrzeżeniem, że wynagrodzenie Wykonawcy nie może przekroczyć kwoty określonej w ust. 2 niniejszego paragrafu

Odwołujący podniósł, że sam zamawiający zdefiniował w dokumentacji niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że oferowana przez wykonawcę cena jest ostateczna i maksymalna. Gdyby bowiem zamawiający ustalił „czyste” wynagrodzenie kosztorysowe, zapis § 3 ust 1 umowy nie zawierałaby sformułowania, że: „wynagrodzenie Wykonawcy nie może przekroczyć ceny ofertowej Wykonawcy”.

W ocenie odwołującego, sam fakt, że zamawiający jako podstawę rozliczeń przyjął kosztorys powykonawczy nie przesądza o charakterze wynagrodzenia, bowiem są to wyłącznie rozliczeniowe dokumenty pomocnicze, natomiast o istocie (charakterze) wynagrodzenia przesądzają postanowienia s.i.w.z. oraz umowy. Owszem strony ww. umowy określiły, iż wysokość wynagrodzenia zostanie ustalona na podstawie kosztorysu, jednakże z zastrzeżeniem, że wynagrodzenie nie może przekroczyć wysokości określonej kwoty.

Zamawiający oświadczeniem złożonym na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, że kosztorys złożony przez odwołującego to nie jest kosztorys uproszczony, jest to tylko jego część. Z kosztorysu tego nie można ustalić cen jednostkowych poszczególnych elementów. Stwierdził, że prowadził wiele postępowań na podstawie dokumentacji o analogicznej treści i nigdy nie zdarzyło mu się, by wykonawca nie złożył kosztorysu wg przedmiaru robót. Wskazał, że nie ma możliwości ustalenia rozliczenia robót m. in. robót, które odwołujący zamierza powierzyć podwykonawcy. Podkreślił, że kosztorys stanowi merytoryczną treść oferty. Zamawiający przyjął wynagrodzenie kosztorysowe, co wynika z zapisów s.i.w.z. oraz z postanowień wzoru umowy. Stwierdził, że w wyjaśnieniach do s.i.w.z. wskazywał, że zapłaci wynagrodzenie za roboty dodatkowe.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca TAMEX Obiekty Sportowe Spółka Akcyjna w Warszawie poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

#### **Izba ustaliła, co następuje:**

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) została przez zamawiającego opublikowana w dniu 4 kwietnia 2018 roku. Załącznikiem do s.i.w.z. był przygotowany przez zamawiającego przedmiar robót.

Wartość szacunkowa zamówienia jest niższa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p.



Zamawiający w treści s.i.w.z. (rozdz. VI ust. 1 pkt 1) żądał od wykonawców „na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia” złożenia wypełnionego i podpisanego przez upoważnione osoby formularza ofertowego z wykorzystaniem wzoru zawartego w Załączniku nr 1 do s.i.w.z. zgodnego z załączonym do oferty kosztorysem ofertowym. Kosztorys ofertowy powinien zostać sporządzony w formie uproszczonej tj. tabela kosztorysu powinna zawierać kolumny: liczba porządkowa, podstawa, opis pozycji, jednostka obmiarowa, ilość, cena jednostkowa oraz wartość netto.

Zgodnie z treścią s.i.w.z. (rozdz. XII):

1. Wykonawca określi cenę oferty netto i brutto z wyodrębnieniem podatku VAT (jeżeli występuje), w walucie polskiej, na podstawie opracowanego przez Wykonawcę kosztorysów ofertowych, za realizację całego przedmiotu zamówienia podając ją w zapisie liczbowym i słownie z dokładnością do jednego grosza (do dwóch miejsc po przecinku)
2. W celu wyliczenia ceny ofertowej należy sporządzić kalkulację sumując koszty (kosztorys ofertowy) na podstawie dokumentów dostarczonych przez zamawiającego:
  - a. Przedmiarów robót;
  - b. Dokumentacji projektowej Zamawiającego;
  - c. Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót;
  - d. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.
3. Cena oferty musi zawierać wszystkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające wprost z dokumentów opisanych w ust 2 niniejszej s.i.w.z., jak również w niej nie ujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia. Wykonawca jest zobowiązany w cenie oferty uwzględnić także załatwienie wszelkich innych formalności dotyczących budowy i kosztów z tym związanych.
4. Wykonawca musi przewidzieć wszelkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia. W związku z powyższym zamawiający zaleca sprawdzenie w terenie warunków wykonania zamówienia
5. Ceny jednostkowe w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego powinny obejmować wszystkie koszty niezbędne do wykonania prac o wymaganej jakości i w wymaganym terminie, uwzględniając:
  - a. Koszty bezpośrednie, w tym:  
koszty wszelkiej robocizny do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, obejmujące płace bezpośrednie, płace uzupełniające, koszty ubezpieczeń społecznych i podatki od płac;  
koszty materiałów podstawowych i pomocniczych do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, obejmujące również koszty transportu materiałów z miejsca ich zakupu do miejsca wbudowania lub składowania na budowie; koszty najmu wszelkiego sprzętu budowlanego,

niezbędnego do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, obejmujące również koszty dostawy sprzętu na plac budowy, jego montaż oraz demontaż po zakończeniu robót.

b. Koszty ogólne (koszty pośrednie), w tym:

koszty zatrudnienia przez Wykonawcę personelu kierowniczego, technicznego i administracyjnego budowy, obejmujące wynagrodzenie tych pracowników nie zaliczone do płac bezpośrednich, wynagrodzenie uzupełniające, koszty ubezpieczeń społecznych i podatki od wynagrodzeń;

wydatki bezosobowe, które wg Wykonawcy obciążają budowę:

koszty montażu i demontażu obiektów zaplecza tymczasowego oraz koszty amortyzacji lub zużycia tych obiektów;

koszty wyposażenia zaplecza tymczasowego budowy w tymczasowe: drogi, sieci elektryczne, energetyczne, wodociągowe, klimatyzacyjne, łączność bezprzewodową, oświetlenie placu budowy, urządzenia zabezpieczające materiały i roboty przed opadami atmosferycznymi, słońcem, niskimi i wysokimi temperaturami oraz inne niezbędne urządzenia podobnego typu; koszty zużycia, konserwacji i remontów lekkiego sprzętu, przedmiotów i narzędzi, które są środkami trwałymi;

koszty bezpieczeństwa i higieny pracy, obejmujące koszty odzieży i obuwia ochronnego, środków higienicznych, sanitarnych i leczniczych, koszty wykonania niezbędnych zabezpieczeń stanowisk roboczych i miejsc wykonywania robót oraz zabezpieczenia związanych z obsługą ruchu drogowego na placu budowy, koszty przygotowania i wprowadzenia zmiany organizacji ruchu drogowego: koszty zatrudnienia pracowników zamiejscowych;

koszty zużycia wszelkich materiałów, wody i energii elektrycznej lub ciepłej na cele administracyjne i nieprodukcyjne budowy;

koszty podróży służbowych personelu budowy;

koszty uporządkowania terenu budowy po wykonaniu robót;

opłaty graniczne, cła, akcyzy i inne podatki należne za robociznę, materiały i sprzęt;

wszelkie inne nie wymienione wyżej ogólne koszty budowy, które mogą wystąpić w związku z wykonywaniem robót budowlanych zgodnie z warunkami umowy oraz przepisami technicznymi i obowiązującym prawem;

c. Ogólne koszty prowadzenia działalności przez Wykonawcę;

d. Ryzyko obciążające Wykonawcę i kalkulowany przez Wykonawcę zysk;

e. Wszystkie inne koszty, opłaty i należności, związane z wykonywaniem robót, odpowiedzialnością materialną i zobowiązaniami Wykonawcy wymienionymi lub wynikającymi ze specyfikacji technicznych, warunków umowy oraz przepisów dotyczących wykonywanych robót.

— Wszystkie inne koszty, opłaty i należności, związane z wykonywaniem robót, odpowiedzialnością materialną i zobowiązaniami Wykonawcy wymienionymi lub wynikającymi ze specyfikacji technicznych, warunków umowy oraz przepisów dotyczących wykonywanych robót

8. Zamawiający przyjmuje rozliczenie robót objętych ofertą na podstawie kosztorysu powykonawczego (rozliczenie kosztorysowe) z zastrzeżeniem, że wynagrodzenie Wykonawcy za całkowite wykonanie przedmiotu umowy nie może przekroczyć ceny ofertowej Wykonawcy, a co za tym idzie wartości podane w umowie na realizację przedmiotu zamówienia zawartej z wybranym Wykonawcą.

Zgodnie z § 3 ust. 1 wzoru umowy, stanowiącej załącznik nr 4 do s.i.w.z., „Za wykonanie przedmiotu umowy, określonego w § 1 niniejszej umowy, Strony ustalają wynagrodzenie zgodne z kosztorysem ofertowym Wykonawcy z zastrzeżeniem, że wynagrodzenie Wykonawcy nie może przekroczyć kwoty określonej w ust. 2 niniejszego paragrafu.

Odwołujący sporządził i załączył przy ofercie dokument następującej treści:

#### KOSZTORYS UPROSZCZONY

„Budowa boiska do piłki nożnej wraz z nawodnieniem i oświetleniem i infrastruktura towarzyszącą w Błachowni”

L.P.	PODSTAWA	OPIS POZYCJI	J.M.	ILOŚĆ	CENA JEDN.	WARTOŚĆ NETTO
1	kalkulacja własna	WYKONANIE MURAWY BOISKA	m2	6868	166,00 PLN	1 140 088,00 PLN
2	kalkulacja własna	PIŁKOCHWYTY DO BOISKA TRAWIASTEGO	mb	124	380,00 PLN	47 120,00 PLN
3	kalkulacja własna	WYKONANIE NAWODNIENIA BOISKA	kpl	1	74 120,00 PLN	74 120,00 PLN
4	kalkulacja własna	BOISKO WIELOFUNKCYJNE POLIURETANOWE	m2	1072	227,90 PLN	244 308,80 PLN
5	kalkulacja własna	ŚCIANKA OPOROWA	mb	99,4	650,00 PLN	64 610,00 PLN
6	kalkulacja własna	NAWIERZCHNIE - TRAKTY PIESZE	m2	750,9	52,00 PLN	39 046,80 PLN
7	kalkulacja	ŁAWKI I KOSZE			29 540,00 PLN	29 540,00 PLN
8	kalkulacja własna	GÓRKA SANECZKOWA I FORMOWANIE TERENIJ			68 000,00 PLN	68 000,00 PLN

9	kalkulacja własna	PRACE ROZBIÓRKOWE			1 500,00 PLN	1 500,00 PLN
10	kalkulacja własna	ZASILANIE ELEKTRYCZNE			35 000,00 PLN	35 000,00 PLN
11	kalkulacja własna	OŚWIETLENIE BOISKA TRAWIASTEGO			117 450,00 PLN	117 450,00 PLN
12	kalkulacja własna	OŚWIETLENIE BOISKA POLIURETANOWEGO ORAZ RAMPY ZAZDOWE			70 000,00 PLN	70 000,00 PLN
Wartość kosztorysowa robót bez podatku VAT						1 930 783,60 PLN
Podatek VAT						444 080,23 PLN
Ogółem wartość kosztorysowa robót						2 374 863,83 PLN

Zamawiający pismem nr ZP.271.7.2018 z dnia 17 maja 2018 4. zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. podając w uzasadnieniu faktycznym: „[...] Na podstawie załączonego do oferty kosztorysu uproszczonego zamawiający nie jest w stanie ocenić cen jednostkowych poszczególnych robót, a tym bardziej później rozliczyć robót. Również ze względu na fakt, iż Zamawiający przyjął kosztorysową formę wynagrodzenia, kosztorys ofertowy nie kwalifikuje się do uzupełnienia lub poprawienia ponieważ doprowadziłoby to do wytworzenia nowej treści oferty”.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Istotą podniesionych zarzutów było twierdzenie odwołującego, iż wynagrodzenie w niniejszym postępowaniu nie było wynagrodzeniem kosztorysowym, jak to wskazane było w s.i.w.z., ale wynagrodzeniem ryczałtowym, w związku z czym wymagany przez zamawiającego kosztorys pełnił rolę wyłącznie informacyjną, niemającą wpływu na merytoryczną ocenę oferty. Argumentem przemawiającym w ocenie odwołującego za takim stanowiskiem było zastrzeżenie, że wynagrodzenie wykonawcy nie może przekroczyć ceny wskazanej w ofercie wykonawcy.

Dokonując oceny zasadności podniesionych zarzutów wskazać należy, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia w przedmiotowym postępowaniu została przez zamawiającego opublikowana w dniu 4 kwietnia 2018 roku. W związku z tym, że szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia określona została poniżej wysokości kwot określonych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p., odwołującemu – stosownie do treści art. 180 ust. 2 P.z.p. – nie przysługiwało odwołanie na treść s.i.w.z. w zakresie wskazanego charakteru wynagrodzenia, niemniej jednak, o ile nie zgadzał się z tą częścią s.i.w.z., był uprawniony – w myśl art. 181 ust. 1 ustawy P.z.p. – w terminie przewidzianym do wniesienia odwołania, do poinformowania zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego lub zaniechaniu czynności, do której jest on zobowiązany na podstawie ustawy, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2. Stosownie do art. 181 ust. 2 ustawy P.z.p., w przypadku uznania zasadności przekazanej informacji, zamawiający powtarza czynność albo dokonuje czynności zaniechanej, informując o tym wykonawców w sposób przewidziany w ustawie dla tej czynności.

W toku postępowania odwoławczego Izba nie stwierdziła, by odwołujący informował zamawiającego o nieprawidłowym określeniu charakteru wynagrodzenia przysługującego wykonawcy. Odwołujący nie zadał również pytań do treści s.i.w.z.. Słusznie wprowadzić podnosił odwołujący na rozprawie, że zadawanie pytań do s.i.w.z. jest jego uprawnieniem, nie zaś obowiązkiem, niemniej jednak nie oznacza to, że jest on tym samym uprawniony do dowolnej interpretacji postanowień s.i.w.z.

Ogólnie wskazać tu należy, iż specyfikacja istotnych warunków zamówienia, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Jak wskazuje art. 70<sup>1</sup> § 3 Kodeksu cywilnego, jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że – obok ogłoszenia – zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji, to s.i.w.z. należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie s.i.w.z. jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w s.i.w.z. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm s.i.w.z., jej postanowienia winny być sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe podkreślić należy, że postanowienia s.i.w.z. w przedmiotowym postępowaniu, wobec braku jakichkolwiek prób ze strony odwołującego do dokonania ich zmiany, stały się obowiązujące dla zamawiającego, a z momentem złożenia oferty – również dla odwołującego. Podnoszenie w odwołaniu nieprawidłowości co do treści s.i.w.z. należy zatem uznać za spóźnione.

Powyższe dotyczy zarówno argumentów dotyczących charakteru wynagrodzenia w przedmiotowym postępowaniu, jak i zawartego w s.i.w.z. stwierdzenia, iż zamawiający wymaga kosztorysu na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Wskazać jednak należy, iż stwierdzenie to, mimo że nieprawidłowe, nie powinno być wprowadzać w błąd wykonawców z uwagi na inne zapisy s.i.w.z., które nie pozostawiały wątpliwości co do charakteru i funkcji żądanego kosztorysu. I tak w rozdz. XII ust. 1 wskazano, że wykonawca określi cenę oferty na podstawie opracowanego przez wykonawcę kosztorysu ofertowego; zgodnie z ust. 2, kosztorys ofertowy ma być sporządzony w celu wyliczenia ceny ofertowej, w myśl ust. 8, zamawiający przyjmuje rozliczenie robót objętych ofertą na podstawie kosztorysu wykonawczego, wreszcie – zgodnie z § 3 ust. 1 wzoru umowy, za wykonanie przedmiotu umowy strony ustalają wynagrodzenie zgodne z kosztorysem ofertowym.

Podkreślenia wymaga, że przepisy ustawy P.z.p. regulujące umowę o roboty budowlane nie wskazują żadnych szczególnych sposobów ustalenia wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy. Takowe regulacje zawarte są natomiast w art. 628 – 632 K.c., przy czym powyższe przepisy są zawarte w części Kodeksu cywilnego regulującej umowę o dzieło i tym samym mają zastosowanie do tego typu umów. Tym niemniej w judykaturze (*vide*: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 lutego 2011 roku, III CSK 143/10, LEX nr 785535 i orzeczenia powołane w uzasadnieniu tego wyroku) trafnie przyjmuje się, że przepisy te mogą mieć zastosowania w drodze analogii do umowy o roboty budowlane i stanowić podstawę do modyfikacji wynagrodzenia wykonawcy.

Ustawodawca w tym zakresie w zasadzie przewiduje dwa rodzaje wynagrodzenia, to jest wynagrodzenie kosztorysowe (o którym mowa w art. 630 K.c.) i wynagrodzenie ryczałtowe (przewidziane w art. 632 K.c.). Zaznaczyć jednak trzeba, że strony w ramach zasady swobody umowy mogą ukształtować w odmienny sposób zasady ustalenia wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane.

W okolicznościach niniejszej sprawy uzasadniony jest wniosek, że wynagrodzenie przewidziane w przedmiotowym postępowaniu zostało ustalone w sposób mieszany, łącząc elementy wynagrodzenia kosztorysowego i wynagrodzenia ryczałtowego. Z jednej strony w s.i.w.z. wynagrodzenie zostało określone kwotowo jako maksymalna wartość świadczenia należnego wykonawcy za wykonanie całego przedmiotu zamówienia. Z drugiej strony wysokość powyższego wynagrodzenia miała zostać ustalona na podstawie oferty wykonawcy

i dołączonego do niej kosztorysu obejmującego wykaz planowanych prac i ceny tych jednostkowych prac na podstawie przedmiaru prac przygotowanego przez zamawiającego.

Tym samym nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko odwołującego, iż wymagany w postępowaniu kosztorys miał spełniać jedynie rolę informacyjną. Funkcja kosztorysu została ściśle określona w przywołanych wyżej postanowieniach s.i.w.z.

Brak jest również podstaw do zaakceptowania stanowiska, iż przygotowany przez odwołującego kosztorys spełnia wymogi określone w s.i.w.z. Odwołujący podnosił, iż wymagany kosztorys miał zawierać jedynie kolumny wskazane w rozdz. VI ust. 1 pkt 1 s.i.w.z., tj.: liczbę porządkową, podstawę, opis pozycji, jednostkę obmiarową, ilość, cenę jednostkową oraz wartość netto.

Ze stanowiskiem odwołującego nie sposób się zgodzić. Zasady sporządzenia kosztorysu zostały określone nie tylko w rozdz. VI ust. 1 pkt 1 s.i.w.z., ale także w rozdz. XII ust. 1 – 5. Wskazane postanowienia s.i.w.z. nie są wobec siebie sprzeczne, ale wzajemnie się uzupełniają. Odwołujący, jako uczestnik postępowania i jednocześnie profesjonalista działający na rynku zamówień publicznych, przy sporządzaniu kosztorysu winien był uwzględnić wszystkie wymogi s.i.w.z. w tym zakresie, nie zaś stosować je wybiórczo. Specyfikacja wraz z załącznikami stanowi podstawowy dokument w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i wszystkie jej postanowienia – jak to już wyżej podkreślono – są obowiązujące zarówno wobec zamawiającego, jak i każdego wykonawcy.

W szczególności zwrócić należy uwagę na treść postanowienia zawartego w rozdz. XII ust. 2 s.i.w.z., z którego wynika, że kosztorys ofertowy powinien zostać sporządzony na podstawie dokumentów przygotowanych przez zamawiającego, w tym:

- a. Przedmiarów robót;
- b. Dokumentacji projektowej Zamawiającego;
- c. Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót;
- d. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Powyższy zapis przeczy twierdzeniom odwołującego, jakoby wykonawcy nie byli obowiązani sporządzić kosztorysu na podstawie przedmiarów robót. Odwołujący podnosił, iż w żadnym miejscu s.i.w.z. zamawiający nie zawarł wymogu, że kosztorys ofertowy ma literalnie odpowiadać treści przedmiarów, jak również, że wykonawcy nie mogą wprowadzać do przedmiaru żadnych zmian. Argumentacja odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający wyraźnie wskazał, że – po pierwsze – kosztorys ma być przygotowany na podstawie przedmiarów robót, a po drugie – wskazał w s.i.w.z., jaką funkcję ma ów kosztorys pełnić, o czym była mowa wyżej. Takie postanowienia powinny być jasne dla każdego przedsiębiorcy działającego w danej branży i biorącego udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Wymóg, by zamawiający wpisywał do s.i.w.z. dodatkowe zastrzeżenia, iż treść kosztorysu ma odpowiadać treści przedmiarów, należy uznać ze

niezasadny. Zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy P.z.p., treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co oznacza, że wykonawca nie może jej samodzielnie zmieniać i interpretować w taki sposób, który tylko jemu odpowiada i jest sprzeczny z jej literalną treścią.

Podkreślenia wymaga, iż przy interpretowaniu s.i.w.z. należy co do zasady stosować literalną wykładnię jej treści (wykładnia obiektywna), co nie oznacza jednak wcale, iż bez znaczenia w procesie interpretacji pozostają zamiar i cel zamawiającego (wykładnia subiektywna). Wobec tego przy wykładni znaczenia postanowień s.i.w.z. należy - co oczywiste - kierować się zwykłym znaczeniem słów, wyrażeń i zwrotów przy użyciu reguł gramatycznych, znaczeniowych i logicznych. Niezależnie jednak od rezultatów interpretacji językowej, s.i.w.z. należy zawsze poddać jeszcze jednej fazie wykładni, o której odwołujący zdaje się zapominać. Nieodłącznym i koniecznym etapem egzegezy tekstów prawnych jest bowiem także wykładnia celowościowa. W przypadku s.i.w.z. interpretacja ta musi być związana z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalna, a przede wszystkim zgodna z intencjami zamawiającego, wynikającymi wprost z całokształtu materiałów postępowania o udzielenie zamówienia (tak m.in.: wyrok KIO z dnia 12 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 2784/14).

Tym samym Izba uznała, że zamawiający zasadnie odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 ust. 2 ustawy P.z.p., tzn. z powodu niezgodności jej treści z treścią s.i.w.z.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby (patrz np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 maja 2014 roku, sygn. akt KIO 796/14, z dnia 29 kwietnia 2014 roku, sygn. akt KIO 693/14). Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu, wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z s.i.w.z. musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny, dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w s.i.w.z. oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami s.i.w.z. (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w s.i.w.z.); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami s.i.w.z.



Fakt niezłożenia kosztorysu zawierającego wszystkie wymagane przez zamawiającego treści sprawia, iż oferta odwołującego nie odpowiada wymogom s.i.w.z. w sposób wskazany wyżej, co powoduje, że decyzję zamawiającego w kwestii jej odrzucenia należy uznać za słuszną.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....