

WYROK

z dnia 15 kwietnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 kwietnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 kwietnia 2014 r. przez wykonawcę – **TECHBUD Sp. z o.o., ul. Kępska 6, 45-129 Opole** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Kędzierzyn-Koźle, ul. Piramowicza 32, 47-200 Kędzierzyn-Koźle**

przy udziale wykonawcy – **G..... G....., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Inżynierska ALOG mgr inż. G..... G....., ul. Kozielska 24, 47-208 Reńska Wieś** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **TECHBUD Sp. z o.o., ul. Kępska 6, 45-129 Opole** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **TECHBUD Sp. z o.o., ul. Kępska 6, 45-129 Opole** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **TECHBUD Sp. z o.o., ul. Kępska 6, 45-129 Opole** na rzecz **Gminy Kędzierzyn-Koźle, ul. Piramowicza 32, 47-200 Kędzierzyn-Koźle** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 **Opolu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Kędzierzyn-Koźle – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm); dalej jako „Pzp”; postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Roboty remontowo-budowlane w Krytej Pływalni w Kędzierzynie-Koźlu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 lutego 2014 r., pod nr 56494-2014, jak również na stronie internetowej Zamawiającego. Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 lutego 2014 r., pod nr 63376-2014 oraz w dniu 6 marca 2014 r., pod nr 74874-2014. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Pismem z dnia 4 kwietnia 2014 r. (data wpływu pisma do Krajowej Izby Odwoławczej – 7 kwietnia 2014 r.), Odwołujący – TECHBUD Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu – wniósł odwołanie od czynności podjętej przez Zamawiającego polegającej na:

1. wyborze oferty wykonawcy Firma Inżynierska ALOG mgr inż. G..... G....., ul. Kozielska 24, 47-208 Reńska Wieś;
2. odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, pomimo iż jej treść jest zgodna z treścią SIWZ;
3. nie dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie art. 91 ust. 1 Pzp.
– zarzucając naruszenie:
 1. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, a tym samym zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i zasadę bezstronności oraz fakt, że zamówienie udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy;
 2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, iż jej treść jest zgodna z treścią SIWZ;
 3. art. 91 ust. 1 Pzp poprzez nie dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołania wskazano, iż w dniu 2 kwietnia 2014 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu – na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – oferty Odwołującego z uwagi na niedołączenie kosztorysów ofertowych wyliczających cenę oferty.

Powyższe działanie Zamawiającego nie znajdowało uzasadnienia. Z treści pkt 11 SIWZ wynika, że Zamawiający przewidział zamknięty katalog dokumentów, jakie należy dołączyć do oferty. Z katalogu tego w żaden sposób nie można wywieść, że Zamawiający wymagał załączenia do oferty w terminie jej składania jakiegokolwiek kosztorysu. Wykaz dokumentów w pkt 11 SIWZ nie wymienia kosztorysu ofertowego, co tym samym powoduje, że Zamawiający nie wymagał załączenia tego dokumentu (w terminie składania ofert) do oferty. Zamawiający jednocześnie zastrzegł, że wszelkie inne dokumenty nie wymagane, a załączone przez wykonawcę do oferty nie będą rozpatrywane. Nawet gdyby Odwołujący załączył do oferty w terminie jej składania kosztorys ofertowy to i tak Zamawiający pozostawiłby ten dokument bez rozpatrywania.

Ponadto podkreślono, że brak wymogu dotyczącego przedłożenia kosztorysu ofertowego w terminie składania ofert potwierdza zapis w „Istotne postanowienia umowy o roboty budowlane” (Druk nr 9) § 7 pkt 2 „Obowiązki Wykonawcy” ppkt 2.2 „Wykonawca najpóźniej z datą zawarcia umowy przedłoży do umowy szczegółowy kosztorys brutto, z którego będzie wynikało wyliczenie oferowanej ceny ryczałtowej oraz (...)”. Zapis ten jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający wymaga złożenia kosztorysu najpóźniej do dnia zawarcia umowy. Poprzez wprowadzenie powyższego zapisu Zamawiający dał wykonawcom dowolność, co do terminowości złożenia kosztorysu do oferty, określając tylko górną granicę jego złożenia – najpóźniej z datą zawarcia umowy. Zamawiający na żadnym bowiem etapie postępowania przetargowego, jak również w dokumentach przetargowych nie żądał złożenia kosztorysu ofertowego wraz z ofertą w terminie jej składania.

Odwołujący poddał także pod wątpliwość celowość (nie wskazanego w SIWZ) dołączenia do oferty w terminie jej składania kosztorysu ofertowego. Z zapisów § 6 pkt 3 i 4 Istotnych postanowień umowy o roboty budowlane wynika bowiem, że rozliczenie odbywać się będzie na podstawie „(...) wyliczonych w oparciu o wyszczególnione w harmonogramie rzeczowo-finansowym i kosztorysie szczegółowym brutto załączonym do niniejszej umowy (...)”, a więc nie do oferty. Przedłożenie do oferty kosztorysu w terminie jej składania nie ma więc dla Zamawiającego żadnego znaczenia, gdyż i tak wiążącą rolę Zamawiający przypisał kosztorysowi załączonemu do umowy, a nie do oferty.

Ponadto podniesione zostało, że Zamawiający w pkt 20 SIWZ określił integralne części specyfikacji wraz z załącznikami, w których nie wymienia przedmiarów robót, na podstawie których sporządza się kosztorys ofertowy. Jest to kolejny fakt potwierdzający, że kosztorys ofertowy nie stanowił dla Zamawiającego integralnej części postępowania, co tym samym stanowi, że nie był dokumentem wymagalnym na etapie składania ofert.

Konkludując, Odwołujący wskazał, że Zamawiający w treści SIWZ nie postawił wymogu złożenia kosztorysu ofertowego wraz z ofertą w terminie jej składania. Z tego też względu oferta Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ, a tym samym nie zaistniała

przesłanka wynikająca z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zamawiający prowadząc postępowanie nie może ustanawiać wymagań, ani dokonywać oceny ofert w sposób dowolny i całkowicie uznaniowy, tak jak miało to miejsce w tym przypadku. Konsekwencją takiego działania Zamawiającego może być dokonanie wyboru oferty droższej od oferty Odwołującego, co może z kolei powodować naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zamawiający przy ocenie oferty powinien się kierować wagą uchybienia oraz tym, czy uchybienie mogło mieć wpływ na ocenę w świetle kryteriów i warunków wynikających z SIWZ. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie dołożył natomiast należytej staranności przy wyborze oferty najkorzystniejszej, co było następstwem naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów Prawa zamówień publicznych.

Pismem z dnia 7 kwietnia 2014 r. (data wpływu do Krajowej Izby Odwoławczej – 10 kwiecień 2014 r.) przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Inżynierska ALOG mgr inż. G..... Gola, ul. Kozielska 24, 47-208 Reńska Wieś, wnosząc o odrzucenie odwołania, jako niezasadnego, odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na brak kosztorysów ofertowych wyliczających cenę i brak zestawienia cen jednostkowych oraz ze względu na wprowadzenie do harmonogramów rzeczowo-finansowych zmian powodujących niezgodność oferty z treścią SIWZ, jak również wykluczenie Odwołującego z postępowania ze względu na złożenie nieprawdziwych informacji oraz niewykazanie warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu przystąpienia podkreślono m.in., że w treści SIWZ w dziale 13, Zamawiający wyraźnie zapisał i nawet podbarwił jaskrawo żółtym kolorem wymaganie „Do kosztorysu ofertowego obowiązkowo winny być załączone osobne zestawienia cen jednostkowych poszczególnych pozycji kosztorysowych wynikających z przedłożonego do oferty kosztorysu, z wyczeniem wartości brutto dla każdej pozycji kosztorysu”. W ocenie Przystępującego oferta Odwołującego powinna zostać odrzucona także z powodu złożenia harmonogramu rzeczowo-finansowego dla zakresu IV robót (druk nr 10D) niezgodnego z wymaganiami SIWZ. Ponadto, wskazane zostało, że do oferty Odwołującego złożono oświadczenie podające nieprawdę w zakresie przynależności lub nie do grupy kapitałowej. Dodatkowo, Odwołujący powinien zostać wykluczony (po uprzednim wezwaniu do uzupełnienia dokumentów) także ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących wymagane doświadczenia. Przedstawione referencje EUROMEDYK nie potwierdzają ani wykonania termomodernizacji ścian i stropów, ani należytego wykonania obiektu basenowego, gdyż analiza protokołu odbioru końcowego świadczy o nienależytym wykonaniu umowy.

W toku postępowania Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. W uzasadnieniu wskazano, że w toku badania ofert stwierdzono, iż w ofercie Odwołującego brak jest kosztorysów ofertowych, przy ustaleniu przez Zamawiającego, że cena oferty ma zostać wyliczona na podstawie kosztorysów ofertowych (wynagrodzenie kosztorysowe). Podkreślono jednocześnie, że z uwagi na odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający odstąpił od uzupełniania i wyjaśniania innych wadliwych dokumentów załączonych do oferty. Za chybiony uznano zarzut, że w SIWZ nie wskazano składania jakiegokolwiek kosztorysu ofertowego, gdyż w pkt 13 SIWZ (Opis sposobu obliczenia ceny) Zamawiający wyraźnie zapisał, że do kosztorysu ofertowego obowiązkowo winno być załączone osobne zestawienie cen jednostkowych poszczególnych pozycji kosztorysowych wynikających z przedłożonego do oferty kosztorysu, z wyliczeniem wartości brutto dla każdej z pozycji kosztorysu. Za chybiony uznano także zarzut dotyczący § 6 3.4. Istotnych postanowień umowy dotyczący rozliczenia finansowego, gdyż nie dotyczy on sporządzenia oferty i jej terminów, a jedynie realizacji w ramach przyszłej umowy zadania przez wybranego wykonawcę. Nieprawdziwy jest ponadto zarzut, iż SIWZ nie wymienia przedmiarów robót, pkt 20 SIWZ wymienia bowiem dokumentację projektową, która zawiera przedmiary robót i która również wraz z przedmiarami została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego. Ponadto pkt 3.3 SIWZ stwierdza, że pełny zakres i opis przedmiotu zamówienia określony jest m.in. przez przedmiary robót.

W toku postępowania strony podtrzymały swoje stanowiska.

Odwołujący podniósł dodatkowo twierdzenia i argumenty o ryczałtowym charakterze wynagrodzenia wykonawcy, co zostało zanegowane przez Zamawiającego, który wskazywał na kosztorysowy charakter wynagrodzenia.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Roboty remontowo-budowlane w Krytej Pływalni w Kędzierzynie-Koźlu. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Na przedmiot zamówienia składa się: instalacja solarna z remontem i modernizacją dachu oraz wymianą instalacji centralnego ogrzewania (Zakres I); docieplenie ścian z wymianą stolarki okiennej i drzwiowej wraz z montażem pompy ciepła i robotami towarzyszącymi (Zakres II); remont i przebudowa niecki basenowej, stacji uzdatniania wody

basenowej, wymiana oświetlenia hali basenowej i instalacji wentylacyjnej szatni oraz hali basenu (Zakres III); przebudowa instalacji elektrycznej oraz wykonanie podnośnika – platformy dla osób niepełnosprawnych w obiekcie Krytej Pływalni w Kędzierzynie-Koźlu (Zakres IV). Pełny zakres i opis przedmiotu zamówienia określony został przez dokumentację projektową na poszczególne zakresy realizacji, Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót, przedmiary robót, umożliwioną przez Zamawiającego wizję lokalną (Rozdział 3 SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia).

W ramach warunków udziału w postępowaniu Zamawiający ustalił m.in. przedstawienie przez wykonawcę wraz z formularzem oferty harmonogramu rzeczowo-finansowego dla poszczególnych zakresów (druk Nr 10A, 10B, 10C, 10D) z wyszczególnionymi etapami oraz płatnościami za nie, a także wskazaniem części realizowanych w podwykonawstwie (Rozdział 6 SIWZ – Warunki udziału w postępowaniu, pkt 8 ppkt 8 Tabeli).

W opisie sposobu przygotowania oferty Zamawiający wskazał m.in., że ofertę wraz z załączanymi do niej dokumentami stanowiącymi treść oferty, pod rygorem odrzucenia należy sporządzić w formie pisemnej w języku polskim. Oferta powinna obejmować całość zamówienia i oferować tylko jedną cenę ostateczną oraz winna zostać sporządzona zgodnie z wymaganiami specyfikacji, a wykonawca składający ofertę ponosi pełną odpowiedzialność za jej kompletność i zgodność z wymaganiami SIWZ. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że wykonawca zobowiązany jest załączyć do oferty dokumenty i oświadczenia wymagane specyfikacją (Rozdział 10 SIWZ – Opis sposobu przygotowania oferty, pkt 10.2., pkt 10.4, pkt 10.6, pkt 10.8)

Wśród dokumentów i oświadczeń wymaganych do oferty Zamawiający wyszczególnił m.in. Formularz oferty wraz z harmonogramem rzeczowo-finansowym prac. Zastrzeżono, że nie podlegają uzupełnieniu dokumenty takie jak: formularz oferty, harmonogramy rzeczowo-finansowe, dowód wniesienia wadium oraz, że wszelkie inne dokumenty nie wymagane przez Zamawiającego, a załączone przez wykonawcę do oferty nie będą rozpatrywane przez Zamawiającego (Rozdział 11 SIWZ – Wymagane do oferty dokumenty i oświadczenia, pkt 11.3 ppkt 3 Tabeli).

Zamawiający określił także w treści SIWZ, że cena oferty jest ceną kosztorysową brutto (suma 4 kosztorysów ofertowych), zawierającą wszystkie koszty wykonania pełnego zakresu przedmiotu zamówienia. Przez cały okres realizacji ceny zamówienia nie będzie ona podlegała zmianom ani korektom. Zamawiający postawił wymóg, by oferowaną cenę brutto wpisaną do formularza oferty wyliczyć kosztorysami ofertowymi dla poszczególnych zakresów w oparciu o: aktualne, powszechnie stosowane katalogi, cenniki, taryfikatory bądź inne wskaźniki kosztów, dane z pkt 3 SIWZ, opis przedmiotu zamówienia, jego zakres, ewentualną wizję lokalną, dokumentację projektową, wiedzę i doświadczenie wykonawcy

oraz inne koszty związane z obowiązującymi przy wykonaniu zamówienia przepisami prawa, w tym koszty należnego podatku od towarów i usług oraz koszty wynikające z punktu 3 SIWZ, a także koszty wynikające z wszelkich upustów i rabatów. Kosztorysy ofertowe powinny uwzględniać wszystkie pozycje przedmiaru robót danego zakresu oraz pozycje zawarte w pkt 3.1 SIWZ, a także czynniki cenotwórcze jak: stawka roboczogodziny – R; koszty pośrednie – Kp; koszty zakupu – Kz; zysk – Z, przy każdej pozycji kosztorysu. W ramach opisu sposobu obliczania ceny Zamawiający zastrzegł jednocześnie, że do kosztorysu ofertowego obowiązkowo winno być załączone osobne zestawienie cen jednostkowych poszczególnych pozycji kosztorysowych wynikających z przedłożonego do oferty kosztorysu, z wyliczeniem wartości brutto dla każdej pozycji kosztorysu (Rozdział 13 SIWZ – Opis sposobu obliczenia ceny).

Jako kryteria oraz sposób oceny ofert Zamawiający ustalił cenę brutto z wagą 80% oraz termin realizacji zamówienia z wagą 20% (Rozdział 14 SIWZ – Kryteria oraz sposób oceny ofert).

Integralną część SIWZ stanowiły: formularz oferty, istotne postanowienia umowy, harmonogramy rzeczowo-finansowe, projekt architektoniczno-budowlany, projekt wykonawczy, Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót (Rozdział 20 SIWZ).

W Formularzu oferty przy pozycji 1 – całkowita ofertowa cena brutto – ujęto wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresach I-IV określonych SIWZ oraz dokumentacją projektową, a także kosztorysami ofertowymi. Zawarto także oświadczenie, że cena oferty przez okres realizacji zamówienia nie będzie podlegała zmianom ani korektom (Formularz oferty).

W Istotnych postanowieniach umowy o roboty budowlane wskazano, że wynagrodzenie wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy określonego w § 1 ustala się w oparciu o złożoną w przetargu ofertę, w formie wynagrodzenia kosztorysowego brutto, wraz z należnym podatkiem od towarów i usług VAT (§ 6 pkt 1). Zastrzeżono, że maksymalna kwota wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie całego zadania nie może przekroczyć 115% wartości wynagrodzenia określonego powyżej, przy czym wynagrodzenie to może być podwyższone do tej wysokości jedynie w przypadku wystąpienia różnicy pomiędzy przedmiarem robót, a obmiarem powykonawczym zatwierdzonym przez inspektora nadzoru Zamawiającego i obliczonym na podstawie cen jednostkowych brutto, stanowiących załącznik do umowy (§ 6 pkt 2). W przypadku niewykonania za zgodą Zamawiającego pełnego zakresu robót określonego umową, Zamawiający zastrzegł prawo do potrącenia z wynagrodzenia wykonawcy wartości niewykonanych pozycji wyliczonych w oparciu o wyszczególnione w harmonogramie rzeczowo-finansowym i kosztorysie szczegółowym brutto załączonym do umowy pozycje lub ich części, proporcjonalnie do zakresu wykonania (§ 6 pkt 3). Na wypadek odstąpienia przez którąkolwiek ze stron od umowy w całości lub

części Zamawiający zastrzegł prawo do potrącenia wynagrodzenia wykonawcy wartości części niewykonanych przedmiotu zamówienia do chwili złożenia drugiej stronie oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Wartość potrąceń wyliczona zostanie w oparciu o wyszczególnione z harmonogramu rzeczowo-finansowego i kosztorysie szczegółowym brutto załączonym do umowy pozycje lub ich części proporcjonalnie do zakresu wykonania (§ 6 pkt 4). W treści w/w dokumentu, w § 7 pkt 2, przewidziano także dla wykonawcy obowiązek przedłożenia do umowy, najpóźniej z datą zawarcia umowy, szczegółowego kosztorysu brutto, z którego będzie wynikało wyliczenie oferowanej ceny ryczałtowej oraz czynniki cenotwórcze jak: stawka roboczogodziny – R; koszty pośrednie – Kp; koszty zakupu – Kz; zysk – Z. Przedkładany kosztorys powinien podawać obowiązkowo osobnym załącznikiem zestawienie cen jednostkowych wszystkich pozycji kosztorysowych z wyliczeniem dla każdej pozycji wartości brutto (Druk nr 9 – Istotne postanowienia umowy o roboty budowlane).

Zamawiający udostępnił wykonawcom przedmiary, które stanowiły element dokumentacji projektowej (okoliczność bezsporna).

W terminie składania ofert zostały złożone dwie oferty – Odwołującego z ceną 5 755 733,60 zł i terminem wykonania 208 dni kalendarzowych oraz Firmy Inżynierskiej ALOG mgr inż. G..... G..... z ceną 6 117 914,34 zł i terminem wykonania 230 dni kalendarzowych (Protokół postępowania w trybie przetargu nieograniczonego).

W dniu 2 kwietnia 2014 r., Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał, że zadanie objęte jest wynagrodzeniem kosztorysowym. W ofercie Odwołującego brak jest kosztorysów ofertowych wyliczających cenę oferty. Kosztorysy nie są dokumentem warunków udziału w postępowaniu i nie podlegają uzupełnieniu (Pismo z dnia 2 kwietnia 2014 r., nr: ZP.271.16.2014.SL).

Odwołujący nie złożył kosztorysu ofertowego wraz z ofertą w terminie jej składania (okoliczność bezsporna).

Powyższy stan faktyczny ustalono na podstawie dokumentacji dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym wyszczególnionych powyżej dokumentów. Stan faktyczny pozostawał w zasadzie poza przedmiotem sporu stron. Różnice koncentrowały się jedynie na odmiennej ocenie, co do charakteru wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia oraz istnienia wymogu załączenia do oferty kosztorysu ofertowego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Rozpoznając podniesione w odwołaniu zarzuty Izba uwzględniła dyrektywę wynikającą z art. 192 ust. 7 Pzp, zgodnie z którą Izba orzeka wyłącznie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu oraz zasadę z art. 190 ust. 1 Pzp, w myśl której strony i uczestnicy postępowania, zgodnie z zasadą kontrydiktoryjności władającą postępowaniem odwoławczym, są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Analiza postanowień SIWZ uzasadnia ocenę, że ustalone przez Zamawiającego wynagrodzenie w przedmiotowym zamówieniu, mimo użytego w § 7 pkt 2 ppkt 2.2 Istotnych postanowień umowy o roboty budowlane sformułowania „oferowanej ceny ryczałtowej” miało charakter wynagrodzenia kosztorysowego. Wskazane sformułowanie zostało zamieszczone w części dotyczącej obowiązków wykonawcy, a nie w obrębie regulacji odnoszącej się do wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy (§ 6). Przewidziany w powyższym paragrafie obowiązek stanowił przy tym o przedłożeniu do umowy szczegółowego kosztorysu brutto, z którego będzie wynikało wyliczenie oferowanej ceny oraz czynniki cenotwórcze jak: stawka roboczogodziny, koszty pośrednie, koszty zakupu, zysk. Przedkładany kosztorys powinien przy tym podawać obowiązkowo, osobnym załącznikiem, zestawienie cen jednostkowych wszystkich pozycji kosztorysowych z wyliczeniem dla każdej pozycji wartości brutto. Brzmienie całego § 7 pkt 2 ppkt 2.2 Istotnych postanowień umowy o roboty budowlane, w tym obowiązek przedłożenia szczegółowego kosztorysu brutto, czynników cenotwórczych oraz cen jednostkowych, wskazuje na elementy bliższe wynagrodzeniu kosztorysowemu, a nie ryczałtowemu. Analiza tych zapisów skłania tym samym do wykładni, iż rzeczywista treść nakierowana była na wskazanie wynagrodzenia kosztorysowego, zaś zawarcie sformułowania „oferowanej ceny ryczałtowej” powinno zostać potraktowane jedynie w kategoriach omyłki pisarskiej.

Odwołujący sam przyznał, że kluczowe zapisy SIWZ wskazują na kosztorysowy charakter wynagrodzenia. Należy wskazać, iż w Rozdziale 13 SIWZ – Opis sposobu obliczenia ceny, Zamawiający wyraźnie zaznaczył, że cena oferty jest ceną kosztorysową brutto. Treść powyższego rozdziału w sposób szczegółowy wskazuje jednocześnie na sposób i podstawy wyliczenia ceny – kosztorysami ofertowymi dla poszczególnych zakresów w oparciu o szereg wyspecyfikowanych elementów. Dodatkowo, zastrzeżone zostało, że

kosztorysy ofertowe powinny uwzględniać m.in. wszystkie pozycje przedmiaru robót oraz czynniki cenotwórcze. Całościowy opis sposobu obliczenia ceny nie pozostawia, w ocenie Izby, wątpliwości, iż dotyczy on ceny kosztorysowej, a nie ryczałtowej – dla wyliczenia, której wszystkie powyższe kwestie nie byłyby wymagane. Istota ryczałtu sprowadza się bowiem do określenia tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów. Treść Istotnych postanowień umowy o roboty budowlane również – pomimo opisanej powyżej nieścisłości, która jednak nie mogła mieć wpływu na ostateczny osąd, co do charakteru wynagrodzenia – wskazuje na kosztorysowy charakter wynagrodzenia. W § 6 pkt 1 w/w postanowień, *expressis verbis* podano, że wynagrodzenie wykonawcy ustala się, w oparciu o złożoną w przetargu ofertę, w formie wynagrodzenia kosztorysowego brutto. Zarówno w Rozdziale 13 SIWZ, jak i w przytoczonym paragrafie postanowień, sformułowanie to zostało dodatkowo wyboldowane przez Zamawiającego. Nie zasługiwały przy tym na uwzględnienie argumenty podniesione przez Odwołującego na rozprawie, że zaoferowana cena nie mogła ulec zwiększeniu, co jest okolicznością charakterystyczną dla wynagrodzenia ryczałtowego. W § 6 pkt 2 Istotnych postanowień umowy na roboty budowlane przewidziano możliwość procentowego podwyższenia wynagrodzenia w przypadku wystąpienia różnicy pomiędzy przedmiarem robót, a obmiarem powykonawczym zatwierdzonym przez inspektora nadzoru Zamawiającego i obliczonym na podstawie cen jednostkowych brutto, stanowiących załącznik do umowy. Istotą ceny ryczałtowej jest natomiast to, że pozostaje ona niezmienna w toku całego postępowania, a wykonawcy nie przysługuje, co do zasady, roszczenie o podwyższenie wynagrodzenia. W myśl art. 632 § 1 K.c., 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 z zastrzeżeniem art. 632 § 2 K.c., stanowiącym o zmianie stosunków, których nie można było przewidzieć. Jak wskazano w tezie pierwszej wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r., sygn. akt II CKN 913/97, ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać zapłaty wynagrodzenia wyższego.

Brak było jednocześnie podstaw do uznania za przekonujące wyjaśnień Odwołującego, iż od początku pozostawał przekonany o ryczałtowym charakterze wynagrodzenia. W treści odwołania nie podniesiono w tym zakresie żadnej argumentacji, zostało to uczynione dopiero na etapie rozprawy przez pełnomocnika Odwołującego. W pisemnym odwołaniu Odwołujący przytaczając natomiast argumenty związane z zasadami rozliczenia finansowego sam wyraził pogląd, że wiążącą rolę Zamawiający przypisał kosztorysowi załączonemu do umowy, a nie do oferty. Nie kwestionowano kosztorysowego charakteru rozliczeń, zostało to wręcz podkreślone, a jedynie zanegowano

wymóg i znaczenie przedłożenia kosztorysu ofertowego wraz z ofertą. Izba podzieliła przy tym argumentację Zamawiającego, iż skoro Odwołujący przyznał, że obliczył cenę zgodnie z Rozdziałem 13 SIWZ to musiał mieć świadomość wyliczania ceny kosztorysowej. Powiązanie Opisu sposobu obliczenia ceny z faktem udostępnienia przedmiarów nie mogło bowiem powodować wątpliwości, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy ma charakter kosztorysowy. W tym zakresie argumentacja Zamawiającego została wsparta stanowiskiem Prezesa UZP zawartym w odpowiedzi na interpelację poselską z dnia 29 marca 2013 r., UZP/DP/O-AGA/19774/2230/13, w której stwierdzono, że sposób obliczenia ceny nie ma znaczenia przy wynagrodzeniu ryczałtowym, jest on natomiast istotny przy wynagrodzeniu kosztorysowym, albowiem w odróżnieniu od wynagrodzenia ryczałtowego wynagrodzenie kosztorysowe oblicza się na podstawie zestawienia zaplanowanych prac i przewidywanych kosztów. Zestawienie przewidywanych kosztów prac niezbędnych do realizacji opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia, opisane zazwyczaj w przedmiarze robót i złożone przez wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, następuje natomiast w formie kosztorysu ofertowego, który jest w tych okolicznościach elementem oferty wykonawcy.

Powyższej oceny, co do kosztorysowego charakteru wynagrodzenia nie mogło zmienić przytoczenie fragmentów treści SIWZ, gdzie wskazano, że cena za realizację zamówienia nie będzie ulegała zmianom ani korektom, a oferta powinna obejmować całość przedmiotu zamówienia i obejmować jedną cenę ostateczną. Przedmiotowe zapisy nie odnosiły się do sposobu wyliczenia ceny, a warunków udziału w postępowaniu, sposobu sporządzenia oferty, a nie realizacji przyszłej umowy. Zapisy tej umowy, co podkreślono powyżej, przewidywały przy tym możliwość podwyższenia wynagrodzenia (§ 6 pkt 2 Istotnych postanowień umowy o roboty budowlane). Całościowa, a nie fragmentaryczna analiza SIWZ, nakazywała więc przyjęcie oceny o kosztorysowym charakterze wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy. Z tych też względów za chybioną należało uznać argumentację Odwołującego dotyczącą ceny ryczałtowej.

Izba nie podzieliła również twierdzeń, iż Zamawiający nie wymagał złożenia kosztorysu ofertowego wraz z ofertą. Przy kosztorysowym charakterze wynagrodzenia przedmiotowy kosztorys stanowił element oferty wykonawcy. Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, kosztorysowy charakter wynagrodzenia przesądza, że zawartość kosztorysów ofertowych stanowi treść oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Ujęcie w kosztorysach ofertowych we właściwych pozycjach wymaganego zakresu prac oraz ich prawidłowa wycena pozwala zamawiającemu na etapie badania i oceny ofert na porównanie ofert z zachowaniem zasad z art. 7 ust. 1 Pzp (przykładowo: wyrok KIO z dnia 12 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1811/13; 1813/13; 1814/13).

Bez znaczenia dla obowiązku jego przedłożenia pozostawały więc argumenty, iż w poszczególnych fragmentach SIWZ Zamawiający wskazał na obowiązek złożenia oferty wraz z harmonogramem rzeczowo-finansowym, a nie oferty wraz z harmonogramem rzeczowo-finansowym oraz kosztorysem ofertowym – skoro kosztorys musiał stanowić element oferty. Należy przy tym zauważyć, iż Odwołujący wybiórczo potraktował treść SIWZ nie uwzględniając okoliczności, że w Rozdziale 13 Zamawiający wyraźnie zapisał, podkreślając i boldując przy tym druk, że do kosztorysu ofertowego obowiązkowo winno być załączone osobne zestawienie cen jednostkowych poszczególnych pozycji kosztorysowych wynikających z przedłożonego do oferty kosztorysu. Brzmienie przytoczonego sformułowania nie pozostawia wątpliwości o obowiązku przedłożenia oferty do kosztorysu, a nie tylko do umowy. Co istotne, w Rozdziale 13 Zamawiający nie posłużył się zwrotem szczegółowego kosztorysu brutto, dla złożenia którego przewidział datę – najpóźniej z zawarciem umowy, lecz pojęciem kosztorysu ofertowego. Stanowisko Odwołującego oparte zaś zostało na postanowieniach Istotnych postanowieniach umowy o roboty budowlane dotyczących szczegółowego kosztorysu brutto, a nie kosztorysu ofertowego. W ocenie Izby, Odwołujący nie udowodnił tożsamości tych pojęć, a tym samym nie wykazał, że za kosztorys ofertowy, którym posłużono się w Rozdziale 13 SIWZ, można było uznać szczegółowy kosztorys brutto, o którym traktuje umowa, a tym samym, że data złożenia tego ostatniego (najpóźniej z zawarciem umowy) mogła zostać odniesiona także do kosztorysu ofertowego, zwłaszcza w sytuacji, gdy postanowienia zasadniczej treści SIWZ wyraźnie stanowiły o przedłożeniu kosztorysu ofertowego do oferty.

Jak podkreśla się w orzecznictwie, zakres wymaganej treści oferty wynika z postanowień SIWZ, a zatem to zamawiający określa elementy, które są dla niego istotne i będą stanowiły podstawę do merytorycznej oceny zgodności złożonych ofert z jego wymaganiami ujawnionymi w tym podstawowym dokumencie postępowania. Jednym z elementów dokumentacji projektowej jest przedmiar robót. W niniejszym postępowaniu przedmiar robót stanowił element opisu przedmiotu zamówienia (Rozdział 3 pkt 3.3 SIWZ). W takim przypadku istnieje prawna i faktyczna możliwość obarczenia wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązkiem sporządzenia kosztorysu, który był podstawą wyliczenia ceny. W razie kosztorysowego charakteru wynagrodzenia umownego sporządzenie takiego kosztorysu, jako elementu treści składanej oferty, staje się wręcz obiektywną koniecznością (por. wyrok KIO z dnia 9 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1502/13).

W niniejszej sprawie, Zamawiający podniósł do rangi istotnych dla niego, jako obligatoryjnych elementów treści oferty, przedłożenie kosztorysu ofertowego wraz z ofertą. Co istotne, za równie ważne Zamawiający uznał załączenie do oferty osobnych zestawień cen jednostkowych poszczególnych pozycji kosztorysowych wynikających z przedłożonego do oferty kosztorysu, z wyliczeniem wartości brutto dla każdej z pozycji kosztorysu.

Reasumując, w ocenie Izby, zarzuty Odwołującego nie zasługiwały na uwzględnienie. Całościowa analiza SIWZ nakazuje przyjęcie stanowiska, co do kosztorysowego charakteru wynagrodzenia, jak również zawarcia w specyfikacji wymogu złożenia kosztorysu ofertowego, jako elementu oferty. Wobec uchybienia obowiązkowi przedłożenia przedmiotowego kosztorysu wraz z ofertą w terminie jej składania, oferta Odwołującego pozostawała niezgodna z treścią SIWZ. Nakaz zawarty w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ma charakter obligatoryjny, co oznacza, że zaistnienie przesłanki w nim wymienionej musi skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy. W konsekwencji braku podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, bezzasadne okazały się także pozostałe zarzuty podniesione w odwołaniu, a dotyczące naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp.

Jednocześnie wymaga podkreślenia, iż Odwołujący, w ocenie Izby, nie przedstawił dowodów na wykazanie zasadności swoich twierdzeń, do czego był obowiązany w związku z rozkładem ciężaru dowodowego wynikającym z art. 190 ust. 1 Pzp.

Mając wszystko powyższe na względzie, orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego, a w związku z oddaleniem odwołania Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (§ 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 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 2010 r., Nr 41, poz. 238). Jednocześnie, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia żądania zasądzenia od Odwołującego zwrotu kosztów przejazdu. Zgodnie z § 3 pkt 2 w/w rozporządzenia Izba orzeka w przedmiocie kosztów strony tylko na podstawie rachunków przedłożonych do akt. Przedłożony na rozprawie spis kosztów nie mógł zostać uznany za rachunek, o którym mowa w powołanym powyżej przepisie.

Przewodniczący: