

**WYROK**

**z dnia 30 września 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu 30 września 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 września 2011 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Sprint S.A. Oddział w Bydgoszczy (pełnomocnik konsorcjum), 2. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "EBUD"- Przemysłówka Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Przemysłowa 15, 85758 Bydgoszcz** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojskowy Zarząd Infrastruktury w Poznaniu, ul. Kościuszki 92/98, 60-967 Poznań,**

przy udziale wykonawcy **SKANSKA S.A., ul. Gen. J. Zajączka 9, 01-518 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Sprint S.A. Oddział w Bydgoszczy (pełnomocnik konsorcjum), 2. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "EBUD"- Przemysłówka Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Przemysłowa 15, 85-758 Bydgoszcz** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. Sprint S.A. Oddział w Bydgoszczy (pełnomocnik konsorcjum), 2. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "EBUD"- Przemysłówka Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Przemysłowa 15, 85-758 Bydgoszcz** tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:**
- 1. Sprint S.A. Oddział w Bydgoszcy (pełnomocnik konsorcjum),**
  - 2. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "EBUD"-Przemysłówka Sp. z o.o.,** adres dla pełnomocnika: **ul. Przemysłowa 15, 85-758 Bydgoszcz** na rzecz **Wojskowego Zarządu Infrastruktury w Poznaniu, ul. Kościuszki 92/98, 60-967 Poznań** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Wojskowy Zarząd Infrastruktury, ul. Kościuszki 92/98, 60-967 Poznań wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przetargu nieograniczonym pn. „Budowa magazynu wielofunkcyjnego na terenie JW 1166 Poznań - Krzesiny - realizacja robót budowlanych wraz z serwisowaniem w okresie gwarancji”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 15.06.2011r. pod numerem 2011/S 113-186444.

W dniu 09 września 2011r. Odwołujący - Konsorcjum firm : 1. Sprint S.A. Oddział Bydgoszcz, ul. Przemysłowa 15, 85-758 Bydgoszcz oraz 2. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EBUD”- Przemysłówka Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy powziął wiadomość o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Skanska S.A. w Warszawie, ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa Skanska S.A. Oddział Budownictwa Ogólnego w Poznaniu ul. Bystra 7, 61-366 Poznań, która zaoferowała wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę 39 164 412.85 złotych brutto. Nadto Zamawiający poinformował w/w pismem, iż z przetargu nie wykluczono żadnego wykonawcy i nie odrzucono żadnej oferty.

Nie zgadzając się z czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty Odwołujący w dniu 19.09.2011r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu:

1. zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Skanska S.A. w Warszawie Ul. Gen. Józefa Zajączka 9 01-518 Warszawa Skanska S.A. Oddział Budownictwa Ogólnego w Poznaniu ul. Bystra 7, 61-366 Poznań, mimo iż oferta złożona przez tego oferenta nie spełniała wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym winna podlegać odrzuceniu,

2. dokonanie wyboru przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Skanska S.A. w Warszawie Ul. Gen. Józefa Zajączka 9 01-518 Warszawa Skanska S.A. Oddział Budownictwa Ogólnego w Poznaniu ul. Bystra 7, 61-366 Poznań, mimo iż oferta złożona przez tego oferenta nie spełniała wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a tym samym winna podlegać odrzuceniu.

Zarzucił przy tym Zamawiającemu naruszenie;

- art. 7 ust. 1 i ust.3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie wyrażonych w treści tego przepisu zasady równości i uczciwej konkurencji,

- art. 36 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zapisów SIWZ

- art. 87 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych,

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych poprzez brak odrzucenia i wybór oferty złożonej przez Skanska S.A. w Warszawie Ul. Gen. Józefa Zajączka 9 01-518 Warszawa Skanska S.A. Oddział Budownictwa Ogólnego w Poznaniu ul. Bystra 7, 61-366 Poznań, mimo iż przedmiotowa oferta w treści swej nie spełnia wymogów SIWZ i nie odpowiada jej treści.

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wnosił o:

1. wydanie orzeczenia uwzględniającego złożone w sprawie odwołanie,
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny oferty złożonej przez Skanska S.A. w Warszawie Ul. Gen. Józefa Zajączka 9, 01-518 Warszawa Skanska S.A. Oddział Budownictwa Ogólnego w Poznaniu ul. Bystra 7, 61-366 Poznań i odrzucenie tej oferty, jako nie spełniającej wymogów SIWZ i nie odpowiadającej treści SIWZ,

3. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych ( Dz.U. Nr 19, poz. 177 z póź zm.) oraz warunkami SIWZ.

Nadto Odwołujący wnosił o:

4. Wyznaczenie terminu posiedzenia KIO z wyłączeniem dnia 29 i 30 września oraz 3 października 2011 roku, gdyż ze względu na już wyznaczone terminy i kolizję terminów pełnomocników Odwołującego się, Odwołujący nie byłby reprezentowany na posiedzeniu KIO w sposób należyty.

W swoim odwołaniu powołał się na postanowienia pkt.3 rozdziału VI SIWZ - Dokumenty wymagane w ofercie, w którym Zamawiający wymagał, by Wykonawca załączył do oferty :

- wypełniony Formularz ofertowy stanowiący załącznik nr 1 do SIWZ;
- formularz wyceny ofertowej w zakresie wykonywania usług konserwacyjno-serwisowych stanowiący załącznik nr 11 do SIWZ;
- tabelę elementów ryczałtowych.

Nadto zauważył, iż zgodnie z zapisem pkt.3 Rozdziału VII - Opis sposobu obliczenia ceny oferty Zamawiający wskazał, iż zawarta w formularzu cena ofertowa musi wynikać z załączonej do oferty „Tabeli elementów ryczałtowych”.

Jednocześnie wskazał, że Zamawiający określił, iż Wykonawca zobowiązany jest sporządzić tabelę elementów ryczałtowych z zachowaniem następujących zasad:

- „Rozdział tabeli ryczałtowej” powinien ujmować zakres rzeczowy określony jednym przedmiarem robót,
- „Rozdział” należy podzielić na „Działy” odpowiadające działom określonym w przedmiarze robót,
- W poszczególnych „Działach” należy zawrzeć elementy ryczałtowe stanowiące podstawę do rozliczania zrealizowanych i odebranych przez inspektora nadzoru inwestorskiego robót budowlano – montażowych,
- Tabelę ryczałtową sporządzić należy przy zachowaniu kolejności technologicznej realizacji robót.

Z powyższych wymagań SIWZ wnioskował, że każdy z wykonawców zobowiązany był sporządzić tabele elementów ryczałtowych obejmujących zakres rzeczowy określony tylko jednym przedmiarem robót stanowiących przedmiot zamówienia, które to pozycje przedmiarowe, po ich zsumowaniu, stanowią cenę oferty.

Poza tym zwrócił uwagę, że zgodnie z postanowieniem rozdziału XIV - Informacje o trybie otwarcia i oceny ofert pkt. 2 i 3 Zamawiający wskazał, iż odrzuci ofertę w przypadkach określonych w art. 89 ustawy Prawo zamówień publicznych, a tylko oferty nie odrzucone zostaną poddane procedurze oceny zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ.

Przypomniał także, iż Zamawiający w trakcie postępowania dokonał zmiany SIWZ - uzupełnienia dokumentacji projektowej. W związku bowiem z pytaniami wykonawców Zamawiający, w odpowiedzi z dnia 05 sierpnia 2011 roku na pytania :

- 34 o treści : „Brakuje przedmiaru do projektu - TOM VII/E - PROJEKT TELETECHNICZNY-BUDOWA KABLOWEJ LINII TELEKOMUNIKACYJNEJ . Prosimy o uzupełnienie. ”
- 36 o treści : „ Dla projektu teletechnicznego - Budowa kablowej linii telekomunikacyjnej Tom VII/E zamawiający nie załączył przedmiarów. Proszę o ich udostępnienie w wersji elektronicznej(ath) dla programu NORMA”, poinformował według Odwołującego, iż uzupełnia opis do w/w tomu.

Zdaniem Odwołującego zatem przedmiot zamówienia stanowiły także roboty instalacyjne branży teletechnicznej objęte przedmiarem robót p.n. – „Budowa kablowej linii telekomunikacyjnej” i taki przedmiar winien się znaleźć w tabeli elementów ryczałtowych sporządzonej przez wykonawców.

Wywodził, iż oferta Skanska S.A. nie zawiera w „Tabeli elementów ryczałtowych” rozdziału zawierającego wycenę określonych jednym przedmiarem robót instalacyjnych branży teletechnicznej – „Budowa kablowej linii telekomunikacyjnej”, a tym samym oferta Skanska S.A. nie odpowiada warunkom i treści SIWZ oraz nie jest porównywalna z innymi ofertami.

Wskazał, iż okoliczność braku w ofercie Skanska S.A. wyceny robót instalacyjnych branży teletechnicznej - Budowa kablowej linii telekomunikacyjnej nie jest sporna i została potwierdzona zarówno przez Zamawiającego jak i przez Skanska S.A.

Zwrócił uwagę, że pismem z dnia 01 września 2011 roku Zamawiający, wzywając Skanska S.A. do złożenia wyjaśnień stwierdził jednoznacznie, iż w ofercie Skanska S.A. w tabeli elementów ryczałtowych nie wykazano osobno działu „Budowa kablowej linii telekomunikacyjnej”, który należało uwzględnić zgodnie z odpowiedzią na pytanie 33 do przetargu.

W odpowiedzi zaś na wystosowane wezwanie Skanska S.A. pismem z dnia 02 września 2011r. oświadczyła, iż zakres robót objęty „Projektem teletechnicznym -Budowa kablowej linii telekomunikacyjnej” został uwzględniony w całości w Tabeli elementów ryczałtowych w części „ Roboty instalacyjne - instalacje elektryczne” w Rozdziale 5.

Według Odwołującego Zamawiający, mimo jasnego i jednoznacznego określenia w „Rozdziale tabeli ryczałtowej” obowiązku ujęcia zakresu rzeczowego określonego jednym przedmiarem robót uznał, iż oferta Skanska S.A. odpowiada warunkom i treści SIWZ, z czym Odwołujący się nie zgadza.

Takie twierdzenie Skanska S.A. – zdaniem Odwołującego - narusza wymogi SIWZ i pozostaje w sprzeczności z zapisami załącznika do oferty SKANSKA SA. - Tabeli elementów ryczałtowych w części „Roboty instalacyjne - instalacje elektryczne” w Rozdziale 5.

Twierdził, że zgodnie postanowieniami pkt.3 rozdziału VII Opisu sposobu obliczenia ceny oferty „Rozdział tabeli ryczałtowej” wykonawca powinien ujmować zakres rzeczowy określony jednym przedmiarem robót.

W ocenie Odwołującego jeden „Rozdział tabeli ryczałtowej” może obejmować tylko jeden przedmiar, a nie dwa, a twierdzenie co do ujęcia w jednej pozycji dwóch zakresów rzeczowych określonych dwoma przedmiarami jest niezgodne z wymogami SIWZ i pozostaje w sprzeczności z zapisami załącznika do oferty Skanska S.A. - zapisami Tabeli elementów ryczałtowych (rozdział 5 Tabeli elementów ryczałtowych oferty w części „ Roboty instalacyjne - instalacje elektryczne”) zawierających wycenę innego przedmiaru robót niż przedmiar robót instalacyjnych „Budowy kablowej linii telekomunikacyjnej”.

Zauważył również, że rozdział 5 Tabeli elementów ryczałtowych oferty SKANSKA S.A. w części „Roboty instalacyjne - instalacje elektryczne” zawiera wycenę robót objętych jednym przedmiarem robót pn. .. Kanalizacja kablowa” w tym ;

- Przekładka istniejącego kabla telefonicznego,
- Kanalizacja teletechniczna,
- Linie kablowe światłowodowe,
- Pomiary linii światłowodowych.

Natomiast roboty określone w SIWZ pn. „ Budowa kablowej linii telekomunikacyjnej” obejmują inny zakres robót, a tym samym i inny przedmiar robót, który zawiera wycenę n/w robót:

- Zakończenie kabla w bud. Nr 39 pom.3',
- Linia kablowa sieci miejscowej 100 par,
- Zakończenie kabla w bud. mag. pom. 03,
- Pomiary linii kablowej Cu 100 par.

Podnosił, że roboty przedmiotowe są całkowicie odmienne, co jednoznacznie potwierdza okoliczność sporządzenia i załączenia do SIWZ przez Zamawiającego dwóch różnych przedmiarów robót.

Odwołujący stanął zatem nadto na stanowisku, iż Skanska S.A. nie zaoferowała robót określonych w SIWZ przedmiarem pn. „Budowa kablowej linii telekomunikacyjnej”.

Wskazał, iż brak zaoferowania Zamawiającemu robót objętych przedmiarem robót pn. „Budowy kablowej linii telekomunikacyjnej”, a więc części przedmiotu zamówienia określonego SIWZ uzasadnia twierdzenie, że oferta ta w tym zakresie nie odpowiada treści SIWZ. Tym samym oferta złożona przez Skanska S.A. winna zostać odrzucona, gdyż w treści swej nie odpowiada treści SIWZ i ta niezgodność nie ma charakteru innej omyłki określonej w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Uważał także, że podniesiona wyżej okoliczność wskazuje, iż Skanska S.A. złożyła ofertę do specyfikacji o treści odmiennej od obowiązującej w dacie składania ofert.

Argumentował, że powstałej rozbieżności nie można przypisać charakteru omyłki i w konsekwencji należy uznać, że powstałe rozbieżności świadczą o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i nie mają charakteru omyłki możliwej do poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W takiej bowiem sytuacji doprowadzenie treści oferty do zgodności z SIWZ wykracza, bowiem poza dyspozycję przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Podkreślił także, że skoro treść zobowiązania wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia nie odpowiada opisowi potrzeb i wymagań zamawiającego i nie obejmuje wykonania robót, które były przedmiotem zamówienia, to mamy do czynienia z niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ.

Jego zdaniem świadczenie, jakie zobowiązała się wykonać Skanska S.A w złożonej ofercie nie odpowiada potrzebom i wymaganiom Zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia.

Ostatecznie wskazał, iż brak wyceny robót objętych przedmiotem robót pn. „Budowy kablowej linii telekomunikacyjnej” spowodował nieuprawnione uprzywilejowanie oferty Skanska S.A. w stosunku do innych ofert, ponieważ zgodnie z postanowieniami rozdziału VIII SIWZ- Kryteria oceny ofert Zamawiający wskazał, iż przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie się kierował kryterium najniższej ceny.

A zatem brak dokonania przez oferenta Skanska S.A. wyceny części przedmiotu zamówienia w jego ofercie spowodowało uprzywilejowanie jej oferty w stosunku do innych ofert wobec obniżenia ceny wynikającego z braku wyceny robót objętych przedmiotem robót pn. „Budowy kablowej linii telekomunikacyjnej”.

W dniu 23.09.2011r. zgłosił skutecznie swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Skanska S.A.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej załączników, w tym przedmiaru robót budowy kablowej linii telekomunikacyjnej oraz wyjaśnień do SIWZ, ofertę Przystępującego, wezwania Zamawiającego do złożenia przez niego wyjaśnień z dnia



1.09.2011r. oraz udzielonych przez Przystępującego wyjaśnień z dnia 2.09.2011r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez uczestnika i strony wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający i Przystępujący zgodnie wnosili o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 7 ust.1 i 3, art. 36 ust.1, art.87 ust.1, art.89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.).

Przedmiotem rozstrzygnięcia niniejszego postępowania odwoławczego było zagadnienie czy Zamawiający zaniechał dokonania czynności odrzucenia oferty Przystępującego z powodu sprzeczności jej treści z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia niezgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych oraz czy zasadnym było również wezwanie przez Zamawiającego tego wykonawcy do wyjaśnienia treści jego oferty.

Izba nie stwierdziła wyżej wskazanej kolizji treści oferty z treścią SIWZ. Stwierdzenie to zostało poparte treścią złożonego oświadczenia woli Przystępującego zawartego na stronie 0057 rozdziału 5 tabeli elementów ryczałtowych w części dotyczącej robót instalacyjnych - instalacji elektrycznych występującego pod nazwą budowa kanalizacji kablowej i kabli.

Powyższa tabela została wypełniona w rozbiciu na cztery działy z przyporządkowaniem każdemu z nich odrębnej pozycji wartościowej, zaś działy te mieściły się w rozdziale 5 stosownie do instrukcji wynikającej z postanowień rozdziału VII pkt 3 SIWZ.

Zakres rzeczowy robót objęty „Projektem teletechnicznym – Budowa kablowej linii telekomunikacyjnej” został przez Przystępującego uwzględniony w całości w powołanych wyżej pozycjach, co zostało udowodnione w postępowaniu wyjaśniającym przeprowadzonym przez Zamawiającego w trybie przepisu art.87 ust.1 ustawy Pzp.

Izba nie podziela również zapatrywania Odwołującego o zmianie treści SIWZ dokonanej w odpowiedziach Zamawiającego z dnia 5.08.2011r. na pytanie 34 i 36, co miało wpływ na obowiązek sporządzenia tabeli elementów ryczałtowych według jednego przedmiaru robót p.n. „Budowa kablowej linii telekomunikacyjnej”.

W kontekście powyższego stanowiska, nie mogło ująć uwadze Izby zachowanie Zamawiającego polegające na udzieleniu niestarannej odpowiedzi na pytanie 34 i 36 cyt. wyżej pisma, w którym poinformował on wykonawców w zakresie zadanego pytania poprzez wskazanie: „Jak odpowiedź na pytanie 33”. Odpowiedź zaś na pytanie 33 brzmiała: „Zamawiający uzupełnia opis do tomu VI/E w załączeniu do odpowiedzi”.

Należy zauważyć, że Tom VI/E stanowił Projekt instalacji elektrycznych budynku i nie był Tomem VII/E – Projekt Teletechniczny – Budowy Kablowej Linii – Telekomunikacyjnej.

Powyższa informacja zdaniem Izby spowodowała ujęcie przez Przystępującego elementów związanych z wykonaniem części dotyczącej budowy kanalizacji kablowej i kabli w tabeli elementów ryczałtowych w dziale dotyczącym robót instalacyjnych – instalacji elektrycznych.

Zdaniem Izby wadliwe pouczenie wykonawców przez Zamawiającego mające doniosłe znaczenie prawne w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może obciążać działającego w dobrej wierze wykonawcy.

Wymaga również zauważenia, że brak sporządzenia przez Zamawiającego w SIWZ jednolitego wzorca tabeli elementów ryczałtowych nie może skutkować egzekwowaniem tego dokumentu przy ofercie według zawartości zupełnie uznaniowej.

W powyższym kontekście Izba uznała, że przyjmując argumentację Odwołującego o niezgodności treści tej tabeli z treścią przedmiaru należałoby przyjąć wadliwość także innych złożonych przez wykonawców tabeli elementów ryczałtowych, bowiem tabele przedłożone przy ofertach Warbud S.A. i Odwołującego także nie zawierają identycznego opisu i wycień jak w przedmiarze robót budowie linii telekomunikacyjnej.

Odwołujący zdaniem Izby nie udowodnił, iż zakres rzeczowy opisany w tabeli sporządzonej przez Przystępującego nie odpowiada temu z przedmiaru.

Nie jest również trafny pogląd Odwołującego, z którego wynika, że oferta Przystępującego nie zawiera wyceny robót instalacyjnych branży teletechnicznej – Budowa kablowej linii telekomunikacyjnej, co według Odwołującego potwierdzają oświadczenia Zamawiającego (pismo z dnia 1.09.2011r.) i Przystępującego w postaci odpowiedzi na to pismo z dnia 2.09.2011r.

W ocenie Izby z korespondencji tej wynika, jedynie wątpliwość Zamawiającego dotycząca braku wykazania osobno działu „Budowa kablowej linii telekomunikacyjnej”, lecz nie oznacza braku wyceny robót branży teletechnicznej.

Ponadto udzielone w odpowiedzi na powyższe wyjaśnienia pismo Przystępującego również nie potwierdza braku żądanej przez Zamawiającego wyceny. Z tych powodów Izba uznała, iż w spornym zakresie obowiązuje wycena z tabeli elementów ryczałtowych – rozdział 5, działy 1 – 4 wskazane na stronie 0057 oferty Przystępującego.

Jednocześnie należy zaznaczyć w aspekcie powyższych rozważań Izby świadczących o niedostatecznym pouczeniu wykonawców o uzupełnieniu tomu dokumentacji projektowej części teletechnicznej Zamawiający w zasadzie nie miał potrzeby zgłaszania wątpliwości w trybie przepisu art.87 ust.1 ustawy Pzp, jednak nie przesądza to o tym, iż czynność ta została dokonana z przekroczeniem prawa.

Na tle powyższych wątpliwości Zamawiający mógł ograniczyć swoją dociekliwość do skorzystania z treści art. 649 kodeksu cywilnego w myśl którego, w razie wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy. W niniejszej sprawie projekt stanowił część składową SIWZ.

Nadto należy wskazać, iż stosownie do postanowień pkt 1 rozdziału VII Opisu sposobu obliczenia ceny oferty wykonawca winien przedstawić w formularzu ofertowym cenę ryczałtową netto(bez podatku VAT) i brutto(z podatkiem VAT) z uwzględnieniem kosztów prac budowlano - montażowych, dostaw pierwszego wyposażenia i serwisowania w okresie gwarancji, które uwzględniają także ryzyko umowy ryczałtovej.

Określone wyżej wynagrodzenie miało charakter wynagrodzenia ryczałtowego, które jest co do zasady instytucją umowy o dzieło uregulowaną w art. 632 § 1 kodeksu cywilnego, który to przepis stanowi, iż jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.

W judykaturze Sądu Najwyższego przyjmuje się zgodnie, że art. 632 kodeksu cywilnego może być stosowany w drodze analogii do umowy o roboty budowlane (vide: Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z 2007-06-15, V CSK 63/07, opubl: Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2008, Nr 116, poz. 116, str. 59 oraz Uchwała Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z 2009-09-29, III CZP 41/09 opubl: Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Cywilna rok 2010, Nr 3, poz. 33, str. 1).

W doktrynie prawa cywilnego zaś pojęcie wynagrodzenia ryczałtowego oznacza wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Jego istotę stanowi określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Zamawiający ustalając wynagrodzenie ryczałtowe wyraźnie lub w sposób dorozumiany zakłada, że przyjmujący zamówienie nie będzie domagać się zapłaty wynagrodzenia wyższego. Przyjmujący zamówienie nie może bowiem żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. (vide komentarz do art.632 kodeksu cywilnego pod red. *prof. dr hab. Krzysztof Pietrzykowski*, rok wydania: 2009, Wydawnictwo: C.H.Beck wydanie: 5).

Potwierdzeniem tej woli Zamawiającego przejawiającej się w ustaleniu przez niego żądania wynagrodzenia ryczałtowego było również postanowienie pkt 5 rozdziału VII SIWZ, w którym zastrzegł on, że cena ofertowa musi obejmować wszystkie koszty niezbędne do wykonania robót, dostaw i usług wymaganej jakości, w wymaganym terminie włączając w to koszty bezpośrednie, koszty ogólne budowy, ogólne koszty prowadzenia działalności gospodarczej przez wykonawcę, ryzyko obciążające wykonawcę i kalkulowany przez wykonawcę zysk, wszelkie inne koszty, opłaty i należności związane z wykonaniem robót, dostaw, usług i dokumentów wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia.

Nie bez znaczenia dla oceny przedmiotowej sprawy miało również postanowienie zdania 2 pkt 2 rozdziału VII SIWZ ustalające, że przedmiary robót stanowią element pomocniczy służący do skalkulowania ceny robót. Sporządzenie zaś tabeli elementów ryczałtowych miało zostać dokonane na podstawie przedmiaru, a zatem w oparciu o dokument pomocniczy(informacyjny), który nie mógł stanowić essentialia negotii, to jest elementu decydującego o możliwości zawarcia umowy.

Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego, iż świadczenie, jakie zobowiązała się wykonać Skanska S.A w złożonej ofercie nie odpowiada potrzebom i wymaganiom Zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia. W swojej ofercie Przystępujący na stronie 0002 w punkcie 8 wyraźnie oświadczył, że cena obejmuje pełen

zakres zamówienia określony w SIWZ, co potwierdza jednoznacznie przyjęcie przez Przystępującego zobowiązania wykonania całego przedmiotu zamówienia określonego w SIWZ za całkowitą cenę ryczałtową określoną na stronie 0001 pkt 3 jego oferty.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....