

Sygn. akt: KIO 863/23

WYROK
z dnia 12 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2023 r. przez wykonawcę **Strabag Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta, ul. Senatorska 29/31, 00-099 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „Kartel” S.A., ul. Przemysłowa 8, 28-300 Jędrzejów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione przez Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Miasto Stołeczne Warszawa – Stołeczny Zarząd Rozbudowy Miasta (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Rozbudowa i modernizacja budynków SOSW dla Dzieci Słabowidzących nr 8 w Warszawie wraz z zagospodarowaniem terenu”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 listopada 2022 r. pod numerem 2022/S 228-654308.

W dniu 27 marca 2023 r. wykonawca Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego Kartel S.A. z siedzibą w Jędrzejowie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budownictwo Ogólnego Kartel S.A., mimo że jej treść pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia, jak również zawiera ona błędy w obliczeniu ceny, w zakresie w szczególności:

1.1. braku uwzględnienia w ofercie wymaganych przez dokumentację projektową robót polegających na renowacji cokołu ze szlifowanego lastryko oraz renowacji gzymsów,

1.2. braku uwzględnienia w ofercie wymaganych przez dokumentację projektową robót polegających na wykonaniu drabiny zewnętrznej dla budynku Internatu i Sali sportowej oraz budynku szkoły,

1.3. braku uwzględnienia w ofercie wymaganych przez Zamawiającego robót polegających na wykonaniu izolacji akustycznej w pomieszczeniu wentylatorni (wg branży architektonicznej),

1.4. braku uwzględnienia w ofercie wymaganych przez dokumentację projektową robót polegających na wykonaniu ścianek giszetowych HPL przewidzianych do wykonania na II Etapie inwestycji,

1.5. braku uwzględnienia w ofercie wymaganych przez dokumentację projektową w ramach wentylacji i klimatyzacji przewidzianych do wykonania na I Etapie oraz II Etapie inwestycji robót polegających na wykonaniu izolacji przewodów wentylacyjnych wełną mineralną gr. 30 mm i gr. 50 mm,

1.6. braku uwzględnienia w ofercie wymaganych przez dokumentację projektową w ramach wentylacji i klimatyzacji przewidzianych do wykonania na I Etapie oraz II Etapie inwestycji robót polegających na wykonaniu kanałów wentylacyjnych dla klatki schodowej nr 2 o wymaganej klasie odporności ogniowej EI60,

1.7. braku uwzględnienia w ofercie wymaganych przez dokumentację projektową w ramach instalacji centralnego ogrzewania przewidzianych do wykonania na II Etapie inwestycji robót polegających na wykonaniu rurociągów o śr. 20 mm w ilości 738,7 mb i śr. 25 mm w ilości 304,2 mb.

Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania,
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania, a także dowodów opisanych w odwołaniu oraz dowodów powołanych i przedłożonych na rozprawie,
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego Kartel S.A. jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu,
- nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Kartel S.A.,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Powołując się na postanowienia dokumentów postępowania Odwołujący zauważył, że zgodnie z postanowieniami dokumentacji przetargowej:

- treść oferty musi odpowiadać treści SWZ (*vide* rozdział VIII pkt 2 ppkt 2.2. SWZ),
- treść SWZ, w tym PPU, określa OPZ, zaś szczegółowy zakres Przedmiotu zamówienia (Przedmiotu Umowy) określają dokumenty wskazane w rozdziale III pkt 3 SWZ (§ 1 ust. 3 PPU), przy czym przedmiar robót ma jedynie charakter informacyjny (pomocniczy),

- złożona oferta oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia określonego w dokumentach zamówienia, w tym w SWZ, zgodnie z warunkami określonymi przez Zamawiającego (vide pkt 1 załącznika nr 1 do SWZ pn. „Oferta”),

- kosztorys ofertowy sporządzony metodą uproszczoną stanowi integralną część oferty (vide rozdział VIII pkt 1 ppkt 1.5. SWZ oraz pkt 4 l.p. 7 tabeli w Załączniku nr 1 do SWZ pn. „Oferta”),

- cena wynikająca z kosztorysu ofertowego (oferty), obejmuje cenę za wykonanie całego przedmiotu zamówienia oraz wszystkie inne wydatki nie uwzględnione przez Zamawiającego, a niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia na warunkach określonych w PPU (vide rozdział XV pkt 6 SWZ),

- ceny jednostkowe w kosztorysach ofertowych sporządzonych metodą uproszczoną winny zawierać: stawkę r-g; ceny materiałów wraz z kosztami zakupu, ceny sprzętu, koszty pośrednie liczone od R+S oraz zysk liczony od (R+S+Kp) (vide rozdział XV pkt 7 SWZ),

tym samym:

i. kosztorys ofertowy składany wraz z ofertą jest wiążącym oświadczeniem wykonawcy (co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO wskazanym w odwołaniu),

ii. wykonawca winien uwzględnić w kosztorysie pełen zakres robót wymaganych przez Zamawiającego, a wynikający z treści SWZ wraz z załącznikami, w szczególności dokumentacji projektowej.

Odwołujący podniósł, że niezależnie od przyjętego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego modelu należnego wykonawcy wynagrodzenia żaden przepis ustawy Pzp nie zwalnia Zamawiającego z obowiązku weryfikacji poprawności obliczenia ceny oferty, zwłaszcza w przypadkach, w których wykonawcy zobligowani są do przedstawienia dokumentów stanowiących podstawę wyliczenia ceny oferty. Odwołujący wskazał, że ustalenie ryczałtowego wynagrodzenia nie wyłącza uprawnienia Zamawiającego w zakresie badania kosztorysów ofertowych, co potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. wyroki z dnia 28 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1101/10, z dnia 10 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 179, z dnia 16 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2392/12, KIO 2410/12, z dnia 12 grudnia 2012 r., sygn. akt KIO 2611/12, z dnia 30 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 67/13, 70/13, 72/13, z dnia 27 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 50/14, z dnia 17 marca 2015 r., sygn. akt KIO 420/15, z dnia 21 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1455/15, KIO 2702/15; KIO 2724/15, z dnia 24 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2389/17, z dnia 10.07.2019 r., sygn. akt KIO 1205/19.

Odwołujący zwrócił uwagę, że poprzednio obowiązujący art. 88 ustawy Pzp, zgodnie z którym przyjmowało się, że cena o charakterze ryczałtowym jest prawidłowa bez względu na sposób jej obliczenia, został uchylony już w 2008 r. Brak również jego odpowiednika w aktualnie obowiązującej ustawie Pzp. Z powyższego Odwołujący wywiódł, że Zamawiający zobligowany jest w obecnym stanie prawnym do badania ofert na równych zasadach, niezależnie od sposobu obliczenia ceny oraz sposobu obliczenia wynagrodzenia wykonawcy, gdyż po uchyleniu ww. przepisu ustawa Pzp w poprzednim brzmieniu oraz obecnie obowiązującym nie wyprowadza już w tym zakresie żadnych domniemań (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 16 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2392/12, KIO 2410/12).

Dokonując analizy art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez pryzmat definicji warunków zamówienia zawartej w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp Odwołujący przyjął, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, jeżeli jest niezgodna z warunkami, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikającymi w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy o zamówienie publiczne. Odwołujący zauważył, że dla zastosowania podstawy odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie niezgodność pomiędzy ofertą wykonawcy a warunkami zamówienia polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia. Odwołujący stwierdził, że pominięcie w kosztorysie ofertowym wymaganych robót wynikających z treści SWZ wraz z załącznikami, stanowi o niezgodności oferty z warunkami zamówienia.

BRANŻA BUDOWLANA

1.1. Brak jest w ofercie Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego Kartel S.A. uwzględnienia wymaganych przez dokumentację projektową robót polegających na renowacji cokołu ze szlifowanego lastryko oraz renowacji gzymsów zarówno w etapie I jak i w etapie II.

Jak zauważył Odwołujący, ww. roboty zostały w sposób wyraźny i jednoznaczny ustalone przez Zamawiającego w warunkach zamówienia. Zgodnie z dokumentacją projektową, w szczególności projektem wykonawczym architektury (str. 24) oraz przedstawionym w nim Opisie PW_I_A_Opis (wycinek poniżej) – w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia należy wykonać roboty polegające na renowacji cokołu ze szlifowanego lastryko oraz renowacji gzymsów. Roboty te zostały uwzględnione w ofercie Odwołującego. Odwołujący wskazał, że z uwagi na nietypowy charakter ww. robót, nie

sposób nie wykazać ich wprost w kosztorysie ofertowym sporządzanym metodą uproszczoną.

1.2. Brak uwzględnienia w ofercie Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego Kartel S.A. wymaganych przez dokumentację projektową robót polegających na wykonaniu drabiny zewnętrznej dla budynku Internatu i Sali sportowej oraz budynku szkoły.

Odwołujący podał, że ww. roboty zostały w sposób wyraźny i jednoznaczny ustalone przez Zamawiającego w warunkach zamówienia. Zgodnie z dokumentacją projektową, w szczególności projektem wykonawczym oraz przedstawionymi w nim Rys. Rzut I Piętra, nr Rys. PW_I_A.1.03, Rys. rzut IV Piętra, nr Rys. PW_I_A.1.06, Rys. Rzut Dachy, nr Rys. PW_I_A.1.05 – w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia należy wykonać drabiny zewnętrzne dla budynku Internatu i budynku Sali sportowej oraz szkoły. Roboty te zostały uwzględnione w ofercie Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego, z uwagi na charakter ww. robót nie sposób nie wskazać ich wprost w kosztorysie ofertowym sporządzanym metodą uproszczoną. W ocenie Odwołującego, ww. roboty powinny być ujęte w ofercie Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego Kartel S.A. jako pozycja dodatkowa z zakresu robót kowalsko - ślusarskich, z uwagi na jej brak w przedmiarze Zamawiającego.

1.3. Brak uwzględnienia w ofercie Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego Kartel S.A. wymaganych przez SWZ robót polegających na wykonaniu izolacji akustycznej w pomieszczeniu wentylatorni (wg branży architektonicznej).

Jak podał Odwołujący, ww. roboty zostały w sposób wyraźny i jednoznaczny ustalone przez Zamawiającego w warunkach zamówienia. Zgodnie z dokumentacją projektową, w szczególności opisem do projektu wykonawczego instalacji wentylacji i klimatyzacji nr dokumentu: „PW-I- IS-WM Opis” i „PW-II-IS-WM” (str. 23) – w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia należy wykonać izolację akustyczną w pomieszczeniu wentylatorni (wg branży architektonicznej). Roboty te zostały ujęte w ofercie Odwołującego.

1.4. Brak uwzględnienia w ofercie Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego Kartel S.A. wymaganych przez dokumentację projektową robót polegających na wykonaniu ścianek giszetowych HPL przewidzianych do wykonania na II Etapie inwestycji.

Odwołujący wskazał, że ww. roboty zostały w sposób wyraźny i jednoznaczny ustalone przez Zamawiającego w warunkach zamówienia. Zgodnie z dokumentacją projektową, w szczególności projektem wykonawczym przedstawionym w nim Rys. PW_II_A.5.09, PW_II_A.5.10, PW_II_A.5.11 (w aktach postępowania) – w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia należy wykonać roboty polegające na wykonaniu ścianek

gisetowych HPL przewidzianych do wykonania na II Etapie inwestycji. Powyższe roboty zostały uwzględnione w ofercie Odwołującego.

BRANŻA SANITARNA

1.5. Brak uwzględnienia w ofercie Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego Kartel S.A. wymaganych przez dokumentację projektową w ramach wentylacji i klimatyzacji przewidzianych do wykonania na I Etapie oraz II Etapie inwestycji robót polegających na wykonaniu izolacji przewodów wentylacyjnych wełną mineralną gr. 30 mm i gr. 50 mm.

Ww. roboty zostały w sposób wyraźny i jednoznaczny ustalone przez Zamawiającego w warunkach zamówienia.

