Sygn. akt: KIO 2155/20

WYROK

z dnia 12 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Renata Tubisz

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 8 października 2020r. w sprawie **odwołania** wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 sierpnia 2020 r.**przez odwołującego:** WEGNER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. i Healthcare Building Solutions Sp. z o.o. 60-196 Poznań, ul. Bukowska 177

w postępowaniu **powadzonym przez zamawiającego:** Uniwersytet Technologiczno- Przyrodniczy im. Jana i Jędrzeja Śniadeckich w Bydgoszczy, 85-796 Bydgoszcz Al. prof. S. Kaliskiego 7 **z udziałem przystępującego: Budimex S.A. ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa po stronie zamawiającego**

orzeka

1.oddala odwołanie

2.kosztami postępowania obciąża WEGNER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. i Healthcare Building Solutions Sp. z o.o. 60-196 Poznań, ul. Bukowska 177

i

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez WEGNER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. i Healthcare Building Solutions Sp. z o.o. 60-196 Poznań, ul. Bukowska 177 tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2019 r., poz.1843 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 Bydgoszczy

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego, które zostało objęte postępowaniem odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą (Izbą), to postępowanie pn.

„Budowa budynku dydaktycznego dla potrzeb Uniwersytetu Technologiczno— Przyrodniczego w Bydgoszczy nr postępowania AZZP.243.030.2020”.

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego poprzez publikację Ogłoszenia o zamówieniu w dniu 30 kwietnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr Dz.U./S S85 200197-2020-PL. Wartość

zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP.

Odwołanie zostało wniesione na podstawie art. 180 i nast. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm. - dalej: „ustawa PZP", "ustawą"), wobec czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu z zaniechaniem odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę - BUDIMEX Spółki akcyjnej w Warszawie (dalej „BUDIMEX").

Decyzji zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy PZP, przez zaniechanie odrzucenia złożonej w postępowaniu oferty BUDIMEX pomimo tego, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ), zawiera błędy w obliczeniu ceny, co jednocześnie świadczy o przeprowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z odwołania zatem wynika, że odwołujący nie zgadza się z wynikami badania, oceny ofert i wyborem najkorzystniejszej oferty przez zamawiającego, której według odwołującego treść jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz oferta wybrana zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Wobec takiego ustalenia odwołujący żąda od Izby:

1)unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez BUDIMEX;

2)nakazania powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

3)nakazania odrzucenia oferty BUDIMEX na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP;

4)uznania oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu.

Odwołujący przytoczył zarzuty oraz okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania, w tym wskazał interes w uzyskaniu zamówienia.

Odwołujący złożył ofertę, która powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. W wyniku rozpoznania odwołania, druga pod względem kryteriów oceny ofert oferta odwołującego, może zostać uznana za najkorzystniejszą. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy PZP odwołujący, może ponieść realną szkodę w postaci nie uzyskania zamówienia, które ma możliwość uzyskać.

W ocenie Izby odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy.

Co do zarzutów oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania.

Zgodnie z SIWZ (Rozdział XIV. pkt 2 lit. e) oferta musi zawierać załącznik w postaci wypełnionej Tabeli Elementów Rozliczeniowych (dalej również: „TER") uwzględniając załącznik nr 8 - Opis przedmiotu zamówienia. Również, jak przywołał odwołujący, § 1 ust. 2 in fine oraz § 3 ust. 2 zdanie pierwsze wzoru umowy (załącznika nr 9 do SIWZ), TER wchodzi w zakres oferty wykonawcy. Podobnie w SIWZ (Rozdział XVII. Sposób obliczenia ceny, pkt 4) ustalono, iż cenę ryczałtową dzieli się na elementy rozliczeniowe w TER według zasad opisanych w Załączniku nr 8 - Opis przedmiotu zamówienia. Odwołujący również powołał odpowiedź na pytanie nr 7, gdzie podano, iż „Zasady wypełniania TER zamieszczono w Załączniku nr 8 OPZ p. 3.4." Zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia: część 3 pkt 3.4.1 ppkt 3: „Podstawą płatności jest kwota ryczałtowa, skalkulowana przez Wykonawcę w Wycenionej Tabeli Elementów Rozliczeniowych dla danej pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych."

Odwołujący na poparcie swoich zarzutów, wywiedzionych z art.89 ust.1 pkt 2 i pkt 6 ustawy przywołał SIWZ, które zawiera następujące uregulowania:

1. część 3, pkt 3.4.1 ppkt 4: „Kwota ryczałtowa danej pozycji winna uwzględniać wszystkie materiały, czynności, wymagania i badania niezbędne do właściwego wykonania i odbioru Robót wycenionych w danej pozycji bez względu na to, czy zostało to szczegółowo wymienione w Specyfikacjach Technicznych i Tabeli Elementów Rozliczeniowych czy też nie.",
2. część 3, pkt 3.4.1 ppkt 5: „Roboty opisane w każdej pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych winny być wykonywane w sposób kompletny opisany w Specyfikacjach Technicznych, z zachowaniem jakości i zgodnie z wymaganiami IZ. W taki sposób Roboty będą odbierane. Wartość podana w każdej pozycji Tabeli Elementów

Rozliczeniowych jako cena jednostkowa pokrywa wszystkie wymogi kompletnego wykonania prac niezależnie od tego czy są one szczegółowo, czy nie opisane w dokumentach Kontraktu.",

3. część 3, pkt 3.4.1 ppkt 6: „Kwoty ryczałtowe i wartości pozycji wprowadzone do Tabeli Elementów Rozliczeniowych dla danych Robót muszą pokrywać koszt danych Robót wykonanych jak pokazano w Dokumentacji projektowej i opisano w Specyfikacji oraz wszelkie koszty wynikłe i związane, jak też wydatki włączając te, które są w związku z (...)",
4. część 3, pkt 3.4.1 ppkt 9: „Stosowne kwoty ryczałtowe muszą być podane dla każdej pozycji TER. Niekompletne wypełnienie TER może być wystarczającym powodem dla odrzucenia oferty.",
5. część 3, pkt 3.4.1 ppkt 10: „Uważa się, że kwoty ryczałtowe wprowadzone dla każdej pozycji pokrywają wszystko co jest konieczne dla całkowitego i poprawnego wykonania przedmiotowych(ej) Robót(y)",
6. w odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 155, gdzie podano: „Zamawiający wyjaśnia, że wartość świadczenia Wykonawcy w ramach danej pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych nie może być nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wycenę pozycji w sposób odmienny od jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie będącą ceną rynkową, tzn., że generalnie nie występującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających."

Uzupełniająco odwołujący wskazał na załącznik nr 9 do SIWZ gdzie we wzorze umowy podano, iż TER stanowi:

1. integralną część umowy, według której ma zostać wykonany przedmiot tej umowy, tj. przedmiotowe zamówienie (postanowienie § 1 ust. 2 in fine wzoru umowy),
2. podstawę podziału poszczególnych pozycji składających się na wynagrodzenie (§ 2 ust. 1 in fine wzoru umowy),
3. podstawę określenia wartości robót zaniechanych w przypadku zmniejszenia zakresu przedmiotu umowy (tj. przedmiotowego zamówienia) lub rezygnacji z określonych robót (§ 2 ust. 10 wzoru umowy),
4. podstawę rozliczania za realizację przedmiotu umowy (postanowienia § 3 ust. 24 oraz ust. 12 wzoru umowy),
5. podstawę uznania zakończenia danego zakresu robót (postanowienie § 3 ust. 10 wzoru umowy),
6. podstawę sporządzania kosztorysów robót dodatkowych, zaniechanych lub zamiennych (postanowienia § 3 ust. 24 i 25 wzoru umowy),
7. podstawę sporządzenia harmonogramu rzeczowo-finansowego i płatności (postanowienie § 4 ust. 4 wzoru umowy),
8. podstawę sporządzenia Wniosku o płatność, którego złożenie warunkuje rozpoczęcie czynności odbiorowych (§ 8 ust. 2 pkt 1 zdanie pierwsze wzoru umowy),
9. podstawę określenia maksymalnego wynagrodzenia podwykonawcy za zakres robót w niej określony (§ 9 ust. 1 in fine wzoru umowy),
10. podstawę określenia wartości zrealizowanych robót w kosztorysie powykonawczym w przypadku odstąpienia od umowy (§ 13 ust. 12 pkt 1 wzoru umowy),
11. zgodnie z § 3 ust. 2 zdanie drugie wzoru umowy możliwe jest jedynie doszczegółowienie TER bez zmiany poszczególnych, odpowiednich wartości z niej wynikających, co oznacza, iż niemożliwe jest uzupełnienie niewycenionych pozycji.

W TER wykonawcy wybranego nie wyceniono. 1.5.1 „Konstrukcja stalowa i obudowa dachu blachą".

Zamawiający w ramach Postępowania wezwał BUDIMEX do złożenia wyjaśnień.
W odpowiedzi w piśmie BUDIMEX z dnia 31 lipca 2020 r. wskazano, iż łączna cena ofertowa obejmuje również koszt pozycji 1.5.1 TER, zaś koszt wykonania robót objętych tą pozycją (tj. konstrukcji stalowej i obudowy dachu blachą) został ujęty w innej pozycji TER - 1.10.7 „1.14 Pokrycie dachu - wszelkie roboty związane z wykonaniem podkładów spadkowych, izolacyjnych przeciwwilgociowych i termicznych, zabezpieczających i pokrywczych z papy, lekkiej obudowy z płyt warstwowych oraz membran PCV wraz z niezbędnymi obróbkami, orynnowaniem, wpustami i wszelkimi pracami towarzyszącymi do wykonania pokrycia dachowego nad projektowanym budynkiem. Ponadto zakup i montaż wszelkich

przejść systemowych, klap oddymiających.” BUDIMEX - wskazywał na objęcie jej zakresem prac z pozycji 1.5.1 TER. W pozycji 1.5.1 TER nie wskazano wartości liczbowej w kolumnie „ilość”, zaś łączna wycena wszystkich prac związanych z wykonaniem dachu dokonana została przez potencjalnych podwykonawców. Prace dotyczące wszystkich warstw konstrukcyjnych i materiałowych dachu agregowane są w treści dokumentacji technicznej jako jeden element, zaś pozycje z TER należy traktować wskaźnikowo, jako pomocnicze narzędzie w mechanizmie comiesięcznego rozliczania kontraktu pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym.

Pismem z dnia 20 lipca 2020 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej w podaniu w ofercie (wypełnionym formularzu ofertowym) ceny łącznej brutto. Poprawienie tej omyłki nastąpiło wskutek zweryfikowania i zsumowania wszystkich pozycji TER załączonej do oferty Odwołującego.

W dniu 20 sierpnia 2020 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta złożona przez BUDIMEX. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu.

Odwołujący kwitując swoje stanowisko przywołał szereg orzeczeń sądów oraz Izby, które skłoniły jego do następującego wywodu.

Niemożliwe wreszcie będzie określenie maksymalnej wartości wynagrodzenia podwykonawcy za ten zakres robót, co w konsekwencji wobec brzmienia postanowienia § 9 ust. 1 in fine wzoru umowy uniemożliwi planowane przez BUDIMEX podwykonawstwo w tym zakresie. W każdym bowiem przypadku wynagrodzenie przewidziane dla podwykonawcy za wykonanie robót objętych pozycją 1.5.1 TER przekroczy niewycenione w TER wynagrodzenie za wykonanie tej pozycji.

Tym samym uznać należy, iż treść oferty BUDIMEX nie odpowiada oczekiwaniom Zamawiającego w tym zakresie, co świadczy o tym, że oferta BUDIMEX nie odpowiada treści SIWZ, a co w konsekwencji winno prowadzić do odrzucenia oferty BUDIMEX na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, czego jednak Zamawiający w sposób bezzasadny zaniechał.

Opisane powyżej pominięcie pozycji w TER załączonym do oferty BUDIMEX jest również błędem w obliczeniu ceny, co stanowi odrębną przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP.

W niniejszym przypadku kalkulacja ceny oferty obliczona na podstawie kosztorysów ofertowych nie obejmuje bowiem całego przedmiotu zamówienia, pomija bowiem ww. pozycję wchodzącą w zakres przedmiotu zamówienia.

Zaznaczyć przy tym należy, iż zgodnie z wyżej wymienionymi postanowieniami OPZ każda z wycenionych pozycji TER ma charakter ryczałtu, który pokrywa całkowity koszt wykonania danego elementu rozliczeniowego. Brak wyceny elementu z pozycji 1.5.1 TER oznacza, że BUDIMEX nie wycenił przedmiotowego zamówienia jako całości, a zatem oferta tego wykonawcy nie może być porównywalna z ofertami innych wykonawców, których cena została obliczona w oparciu o wszystkie pozycje TER.
Zaniechanie przez Zamawiającego zastosowania w toku Postępowania zasad, które sam ustalił stanowi o prowadzeniu Postępowania z oczywistym naruszeniem zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy PZP.

Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie z dnia 31 sierpnia 2020 r. w dniu 8 września 2020r.

W swoim stanowisku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

Zamawiający potwierdził, że wykonawcy na podstawie Rozdziału XIV ust. 2 lit e SIWZ, zobowiązani byli do załączenia wraz z ofertą wypełnionej Tabeli Elementów Rozliczeniowych według zasad opisanych w Załączniku nr 8 Opis przedmiotu zamówienia.

Również zamawiający potwierdził, że w toku badania oferty BUDIMEX stwierdził, że pozycja 1.5.1 Tabeli Elementów Rozliczeniowych, Konstrukcja stalowa i obudowa dachu blachą nie została przez BUDIMEX wypełniona.

Zamawiający potwierdził, że wobec wątpliwości Zamawiającego, czy cena łączna brutto wskazana w Formularzu oferty zawiera koszt pozycji Konstrukcja stalowa i obudowa dachu blachą, w dniu 20.07.2020 r. wezwał na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy PZP, BUDIMEX do złożenia stosownych wyjaśnień.

W dniu 31.07.2020 r. BUDIMEX złożył wyjaśnienie w którym oświadczył, że :

cena łączna brutto podana w formularzu oferty, tj. 36.779.356,68 zł, będąc zgodnie z postanowieniami Rozdziału WIII pkt 1 SIWZ ceną ryczałtową, jest kompletna i obejmuje wynagrodzenie za zrealizowanie całości zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem. Tym samym, Budimex potwierdza, iż wskazana łączna cena ofertowa obejmuje również koszt pozycji 1.5.1 TER, tj. koszt wykonania konstrukcji stalowej i obudowy dachu blachą.

BUDIMEX wyjaśnił również, że w związku z tym, wartość prac związanych z wykonaniem konstrukcji stalowej i obudowy dachu blachą ujęta została w pozycji, której opis wskazywał również na objęcie jej zakresem prac tego rodzaju, tj. w pozycji 1.10.7 TER pn. „ Pokrycie dachu -- wszelkie roboty związane z wykonaniem podkładów spadkowych, izolacyjnych przeciwwilgociowych i termicznych, zabezpieczających i pokrywczych z papy, lekkiej obudowy z płyt warstwowych oraz membran PCV wraz z niezbędnymi obróbkami, orynnowaniem, wpustami i wszelkimi pracami towarzyszącymi do wykonania pokrycia dachowego nad projektowanym budynkiem. Ponadto zakup i montaż wszelkich przejść systemowych, klap oddymiających. ” W ramach wartości tej pozycji ujęta została wartość prac za wykonanie konstrukcji stalowej i obudowy dachu blachą w wysokości 105.830, 00 zł.

Za przyporządkowaniem kosztu wykonania konstrukcji stalowej i obudowy dachu blachą do pozycji 1.10.7 TER w okolicznościach przedmiotowej sprawy przemawiał dodatkowo fakt, że wykonawca, będąc zobowiązanym do wzięcia pod uwagę podczas wycen „Do szczególnych pozycji postanowień kontraktu, specyfikacji technicznych i opisów oraz odpowiednich dokumentów w celu uzyskania pełnych wskazówek do wyceny, uwzględnił, że prace dotyczące wszystkich warstw konstrukcyjnych i materiałowych dachu, agregowane są w treści dokumentacji technicznej jako jeden element (przykładowo rysunek "-Przekrój B-B części Architektury, gdzie wszystkie warstwy dachu zostały zagregowane i oznaczone symbolem D1-DACH).

Biorąc pod uwagę powyższe, BUDIMEX podkreślił, że skalkulowana przez niego całkowita wartość oferty 36 779 356,68 zł obejmuje wszelkie niezbędne elementy prac, gwarantując prawidłowe wykonanie i rozliczenie zamówienia.

Wskazał również, że podkreślenia wymaga dodatkowo, że roboty opisane w każdej pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych zostały zagregowane przez Zamawiającego i opisane w sposób scalony, a co za tym idzie należy je traktować wskaźnikowo, jako pomocnicze narzędzie w mechanizmie comiesięcznego rozliczania kontraktu pomiędzy Wykonawcą a Zamawiającym.

Po uzyskaniu powyższych wyjaśnień, w tym potwierdzeniu przez BUDIMEX, że Cena łączna brutto wskazana w Formularzu oferty zawiera koszt pozycji Konstrukcja stalowa i obudowa dachu blachą, Zamawiający w dniu 18.08.2020 r. dokonał wyboru oferty BUDIMEX, jako oferty najkorzystniejszej, która spełniała wszystkie warunki w SIWZ i która otrzymała najwyższą łączną liczbę punktów w kryterium oceny oferty tj., cena oferty (brutto) — 60%, oraz okresu gwarancji i rękojmi na wykonane roboty budowlane, w tym na użyte materiały oraz na dostarczone i zamontowane urządzenia i oprogramowanie — 40%.

Zamawiający w udzielonej odpowiedzi na odwołanie potwierdził okoliczności wskazane w odwołaniu, które również wynikają z dokumentacji przekazanej przez zamawiającego, co do trybu uzyskania wyjaśnień od wykonawcy wybranego w trybie art.78 ust.1 ustawy, w sytuacji wątpliwości zamawiającego co do objęcia ceną ryczałtową nie wypełnionej pozycji TER.

Zamawiający odnosząc się do zarzutów zawartych w odwołaniu stwierdził, że są całkowicie pozbawione podstaw.

Zgodnie z Rozdziałem XVII ust 1 i 3 SIWZ, Opis Sposobu Obliczenia Ceny, cena podana przez Wykonawcę w formularzu oferty (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ) jest całkowitym wynagrodzeniem za realizowanie całości zamówienia objętego niniejszym postępowaniem. Wynagrodzenie Wykonawcy ma charakter ryczałtowy. Cena podana w ofercie pozostanie niezmienna przez cały okres obowiązywania umowy.

W Formularzu Oferty stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ, Wykonawca złożył oświadczenie, "SKŁADAMY OFERTĘ r wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie cena łączna brutto 36 779 356,68 zł.”

Zapisy te potwierdzają, że cena łączna brutto zawiera wszystkie elementy zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym koszt wykonania konstrukcji stalowej i obudowy dachu blachą.

Zostało to dodatkowo potwierdzone przez BUDIMEX w złożonym wyjaśnieniu.

Tak więc koszt wykonania konstrukcji stalowej i obudowy dachu blachą został wyceniony, ale umieszczony w innej pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych.

Zamawiający uważa, że względu na przewidziany w SIWZ ryczałtowy charakter wynagrodzenia, załączona do oferty Tabela Elementów Rozliczeniowych ma jedynie charakter informacyjny, pomocniczy, służyć będzie do późniejszego rozliczenia umowy.

Zamawiający uważa również, że pozycja: koszt wykonania konstrukcji stalowej i obudowy dachu blachą, w innej niż pozycji 1.5.1 Tabeli Elementów Rozliczeniowych, nie wpływa na zmianę zakresu zobowiązań Wykonawcy, wynikających z zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Również zamianę tą nie można uznać za zmianę, która skutkuje tym, że treść oferty BUDIMEXU nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Niewłaściwe jest utożsamianie pominięcia wyceny danej pozycji kosztorysu z nieobjęciem treścią oświadczenia woli wykonawcy całego przedmiotu zamówienia.

Pominięcie pozycji przez jej niewycenienie wprost - oznacza tyle, że wykonawca jest zobowiązany wykonać zamówienie zgodnie z jego zakresem opisanym w projekcie budowlanym oraz specyfikacjach technicznych

Zamawiający w pkt 3.4.1.9 Opisu przedmiotu zamówienia zawarł zapis, iż stosowne kwoty ryczałtowe muszą być podane dla każdej pozycji TER. Niekompletne wypełnienie TER może być wystarczającym powodem dla odrzucenia oferty. Zamawiający jako autor tego zapisu interpretuje go w następujący sposób, jeżeli Wykonawca nie wyceniłby którejkolwiek z pozycji TER, jego oferta mogłaby zostać odrzucona. W przypadku ofertyBUDIMEXUnie zachodzi ten przypadek, ponieważ pozycja Konstrukcja stalowa i obudowa dachu blachą, została wyceniona, tylko w innej części Tabeli Elementów Rozliczeniowych.
Odnośnie zarzutu Odwołującego, iż nieuzasadnione jest twierdzenie BUDIMEXU, że pozycja 1.10.7 TER mogła być uznana jako zawierająca pozycję 1.5.1. Ponieważ pierwsza z tych pozycji dotyczy bowiem poszycia dachu — robót wykończeniowych (na co wskazuje zresztą podział pozycji przyjęty w TER), zaś druga — konstrukcji stalowej i obudowy dachu blachą, czyli robót konstrukcyjnych poprzedzających możliwość wykonania poszycia dachu. Oznacza to, że zakresy tych robót się nie pokrywają i nie ma żadnych przesłanek merytorycznych, by wycena robót z pozycji 1.5.1 TER mogła nastąpić w pozycji 1.10.7.

Zamawiający nie widzi przeszkód do zawarcia przez BUDIMEX wyceny konstrukcji stalowej i obudowy dachu blachą w pozycji 1.10.7 TER, oraz nie uważa, iż zmiana ta spowodowała niezgodność oferty BUDIMEX- u z SIWZ.

Odnośnie zarzutu Odwołującego, iż TER ma charakter pomocniczy i dotyczy rozliczania kontraktu o roboty budowlane oraz, że wobec braku »wceny pozycji 1.5.1 TER przez BUDIMEX niemożliwe będzie rozliczenie wykonania elementu robót budowlanych w postaci konstrukcji stalowej i obudowy dachu blachą. Niemożliwa w szczególności będzie również wycena robót zamiennych lub zaniechanych w tym zakresie.

Niemożliwe wreszcie będzie określenie maksymalnej wartości wynagrodzenia podwykonawcy za ten zakres robót, co w konsekwencji wobec brzmienia postanowienia

§ 9 ust. 1 in fine wzoru umowy uniemożliwi planowane przez BUDIMEX podwykonawstwo w tym zakresie, Zmawiający odpowiadając na powyższy zarzut stwierdza, że ze względu na to, że Cena oferty jest ceną ryczałtową TER ma charakter pomocniczy i dotyczy wyłącznie rozliczania kontraktu o roboty budowlane. Po uzyskaniu wyjaśnień od BUDIMEX- u możliwe będzie rozliczenie wykonania elementu robót budowlanych w postaci konstrukcji stalowej i obudowy dachu blachą, możliwa będzie również wycena robót zamiennych lub zaniechanych w tym zakresie, możliwe będzie określenie maksymalnej wartości wynagrodzenia podwykonawcy za ten zakres robót.

Zamawiający wskazuje, że nie miał podstaw do odrzucenia oferty BUDIMEX, na podstawie, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający uważa również, że oferta Przystępującego jest zgodna z SIWZ oraz zapewni realizację celu zamówienia, a realizowana usługa będzie odpowiadała wymogom specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wobec tego Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania.

W toku postępowania odwoławczego stanowiska w sprawie przedstawili uzupełniająco zamawiający w dniu 8 października 2020r. oraz przystępujący po stronie zamawiającego/wykonawca wybrany /Budimex w dniu 8 października 2020r.(pisma w aktach sprawy).

Zamawiający (pismo 08.10.20r.) w złożonym stanowisku podniósł następujące zagadnienia odnosząc się do nich merytorycznie, uwzględniając poglądy doktryny oraz orzecznictwa sądów powszechnych jak i Izby, na tle obowiązującej siwz jak i złożonej oferty przez wykonawcę wybranego:

po pierwsze obowiązywania w przedmiotowej sprawie wynagrodzenia ryczałtowego i skutków prawnych z tego wynikających,

po drugie roli TER (tabeli elementów rozliczeniowych) w kontekście treści art.31 ust.1 ustawy zgodnie z którym zamawiający opisuje przedmiot zamówienia na roboty budowlane za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych,

po trzecie sposobu odczytywania treści oferty z uwzględnieniem art.60 i art.65 § 1 k.c. w tym z uwzględnieniem wyjaśnień wykonawcy wybranego w trybie art.78 ust.1 ustawy,

po czwarte o podstawach odrzucenia oferty sformułowanych w art.89 ust.1 pkt 2 ustawy to jest sprzeczności treści oferty z treścią siwz,

po piąte zasadności zarzutu sformułowanego do art.89 ust.1 pkt 6 ustawy to jest błędu w obliczeniu ceny, rozumianego jako brak tożsamości przedmiotu zamówienia z przedmiotem opisanym w siwz dokumentacji technicznej, stwior, opz.

Przystępujący (pismo 08.10.20r.) odniósł się kolejno do podniesionych zarzutów odwołania to jest po pierwsze naruszenia przez zamawiającego art.89 ust.1 pkt 2 ustawy w związku z obowiązującym w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia ceny w formie wynagrodzenia ryczałtowego i znaczenia TER w tym postępowaniu. Podsumowując tę część stanowiska sprowadził do konkluzji, że wynagrodzenie w formularzu ofertowym za całość przedmiotu zamówienia to kwota 36.779.356,68 zł., wynagrodzenie w TER to również kwota 36.779.356,68 zł. oraz w wyjaśnieniach z dnia 31.07.2020r. w trybie art.87 ust.1 ustawy wyjaśnił sposób zagregowania kwot w ramach TER (to jest uwzględnienie poz. 1.5.1 - konstrukcja stalowa i obudowa dachu blachą w poz. 1.10.7 -pokrycie dachu). Przystępujący dalej obszernie wyjaśnił brak wpływu, w związku z wynagrodzeniem ryczałtowym, wypełnienia TER na rozliczenia w trakcie wykonania umowy w tym robót zamiennych, dodatkowych czy zaniechanych oraz podwykonawców. Po drugie odnosząc się do zarzutu naruszenia art.89 ust.1 pkt 6 ustawy wskazał na następujące zestawienie podziału kwoty ryczałtu w TER (odwołujący poz.1.5.1 - konstrukcja stalowa i obudowa dachu blachą - 95.275,72, wykonawca wybrany 1.10.7. pokrycie dachu 443.589,35zł. i odwołujący -1.5.1 i 1.10.7. - 438.661,08 zł). Z zestawienia powyższego Budimex wywodzi brak uzasadnienia do błędu w obliczeniu ceny jego oferty skoro uwzględniając wyjaśnienie z 31.07.20r. o zagregowaniu poz. 1.5.1 do poz. 1.7.1 wynagrodzenie odwołującego i Budimex są niemal tożsame w zakresie sum kwot z poz. 1.5.1 i 1.10.7 TER.

Izba dokonując ustaleń

w sprawie na podstawie przywołanych dowodów w sprawie, dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego, wyjaśnień i oświadczeń złożonych na rozprawie oraz stanowisk odwołującego, zamawiającego i przystępującego o charakterze formalnym i merytorycznym, przedstawionych powyżej lub też przywołanych, zważyła w niniejszej sprawie jak poniżej.

Wynagrodzenie jak wynika z SIWZ jest wynagrodzeniem ryczałtowym, do którego stosuje się art.632 k.c. w związku z art.14 ust.1 ustawy.

W SIWZ przewidziano obowiązek załączenia do oferty Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER).

Wykonawca wybrany załączył do oferty TER, ale nie wypełnił jednej z poz. 1.5.1. Konstrukcja stalowa i obudowa dachu blachą.

Suma kwot wynagrodzenia ryczałtowego z formularza oferty jest tożsama z sumą kwot pozycji TER.

W dniu 31.07.2020r. zamawiający otrzymał wyjaśnienie w trybie art.87 ust.1 ustawy na wezwanie zamawiającego z dnia 20.07.2020r.

W wyjaśnieniu wykonawca wybrany oświadczył, że kwota pominięta poz.1.5.1 TER jest w poz.1.10.7 TER Pokrycie dachu.

Zamawiający przyjął wyjaśnienie i w dniu 18.08.2020r. wybrał ofertę Budimex jako ofertę najkorzystniejszą.

W toku postępowania odwoławczego Izba ustaliła, że specyfikacje techniczne i opisy oraz odpowiednie dokumenty w celu uzyskania wskazówek do wyceny przewidziały zagregowanie jako jeden element wszystkie warstwy konstrukcyjne i materiałowe dachu (np. rysunek A6-Przekrój B-B części Architektury , gdzie wszystkie warstwy dachu zostały zagregowane i oznaczone symbolem D1-DACH). Powyższe okoliczności potwierdzają przedłożone na rozprawie oferty podwykonawców DACHLAND Sp. z o.o. z s. w Olsztynie z 25.06.2020r. oraz Usługi Dekarskie Z. S. Płużnica z 26.06.2020r. (w aktach sprawy), którym Izba przyznała wiarygodność dowodową. Do Protokołu z rozprawy złożył oświadczenie przedstawiciel zamawiającego - Kierownik Zespołu Inwestora Zastępczego, w którym przyznał, że kosztorysant wbrew postanowieniom SIWZ wyodrębnił do odrębnej pozycji konstrukcję stalową i obudowę dachu (wyciąg z protokołu posiedzenia/rozprawy „W tym miejscu Zamawiający stwierdza, że nie był to sformułowany pomysł rozbicia na 2 pozycje, pozycje robót dachowych, ale był to pomysł kosztorysanta zatrudnionego w biurze projektu, który przygotował dokumentację kosztorysową.).

Ustalenia dokonane przez Izbę na rozprawie nie zostały zakwestionowane co do faktu przez strony i uczestnika. Odwołujący podtrzymał stanowisko co do odrzucenia oferty wykonawcy wybranego.

Izba zważyła
na podstawie dokonanych ustaleń w przedmiotowej sprawie oraz obowiązującej SIWZ oraz ustawy jak poniżej.

Co do naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 ustawy to jest sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ.

Izba nie stwierdza po stronie zamawiającego naruszenia art.89 ust.1 pkt 2 ustawy w związku z wyborem jako oferty najkorzystniejszej przystępującego po jego stronie i w związku z tym obowiązku po stronie zamawiającego odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Po pierwsze w kontekście zapisu SIWZ co do możliwości odrzucenia oferty, która nie zawiera wypełnionych pozycji TER, Izba nie uznaje tego zapisu za skuteczny w kontekście brzmienia art.89 ust.1 pkt 2 ustawy, który wymaga w ramach dyspozycji odrzucenia oferty tylko i wyłącznie w przypadku sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ. W ocenie Izby TER nie jest dokumentem potwierdzającym zgodność treści oferty z treścią SIWZ. Decyduje o tym charakter dokumentu TER w kontekście wynagrodzenia ryczałtowego, którego skutki regulowane są treścią postanowień art.362 k.c. w związku z art.14 ust.1 ustawy. Wynagrodzenie ryczałtowe nie jest wynagrodzeniem kosztorysowym, czyli wykonawca otrzyma wynagrodzenie za wykonany przedmiot niezależnie jakie poniesie koszty spodziewane czy tez nieprzewidziane, oczywiście w ramach wyjątku k.c., gdzie decyzję może podjąć tylko sąd (art.632 § 2 k.c.). Dokument TER nie ma charakteru oświadczenia woli jakim jest złożenie oferty co do istotnych elementów tego oświadczenia, na które składają się zobowiązanie do wykonania przedmiotu zamówienia w określonym terminie i na warunkach SIWZ za określoną ryczałtowo kwotę. Z kolei treścią SIWZ są postanowienia co do przedmiotu zamówienia, terminu wykonania gwarancji wynagrodzenia wykonawcy składającego najkorzystniejsza ofertę, która zamawiający nie odrzucił oraz inne istotne postanowienia zamówienia. Szereg postanowień SIWZ to postanowienia nie mające charakteru treści SIWZ a jedynie służą określeniu strony formalnej składanej oferty. Tak więc skutek przewidziany w SIWZ co do możliwości odrzucenia oferty w sytuacji nie wypełnienia TER, w ocenie Izby, nie jest postanowieniem, które należy zakwalifikować do treści SIWZ. Co do zasady ustalenia co do terminów płatności wynagrodzenia ryczałtowego po kolejnych odbiorach częściowych nie zmienia charakteru wynagrodzenia, które jest ryczałtem a sposób i terminy jego płatności to kwestia formalna związana z terminem zapłaty ryczałtu.

Nawet nie podzielając poglądu Izby co do charakteru TER to należy ocenić zachowanie zamawiającego za dopuszczalne, który postąpił tak jak by TER był treścią SIWZ i skorzystał z procedury art.87 ust.1 ustawy. Zamawiający tak postąpił w związku z wątpliwościami co do zakresu oferowanego przedmiotu zamówienia, ponieważ w TER

pominięta została poz. 1.5.1 TER, to jest brak podania części ryczałtu jaki wykonawca przypisuje tej pozycji. W dniu 31.07.2020r. wykonawca wybrany wyjaśnił wątpliwość zamawiającego odpowiadając, że część ryczałtu przypadającego na poz.1.5.1 znajduje się w pozycji 1.10.7. Należy podkreślić, że ujęcie kosztów dachu to jest konstrukcji stalowej (1.5.1) w koszcie poszycia dachu (1.10.7) nastąpiło wobec braku konsekwencji pomiędzy treścią SIWZ opisującej przedmiot zamówienia jak i dokumentacji technicznej, które to dach traktowały jako jedną pozycję to jest konstrukcję stalową dachu i poszycie dachu. Natomiast jak przyznał na rozprawie zamawiający to kosztorysant sporządzający TER w sposób niezgodny z OPZ i dokumentacja techniczną rozdzielił dach na dwie pozycje. Te okoliczności również w ocenie Izby uprawniają do stwierdzenia, że wykonawca nie może ponosić konsekwencji w postaci odrzucenia oferty z powodu braku spójności dokumentacji zamawiającego a TER.

Również w przypadku traktowania TER jako treści SIWZ ma znaczenie okoliczność, że kwoty podane w ofercie to jest formularzu ofertowym i kwota sumaryczna w TER są tożsame. Na tej również podstawie należy odrzucić wszelkie podejrzenia, że wykonawca wybrany nie zamierza wykonać całości zamówienia. Niemniej wyższość maja tutaj przepisy k.c. regulującego skutki jakie wynikają z art.632 k.c. - ryczałt. Skutki te sprowadzają się do sytuacji, że jeżeli wykonawca w ofercie to jest oświadczeniu woli stwierdza, że wykona przedmiot zamówienia za kwotę ryczałtu i z poszanowaniem postanowień SIWZ to oznacza, że nawet gdyby nie odniósł się do wątpliwości zamawiającego, zgłoszonych w związku z TER to i tak ma obowiązek wykonać cały przedmiot zamówienia. Niemniej należy pozytywnie ocenić zachowania zamawiającego i wykonawcy wybranego, którzy w trybie art.87 ust.1 wyjaśnili powstałe wątpliwości w związku z złożonym do oferty TER.

W zaistniałej sytuacji, w ocenie Izby, nie ma jakichkolwiek wątpliwości, że wykonawca wybrany zobowiązał się do wykonania zamówienia w systemie buduj za podaną cenę w formularzu ofertowym stanowiącym jego zobowiązanie wobec zamawiającego.
Podsumowując złożone TER do oferty nie jest oświadczeniem woli w sytuacji ceny ryczałtowej, mogącym być ocenianym w kontekście treści SIWZ, tylko dokumentem ustalającym zakresy płatności dla wyszczególnionych w nim części, czyli oświadczeniem wiedzy.

Izba w żadnym stopniu nie podziela poglądów odwołującego co do podnoszonej kwestii, że w związku z TER nie ma ceny ryczałtowej tylko cena o charakterze mieszanym to jest kosztorysowo-ryczałtowym. Odwołujący nie wykazał istnienia w TER cen jednostkowych charakterystycznych dla wynagrodzenia kosztorysowego, a poza tym nie TER decyduje o charakterze wynagrodzenia tylko postanowienia SIWZ w tym wzór umowy, kwalifikujący wynagrodzenie do ryczałtu .

Co do zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 6 ustawy to jest błędu w obliczeniu ceny.
Izba nie stwierdza po stronie zamawiającego naruszenia art.89 ust.1 pkt 6 ustawy w związku z wyborem jako oferty najkorzystniejszej przystępującego po jego stronie i w związku z tym obowiązku po stronie zamawiającego odrzucenia oferty tego wykonawcy.

W ocenie Izby z uwagi na charakter wynagrodzenia w formie ryczałtu oraz wywiedzionym zarzutem w związku ze złożonym TER bez kwoty podanej dla poz.1.5.1., zarzut ten nie znajduje przede wszystkim podstawy prawnej w sytuacji obowiązującej ceny ryczałtowej.

Jak już wyżej Izba nadmieniła cena ryczałtu to kwota łączna, bez kalkulacji i bez cen jednostkowych. W tym stanie rzeczy, w ocenie Izby, zarzut błędu w obliczeniu ceny w związku z nie podaniem kwoty z poz. 1.5.1 TER nie podlega rozpoznaniu z przyczyn prawnych. To jest takiego zarzutu nie można postawić, gdy mamy do czynienia z ryczałtem a nie wynagrodzeniem kosztorysowym gdzie można np. podnieść kwestie pominięcia wyceny elementu kosztorysowego bądź jego niewłaściwej wyceny. W sytuacji ceny ryczałtowej odwołujący mógłby ewentualnie podnieść kwestię rażąco niskiej ceny, ale takiego zarzutu nie podniósł, ponieważ jak wyżej wykazano jego kwota ryczałtu za przedmiot zamówienia jest na tym samym, poziomie co wykonawcy wybranego. W zaistniałej sytuacji Izba widziałaby jedynie możliwość szukania błędu w obliczeniu ceny w związku z np. stawką podatku vat, a czego nie podniesiono.

W tym stanie rzeczy zarzut nie został udowodniony jak powyżej.
Co do zarzutu art.26 ust.3 ustawy to zarzut ten został wycofany podczas rozprawy, jak Izba domniemywa zgłoszony był

omyłkowo, w sytuacji zarzutów z art.89 ust.1 pkt 2 i pkt 6 ustawy.
W konsekwencji, nie udowodnienia zarzutów z art. 89 ust.1 pkt 2 i pkt 6 ustawy, nie wykazano naruszenia uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców to jest zasady wynikającej z art.7 ust.1 ustawy.

Zamawiający nie naruszył uczciwej konkurencji wybierając ofertę przystępującego, która jest ofertą korzystniejszą od oferty odwołującego, czemu nie zaprzeczał odwołujący, nie naruszając przy tym ustawy, jak i SIWZ. Natomiast również Izba nie stwierdza braku równego traktowania wykonawców, w sytuacji zaistniałej w związku z brakiem poz.1.5.1 TER i udzieleniem wyjaśnień przez wykonawcę wybranego w trybie 87 ust.1ustawy, które nie zmieniły treści oferty.

Kwitując sprawę Izba podziela argumentacje przedstawione przez zamawiającego w jego pismach, jak i piśmie przystępującego, wymienionych powyżej w uzasadnieniu.

W związku z powyższym Izba nie stwierdza, naruszenia przepisów ustawy, które miały by wpływ na wynik postępowania, co nakazuje Izbie oddalenie odwołania na mocy art.192 ust.2 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, a także w oparciu o przepisy § 3 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) zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. Zamawiający nie złożył faktury vat, ani rachunku na poczet wynagrodzenia pełnomocnika z tytułu zastępstwa procesowego.

Przewodniczący: