

**Sygn. akt: KIO 2616/13**

**WYROK**  
**z dnia 27 Listopada 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Renata Tubisz

**Protokolant:** Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 Listopada 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2013r. przez **wykonawców:** Przedsiębiorstwo Budowlane „RYSTAL- BUD” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Piwowska 25; 25-561 Kielce w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Krajowa Szkoła Sądownictwa i Prokuratury ul. Przy Rondzie 5; 31-547 Kraków

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienie odrzucenia oferty odwołującego i nakazuje powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego;
2. kosztami postępowania obciąża Krajową Szkołę Sądownictwa i Prokuratury ul. Przy Rondzie 5; 31-547 Kraków i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 **zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez Przedsiębiorstwo Budowlane „RYSTAL- BUD” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Piwowska 25; 25-561 Kielce tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury ul. Przy Rondzie 5; 31-547 Kraków na rzecz Przedsiębiorstwa Budowlanego „RYSTAL - BUD” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Piwowska 25; 25-561 Kielce kwotę 13.600 **zł** 00 **gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Krakowie

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w którym złożono odwołanie będące przedmiotem rozpoznania prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego i dotyczy „Dokończenia robót budowlano - montażowych w ramach projektu Renowacja Pałacu Morskich dawnej resursy Kupieckiej przy ul. Krakowskie Przedmieście 62 w Lublinie realizowanego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Lubelskiego na lata 2007-2013, III - Atrakcyjność obszarów miejskich i tereny inwestycyjne, 3.2 - Rewitalizacja zdegradowanych obszarów miejskich”.

Zamawiający nadal zamówieniu następujący numer referencyjny: BEF-V-ZP-3821-53/2013] Wartość szacunkowa przedmiotu zamówienia wynosi poniżej 5 000 000 euro.

Odwołujący działając na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 4) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm) zwanej dalej „ustawą” wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Postępowanie zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy narusza w sposób istotny interes odwołującego. Gdyby nie ta czynność zamawiającego oferta byłaby najkorzystniejszą. Zamawiający uznał, złożone wyjaśnienia przez odwołującego nt kosztorysu ofertowego prowadzą do zmiany treści złożonej oferty, ponieważ doprecyzowanie złożonego wraz z ofertą kosztorysu stanowiło nowe oświadczenie woli Wykonawcy, co w konsekwencji doprowadziło do konieczności odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy. Zamawiający odrzucając ofertę stwierdza wypełnienie przesłanek w art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy.

Odwołujący nie zgadza się z argumentacją zamawiającego dotyczącą określenia znaczenia kosztorysu ofertowego w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający w rodz.11 SIWZ (Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia) postanowił: Cena oferty jest ceną ryczałtową za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, zawierać musi wszystkie koszty Wykonawcy związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia oraz podatek VAT, należny według przepisów prawa polskiego w sprawie podatku od towarów i usług.

W konsekwencji powyższego składniki wynagrodzenia określone w kosztorysie ofertowym nie mają znaczenia dla postępowania, gdyż w tym przypadku istotne jest wynagrodzenia za

całość wykonania robót zgodnie z dokumentacją projektową. Treść oferty wykonawcy wyczerpuje się w podanej kwocie globalnej za realizację przedmiotu zamówienia. Odwołujący nigdy w trakcie trwania niniejszego postępowania nie dokonał zmiany w treści swojej oferty i podtrzymuje wartość oferty na kwotę 7. 749. 221,40 zł.

Kwestia kwalifikacji prawnych skutków błędów w kosztorysach ofertowych w przypadkach, gdy cena oferty ma charakter ryczałtowy była rozważana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, które jest utrwalone.

Zamawiający określił jednoznacznie w rozdz. 11 SIWZ charakter kosztorysu, iż ma charakter informacyjny: W oparciu o informacje i dokumenty wskazane w pkt 3 oraz zgodnie ze swoją najlepszą wiedzą fachową Wykonawca sporządzi kosztorys uproszczony (tabelę wartości scalonych), który zostanie załączony do oferty. Kosztorys powinien zostać sporządzony zgodnie z układem i opisami pozycji podanymi we wzorze kosztorysu, stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ. Natomiast kosztorys ofertowy szczegółowy zostanie dostarczony do Zamawiającego w terminie do 14 dni od dnia podpisania umowy.

Biorąc pod uwagę powyższe odwołujący wnioskuję o uznanie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia: czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazanie powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostaje wniesione w dniu 8 listopada 2013 roku, w terminie przewidzianym art. 182 ust. 1 pkt 2) ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 8 listopada 2013 r. z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

W tym stanie rzeczy odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania.

Zamawiający pismem z dnia 27 listopada 2013r. wniósł odpowiedź na odwołanie.

Działając na podstawie art.186 ust.1 ustawy wnosi o oddalenie odwołania.

Zamawiający w dniu 6 listopada 2013r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucił ofertę odwołującego. Odwołujący w dniu 8 listopada 2013r. przekazał zamawiającemu kopię odwołania. Z treści odwołania można wywieść, że odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy. Kopia odwołania została przekazana pozostałym wykonawcom w dniu 10 listopada 2013r. Oferta powinna zawierać "wypełniony i podpisany przez osobę uprawnioną kosztorys ofertowy (tabela elementów scalonych) – sporządzony zgodnie z postanowieniami rozdziału 11 SIWZ" – ust.3 lit. b) rozdział 9 (Opis sposobu przygotowania oferty). Kosztorys musiał być przedstawiony według wzoru zał. nr 2 do SIWZ . Zamawiający potwierdza ryczałtowy charakter wynagrodzenia. Niemniej na poparcie swojego stanowiska cytuje następujące postanowienia SIWZ ust.4 rozdz.11" w oparciu o

informacje i dokumenty wskazane w pkt 3 oraz zgodnie ze swoją najlepszą wiedzą fachową Wykonawca sporządzi kosztorys uproszczony (tabela elementów scalonych), który zostanie załączony do oferty. Kosztorys ofertowy powinien zostać sporządzony zgodnie z układem i opisami podanymi we wzorze kosztorysu, stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ. Natomiast kosztorys ofertowy szczegółowy zostanie doręczony do Zamawiającego w terminie do 14 dni od dnia podpisania umowy.”

Powołując się na art.66 § 1 k.c. zamawiający podnosi, że oferta jest oświadczeniem woli skierowanym do drugiej strony, zawarcia umowy określającym istotne postanowienia tej umowy, a więc treść oferty, o której mowa w art.89 ust.1 pkt 2 ustawy to treść tego oświadczenia. Jak ma być treść tego oświadczenia określa zamawiający w SIWZ. Przy cenie ryczałtowej zamawiający może żądać podania tylko ceny globalnej lub też żądać kosztorysu szczegółowego i to wymaganie wykonawcy muszą spełnić. Kosztorys zawiera w sobie określenie przedmiotu oferty a także zawiera określenie ceny. Czyli zawiera istotne elementy oferty. Dlatego nie można powiedzieć, że dana treść kosztorysu jest tylko wymogiem formalnym. Uchybieniem formalnym byłaby sytuacja, w której zawartość merytoryczna byłaby prawidłowa natomiast jej treść nie mieściłaby się we wzorze przygotowanym przez zamawiającego, bo w innym układzie niż przewidziany we wzorze, albo zawarcie treści w innym miejscu niż tabela kosztorysu. Jednak w każdej sytuacji treść wymagana w ofercie powinna się znajdować. Bez względu na to, że cena ma charakter ryczałtowy to obowiązkiem wykonawcy było sporządzenie kosztorysu ofertowego przygotowanego na podstawie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz przedmiaru robót. Złożenie przez odwołującego kosztorysu z pominięciem pozycji cenotwórczych uwzględnionych przez zamawiającego w przedmiarze robót albo wynikających z dokumentacji projektowej oraz uwzględnienie pozycji nie ujętych w przedmiarze robót lub dokumentacji projektowej bez zgłoszenia do zamawiającego i uzyskania wyjaśnień w trybie art.38 ustawy powoduje, że treść oferty nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a to uzasadnia odrzucenie oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy. W tym miejscu przywołano wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 14 października 2005r. Sygn. akt II Ca 1355/05 na potwierdzenie argumentacji, że nieprawidłowy kosztorys równa się z oferowaniem przedmiotu zamówienia z niezgodnego z treścią SIWZ. Nieprawdą jest, że kosztorys miał tylko charakter informacyjny. Zgodnie z wieloma postanowieniami umowy stanowiącej załącznik nr nr 3 do SIWZ płatności będą dokonywane zgodnie z Harmonogramem rzeczowo-finansowym ( § 1 ust.6, ust.7, § 2 ust.5.11 oraz ust.11, §11 ust.2, § 12 ust.4 oraz ust.5, § 13 ust.3 wzoru umowy). Harmonogram jest dokumentem określającym rzeczowe wykonanie przedmiotu umowy wraz z określeniem kwot płatności, po zakończeniu i odbiorze robót stanowiących Kamienie milowe w Terminach węzłowych. Tym samym rozliczenia mają być dokonywane na

podstawie harmonogramu rzeczowo-finansowego, którego wzór jest sporządzony według tego samego układu, co kosztorys ofertowy. W związku z powyższym Kamieniami milowymi wg postanowień umowy są pozycje robót, które miały być wyliczone w kosztorysie ofertowym.

Nawet gdyby przyjąć, że kosztorys ofertowy miał jedynie charakter informacyjny, to nie zwalnia zamawiającego z obowiązku oceny i badania ofert. Zamawiający identyfikuje się z orzecznictwem KIO, zgodnie z którym, (...) Gdyby kosztorys miał tylko znaczenie dla wykonawcy, to niezasadne byłoby wymaganie jego złożenia, które zamieszczone w specyfikacji nie zostało zakwestionowane i wywiera skutki prawne.(...)Oczywistym jest dla Izby, że zamawiający, który żąda kosztorysu, w toku badania i oceny ofert, odnosi się do jego treści bez konieczności odrębnej deklaracji w postanowieniach specyfikacji (...) o możliwości odstąpienia od badania kosztorysu nie może stanowić ryczałtowy charakter ceny oferty”.

Według zamawiającego (...) ”ryczałtowy charakter ceny jest pojęciem nie mającym umocowania normatywnego. Na gruncie praktyki w obszarze zamówień publicznych używane jest w znaczeniu „wynagrodzenia ryczałtowego”, o którym stanowi art.632 k.c. Zamawiający z treści art.632 k.c. wywodzi, że charakter ryczałtowy wynagrodzenia skutkuje tym, że nie może ulec ono zmianie to jest, że co do zasady nie może ono ulec podwyższeniu. W tym kontekście należy rozpatrywać charakter ryczałtowy wynagrodzenia, a nie w kontekście zbędności kosztorysu szczegółowego. Charakter wynagrodzenia nie zwalnia zamawiającego z kontroli badania poprawności oferowanego świadczenia oraz ustalenia niewadliwej kalkulacji ceny oferty. Są to obowiązki ustawowe, od których wykonania zamawiający nie może się uchylić w żaden sposób. Zamawiający powołuje się na uchylony przepis w ustawie artykułu 88, zgodnie z którym przyjmowało się, że cena ryczałtowa jest prawidłowa bez względu na sposób jej obliczenia. Z racji powyższej zamawiający wywodzi, że ma obowiązek prawidłowości ustalenia ceny bez względu na jej charakter. Reasumując postanowienia SIWZ dają zamawiającemu podstawę do badania kosztorysu, również w zakresie stopnia szczegółowości zawartych w nim danych. Zamawiający będąc zobowiązany postanowieniami SIWZ dokonał badania i wyciągnął z niego prawidłowe konsekwencje w postaci odrzucenia oferty odwołującego.

Zdaniem zamawiającego sam odwołujący potwierdził znaczenie kosztorysu w rozumieniu zamawiającego, dokonując na wezwanie zamawiającego jego poprawienia i nie zaznaczając przy tej czynności, iż charakter kosztorysu ma znaczenie informacyjne oraz wnosząc o poprawę kosztorysu ofertowego odwołującego. Zamawiający w postępowaniu odwołującego zauważa sprzeczność, polegająca z jednej strony na tym, że wezwany przez zamawiającego dokonuje poprawienia kosztorysu ofertowego wnosząc o uwzględnienie dokonanych poprawek, a z drugiej strony w odwołaniu podnosi jego charakter informacyjny przy ocenie

złożonych ofert. Zamawiający przywołuje § 12 ust.4 wzoru umowy, zgodnie z którym „Wynagrodzenie będzie płatne w częściach, zgodnie z harmonogramem”. Ta regulacja powoduje istotne rozbieżności, pomiędzy złożonym kosztorysem przy ofercie wobec poprawienia kosztorysu na wezwanie zamawiającego. Te rozbieżności mają znaczenie w okolicznościach umowy takich jak naliczanie kar umownych, odpowiedzialnością za nie wykonanie umowy jak i odstąpienie przez zamawiającego od umowy a co wynika między innymi z następujących paragrafów umowy: Zamawiający wskazał między innymi na rozbieżności w kosztorysie ofertowym w stosunku do „prawidłowych danych”. Zamawiający dokonał analizy wprowadzonych zmian porównując w poszczególnych pozycjach kwoty, które zostały zaoferowane w ofercie z kwotami w odpowiednich pozycjach, które podano na wezwanie zamawiającego. Oceniając dokonane zmiany zamawiający stwierdził, że (...) oświadczeniem woli wyrażonym w dniu 15 października 2013r. za pismem 36/10/2013 (L.Dz. Wykonawcy) Wykonawca chciał de facto doprowadzić do wprowadzenia zmian w Harmonogramie o kwotę ponad 153.995,00PLN.” Zamawiający opierając się na art.87 ust.1 ustawy nie widzi możliwości uwzględnienia zmian wprowadzonych w kosztorysie na wezwanie zamawiającego przez odwołującego, ponieważ wbrew brzmieniu tego przepisu prowadziłoby to do zmiany oferty, czego nie dopuszcza przywołany przepis. Tym samym zamawiający nie mógł naprawić błędów odwołującego w treści złożonego przez niego kosztorysu ofertowego. Na marginesie zamawiający wskazał, że zamówienie stanowi dokończenie zadania, którego umowa została rozwiązana z uwagi na roszczenia podwykonawców. Przy czym umowa jest wykonana przez poprzedniego wykonawcę w około 54% całości zadania inwestycyjnego. Reasumując zamawiający wnosi o oddalenie odwołania.

### **Izba ustaliła i zważyła co następuje**

#### **Izba ustaliła**

**Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazanego przez zamawiającego Izba na rozprawie przeprowadziła dowody z następujących dokumentów:**

**Ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia:**

Przedmiotem zamówienia jest „Dokończenia robót budowlano - montażowych w ramach projektu Renowacja Pałacu Morskich dawnej resursy Kupieckiej przy ul. Krakowskie Przedmieście 62 w Lublinie realizowanego w ramach Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Lubelskiego na lata 2007-2013, III - Atrakcyjność obszarów miejskich i tereny inwestycyjne, 3.2 - Rewitalizacja zdegradowanych obszarów miejskich”.

W rozdziale 3 SIWZ zamawiający opisując przedmiot zamówienia przywołał załącznik nr 4, w którym szczegółowo opisał przedmiot zamówienia w tym załączonej do niego dokumentacji projektowej i w innych dokumentach wskazanych w jego treści. Informuje, że sposób realizacji przedmiotu zamówienia jest szczegółowo określony we wzorze umowy. Zamawiający informuje o możliwości odbycia wizji lokalnych na budowie oraz o ich terminach.

Specyfikacja zawiera informację o możliwości zamówień uzupełniających.

Rozdział 9 Opis sposobu przygotowania oferty przewiduje złożenie tylko jednej oferty. Oferta wraz z załącznikami stanowiącymi jej integralną część musi być sporządzona ściśle według postanowień niniejszej SIWZ. Oferta musi zawierać wszystkie dokumenty wymienione w SIWZ w następującym układzie: formularz oferty wg załącznika nr1, kosztorys ofertowy (tabela elementów scalonych) sporządzony zgodnie z postanowieniami rozdziału 11 SIWZ, w układzie wg wzoru wskazanego w załączniku nr 2 do SIWZ

Zamawiający w rodz.11 SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny)postanowił: Cena oferty jest ceną ryczałtową za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, zawierać musi wszystkie koszty Wykonawcy związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia oraz podatek VAT, należny według przepisów prawa polskiego w sprawie podatku od towarów i usług.

Pkt 3 Podstawą obliczenia ceny jest opis przedmiotu zamówienia, w tym w szczególności projekt budowlany, projekty wykonawcze, decyzje administracyjne, dokumentacje uzupełniające, inwentaryzacja robót do wykonania, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, projekt umowy, przedmiary robót (przedmiary robót stanowią tylko i wyłącznie materiał pomocniczy i nie stanowią podstawy do sporządzenia kosztorysu ofertowego, pytania dotyczące rozbieżności pomiędzy dokumentacją projektową a przedmiarami nie będą rozpatrywane). Kalkulując cenę oferty Wykonawca jest zobowiązany uwzględnić wszelkie koszty konieczne do należytego wykonania robót budowlanych koniecznych do realizacji przedmiotowego zamówienia, w szczególności robót wynikających z ww. dokumentów oraz robót koniecznych do wykonania z uwzględnieniem zasad wiedzy



technicznej koszty organizacji dróg dojazdowych, zajęcia pasa drogowego, wejść na działkę sąsiednią, ogrodzenia placu budowy, zapewnienia mediów, wywozu i utylizacji odpadów, odtworzenia terenów przeznaczonych na tymczasowych dróg dojazdowych itp. robocizny, materiałów i sprzętu, koszty dostarczanych urządzeń, koszty serwisu w okresie gwarancji i rękojmi.

Pkt 4. W oparciu o informacje i dokumenty wskazane w pkt 3 oraz zgodnie ze swoją najlepszą wiedzą fachową Wykonawca sporządzi kosztorys uproszczony (tabelę wartości scalonych), który zostanie załączony do oferty. Kosztorys powinien zostać sporządzony zgodnie z układem i opisami pozycji podanymi we wzorze kosztorysu, stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ. Natomiast kosztorys ofertowy szczegółowy zostanie dostarczony do Zamawiającego w terminie do 14 dni od dnia podpisania umowy.

Pkt 5. Wykonawcy są zobowiązani do starannego zapoznania się z przedmiotem zamówienia, warunkami wykonania i wszystkimi czynnikami mogącymi mieć wpływ na cenę zamówienia.

Pkt 6 Cena oferty może być tylko jedna.

Załącznik Nr 1 do SIWZ to Formularz oferty. 1.Składamy ofertę na wykonanie całości przedmiotu zamówienia zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i oświadczamy, że wykonamy go na warunkach w niej określonych.3.Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto .....zł(...) zgodnie z załączonym kosztorysem ofertowym. 5(...) i zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty, do zawarcia umowy zgodnej z niniejszą ofertą (...) oraz na warunkach określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. 6.Uważamy się za związanych niniejszą ofertą (...).

Zgodnie z wieloma postanowieniami umowy stanowiącej załącznik nr nr 3 do SIWZ płatności będą dokonywane zgodnie z Harmonogramem rzeczowo-finansowym ( § 1 ust.6, ust.7, § 2 ust.5.11 oraz ust.11, §11 ust.2, § 12 ust.4 oraz ust.5, § 13 ust.3 wzoru umowy).

Załącznik Nr 2 do SIWZ. Wzór kosztorysu ofertowego w formie tabeli. Dzieli się na osiem punktów z których prawie każdy ma podpunkty. Zawiera kolumny: L.p. ;opis robót; koszt. Tabela nie zawiera pozycji pn. suma kosztów.

Załącznik nr 3 o SIWZ wzór umowy zawiera definicje- wynagrodzenie oznacza określoną w umowie cenę ryczałtową (...) tytułem wykonania wszelkich zobowiązań wynikających z niniejszej umowy. Kamienie milowe oznaczają zdarzenia zakończenia pewnego etapu robót. Harmonogram dokument określający rzeczowo wykonanie przedmiotu umowy, w czasie

wraz z określeniem kwot płatności po zakończeniu i odbiorze robot stanowiących kamienie milowe w terminach węzłowych. Dokumentacja projektowa- projekt budowlany, projekty wykonawcze, projekty zamienne, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, przedmiary robót, inwentaryzacja budowlana, których szczegółowy wykaz zawiera załącznik nr 2 do umowy. Interpretacje. W przypadku stwierdzenia w różnych dokumentach umowy zapisów sprzecznych w swej treści, strony są związane zapisami tego dokumentu, który znajduje się wyżej w hierarchii dokumentów umowy. Strony ustalają następującą hierarchię dokumentów umowy: umowa, siwz, dokumentacja projektowa, inwentaryzacja budowlana, przedmiary robót do inwentaryzacji, harmonogram rzeczowo-finansowy, oferta wykonawcy, pozostałe załączniki do umowy. W przypadku stwierdzenia niezgodności w zapisach zawartych w dokumentach umowy, ten z zapisów będzie potraktowany jako obowiązujący, którego przyjęcie będzie zapewniało wykonanie przedmiotu umowy, zgodnie z wymaganiami SIWZ, a następnie ofertą wykonawcy. W §1 ust.7 umowy w terminie 7 dni od podpisania umowy, wykonawca przedstawi do zatwierdzenia przez zamawiającego szczegółowy kosztorys oferty(...), według przedmiarów, stanowiący uszczegółwienie wyceny przedstawionej w ofercie wykonawcy § 12 ust.1 strony ustalają, że za prawidłowe i terminowe wykonanie przedmiotu umowy, wykonawcy przysługuje wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości.....(...) ust.2 wynagrodzenie jest stale w okresie wykonywania niniejszej umowy i nie podlega zmianie, o ile w umowie nie zastrzeżono inaczej. ust.3 wynagrodzenie obejmuje wszelkie czynności konieczne do należytego i terminowego wykonania przedmiotu umowy. ust.4 wynagrodzenie będzie płatne w częściach, zgodnie z harmonogramem każdorazowo na podstawie faktury częściowej VAT, wystawionej na podstawie protokołów odbiorów częściowych i protokołu odbioru końcowego, wystawionych nie częściej niż raz w miesiącu i podpisanych bez uwag przez zamawiającego. 5 wykonawca będzie wystawiał częściowe faktury VAT na podstawie protokołów odbiorów częściowych sporządzonych z odbiorów w terminach określonych w harmonogramie rzeczowo-finansowym , określonym w załączniku nr 3 do umowy. Przywoływane przez zamawiającego paragrafy ustalają §17 kary umowne liczone w procentach od wynagrodzenia netto od każdego określonego zdarzenia lub każdego dnia opóźnienia., §18 odstąpienia od umowy gdzie zaplata następuje proporcjonalnie do stopnia zaawansowania robot(ust.7), §2 ust.13 – zasady rezygnacji z wykonywania umowy przez zamawiającego.

### **Z korespondencji po złożeniu oferty**

W piśmie z dnia 14.10.2013r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art.87 ust.1 ustawy do złożenia wyjaśnień treści oferty między innymi w zakresie dlaczego w pozycjach kosztorysu ofertowego odnoszącego się do robót demontażowych (poz. 5.4.) oraz

poz.6.2.2.1. węzeł wodomierzowy a także kanalizacja sanitarna (poz.6.2.1.) oraz Instalacja skroplin (poz.6.4.6.) zostały pominięte lub zostały wycenione jako zero złotych. Czy w tej sytuacji oferta obejmuje wykonanie robót objętych tymi pozycjami kosztorysu.

W dniu 15.10.2013r. odwołujący na powyższe wezwanie zamawiającego udzielił następującej odpowiedzi. Brakujące pozycje to jest pominięte lub wycenione na zero z uwagi na ich wartość zostały doliczone do innych pozycji i tak roboty demontażowe zostały ujęte w pozycji Instalacja oświetleniowa, gniazd wtykowych oraz odbiorów technologicznych. Pozycja węzeł wodomierzowy została uwzględniona w pozycji instalacji wody hydrantowej oraz instalacji wody bytowej (użytkowej). Odwołujący wyjaśnił również kolejne pozycje to jest kanalizacja sanitarna wpisana została omyłkowo w pozycję instalacja wody. Również odwołujący wskazał na pozostałe mylnie wpisane kwoty w inne pozycje niż powinno mieć to miejsce. Na potwierdzenie złożonych wyjaśnień (...)”w załączeniu przesyłam kosztorys z prawidłowymi danymi”.

Pismem z dnia 6 listopada 2013r. zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty odwołującego. Zamawiający przedstawił w piśmie tym następującą argumentację. Wybrano ofertę najtańszą z ofert, które nie podlegają odrzuceniu za kwotę:8.822.396,89 zł. Oferta odwołującego jest na kwotę:7.749.221,40 zł. W uzasadnieniu odrzucenia zamawiający stwierdza, że w złożonej ofercie wystąpił szereg błędów w zakresie sporządzenia kosztorysu ofertowego. Błędami były dotknięte między innymi następujące pozycje kosztorysu: kanalizacja sanitarna, instalacja skroplin, które wykonawca pominął, nie wskazując w nich żadnej ceny. Ponadto wykonawca błędnie dokonał sumowania pozycji w ramach podsum, które miały być dokonane w pozycjach: hydroizolacja ścian, instalacje teletechniczne, sieci i instalacje elektryczne, instalacje wody i kanalizacji sanitarnej. Z kolei pominięcie pozycji 6.2.1. oraz 6.4.6. w kosztorysie ofertowym stanowiło niezgodność tego kosztorysu z rozdziałem 11 pkt 4 SIWZ (Sposób obliczenia ceny) cytując postanowienia w tym zakresie SIWZ. Wskazano na wystąpienie w trybie art.87 ust.1 ustawy z dnia 14.10.2013r. o udzielenie wyjaśnień w szczególności w zakresie pominięcia pozycji 6.2.1. i 6.4.6. kosztorysu ofertowego. W wyjaśnieniach wykonawca w zakresie pominięcia pozycji 6.2.1., że kwota wpisana w inną pozycję powinna być wpisana w pozycję 6.2.1. kwota 32.057,40zł.Natomiast w pozycję 6.2.2. powinna być wpisana suma z pozycji 6.2.2.2.1.; 6.2.2.2.; 6.2.2.3. wynosząca 49.050,00zł. Z kolei co do poz. 6.4.6. wykonawca wyjaśnił, że pozycja ta została wkalkulowana w cenę pozycji 6.4.5 ( klimatyzacji i chłodzenia).Zamawiający dokonując wyjaśnienia swojego stanowiska stwierdził, że nie miał podstaw do poprawienia oferty na podstawie ani art.87 ust.2 pkt 3 ani art.87 ust.1. Każda z tych podstaw w przedmiotowej sprawie była nieuzasadniona. Przede wszystkim z powodu

braku samodzielnego skorygowania błędów kosztorysu jak i konieczności negocjacji. Ponadto jako okoliczność braku możliwości uwzględnienia wyjaśnień była okoliczność przekazania „kosztorysu z prawidłowymi danymi”. Tak złożony kosztorys zamawiający traktuje jako nową ofertę złożoną po terminie składania przez tego samego wykonawcę co stanowi naruszenie art.82 ust.1 ustawy a w konsekwencji powoduje konieczność odrzucenia tej oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 1 jako sprzecznej z ustawą. Przy czym zamawiający nie wzywał wykonawcy do złożenia kosztorysu wypełnionego odmiennie w stosunku do pierwotnie złożonego. W tym stanie rzeczy uprawnione jest odrzucenie oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 1 ustawy z związku z art.82 ust.1 oraz art.89 ust.1 pkt 2 ustawy.

### **Izba zważyła**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Strony umów o wykonanie robót budowlanych mogą ustalić wynagrodzenie kosztorysowe lub ryczałtowe. Różnice pomiędzy tego rodzaju wynagrodzeniami wynikają z regulacji zawartych w art.629 i 632 k.c. w zw. z art.14 ustawy Pzp. Wynagrodzenie kosztorysowe to wynagrodzenie na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów a wynagrodzenie ryczałtowe to takie wynagrodzenie, którego przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

W przedmiotowym postępowaniu odwoławczym bezspornym pomiędzy stronami jest okoliczność, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy. Świadczą o tym postanowienia powyżej cytowane zarówno z samej treści SIWZ jak i projektu umowy.

Przedmiot zamówienia jest określony w dokumentacji projektowej, przez którą SIWZ definiuje dokumentację budowlaną, wykonawczą, zamienną, specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót. Zamawiający także przewiduje wizję lokalną na budowie w terminach podanych w SIWZ, celem ustalenia zakresu robót. Jako podstawę ustalenia wynagrodzenia zamawiający wskazuje przedmiary robót. Niemniej zwalnia się przez postanowienia SIWZ z ich wiążącego charakteru. Bowiern stwierdza się w postanowieniach SIWZ wprost, że zamawiający nie będzie udzielał odpowiedzi na pytania odnoszące się do przedmiarów. Niemniej zawiera w SIWZ postanowienia o kosztorysie ofertowym według systemu uproszczonego to jest elementy scalone. Zapisy SIWZ świadczą o tym, że obowiązkiem wykonawcy jest dołączenie do oferty kosztorysu ofertowego. Niemniej inne postanowienia SIWZ w tym wzór umowy przewidują po podpisaniu umowy przedkładanie kosztorysu szczegółowego do zatwierdzenia przez zamawiającego. Z całości sprawy wynika,

że kosztorys ofertowy, kosztorys szczegółowy sporządzany po podpisaniu umowy, czy też przewidziany harmonogram rzeczowo-finansowy po podpisaniu umowy mają znaczenie w trakcie realizacji umowy to jest w trakcie odbiorów częściowych oraz zapłat częściowych także w przypadku odstąpienia od umowy.

W związku z powyższym Izba uwzględniając odwołanie nie podziela argumentacji zamawiającego o podstawie do badania zakresu oferowanego świadczenia na podstawie kosztorysu ofertowego a co mogłoby mieć miejsce w sytuacji wynagrodzenia kosztorysowego.

Izba nie podziela również argumentacji zamawiającego, że skreślenie art.88 ustawy odbiera wynagrodzeniu ryczałtowemu charakteru przewidzianego w art. 632 k.c. w związku z treścią art.14 ustawy Pzp.

Reasumując obowiązkiem dostarczenia kosztorysu ofertowego przy wynagrodzeniu ryczałtowym nie można konsumować skutków przewidzianych w art.89 ust.1 pkt 2 ustawy stanowiącego podstawę do odrzucenia oferty z powodu oferowania przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ. Tym bardziej, że Wykonawca składając ofertę oświadcza o oferowaniu zamawiającemu świadczenia zgodnego z treścią SIWZ.

Z kolei przedstawienie poprawionego kosztorysu ofertowego na wezwanie zamawiającego w trybie art.87 ust.1 ustawy nie może stanowić podstawy do twierdzenia o złożeniu drugiej oferty w rozumieniu art.82 ust.1 ustawy.

Także przedstawienie poprawionego kosztorysu nie stanowi zmiany oferty, ponieważ zakres świadczenia oraz wynagrodzenia wynikają z oferty odwołującego.

Podsumowując czynność zamawiającego odrzucenia oferty z powodu omyłek w kosztorysie ofertowym przy cenie ryczałtowej jest nieuzasadniona.

Przeprowadzona argumentacja zamawiającego na rozprawie na użytek zasad poprawiania omyłek w tym metoda od szczegółu do ogółu nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Charakter ryczałtowej ceny wiąże się z podaniem ceny końcowej, ponieważ bez względu na jej wyliczenie zamawiający ma skuteczne prawo domagania się wykonania umowy zgodnie z dokumentacją projektową.

W przedmiotowej sprawie kosztorys szczegółowy na okoliczność rozliczeń ma być sporządzony po podpisaniu umowy.

Tak więc kosztorys na etapie składania dokumentów nie ma znaczenia pozwalającego zamawiającemu na odrzucenie oferty.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy Pzp i § 5 ust.2 pkt 1) w związku z § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238)

Sygn. akt KIO 2616/13

zaliczając uiszczony wpis w koszty postępowania odwoławczego oraz zasądając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty uiszczanego wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w łącznej kwocie 13.600,00 złotych

**Przewodniczący:** .....