Zgodnie z dokumentacją projektową, w szczególności projektem wykonawczym instalacji wentylacji i klimatyzacji nr dokumentu: „PW-I- IS-WM Opis” i „PW-II-ISWM” (str. 22) (w aktach Postępowania) – w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia należy wykonać w zakresie wentylacji i klimatyzacji przewidzianych do wykonania na I Etapie oraz II Etapie inwestycji robót polegających na wykonaniu izolacji przewodów wentylacyjnych wełną mineralną gr. 30 mm i gr. 50 mm. Powyższe roboty zostały uwzględnione w ofercie Odwołującego.

1.6. Brak uwzględnienia w ofercie Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego Kartel S.A. wymaganych przez dokumentację projektową w ramach wentylacji i klimatyzacji przewidzianych do wykonania na I Etapie oraz II Etapie inwestycji robót polegających na wykonaniu kanałów wentylacyjnych dla klatki schodowej nr 2 o wymaganej klasie odporności ogniowej EI60.

Odwołujący zaznaczył, że ww. roboty zostały w sposób wyraźny i jednoznaczny ustalone przez Zamawiającego w warunkach zamówienia.

Zgodnie z dokumentacją projektową, w szczególności projektem wykonawczym - załącznikiem nr 4 do projektu instalacji wentylacji i klimatyzacji (Etap I - strona 14, Etap II- strona 12) (w aktach postępowania) – w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia należy wykonać w zakresie wentylacji i klimatyzacji przewidzianych do wykonania na I Etapie oraz II Etapie inwestycji robót polegających na wykonaniu kanałów wentylacyjnych dla klatki schodowej nr 2 o wymaganej klasie odporności ogniowej EI60. Powyższe roboty zostały uwzględnione w ofercie Odwołującego.

1.7. Brak uwzględnienia w ofercie Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego Kartel S.A. wymaganych przez dokumentację projektową w ramach instalacji centralnego ogrzewania

przewidzianych do wykonania na II Etapie inwestycji robót polegających na wykonaniu rurociągów o śr. 20 mm w ilości 738,7 mb i śr. 25 mm w ilości 304,2 mb.

Odwołujący wskazał, że ww. roboty zostały w sposób wyraźny i jednoznaczny ustalone przez Zamawiającego w warunkach zamówienia. Zgodnie z dokumentacją projektową, w szczególności projektem wykonawczym instalacji co – zestawienie materiałów załącznik 3 (w aktach Postępowania) – w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia należy wykonać w zakresie instalacji centralnego ogrzewania przewidzianych do wykonania na II Etapie inwestycji robót polegających na wykonaniu rurociągów o śr. 20 mm w ilości 738,7 mb i śr. 25 mm w ilości 304,2 mb. Powyższe roboty zostały uwzględnione w ofercie Odwołującego. Zdaniem Odwołującego, z uwagi na oczywisty charakter robót wynikający wprost z zestawienia materiałów zawartego w dokumentacji projektowej nie sposób nie wskazać ich wprost w kosztorysie ofertowym sporządzanym metodą uproszczoną - ww. roboty powinny być ujęte w ofercie Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego Kartel S.A. w poz. kosztorysu ofertowego jako roboty podstawowe w ramach robót z zakresu instalacji co.

Mając na uwadze powyższe braki w ofercie Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego Kartel S.A. Odwołujący uznał ww. ofertę w przedmiotowym zakresie za merytorycznie niezgodną z wymaganiami zamówienia, co zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp oznacza konieczność odrzucenia ww. oferty. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 września 2021 r., sygn. akt KIO 2520/21.

Odwołujący stwierdził ponadto, że w przedmiotowym zakresie należy także kwalifikować wskazane elementy stanu faktycznego jako błąd w obliczeniu ceny popełniony przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Kartel S.A. Odwołujący wskazał, że skoro Zamawiający wymagał wyceny całego zamówienia, a zatem wszystkich elementów wynikających z SWZ wraz z załącznikami, to brak ujęcia wymaganych elementów tego zamówienia powoduje również błąd w obliczeniu ceny zaoferowanej w ofercie Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego Kartel S.A. (kosztorysie ofertowym). Zdaniem Odwołującego, taki błąd nie podlega poprawieniu w dozwolonych ustawą Pzp trybach, a zgodnie z regulacją art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp stanowi podstawę do odrzucenia oferty. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2020 r., KIO 97/20.

Jak zauważył Odwołujący, skoro ofertą jest formularz ofertowy, a kosztorys ofertowy jest integralną częścią oferty, stwierdzenie, iż kosztorys ofertowy jest niezgodny z warunkami zamówienia, a także zawiera błędy w obliczeniu ceny, powinno skutkować odrzuceniem oferty. Odwołujący zaznaczył, że punktem wyjścia dla stwierdzenia wady oferty jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w danym postępowaniu, która powinna być rozumiana w sposób ścisły, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności

i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert. Odwołujący podkreślił, że Zamawiający jednoznacznie wskazał, że przedmiar robót ma wyłącznie charakter informacyjny, a szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia wynika jednoznacznie i wyraźnie ze wskazanych dokumentów w treści SWZ. Zapisy SWZ w tym zakresie nie powinny skutkować odmienną oceną poszczególnych ryzyk przez wykonawców. W ocenie Odwołującego, oferty, które wpłynęły, są *de facto* nieporównywalne. Zgodnie zaś z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców w zgodności z przepisami ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Kartel S.A.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestnika postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt III ppkt 2 SWZ przedmiot zamówienia obejmuje w szczególności wykonanie robót budowlanych zgodnie z zatwierdzonym projektem budowlanym oraz projektami wykonawczymi, w tym:

- 1) przygotowanie terenu pod budowę, m.in.: zagospodarowania placu budowy, elementów organizacji ruchu drogowego, wycinki drzew i krzewów oraz zabezpieczenia pozostałej zieleni, ogrodzenia placu budowy;
- 2) przeprowadzenie badań archeologicznych;

- 3) wykonanie prac rozbiórkowych, wyburzeniowych oraz demontaży instalacji, sieci i urządzeń w obiekcie i terenie, w tym rozbiórka istniejącego łącznika oraz nawierzchni i ogrodzenia;
- 4) budowa łącznika i sali gimnastycznej;
- 5) wykonanie odgrzybiania pomieszczeń;
- 6) przebudowa wraz z remontem budynku internatu wraz z wykonaniem nowych instalacji sanitarnych, elektrycznych i teletechnicznych;
- 7) modernizacja węzła cieplnego;
- 8) przebudowa wraz z remontem budynku szkoły wraz z wykonaniem nowych instalacji sanitarnych, elektrycznych i teletechnicznych;
- 9) wykonanie prac związanych z zagospodarowaniem terenu obejmującym budowę ogrodzenia, powierzchni utwardzonych, renowacji i wykonaniem murków oporowych, wiat śmietnikowych, elementów małej architektury;
- 10) czyszczenie wraz z renowacją elewacji zewnętrznej obiektu;
- 11) przebudowa przyłączy wodociągowych, kanalizacji sanitarnej i kanalizacji deszczowej wraz ze zbiornikami retencyjnymi; przyłącza teletechnicznego oraz wykonanie zewnętrznych linii zasilających;
- 12) remont kanału technologicznego;
- 13) przebudowa i modernizacja placu zabaw oraz boiska szkolnego;
- 14) wykonanie zieleni.

SWZ w pkt III ppkt 3 stanowi, że szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia określają nw. dokumenty:

- 1) Decyzja nr 458/Ś/2020 zatwierdzająca projekt budowlany i udzielająca pozwolenia na wykonanie robót budowlanych;
- 2) Decyzja Mazowieckiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków WA.5152.30.36.2020.JG z dnia 14.07.2020 r. zezwalająca na prowadzenie robót budowlanych na obszarze zabytku archeologicznego (wraz z decyzją z dnia 30.06.2022 r. ze zmianą terminu ważności);
- 3) Decyzja Mazowieckiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków WA.5161.34.34.2020 z dnia 14.08.2020 r. orzekająca przeprowadzenie badań archeologicznych;
- 4) Projekt budowlany rozbudowy o nowe skrzydło dla funkcji sportowych i przebudowy istniejącego budynku SOSW wraz z zagospodarowaniem terenu i niezbędną infrastrukturą

techniczną w ramach zadania pod nazwą „Rozbudowa i modernizacja budynków Specjalnego Ośrodka Szkolno-Wychowawczego dla Dzieci Słabowidzących nr 8 przy ul. Koźmińskiej 7 wraz z zagospodarowaniem terenu”;

5) Projekt budowlany przyłączy zewnętrznych – przyłącza wodociągowe, kanalizacji sanitarnej i kanalizacji deszczowej;

6) Projekty wykonawcze – Etap I, II i III;

7) Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót (STWiOR) – Etap I, II i III;

8) Przedmiary robót jako materiał informacyjny – Etap I, II i III. Zgodnie z pkt VIII ppkt 1.5 Ofertę stanowią m.in. kosztorysy ofertowe (sporządzone zgodnie z postanowieniami SWZ).

W pkt XV SWZ Opis sposobu obliczenia ceny oferty oraz informacja dotycząca walut obcych Zamawiający wskazał:

„1. Oferta powinna zawierać propozycję ceny brutto, tj. obliczonej w sposób określony w ust. 2-7 i powiększonej o podatek VAT wyliczony według stawki wynikającej z przepisów obowiązujących w tym zakresie.

2. Podstawą obliczenia ceny, będą kosztorysy opracowane przez Wykonawcę.

3. Przedmiary robót opracowane przez Zamawiającego i przekazane Wykonawcy stanowią jedynie podstawę informacyjną.

4. W przypadku nie uwzględnienia w kosztorysach opracowanych przez Wykonawcę, wszystkich robót i innych wydatków niezbędnych do zrealizowania przedmiotu zamówienia na warunkach określonych w PPU i wynikających z dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót (STWiOR), powstałe różnice stanowią element ryzyka Wykonawcy i nie skutkują zwiększeniem ceny, o której mowa w ust. 1.

5. Kalkulacja ceny zaproponowanej w ofercie winna wynikać z kosztorysów ofertowych sporządzonych metodą uproszczoną.

6. Cena wynikająca z tak sporządzonej kalkulacji, obejmuje cenę za wykonanie całego przedmiotu zamówienia oraz wszystkie inne wydatki nie uwzględnione przez Zamawiającego, a niezbędne do zrealizowania przedmiotu zamówienia na warunkach określonych w PPU, jest ceną niezmienną przez cały okres obowiązywania umowy, za wyjątkiem sytuacji określonych we wzorze umowy.

7. Ceny jednostkowe w kosztorysach, o których mowa w ust. 5, winny zawierać: stawkę r-g; ceny materiałów wraz z kosztami zakupu, ceny sprzętu, koszty pośrednie liczone od R+S oraz zysk liczony od (R+S+Kp).”.

Zgodnie z §1 ust. 5 Projektowanych postanowień umowy (Załącznik nr 9 do SWZ):

„5. Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z treścią wskazanych powyżej Dokumentów, ze stanem obiektów budowlanych położonych w obszarze oddziaływania powierzonych mu robót i z warunkami realizacji robót oraz zapewnia, że wszystkie wątpliwości związane z powyższymi warunkami realizacji Przedmiotu Umowy wyjaśnił przed jej zawarciem i uwzględnił w wynagrodzeniu za wykonanie Przedmiotu Umowy określonym w § 6 ust. 1.”.

Wśród obowiązków wykonawcy, do których wykonania zobowiązany jest wykonawca w ramach wynagrodzenia za wykonanie Przedmiotu umowy ustanowiony został obowiązek przekazania Zamawiającemu, w terminie 7 dni roboczych od daty zawarcia umowy, kosztorysu ofertowego Wykonawcy sporządzonego metoda kalkulacji szczegółowej, w wersji elektronicznej (program Norma lub kompatybilny – format zapisu *ath) oraz w wersji papierowej (§3 ust. 3 pkt 1 Projektowanych postanowień umowy (Załącznik nr 9 do SWZ).

§6 ust. 2 Projektowanych postanowień umowy (Załącznik nr 9 do SWZ) stanowi:

„2. Wynagrodzenie obejmuje całość kosztów robót oraz wszystkich innych wydatków niezbędnych do zrealizowania Przedmiotu Umowy na warunkach określonych umową.

W przypadku nie uwzględnienia w kosztorysach opracowanych przez Wykonawcę wszystkich robót i innych wydatków niezbędnych do zrealizowania Przedmiotu Umowy na warunkach określonych niniejszą umową i wynikających z dokumentów określonych w § 1 ust. 3, powstałe różnice stanowią element ryzyka Wykonawcy i nie skutkują zwiększeniem Wynagrodzenia.”.

Ponadto, §6 ust. 3-6 Projektowanych postanowień umowy (Załącznik nr 9 do SWZ) reguluje sytuacje, w których nastąpi konieczność zaniechania wykonania części Przedmiotu zamówienia, bądź wykonanie robót zamiennych. Wówczas, podstawą rozliczenia robót staje się kosztorys szczegółowy sporządzony przez wykonawcę.

Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust.1 pkt 10 ustawy Pzp w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Budownictwa Ogólnego Kartel S.A. nie znalazł potwierdzenia.

Rozpoznając przedmiotową sprawę Izba miała na uwadze ryczałtowy charakter wynagrodzenia, jaki przyjął Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu (okoliczność bezsporna). Przepisem normującym wynagrodzenie ryczałtowe jest przepis art. 632 § 1 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmując zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r., ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie

stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego (sygn. akt II CRN 913/97). Co za tym idzie, w przypadku wynagrodzenia o charakterze ryczałtowym składniki wynagrodzenia, które zazwyczaj składają się na kosztorys ofertowy, nie mają znaczenia dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż w tym wypadku istotne jest wynagrodzenie za całość robót, których wykonania w całości, zgodnie z dokumentacją projektową, podejmuje się wykonawca.

Nie ulega wątpliwości, w ocenie Izby, że w stanie faktycznym przedmiotowej sprawy wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Kartel S.A. zobowiązał się do wykonania przedmiotu zamówienia określonego w dokumentach zamówienia (pkt III ppkt 3 SWZ). Składając ofertę wykonawca ten zaakceptował także treść Projektowanych postanowień umowy, zgodnie z którymi „Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z treścią wskazanych powyżej Dokumentów, ze stanem obiektów budowlanych położonych w obszarze oddziaływania powierzonych mu robót i z warunkami realizacji robót oraz zapewnia, że wszystkie wątpliwości związane z powyższymi warunkami realizacji Przedmiotu Umowy wyjaśnił przed jej zawarciem i uwzględnił w wynagrodzeniu za wykonanie Przedmiotu Umowy określonym w §6 ust. 1.” (§1 ust. 5 Projektowanych postanowień umowy (Załącznik nr 9 do SWZ).

Ponadto, Izba zważyła, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dopuścił uchybienia w kosztorysach składanych wraz z ofertą wskazując, że ryzyka nie uwzględnienia wszystkich robót i wydatków niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia na warunkach opisanych w dokumentach zamówienia obciążają wykonawcę (pkt XV ppkt 4 SWZ). Dodatkowo, brak istotności uchybień w kosztorysach składanych przez wykonawcę wraz z ofertą potwierdza okoliczność, że po podpisaniu umowy, wykonawca zobowiązany jest złożyć kosztorysy szczegółowe (§3 ust. 3 pkt 1 Projektowanych postanowień umowy), które będą stanowiły podstawę do rozliczenia robót zamiennych bądź zaniechanych (§6 ust. 4 i 6 Projektowanych postanowień umowy).

Wobec powyższego, w szczególności wobec wskazanych powyżej postanowień dokumentów zamówienia, Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Kartel S.A. W okolicznościach przedmiotowej sprawy brak wyodrębnienia w kosztorysach uproszczonych zakresu robót wskazanego przez Odwołującego nie stanowi o niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Z tych samych względów, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że wykonawca Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego Kartel S.A. popełniło błąd w obliczeniu ceny. Tym samym, Izba nie stwierdziła również naruszenia przez Zamawiającego podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 16 ustawy Pzp).

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie”).

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Zgodnie z § 5 rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się m.in. wpis (pkt 1), oraz wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3 600 złotych (pkt 2 lit. b).

Jak stanowi § 8 ust. 2 rozporządzenia, w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący.

Przewodniczący: