

Sygn. akt KIO 728/19

WYROK

z dnia 9 maja 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 maja 2019 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę **Firmę Budowlano-Handlową RAK Spółka Jawna z siedzibą w Rzeszowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Komendę Wojewódzką Policji w Rzeszowie**

przy udziale wykonawcy **J. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą F.H.U.P. DOMREX J. R. z siedzibą w Białobrzegach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy J. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą F.H.U.P. DOMREX J. R. z siedzibą w Białobrzegach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Komendę Wojewódzką Policji w Rzeszowie i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Firmę Budowlano-Handlową RAK Spółka Jawna z siedzibą w Rzeszowie, tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od zamawiającego **Komendy Wojewódzkiej Policji w Rzeszowie** na rzecz wykonawcy **Firmę Budowlano-Handlową RAK Spółka Jawna z siedzibą w Rzeszowie** kwotę **14 836 zł 74 gr** (słownie: czternaście tysięcy osiemset trzydzieści sześć złotych siedemdziesiąt cztery grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 10 000 zł, wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, kosztami dojazdu na posiedzenie w kwocie 1 219,74 zł oraz opłatą skarbową w kwocie 17 zł.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Komenda Wojewódzka Policji w Rzeszowie, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Przebudowa Komendy Powiatowej Policji w Lubaczowie*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 stycznia 2019 r. pod numerem 502085-N-2019.

W dniu 23 kwietnia 2019 r. wykonawca Firma Budowlano-Handlowa RAK Spółka Jawna z siedzibą w Rzeszowie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy J. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą F.H.U.P. „DOMREX” J. R. z siedzibą w Białobrzegach, dalej „Domrex”, a tym samym naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy,
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Domrex, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówieni,
4. art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która zawiera błąd w obliczeniu ceny,
5. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty, która podlega odrzuceniu.

Odwołujący podnosił również w petitum odwołania, że zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Domrex; powtórzenia czynności oceny oferty Domrex; nakazania odrzucenia oferty Domrex; wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazywał, że wykonawca Domrex nie wycenił w kosztorysie ofertowym cegły klinkierowej, a następnie podnosił, że Domrex w pozycji kosztorysu zamienił cegłę szczerbinową na cegłę klinkierową i nie wyłączył z zakresu tynkowania ścian, co stanowi o błędzie w obliczeniu ceny. Zdaniem Odwołującego kosztorys ofertowy należało uzupełnić

również o pozycje dotyczące agregatu prądotwórczego, wprowadzić dodatkową pozycję na dostawę i montaż agregatu prądotwórczego. Wykonawca Domrex zaniechał tego, nie uwzględnił w wycenie agregatu prądotwórczego, a tym samym oferta ta nie obejmuje pełnego zakresu zamówienia. Pomijając w kosztorysie pewne elementy zamówienia zaoferował wykonanie prac niezgodnie z siwz. Wybranie oferty, która nie zawiera pełnego zakresu przedmiotu zamówienia (w pozostałych ofertach w kosztorysach wyliczono dostawę i montaż agregatu jako osobną pozycję) według wymogów określonych przez Zamawiającego jest naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wskazywał również, że w kosztorysie ofertowym Domrex wycenił koszty pośrednie na 30%, a następnie w wyniku złożonych wyjaśnień zmienił tę wartość na 25%, co stanowi niedopuszczalną zmianę oferty po upływie terminu na składanie ofert. Odwołujący zarzucał także Zamawiającemu kilkukrotne wzywanie o wyjaśnienia wykonawcy, który jedynie dla formalności udzielił odpowiedzi, ale którego pierwotne wyjaśnienia z uwagi na ich ogólnikowość i lakoniczność nie tłumaczą, skąd wynika taka, a nie inna cena oferty.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca J. R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą F.H.U.P. „DOMREX” J. R. z siedzibą w Białobrzegach, dalej także „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości i podnosząc że zgodnie z postanowieniami umowy wynagrodzenie za realizację niniejszego zamówienia jest kwotą ryczałtową. Zatem elementy zawarte w kosztorysie nie mają znaczenia, a sam kosztorys ma charakter pomocniczy, nie wpływa ani na zakres umowy, ani na cenę. Powyższe potwierdza postanowienie §15 ust. 5 wzoru umowy, zgodnie z którym niedoszacowanie, pominięcie oraz brak szczegółowego zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego.

Pismem z dnia 7 maja 2019 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości. Podkreślał, że przewidział wynagrodzenie ryczałtowe, a fakt że wymagano załączenia do oferty szczegółowego kosztorysu ofertowego nie przekreśla ryczałtowego charakteru ceny. Zamawiający badając ofertę wzywał Domrex do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w celu stwierdzenia czy wykonawca złożył ofertę zgodnie z wymogami SIWZ i prawidłowo ją wycenił. Kolejne wezwania były kontynuacją pierwszego wezwania i miały na celu dokładne wyjaśnienie treści oferty i elementów składających się na jej cenę. Złożone wyjaśnienia odnośnie szczegółowej kalkulacji kosztów pośrednich nie zmieniają ceny oferty podanej przez wykonawcę, ani wysokości kwoty kosztów pośrednich podanych w kosztorysie ofertowym. Ze względu na fakt, iż rozliczenie jest ryczałtowe a nie kosztorysowe, Zamawiający nie traktuje powyższej sytuacji jako błąd w obliczeniu ceny.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, odpowiedzi na pytania wykonawców, oferty oraz wyjaśnień złożonych przez Przystępującego, informacji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, piśmie procesowym Przystępującego oraz odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 8 maja 2019 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane związane z przebudową i modernizacją Komendy Powiatowej Policji w Lubaczowie wraz z rozbudową (budową zewnętrznej ewakuacyjnej klatki schodowej), budową wiaty dla pojazdów zabezpieczonych, kojca dla psów oraz wiaty dla agregatu prądotwórczego. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ”.

Zgodnie z §11 pkt 3 SIWZ wykonawcy byli zobowiązani złożyć wraz z formularzem ofertowym *kosztorys szczegółowy przygotowany w oparciu o przedmiary robót Zamawiającego (uzupełnione w razie potrzeby przez Wykonawcę o pozycje brakujące) i dokumentację projektową.*

Zgodnie z § 14 pkt 1-9 (Opis sposobu obliczania ceny) SIWZ: *1. Przez cenę oferty brutto należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2014r. poz. 915). 2. W formularzu ofertowym w tabeli należy podać liczbowo i słownie: cenę netto (wynikającą z kosztorysu ofertowego) oraz wartość brutto oferty (tj. cenę netto z tabeli formularza ofertowego powiększoną o obowiązującą stawkę podatku VAT). 3. Podstawą do wyliczenia ceny oferty musi być szczegółowy kosztorys ofertowy, przy czym poszczególne pozycje kosztorysowe należy przedstawić w cenach netto, a wartość podatku od towarów i usług uwzględnić przy obliczaniu wartości końcowej kosztorysu. 4. Kosztorys szczegółowy winien być przygotowany w oparciu o przedmiary robót Zamawiającego (uzupełnione w razie potrzeby przez Wykonawcę o pozycje brakujące) i dokumentację projektową. 5. W ofercie wszystkie*

wyszczególnione pola tabeli muszą być wypełnione. 6. Cena oferty (i wszystkie jej składniki) powinna być wyrażona w polskich złotych z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku zgodnie z zasadami matematycznymi. 7. Cena, o której mowa w ust. 1 jest kwotą ryczałtową w rozumieniu art. 632 KC i nie podlega zmianie w okresie realizacji umowy i po jej zakończeniu. Cena oferty Wykonawcy musi zawierać wszelkie koszty związane z ostateczną realizacją zamówienia wynikające wprost z zakresu rzeczowego, a ponadto wszelkie inne koszty niezbędne do wykonania zamówienia. 8. Oferta Wykonawcy musi zawierać ostateczną, sumaryczną cenę brutto obejmującą wszystkie koszty z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków (także podatku od towarów i usług) oraz ewentualnych upustów i rabatów. Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego. 9. W przypadku wyłączenia części robót lub wstrzymania realizacji robót, Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za roboty już zrealizowane. Potrącenie wynagrodzenia za niewykonane roboty lub części robót nastąpi według cen i nośników cenotwórczych zastosowanych w kosztorysie ofertowym.

Zgodnie z § 1 Istotnych postanowień umowy (załącznik nr 3 do SIWZ), dalej „IPU”: 1. Tytułem niniejszej umowy Wykonawca zobowiązany jest do wykonania na rzecz Zamawiającego robót budowlanych dla zadania pn.: „Przebudowa i modernizacja Komendy Powiatowej Policji w Lubaczowie”, 37-600 Lubaczów, ul. J. Słowackiego 14 – zgodnie z dokumentacją projektową, specyfikacją istotnych warunków zamówienia, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych oraz ofertą przetargową (w tym kosztorysem ofertowym) Wykonawcy. 2. Przedmiot umowy obejmuje zakres robót budowlanych niezbędnych do wykonania zgodnie z określoną w ust. 1 dokumentacją, obowiązującymi przepisami prawa, zasadami wiedzy technicznej i budowlanej. 3. Realizacja przedmiotu umowy odbywać się będzie zgodnie z zatwierdzonym przez Zamawiającego Harmonogramem rzeczowo – finansowym (HRF), który w terminie do 7 dni, licząc od dnia podpisania umowy Wykonawca przedstawi Zamawiającemu do zatwierdzenia. Harmonogram rzeczowo – finansowy powinien odzwierciedlać planowaną realizację przedsięwzięcia przez Wykonawcę i planowane przez niego koszty związane z realizacją tego przedsięwzięcia. Harmonogram rzeczowo-finansowy przedstawia przedsięwzięcie w rozbiciu na działania z ewentualnym podziałem na poddziałania cząstkowe tak aby pokazywał on pełny zwymiarowany zakres działań i wszystkie koszty niezbędne do ich realizacji. Harmonogram rzeczowo-finansowy może ulec zmianie bez konieczności zawierania aneksu do umowy. Zmiana harmonogramu wymaga zatwierdzenia przez Zamawiającego. 4. Zamawiający w dniu podpisania umowy przekaże Wykonawcy wzór Harmonogramu rzeczowo - finansowego. 5. Wszystkie dokumenty, o których mowa w ust. 1 oraz ust. 3, stają się przez samo ich

przywołanie integralną częścią umowy. Strony zgodnie oświadczają, iż zapoznały się z ich treścią i przyjęły je do stosowania.

Zgodnie z § 15 IPU: 1. Strony ustalają, że wartość wynagrodzenia Wykonawcy wynosi, zgodnie z przedłożoną ofertą,zł netto plus obowiązujący podatek VAT 23% tj. zł. Łącznie wynagrodzenie Wykonawcy wynosi: zł brutto (słownie: złotych brutto). 2. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 jest kwotą ryczałtową w rozumieniu art. 632 KC i nie podlega zmianie w okresie realizacji niniejszej umowy. Powyższe wynagrodzenie Wykonawcy zawiera wszelkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia, wynikające wprost z zakresu rzeczowego oraz wszelkich innych kosztów, do poniesienia których zobowiązał się Wykonawca w celu zrealizowania zgodnie z umową przedmiotu zamówienia. 3. Wynagrodzenie Wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 obejmuje również serwisowanie, przeglądy i naprawę zamontowanych urządzeń i materiałów w okresie trwającej gwarancji i rękojmi zgodnie z wymaganiami producentów. W przypadku nie wywiązania się Wykonawcy z serwisowania urządzeń, Zamawiający zleci serwisowanie innej firmie, a koszty za wykonanie tej usługi potrąci z kwoty należytego zabezpieczenia wykonania umowy. 4. Wynagrodzenie należne Wykonawcy podlega waloryzacji w przypadku zmiany stawki podatku VAT, na zasadach określonych w § 27 ust. 4 i 9 umowy. 5. Niedoścadowanie, pominięcie oraz brak szczegółowego zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego określonego w ust. 1 niniejszego paragrafu. 6. W przypadku wyłączenia przez Zamawiającego części robót lub wstrzymania realizacji robót, Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za roboty już zrealizowane. Potrącenie wynagrodzenia za niewykonane roboty lub części robót nastąpi według cen i nośników cenotwórczych zastosowanych w kosztorysie ofertowym. 7. Wykonawca zobowiązany jest niezwłocznie wykonać roboty konieczne ze względu na bezpieczeństwo lub zabezpieczenie przed awarią. Koszt tych robót będzie obciążał Wykonawcę.

Zgodnie z § 16 ust. 1-3 IPU: 1. Rozliczanie należności za wykonane i przyjęte roboty budowlane nastąpi na podstawie faktur VAT częściowych oraz faktury VAT końcowej. Strony uzgadniają, iż maksymalna wartość wynagrodzenia objętego fakturami VAT częściowymi nie może przekroczyć 90% wynagrodzenia brutto określonego w § 15 ust. 1. 2. Wszelkie płatności za wykonane roboty budowlane będą realizowane po ich wykonaniu. Podstawą dla zapłaty faktur VAT w każdym przypadku jest łączne spełnienie przez Wykonawcę poniżej określonych wymogów: 1) przedstawienie protokołu odbioru częściowego, potwierdzającego wykonanie zakresu robót bez wad zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym (HRF), podpisanego przez inspektora/ów nadzoru oraz kierownika budowy i kierowników robót; 2) przedstawienie zestawienia wartości wykonanych robót sporządzonego przez Wykonawcę, sprawdzonego i zatwierdzonego przez inspektora/ów nadzoru; 3) w przypadku wykonania

robót przy udziale Podwykonawcy – zestawienie prac wykonanych przez Podwykonawcę z określeniem ich zakresu i wartości podpisane przez inspektora nadzoru i kierownika budowy

4) Przedstawienie dowodów zapłaty wynagrodzenia podwykonawcom i dalszym podwykonawcom, biorącym udział w realizacji odbieranych robót budowlanych. 5) Za dowody, o których mowa w §16, ust. 2, pkt. 4 uważa się łącznie: • oświadczenia podwykonawcy, dalszego podwykonawcy co do zaspokojenia wszelkich roszczeń finansowych z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia odpowiednio wg formularza stanowiącego załącznik nr 4 lub 6 do niniejszej umowy; • kopie właściwych faktur; • protokół odbioru częściowego i końcowego o którym mowa w §16, ust. 2, pkt. 1; • przelewów dokumentujących zapłatę; • rozliczenia kosztów faktury według załącznika nr 7; 6) w przypadku wykonania robót bez udziału Podwykonawców, złożenie oświadczenia w tym zakresie wg formularza stanowiącego załącznik nr 5 do niniejszej umowy. 3. Wysokość wynagrodzenia za poszczególne elementy robót, stanowiące przedmiot odbiorów częściowych, określa zatwierdzony przez Zamawiającego harmonogram rzeczowo- finansowy.

Zgodnie z § 29 ust. 1 IPU: Wykonawca jest zobowiązany do ubiegania się o uzyskanie jednorazowej zaliczki w 2019 r. na poczet realizacji zamówienia w kwocie stanowiącej różnicę pomiędzy wartością umowy planowaną do zrealizowania tj. 4 000 000,00 zł brutto (słownie: cztery miliony 00/100 złotych brutto) do 16 grudnia 2019 r., a wartością zrealizowanych i zapłaconych robót do 29 listopada 2019 r. Zaliczek udziela się w oparciu o art. 151 a ustawy Pzp, na pisemny wniosek Wykonawcy.

W § 11 IPU Zamawiający opisał roboty dodatkowe oraz sposób ich rozliczania, a w § 27 IPU dopuścił zmiany wysokości wynagrodzenia.

Pismem z dnia 12 lutego 2019 r. Zamawiający udzielił m.in. następujących odpowiedzi na pytania wykonawców:

Pytanie nr 2: Proszę o wyjaśnienie rozbieżności — przedmiar robót zagospodarowania terenu:- poz. 32. Ściany wiaty — przedmiar podaje, iż ściany wiaty mają zostać wykonane z pustaków ceramicznych POROTHERM P+W, natomiast w Opisie wykonawczym części konstrukcyjnej czytamy, iż ściany zaprojektowano jako murowane z cegły klinkierowej pełnej.

Wyjaśnienia do pytania nr 2: Należy przyjąć rozwiązanie jak w Projekcie wykonawczym konstrukcji tj. ściany wiaty należy wykonać jako murowane z cegły klinkierowej pełnej i takie rozwiązanie przyjąć do wyceny.

Pytanie nr 3: Z uwagi na fakt, że rozliczenie zamówienia ustalono jako ryczałtowe prosimy o zmianę zapisów SIWZ poprzez wykreślenie zapisów SIWZ S 11 ust. 3 pkt 3) oraz potwierdzenie, iż Zamawiający nie złożenia jako załącznika do oferty szczegółowego kosztorysu ofertowego.

Wyjaśnienia do pytania nr 3: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę zapisów w SIWZ w § 11 ust. 3 pkt 3) i wymaga jako załącznika do oferty kosztorysu szczegółowego.

Pytanie nr 4: Ze względu na ryczałtowy charakter wynagrodzenia wnosimy o potwierdzenie, że Zamawiający wyraża zgodę aby Wykonawca samodzielnie wprowadził zmiany w przedmiarach robót w zakresie ilości poszczególnych robót jak również w zakresie dodawania bądź odejmowania pozycji przedmiarowych, które należy wykonać zgodnie z projektem.

Wyjaśnienia do pytania nr 4: Zamawiający nie wyraża zgody za wyjątkiem pozycji, na które Oferent (Wykonawca) dostał zgodę od Zamawiającego w odpowiedziach (zamieszczonych na stronie internetowej KWP w Rzeszowie) na zadane przez Oferenta (Wykonawcę) pytania w trakcie trwania postępowania nr ZP/2/2019,

Pytanie nr 5: W przypadku podtrzymania zapisów SIWZ o konieczności przedstawienia Zamawiającemu kosztorysów szczegółowych przygotowanych w oparciu o przedmiary robót Zamawiającego wnosimy o zmianę zapisów SIWZ w taki sposób, aby Wykonawca przedłożył Zamawiającemu kosztorysy szczegółowe w przypadku wyłonienia oferty Wykonawcy jako najkorzystniejszej przed podpisaniem umowy na wykonanie robót budowlanych, a nie jak jest obecnie wraz z formularzem oferty.

Wyjaśnienia do pytania nr 5: Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 45: W Projekcie Wykonawczym jest projektowany montaż nowego agregatu prądotwórczego G155 w miejsce istniejącego, natomiast w przedmiarze robót elektrycznych nie ma nakładów na jego montaż. Proszę o uzupełnienie przedmiarów o nakłady na montaż agregatu prądotwórczego G155 lub potwierdzenie, że jego montaż nie wchodzi w zakres robót?

Wyjaśnienia do pytania nr 45: Należy ująć w ofercie nakłady na dostawę agregatu prądotwórczego wraz z jego montażem, podłączeniem i uruchomieniem oraz wykonaniem niezbędnych prób i pomiarów. Parametry agregatu - zgodnie z projektem wykonawczym i specyfikacją dla robót elektrycznych.

Pytanie nr 46: Czy dostawa agregatu prądotwórczego wchodzi w zakres zamówienia? Brak pozycji w przedmiarach elektrycznych.

Wyjaśnienia do pytania nr 46: Odpowiedź jak do pytania nr 45.

W postępowaniu złożono 8 ofert. Odwołujący za realizację zamówienia zaproponował cenę 7 890 398,65 zł oraz 60 - miesięczny okres gwarancji. Przystępujący Domrex zaproponował cenę 7 305 845,00 zł i również 60 - miesięczny okres gwarancji.

Zamawiający pismem z dnia 7 marca 2019 r. wezwał wykonawcę Domrex na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień czy za oferowaną cenę wykona przedmiot

zamówienia w zakresie robót budowlanych, elektrycznych i sanitarnych zgodnie z dokumentacją projektową, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, przedmiarem robót oraz wyjaśnieniami treści SIWZ i zmianą treści SIWZ, biorąc pod uwagę, że wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy oraz wskazywał, że wykonawca nie ujął w kosztorysie ofertowym nakładów na dostawę agregatu prądotwórczego. Wykonawca Domrex pismem z dnia 11 marca 2019 r. odpowiedział twierdząco, bez szczegółowego uzasadnienia.

Zamawiający pismem z dnia 14 marca 2019 r. wezwał wykonawcę Domrex do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zamawiający ponownie wskazywał, że wykonawca nie ujął w kosztorysie ofertowym nakładów na dostawę agregatu prądotwórczego. W odpowiedzi wykonawca Domrex złożył wyjaśnienia, w których oświadczył, że wykona zamówienie zgodnie z wymogami SIWZ za zaoferowaną cenę, wskazując że dostawę agregatu prądotwórczego ujął w nakładach kosztów pośrednich, posiada własną hurtownię i skład materiałów budowlanych, park maszynowy, własne brygady pracowników, zakład produkcji ślusarki, stolarki PCV i ppoż, co przekłada się na niższe koszty zakupów, brak dodatkowych narzutów zewnętrznych firm podwykonawczych, co wpływa na wartość końcowej ceny oferty.

Dalej, pismem z dnia 19 marca 2019 r, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wezwał wykonawcę Domrex do złożenia szczegółowej kalkulacji przyjętych kosztów pośrednich. Wykonawca przesłał kalkulację kosztów pośrednich obejmującą koszt agregatu prądotwórczego wraz z montażem.

Następnie wystosowano pismo z dnia 3 kwietnia 2019 r. na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wykonawcy Domrex w nawiązaniu do złożonych przez niego wyjaśnień z dnia 18 marca 2019 r. oraz złożonej w dniu 21 marca 2019 r. szczegółowej kalkulacji przyjętych kosztów pośrednich, o złożenie szczegółowych wyjaśnień w odniesieniu do niżej przedstawionych rozbieżności: Wykonawca w złożonej na wezwanie Zamawiającego szczegółowej kalkulacji przyjętych kosztów pośrednich podał, że koszty pośrednie wynoszą 370 950,36 zł i są powiększone o dostawę i montaż agregatu prądotwórczego — koszt 50 000,00 zł. Łącznie koszty pośrednie wynoszą 420 950,36 zł, a to odbiega od podanych w kosztorysie ofertowym kosztów pośrednich [KP] 30% od (R,S) wynoszących: 445 140,58 zł. Wykonawca w odpowiedzi z dnia 4 kwietnia 2019 r. wyjaśnił, że założył zapas w wysokości 24 190,22 zł na koszty nieprzewidziane oraz że koszty pośrednie zostały przyjęte w kosztorysie na poziomie 30%.

Dnia 15 kwietnia 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy J. R. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą F.H.U.P. „DOMREX” J. R. z siedzibą w Białobrzegach jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego, jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Odwołujący argumentował, iż załączenie przez wykonawców kosztorysu do oferty było obligatoryjne, sam kosztorys nie ma charakteru pomocniczego, a brak poszczególnych pozycji w kosztorysie stanowi podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący wskazywał także, że wprawdzie w § 14 pkt 7 SIWZ oraz w § 15 ust. 2 IPU jest mowa o wynagrodzeniu ryczałtowym w rozumieniu art. 632 Kodeksu cywilnego, lecz inne postanowienia SIWZ, w tym IPU, a także wymóg, aby wraz z ofertą złożyć szczegółowy kosztorys, wskazują że wynagrodzenie ma charakter mieszany, tj. kosztorysowo- ryczałtowy.

Izba podzieliła stanowiska Odwołującego w powyższym zakresie. Po pierwsze wskazać należy, że treść SIWZ oraz IPU była znana wykonawcom od momentu zamieszczenia jej przez Zamawiającego na stronie internetowej. Zamawiający konsekwentnie od początku żądał przedłożenia wraz z ofertą kosztorysu szczegółowego, który był podstawą do wyliczenia ceny oferty. Równocześnie na etapie udzielania odpowiedzi na pytania wykonawców Zamawiający podtrzymywał swoje stanowisko, aby wraz z ofertą złożyć kosztorys i nie wyraził zgody, aby kosztorys był złożony po wyborze oferty, a przed podpisaniem umowy (wyjaśnienia z 12.02.2019 r. pytanie nr 4 i 5). Podkreślić należy, że to postanowienia SIWZ czytane i interpretowane łącznie winny determinować znaczenie kosztorysu, nie zaś jedno postanowienie umowne, czy subiektywne założenia wykonawcy, zainteresowanego uzyskaniem zamówienia. W niniejszym stanie faktycznym brak jest jakiegokolwiek postanowienia w SIWZ o pomocniczym charakterze kosztorysu.

Odnosząc się zaś do kwestii charakteru wynagrodzenia przewidzianego dla wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu to, pomimo wskazania przez Zamawiającego w §14 pkt 7 SIWZ oraz §15 pkt 2 IPU, iż za wykonanie umowy strony ustalają wynagrodzenie ryczałtowe, o którym mowa w art. 632 Kodeksu cywilnego, poszczególne postanowienia SIWZ oraz IPU wskazują raczej na kosztorysowy charakter wynagrodzenia. Wskazują na to m.in. postanowienie §11 pkt 2 i 3 SIWZ, zgodnie z którymi cena netto wynika z kosztorysu ofertowego, a podstawą do wyliczenia ceny oferty musi być szczegółowy kosztorys ofertowy. Następnie zgodnie z §14 pkt 9 SIWZ oraz §15 pkt 6 IPU Zamawiający wskazał, że w przypadku wyłączenia części robót lub wstrzymania realizacji robót, wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za roboty już zrealizowane. Potrącenie wynagrodzenia za niewykonane roboty lub części robót nastąpi według cen i nośników cenotwórczych zastosowanych w kosztorysie ofertowym. Zgodnie zaś z §16 ust. 3 IPU wysokość wynagrodzenia za poszczególne elementy robót, stanowiące przedmiot odbiorów częściowych, określa zatwierdzony przez Zamawiającego harmonogram rzeczowo-finansowy. Uwzględniając również treść § 16 ust. 2 pkt 1 i 2 IPU, zgodnie z którymi do protokołów odbiorów częściowych należy dołączyć wykaz wykonanych robót i ich wartość, niezbędne jest uwzględnienie w kosztorysie wszystkich elementów robót.

Niezależnie jednak od powyższego w ocenie składu orzekającego, zarówno w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, jak również wynagrodzenia ryczałtowego, możemy mieć do czynienia z rozliczeniem na podstawie kosztorysu, który w niniejszym postępowaniu stanowił merytoryczną treść oferty. Zamawiający bowiem przewidział określonego rodzaju rozwiązania związane ze sposobem wykonania i rozliczenia zamówienia, dla których istotny jest właśnie kosztorys. Izba uznała więc, że kosztorys szczegółowy był częścią oferty, zaś brak jakiegokolwiek elementu w powyższym dokumencie obligował Zamawiającego do odrzucenia takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Tym bardziej, że zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 45 nakłady na dostawę agregatu prądotwórczego wraz z jego montażem, podłączeniem i uruchomieniem oraz wykonaniem niezbędnych prób i pomiarów należało ująć w ofercie. Co oznacza de facto, że kosztorys należało uzupełnić o pozycje dotyczące agregatu prądotwórczego, czego Przystępujący zaniechał (jako jedyny z ośmiu wykonawców składających oferty). Uwzględniając powyższe w ocenie Izby doszło także do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający nieprawidłowo dokonał oceny i wyboru oferty Przystępującego.

Izba nie podzieliła natomiast argumentacji Odwołującego jakoby zmiana cegły szczerbinowej na cegłę klinkierową bez wyłączenia zakresu tynkowania ścian w kosztorysie Przystępującego stanowiła o błędzie w obliczeniu ceny. Błąd w obliczeniu ceny zachodzi, jeśli cena oferty została obliczona w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w

dokumentacji postępowania lub w cenie oferty uwzględniono niewłaściwą stawkę podatku VAT. Błędem w obliczeniu ceny nie jest natomiast zaniechanie usunięcia przez wykonawcę dwóch pozycji z kosztorysu, w szczególności w sytuacji, gdy brak jasnych wymagań w dokumentacji przetargowej w tym zakresie, a zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 4 Zamawiający nie wyrażał zgody, aby wykonawcy samodzielnie wprowadzali zmiany w przedmiarach w zakresie ilości poszczególnych robót, czy dodawania bądź odejmowania pozycji przedmiarowych.

W zakresie zaś zarzutu wyartykułowanego w uzasadnieniu odwołania, a dotyczącego niedopuszczalnej zmiany oferty po terminie składania ofert Izba ustaliła, że koszty pośrednie w kosztorysie Przystępującego wyceniono na 30%. Następnie w wyjaśnieniach z dnia 21 marca 2019 r. Przystępujący przedstawił szczegółową kalkulację kosztów pośrednich na poziomie 25% plus zakup, dostawa i montaż agregatu prądotwórczego. Niemniej w wyjaśnieniach z dnia 4 kwietnia 2019 r. wskazano zakładany zapas w wysokości 24 190,22 zł na koszty nieprzewidziane, który nie został wyszczególniony w poprzednich wyjaśnieniach. W ocenie Izby taka argumentacja nie stanowi o zmianie oferty, a jest jedynie spóźnioną próbą obrony twierdzenia, że koszt dostawy i montażu agregatu prądotwórczego został uwzględniony w cenie oferty Przystępującego. W odniesieniu zaś do zarzutu wielokrotnego wzywania do wyjaśnień, Izba podziela pogląd, że ustawodawca nie określił, ile razy zamawiający może ponawiać wezwania do wyjaśnienia. Wezwanie do złożenia wyjaśnień może być skierowane do wykonawcy nawet kilkakrotnie w sytuacji, gdy na podstawie złożonych wyjaśnień powstają dalsze kwestie i nowe wątpliwości wymagające wyjaśnienia. Jeżeli Zamawiający miał dodatkowe wątpliwości mógł ponownie wezwać wykonawcę do udzielenia odpowiedzi w stosownym zakresie, tym bardziej, że wezwanie Zamawiającego w zakresie przedłożenia dowodów dotyczących wyliczenia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny było nieprecyzyjne.

Odnosząc się zaś do zarzutu sformułowanego w petitum odwołania, a dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, należy wskazać, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Przy czym powszechnie przyjmuje się, że przez te zarzuty należy rozumieć zawarte w odwołaniu okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przez zamawiającego określonych przepisów ustawy Pzp. O ile wskazanie zarzucanych przepisów nie jest bez znaczenia, o tyle dla skuteczności zarzutu kluczowe znaczenie ma sprecyzowanie, na czym polega ich naruszenie w konkretnym przypadku, co wymaga dostatecznie szczegółowego opisu działania lub zaniechania zamawiającego. Izba stwierdziła, że zarzut sprowadzający się do ogólnikowego wskazania, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp podlega oddaleniu. Na podstawie tak sprecyzowanego zarzutu nie sposób stwierdzić na jakiej

podstawie Odwołujący przypuszcza, że oferta Przystępującego zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Samo zaś powołanie się w treści odwołania na artykuł ustawy Pzp nie tworzy zarzutu, który powinien zostać dookreślony w konkretnym stanie faktycznym.

Jako chybiony należy uznać również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem nie może on stanowić samodzielnej podstawy zarzutu odwołania. Zasady prowadzenia postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego ulegają konkretyzacji na gruncie dalszych przepisów ustawy Pzp, odnoszących się do określonych uprawnień i obowiązków zamawiającego. Jeśli czynność lub zaniechanie zamawiającego dotyczy konkretnych przepisów to odwołujący powinien skonstruować zarzut poprzez wskazanie zasady i konkretnego przepisu.

W zakresie naruszenia przez Zamawiającego zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z art. 7 ust. 3, należy wskazać, że jest to zarzut niezasadny już przez sam fakt, że przywołany przepis można naruszyć poprzez udzielenie zamówienia (zawarcie umowy), co w rozpatrywanej sprawie na dzień orzekania nie miało miejsca.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: