

WYROK

z dnia 24 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: A. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Urbi Projekt A. W. T., Pułtusk, M. B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Mabo M. B., Sierpc oraz Ł. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Comfort – Therm Ł. K., Naruszewo,

w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Wyszkowski**,

przy udziale wykonawcy **A. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe A. P., Pułtusk**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: A. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Urbi Projekt A. W. T., Pułtusk, M. B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Mabo M. B., Sierpc oraz Ł. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Comfort – Therm Ł. K., Naruszewo i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: A. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Urbi Projekt A. W. T., Pułtusk, M. B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Mabo M. B., Sierpc oraz Ł. K.

1

prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Comfort – Therm Ł. K.,
Naruszewo tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Ostrołęce**.

Przewodniczący:

2

UZASADNIENIE

W dniu 13 listopada 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum A. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Urbi Projekt A. W. T., Pułtusk, M. B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Mabo M. B., Sierpc oraz Ł. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Comfort – Therm Ł. K., Naruszewo (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Powiatowi Wyszkowskiemu (dalej „Zamawiający”) naruszenie:

art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp 1) poprzez błędne uznanie, że oferta nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sytuacji, gdy została przez

Odwołującego złożona dla całego zamówienia oraz:

- (i) zgodnie z rozdziałem XI punkt 9 SIWZ oferta musiała obejmować całość przedmiotu zamówienia, zaś zgodnie z rozdziałem XIII SIWZ wykonawca powinien w cenie ofertowej ująć wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu zamówienia;
 - (ii) wynagrodzenie za realizację zamówienia zostało przewidziane jako ryczałtowe, a nie kosztorysowe, jak mogłoby to wynikać z błędnego oznaczenia w § 6 wzoru umowy,
 - (iii) przedmiary robót nie stanowiły elementu koniecznego oferty wykonawcy, bowiem w żaden sposób nie wpływały na relację: zakres prac - wynagrodzenie należne wykonawcy, a zatem stanowiły element pomocniczy, a nie obligatoryjny oferty.
- 2) art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 629 i 632 Kodeksu cywilnego poprzez błędne uznanie, że wynagrodzenie przewidziane w SIWZ oraz wzorze umowy na realizację zamówienia było wynagrodzeniem kosztorysowym, a nie ryczałtowym, co doprowadziło Zamawiającego do wadliwego przyjęcia, że oferta Odwołującego nie odpowiada SIWZ stanowiąc podstawę do jej odrzucenia;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że kosztorys ofertowy sporządzony metodą uproszczoną na podstawie przedmiarów robót stanowił element konieczny do złożenia oferty odpowiadającej SIWZ, podczas gdy w związku z wynagrodzeniem ryczałtowym przewidzianym przez

3

Zamawiającego mógł on stanowić jedynie element pomocniczy, a nie obligatoryjny oferty.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o: (i) uwzględnienie odwołania; (ii) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

(iii) nakazanie

Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego; (iv) obciążenie kosztami odwołania Zamawiającego; (v) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego wszelkich kosztów wywołanych wniesieniem niniejszego odwołania w całości.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że złożył najkorzystniejszą ofertę uwzględniając wagi kryterium: cena (najkorzystniejsza): 3.052.803,44 zł i okres gwarancji i rękojmi (najdłuższy przewidziany w SIWZ): 84 miesiące.

W dniu 07.11.2017 r. Zamawiający w informacji o wyborze oferty wskazał, iż jako najkorzystniejszą wybrano ofertę przedstawioną przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe A. P. uwzględniając obie wagi kryterium: cena - 60% oraz okres gwarancji i rękojmi - 40%. Co szczególnie istotne Zamawiający wskazał, iż w zakresie kryterium ceny decydująca była cena łączna, tj. podana przez Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe A. P. kwota 3.315.407,48 zł.

Jednocześnie Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego powołując jako podstawę art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na to, „iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Zamawiający uzasadniając powyższe wskazał, iż Odwołujący złożył ofertę „z wymaganymi oświadczeniami, ale bez jednej części kosztorysu ofertowego”, przy czym, zdaniem Zamawiającego, brak kosztorysu w ofercie „należy uznać jako brak podania przez wykonawcę informacji o istotnych warunkach realizacji zamówienia”. Zamawiający wskazał również, iż „zobowiązany był odrzucić ofertę, do której wykonawca nie załączył kompletnego kosztorysu ofertowego”.

Odwolujący wskazał, że swoje odwołanie oparł na tezie, iż oferta wykonawcy oraz wynagrodzenie opisane w SIWZ oraz wzorze umowy dotyczyło wynagrodzenia ryczałtowego, a nie kosztorysowego wbrew oznaczeniu „kosztorysowe” w § 6 ust. 1 wzoru umowy. Powyższe stanowisko wynika z analizy całokształtu okoliczności sprawy, a w szczególności postanowień SIWZ i wzoru umowy.

Po pierwsze Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 6 ust. 2 umowy: Wynagrodzenie, określone w ust. 1 niniejszego paragrafu obejmuje wszelkie koszty Wykonawcy związane z wykonaniem umowy oraz obowiązujące podatki. W ramach wynagrodzenia Wykonawca będzie ponosił również koszty: wszelkich robót przygotowawczych, porządkowych, projektu organizacji placu budowy wraz z jego organizacją i późniejszą likwidacją, wszelkie koszty utrzymania zaplecza budowy, obsługi geodezyjnej, koszty wszelkich ubezpieczeń osobowych i majątkowych związanych z procesem inwestycyjnym, koszty związane z odbiorami wykonanych robót oraz inne koszty wynikające z niniejszej umowy. Ponadto, zgodnie z § 6 ust. 4 umowy ceny jednostkowe zaproponowane w kosztorysach ofertowych będą obowiązywać przez cały okres realizacji umowy i nie podlegają waloryzacji ani dostosowaniom. Co więcej, szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa dokumentacja projektowa, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych oraz SIWZ i oferta przetargowa Wykonawcy. Roboty muszą być wykonane zgodnie z obowiązującymi przepisami, normami oraz na ustalonych niniejszą umową warunkach (§2 ust. 2 wzoru umowy).

Po drugie, w ocenie Odwołującego, Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej cenowo oferty kierował się wyłącznie łączną ceną podaną przez każdego z oferentów, a nie cenami jednostkowymi zawartymi w kosztorysach ofertowych. Dla Zamawiającego istotna była więc cena globalna za realizację całego Zamówienia, o czym świadczy informacja o wyborze oferty. Zamawiający wskazał w nim, iż „wybór nastąpił na podstawie kryterium: cena - 60%, okres gwarancji i rękojmi - 40%”.

Po trzecie, w ocenie Odwołującego, oznaczenie w § 6 ust. 1 umowy, że strony ustalają wynagrodzenie kosztorysowe pozostaje w sprzeczności z § 6 ust. 4 tej umowy, gdzie wskazano, że ceny jednostkowe zaproponowane w kosztorysach ofertowych będą obowiązywać przez cały okres realizacji umowy i nie podlegają waloryzacji ani dostosowaniom.

Dalej Odwołujący wskazał, że we wzorze umowy Zamawiający dopuścił zmianę wysokości ceny brutto wyłącznie w przypadkach:

- 1) ustawowej zmiany stawki podatku VAT dla robót objętych przedmiotem zamówienia; w trakcie realizacji przedmiotu umowy, strony dokonają odpowiedniej zmiany wynagrodzenia umownego - dotyczy to części wynagrodzenia za roboty, których w dniu zmiany stawki podatku VAT jeszcze nie wykonano;

- 2) ustalenia końcowej wartości robót na zasadach określonych w § 7 niniejszej umowy;
- 3) uzasadnionej potrzeby wykonania robót zamiennych i dodatkowych (§ 21 ust. 5 wzoru umowy).

Odwołujący wskazał, że roboty zamienne wykonane na podstawie protokołu konieczności wykonawca winien wykonać w ramach wynagrodzenia opisanego w § 6 ust. 1 umowy, zaś roboty dodatkowe stanowią odrębny przedmiot zamówienia udzielany w trybie zamówienia z wolnej ręki, którego udzielenie wymaga zawarcia odrębnej umowy oraz umówienie wynagrodzenia (§ 8 ust. 3 pkt 1 i 2 wzoru umowy).

Odwołujący podkreślił również, że w rozdziale XIII SIWZ Zamawiający jednoznacznie wskazał, iż:

- 1) cena ofertowa obejmuje całość robót wynikających z rysunków i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót. (...);
- 2) roboty, które nie zostaną wyraźnie wymienione w przedmiarze (a w związku z tym nie będą odrębnie przez Wykonawcę wycenione), lecz są opisane w specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót oraz dokumentacji projektowej, muszą być zawarte w cenach innych pozycji „ wycenianego

przedmiaru robót ” i nie będą odrębnie płacone.

Ponadto, punkcie 4 tego rozdziału Zamawiający wprost wskazał, iż opisy poszczególnych pozycji przedmiaru robót nie mogą być traktowane jako ostatecznie definiujące wymagania dla danych robót. Nawet, jeżeli w przedmiarze tego nie podano, należy przyjmować, że roboty ujęte w danej pozycji muszą być wykonane według: (i) specyfikacji technicznych i obowiązujących przepisów technicznych; (ii) rysunków i wykazów, zawartych w dokumentacji projektowej; (iii) wiedzy technicznej.

Dalej Odwołujący podkreślił, że w punkcie 6 tego rozdziału Zamawiający określił z kolei, iż „cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia. W punkcie 9. określono, że „wykonawca uwzględniając wszystkie wymogi (...) powinien w cenie ofertowej ująć wszystkie koszty związane z wykonywaniem przedmiotu zamówienia, niezbędne do prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu zamówienia w szczególności: (...)”.

6

W ocenie Odwołującego nie wiadomo więc, na czym - zdaniem Zamawiającego - ma polegać oznaczenie wynagrodzenia jako kosztorysowego, skoro zapisy wzoru umowy oraz SIWZ wykładane łącznie świadczą, że w SIWZ mowa o wynagrodzeniu ryczałtowym. Wykonawca zobowiązany jest wykonać Zamówienie na podstawie dokumentacji projektowej (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa dokumentacja projektowa, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych oraz SIWZ - § 2 ust. 2 oraz § 10 ust. 2 pkt 3 wzoru umowy, a także rozdział XIII SIWZ), ponieść wszelkie koszty związane z realizacją Zamówienia na podstawie dokumentacji projektowej (Wynagrodzenie, określone w ust. 1 niniejszego paragrafu obejmuje wszelkie koszty Wykonawcy związane z wykonaniem umowy oraz obowiązujące podatki (...) oraz inne koszty wynikające z niniejszej umowy - § 6 ust. 2 oraz rozdział XIII SIWZ), a dla Zamawiającego oprócz kryterium gwarancji i rękojmi istotna przy wyborze oferta była wyłącznie cena łączna za realizację zamówienia, a nie ceny jednostkowe w przedmiarach robót podane przez oferentów. Co więcej, zgodnie z § 7 ust. 1 wzoru umowy podstawą rozliczenia miały być wyłącznie protokoły odbioru częściowego elementów robót zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym, a nie ceny jednostkowe podane w kosztorysach ofertowych sporządzonych na podstawie przedmiarów.

Odwołujący wskazał, iż w doktrynie „opis sposobu obliczenia ceny” (art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp) należy każdorazowo dostosować do specyfikacji przedmiotu zamówienia i formy wynagrodzenia określonej we wzorze umowy w sprawie zamówienia publicznego (I. Skubiszak - Kalinowska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, opubl. Lex, komentarz do art. 36 PZP). Z powyższego stanowiska wynika, zdaniem Odwołującego, że składając ofertę wykonawca winien brać pod uwagę zarówno treść SIWZ, jak i postanowienia wzorca umowy, a także wyklądać się w sposób komplementarny i spójny. Tak więc jeżeli z postanowień wzoru umowy oraz rozdziału XIII SIWZ wynika, że przewidziane przez Zamawiającego wynagrodzenie należy uznać za ryczałtowe, wbrew jego oznaczeniu jako kosztorysowe, to powyższe winno prowadzić do wniosku, iż przedmiary robót stanowiące podstawę oferty wykonawcy mają charakter wyłącznie pomocniczy (poglądowy). Jeżeli bowiem strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, to uzgodnione wynagrodzenie należy się za cały - zarówno znany, jak i nieznany dokładnie od początku - przedmiot zamówienia (wyrok KIO z 25.06.2015 r., KIO 1242/15).

Dla oceny przedmiotowej sprawy szczególnie istotne winno być stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyrażone w piśmie z dnia 02.12.2013 r., znak UZP/DP/o/026/1526/13/AG, KW-1106313, opubl. www.dzp.us.edu.pl. Wskazał w nim, że: „Obliczenie przez wykonawcę ceny oferty na podstawie przedmiaru następuje wyłącznie w przypadku przyjęcia przez zamawiającego zasady kosztorysowego wynagrodzenia

7

wykonawcy robót budowlanych. Gdy wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, wykonawca ustala cenę oferty na podstawie dokumentacji projektowej (przede wszystkim projektu budowlanego oraz projektu wykonawczego) oraz specyfikacji technicznych wykonania i

odbioru robót budowlanych (...). Przy wynagrodzeniu ryczałtowym, zamawiający nie jest zobowiązany do sporządzenia i przekazania wykonawcy przedmiaru. Uwzględnienie przedmiaru robót w dokumentacji, służącej do odpisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane, za które wykonawcy będzie przysługiwało wynagrodzenie ryczałtowe, ma wyłącznie charakter pomocniczy. Udostępnienie przez zamawiającego przedmiaru robót nie zwalnia wykonawcy od obowiązku skalkulowania ceny oferty w oparciu o projekt, dokumentację wykonawczą oraz specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, jak również uwzględnienia wszystkich robót i kosztów (także nieprzewidzianych w przedmiarze). Tym samym, wykonawca robót rozliczanych w formie ryczałtowej jest zobowiązany do sprawdzenia kompletności przedmiaru, jeżeli jest on przez zamawiającego załączany do dokumentacji projektowej, oraz traktowania go w sposób pomocniczy do ww. dokumentów mających pierwszeństwo przy określeniu rzeczywistego zakresu robót, wchodzących w skład przedmiotu zamówienia, które wykonawca zobowiązuje się wykonać na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W tym samym dokumencie Prezes UZP wskazał, iż żądanie przez zamawiającego od wykonawcy przedłożenia kosztorysu ofertowego przy wynagrodzeniu ryczałtowym wykonawcy stanowi naruszenie przepisu art. 25 ust. 1 zdanie 1 Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający może żądać wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Kosztorys ofertowy nie jest dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania na roboty budowlane rozliczane ryczałtowo (...). Zbędność kosztorysu wynika również z faktu, iż jego sporządzenie i przedstawienie przez zamawiającego nie zwalnia wykonawcy od obowiązku podania oferty cenowej całkowitej, z uwzględnieniem wszystkich kosztów i prac niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, niezależnie od ich przewidzenia przez zamawiającego w przedmiarze". Ostatecznie Prezes UZP doszedł do wniosku, iż „żądanie kosztorysu ofertowego od wszystkich wykonawców zamówienia na roboty budowlane rozliczane ryczałtowo jest nie tylko zbędne, ale jednocześnie może ograniczać konkurencję (...)

Zdaniem Odwołującego skoro Zamawiający wprost wyłączył możliwość waloryzacji cen jednostkowych, co stanowi jedną z istot wynagrodzenia kosztorysowego w rozumieniu art. 629 k.c. Jeżeli strony określiły wynagrodzenie na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów (wynagrodzenie kosztorysowe), a w toku wykonywania dzieła

8

zarządzenie właściwego organu państwowego zmieniło wysokość cen lub stawek obowiązujących dotychczas w obliczeniach kosztorysowych, każda ze stron może żądać odpowiedniej zmiany umówionego wynagrodzenia). to choćby z tego powodu należy uznać, że cena brutto oznaczona w ofercie stanowi wynagrodzenie ryczałtowe za realizację wszystkich prac objętych umową (§ 2 ust. 1 i 2 oraz § 6 ust. 2), a nie wynagrodzenie kosztorysowe jak miałyby to wynikać z § 6 ust. 1 umowy.

W ocenie Odwołującego powyższe ma istotne znaczenie, bowiem w przypadku uznania, że w sprawie mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym, a nie kosztorysowym, przedmiar robót nie ma żadnego znaczenia dla oceny oferty konsorcjum. W szczególności jego brak nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego (zob. cytowany powyżej wyrok KIO z dnia 24.04.2014 r. sygn. KIO 754/14).

Odwołujący podkreślił, iż cechą charakterystyczną wynagrodzenia kosztorysowego jest to, że ma ono charakter wynikowy, jego wysokość jest zależna od rozmiaru świadczenia wykonanego przez przyjmującego zamówienie (tj. nakładu pracy, ilości materiału) i zostaje wyliczona według cen i stawek przyjętych w kosztorysie (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 maja 1981 r., IV CR 157/81, LEX nr 63703). Sporządzany na etapie zawarcia umowy kosztorys określa wynagrodzenie w sposób przybliżony, szacunkowy (tak m.in. S. Buczkowski (w:) System Prawa Cywilnego, t. III, cz. 2, Prawo zobowiązań - część szczegółowa, red. S. Grzybowski, Ossolineum 1976, s. 436; A. Brzozowski (w:) System Prawa Prywatnego, t. 7, Prawo zobowiązań - część szczegółowa, red. J. Rajski, Warszawa 2011, s. 404; por. W. Siuda, Istota i zakres umowy o dzieło, Poznań 1964, s. 49), natomiast o ostatecznej wysokości wynagrodzenia decyduje rozmiar świadczenia składającego się na

wykonanie dzieła.

W ocenie Odwołującego nie ma żadnych wątpliwości, że w sprawie mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym. Skoro tak, to należy podzielić stanowisko, zgodnie z którym w przypadku wynagrodzenia o charakterze ryczałtowym składniki wynagrodzenia, które zazwyczaj składają się na kosztorys ofertowy, nie mają znaczenia dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż w tym wypadku istotne jest wynagrodzenie za całość robót, których wykonania w całości, zgodnie z dokumentacją projektową, podejmuje się wykonawca. Treść oferty wykonawcy wyczerpuje się bowiem w podanej kwocie globalnej za realizację przedmiotu zamówienia. W przypadku oferty zawierającej cenę ryczałtową brak jest zatem podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (tak, trafnie, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 27.04.2016 r., sygn. KIO 577/16). Odwołujący powołał się również na orzeczenia:

9

KIO 2056/12, KIO 1058/12, KIO 1722/10, orzeczenie sądu okręgowego w Kielcach sygn. VII Ga 163/09.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: SIWZ wraz z załącznikami, protokół postępowania przetargowego, ofertę Odwołującego, protokół z posiedzenia komisji przetargowej z dnia 16 października 2017 r., informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn. Termomodernizacja budynków Domu Pomocy Społecznej w Brańszczyku w ramach zadania „Termomodernizacja budynków użyteczności publicznej Powiat Wyszowski – Etap II”.

Izba ustaliła, że kryteriami oceny ofert była cena – 60% oraz okres gwarancji i rękojmi – 40% (Rozdział XIV SIWZ).

W Rozdziale XI Opis Sposobu Przygotowania Oferty Zamawiający wskazał, że do oferty dołączyć należy m.in. kosztorys sporządzony metodą uproszczoną.

W Rozdziale XIII Opis Sposobu Obliczenia Ceny Zamawiający wskazał m.in. (1) cena ofertowa obejmuje całość robót wynikających z rysunków i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót. (...); (2) roboty, które nie zostaną wyraźnie wymienione w przedmiarze (a w związku z tym nie będą odrębnie przez Wykonawcę wycenione), lecz są opisane w specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót oraz dokumentacji projektowej, muszą być zawarte w cenach innych pozycji „wycenianego przedmiaru robót” i nie będą odrębnie płacone.

Ponadto, punkcie 4 tego rozdziału Zamawiający wskazał, iż opisy poszczególnych pozycji przedmiaru robót nie mogą być traktowane jako ostatecznie definiujące wymagania dla danych robót. Nawet, jeżeli w przedmiarze tego nie podano, należy przyjmować, że roboty ujęte w danej pozycji muszą być wykonane według: (i) specyfikacji technicznych i obowiązujących przepisów technicznych; (ii) rysunków i wykazów, zawartych w dokumentacji projektowej; (iii) wiedzy technicznej.

10

W punkcie 6 tego rozdziału Zamawiający określił z kolei, iż „cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia. W punkcie 9. określono, że „wykonawca uwzględniając wszystkie wymogi (...) powinien w cenie ofertowej ująć wszystkie koszty związane z wykonywaniem przedmiotu zamówienia, niezbędne do prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu zamówienia w szczególności: (...)”.

Izba ustaliła, że w §6 ust. 1 wzoru umowy Zamawiający wskazał, że za wykonanie przedmiotu umowy stronu ustalają wynagrodzenie kosztorysowe, o którym mowa w art. 629

Kodeksu cywilnego. Zamawiający wskazał, że wynagrodzenie wskazane przez wykonawcę obejmuje wszelkie koszty związane z wykonaniem umowy oraz obowiązujące podatki. Ceny jednostkowe zaproponowane w kosztorysie ofertowym będą obowiązywać przez cały okres realizacji umowy i nie podlegają waloryzacji ani dostosowywaniu.

Zamawiający we wzorze umowy dopuścił zmianę wysokości ceny brutto wyłącznie w przypadkach: (i) ustawowej zmiany stawki podatku VAT dla robót objętych przedmiotem zamówienia; w trakcie realizacji przedmiotu umowy, strony dokonają odpowiedniej zmiany wynagrodzenia umownego - dotyczy to części wynagrodzenia za roboty, których w dniu zmiany stawki podatku VAT jeszcze nie wykonano; (ii) ustalenia końcowej wartości robót na zasadach określonych w § 7 niniejszej umowy; (iii) uzasadnionej potrzeby wykonania robót zamiennych i dodatkowych (§ 21 ust. 5 wzoru umowy).

W §8 oraz 9 wzoru umowy Zamawiający opisał prace zamienne i dodatkowe oraz sposób ich rozliczania.

W postępowaniu złożone zostały cztery oferty. Odwołujący za realizację zamówienia zaproponował cenę 3 052 803,44 zł. oraz 84 - miesięczny okres gwarancji i rękojmi. Przystępujący A. P. zaproponował cenę 3 315 407, 48 zł i również 84 - miesięczny okres gwarancji i rękojmi.

Pismem z dnia 7 listopada 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania przetargowego. Za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy A. P. Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że Odwołujący złożył ofertę bez jednej części kosztorysu ofertowego, co w ocenie Zamawiającego uznać należało za brak podania przez wykonawcę informacji o istotnych warunkach realizacji zamówienia.

11

Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą w świetle kryteriów oceny ofert, co oznacza, że w przypadku uznania, że Zamawiający naruszył przepisy Pzp oferta Odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący może również ponieść szkodę w postaci utraty korzyści finansowych wynikających z możliwości realizacji zamówienia.

W ocenie Izby odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Wskazać należy na wstępie, że wynagrodzenie ryczałtowe - stosownie do uregulowań art. 628 - 632 k.c. - jest określone z góry, zaś wykonawca pozbawiony zostaje możliwości żądania podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Z kolei formę wynagrodzenia kosztorysowego określa i charakteryzuje treść art. 629 k.c. Z treści tej normy prawnej wynika, że wynagrodzenie kosztorysowe to taki rodzaj wynagrodzenia, które ustala się na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów. Wynagrodzenie to, jak wynika z jego charakterystyki normatywnej – ma charakter wynagrodzenia orientacyjnego, nieostatecznego. Przy tego rodzaju wynagrodzeniu ustalonym w umowach zawarte są dodatkowe klauzule przesądzające o tym, że ostateczna wysokość wynagrodzenia za przedmiot umowy zostanie ustalona w kosztorysie sporządzanym przez wykonawcę po zakończeniu realizacji umowy.

Dalej Izba wskazuje, że umowa o roboty budowlane jest odmianą umowy o dzieło, zatem ma ona charakter umowy rezultatu. Oznacza to, iż sposób jej realizacji, a tym bardziej sposób wyceny robót budowlanych nie ma wpływu na sposób świadczenia, gdyż o należyтым wykonaniu zobowiązania decyduje rezultat, w tym wypadku skutkiem przeprowadzonego zadania inwestycyjnego ma być uzyskanie określonej przez Zamawiającego izolacyjności cieplnej budynku, jego estetyki oraz zmiana technologii ogrzewania obiektu.

W ocenie Izby zarówno w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, jak również wynagrodzenia ryczałtowego możemy mieć do czynienia z rozliczeniem na podstawie

kosztorysu powykonawczego. Zasadniczym elementem mającym wpływ na rodzaj wynagrodzenia ma rozkład ryzyka za jego obliczenie, jak również konsekwencje tego ryzyka na etapie realizacji przedmiotu umowy. Wszakże w przypadku tzw. „fakturowania częściowego” rozliczanie poszczególnych etapów robót i dokonywanie płatności

częściowych może opierać się na różnych dokumentach (kosztorysach ofertowych, tabelach elementów scalonych lub harmonogramie rzeczowo-finansowym, które zawierają wartości dla poszczególnych etapów realizacji) i niezależnie od zastosowanej formy wynagrodzenia w oparciu o te dokumenty jest możliwe dokonywanie płatności częściowych. Powyższe sposoby rozliczania robót budowlanych umożliwiają również kontrolę postępu robót. Także w przypadku przerwania robót, np. wskutek odstąpienia którejkolwiek ze stron od umowy, umożliwiają one dokonanie inwentaryzacji i rozliczenie wykonanego już zakresu prac. Zatem to ryzyko prawidłowego ustalenia wynagrodzenia decyduje o tym z jakim wynagrodzeniem mamy do czynienia w danym przypadku.

W przedmiotowej sprawie Odwołujący argumentował, iż żądanie przez Zamawiającego kosztorysu uproszczonego było zbędne z uwagi na wprowadzenie wynagrodzenia ryczałtowego, zaś sam kosztorys miał charakter pomocniczy i jego brak nie mógł stanowić podstawy do uznania niezgodności oferty z postanowieniami SIWZ.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego. Po pierwsze wskazać należy, że Odwołujący na żadnym etapie postępowania przetargowego, poza przedmiotowym odwołaniem, nie kwestionował postanowień SIWZ ani wzoru umowy co do konieczności przedłożenia wraz z ofertą kosztorysu uproszczonego. Treść SIWZ oraz wzoru umowy była Odwołującemu znana od momentu zamieszczenia jej przez Zamawiającego na stronie internetowej. Odwołujący nie skierował do Zamawiającego zapytania co do zasadności żądania kosztorysu uproszczonego czy też określenia we wzorze umowy wynagrodzenia jako kosztorysowego, choć takie uprawnienie przysługuje mu na mocy art. 38 ust. 1 ustawy Pzp.

Po drugie za nieuprawnione byłoby umożliwienie Odwołującemu na obecnym etapie postępowania kwestionowanie zakresu dokumentów wymaganych przez Zamawiającego. Termin na kwestionowanie zapisów SIWZ co do powyższego wymogu upłynął i umożliwienie Odwołującemu na etapie postępowania odwoławczego uzupełnienie braków w dokumentacji ofertowej poprzez kwestionowanie zakresu żądanych przez Zamawiającego dokumentów byłoby naruszeniem nie tylko terminów obowiązujących na zaskarżenie postanowień SIWZ, ale również naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców. Niektórzy bowiem z wykonawców objęci byłiby obowiązkiem przedłożenia kosztorysu uproszczonego inni zaś nie.

Po trzecie przyjęcie a priori założenia o pomocniczym charakterze kosztorysu uproszczonego przy wynagrodzeniu ryczałtowym i braku możliwości odrzucenia oferty wykonawcy z powodu jego nieprawidłowego niezałożenia jest w ocenie Izby nieuprawnione.

Podkreślić bowiem należy, że to zapisy SIWZ oraz umowy winny determinować znaczenie kosztorysu uproszczonego, nie zaś subiektywne założenia wykonawcy dążącego do uzupełnienia braków w swojej dokumentacji ofertowej. Podkreślić należy, że w przedmiotowej sprawie brak jest jakiegokolwiek postanowienia w SIWZ o pomocniczym charakterze kosztorysu. Zamawiający wskazywał jedynie na pomocniczy charakter, ale przedmiarów robót, w oparciu o które należało sporządzić kosztorysy ofertowe.

Po czwarte kwestia charakteru wynagrodzenia przewidzianego dla wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu. Pomimo wskazania przez Zamawiającego w §6 wzoru umowy, iż za wykonanie umowy strony ustalają wynagrodzenie kosztorysowe, o którym mowa w art. 629 Kodeksu cywilnego, to jednak poszczególne postanowienia SIWZ oraz wzoru umowy wskazują raczej na ryczałtowy charakter wynagrodzenia. Wskazują na to m.in. postanowienie §6 ust. 2, ust. 4 wzoru umowy jak również postanowienia zawarte w Rozdziale XIII SIWZ, gdzie Zamawiający wskazał, że cena ofertowa obejmuje całość robót wynikających z rysunków i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót oraz, że cena

ofertowa obejmuje całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia. Żaden zapis wzoru umowy nie wskazuje na konieczność sporządzenia i rozliczenia wykonanych prac kosztorysami powykonawczymi. Zamawiający przyjął zapłatę za wykonanie zamówienia za jedną, co do zasady niezmienną cenę ryczałtową, ustaloną przez wykonawcę na podstawie kosztorysu ofertowego.

Niezależnie jednak od powyższego Izba uznała, że żądany przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu kosztorys ofertowy stanowił merytoryczną treść oferty bowiem Zamawiający przewidział określonego rodzaju rozwiązania w przedmiotowym postępowaniu związane ze sposobem wykonania i rozliczenia zamówienia, dla których istotne jest właśnie kosztorys. Wskazać tu należy po pierwsze na zapisy §7 wzoru umowy „Rozliczenie robót”. Zamawiający dopuścił możliwość fakturowania częściowego, wskazując, że jednym z elementów umożliwiających zapłatę za część wykonanych robót jest przedłożenie zestawienia wykonanych robót podpisanego przez Inspektora Nadzoru Inwestorskiego i kierownik budowy na dowód sprawdzenia wykonania robót zgodnie z kosztorysem ofertowym. Nie ulega więc, w ocenie Izby, wątpliwości, iż ocena wykonania i wycena robót częściowych odbywać się będzie właśnie na podstawie kosztorysu ofertowego. Ponadto wskazać należy również na zapisy §8 i 9 wzoru umowy, gdzie Zamawiający zawarł postanowienia dotyczące robót zamiennych i dodatkowych oraz ich rozliczenia. Zamawiający wskazał, że roboty zamienne, które odpowiadają opisowi pozycji w kosztorysie ofertowym będą wyceniane według cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym i w ten sposób zostanie obliczona wysokość należnego wynagrodzenia.

14

Tak, więc, pomimo braku jednoznacznego określenia kosztorysowego charakteru wynagrodzenia w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Izba mając na uwadze powyższą argumentację oraz zakres zarzutów podniesionych przez Odwołującego uznała odwołanie za niezasadne. Izba bowiem uznała, że kosztorys ofertowy był częścią oferty, zaś brak złożenia jeden części powyższego dokumentu przez Odwołującego uprawniał Zamawiającego do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – odwołanie podlegało oddaleniu w całości. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem Odwołujący, którego obciążono całością kosztów postępowania odwoławczego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 3 pkt 1 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 ze zm.).

Przewodniczący:

15