

WYROK
z dnia 27 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Bartczak-Żuraw

Protokolant: Przemysław Łaciński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **CZP.B.P. Przemysłówka S.A., Stanisław Wiktorowicz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "VIK-BUD" Stanisław Wiktorowicz, 42-200 Częstochowa, ul. Pułaskiego 25** w postępowaniu prowadzonym przez **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Mikołaja Kopernika, 93-513 Łódź, ul. Pabianicka 62**

przy udziale wykonawcy **SKB Sp. z o. o. Sp. k., 97-500 Radomsko, ul. Sucharskiego 49** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazać unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu,**
2. kosztami postępowania obciążyć **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. Mikołaja Kopernika, 93-513 Łódź, ul. Pabianicka 62** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **CZP.B.P. Przemysłówka S.A., Stanisław Wiktorowicz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "VIK-**

1

BUD" Stanisław Wiktorowicz, 42-200 Częstochowa, ul. Pułaskiego 25 tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. Mikołaja Kopernika, 93-513 Łódź, ul. Pabianicka 62** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **CZP.B.P. Przemysłówka S.A., Stanisław Wiktorowicz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "VIK-BUD" Stanisław Wiktorowicz, 42-200 Częstochowa, ul. Pułaskiego 25** kwotę **23 600 zł 00gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego przed KIO.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. M. Kopernika w Łodzi, ul. Pabianicka 62, 93 - 513 Łódź (dalej „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie

o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) pn. „A. Rewitalizacja zabytkowego zespołu dawnego szpitala pediatrycznego im. Anny Marii przy ul. Piłsudskiego 71, B. Przebudowa lokalnej sieci elektroenergetycznej oraz zapewnienie sprawnego alternatywnego źródła energii na wypadek awarii w Ośrodku Pediatrycznym im. Dr J. Korczaka, C. Budowa dwóch łączników między budynkami 12-18 i 18-19 w Ośrodku Pediatrycznym im. Dr J. Korczaka”. Wartość przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane oszacowano na kwotę przekraczającą wyrażoną w złotych równowartość kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 listopada 2011r. pod numerem 2011/S 212-345946.

W dniu 12 marca 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: „CZ.P.B.P. PRZEMYSŁÓWKA” S.A., ul. Pułaskiego 25, 42-200 Częstochowa, Stanisław Wiktorowicz prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „VIK-BUD” Stanisław Wiktorowicz, ul. Piekarnicza 7, 98-100 Łask (dalej „Odwołujący”), na czynność badania i oceny ofert dokonaną przez Zamawiającego, a polegającą na:

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez SKB Sp. z o.o. Sp. komandytowa (dalej „SKB Sp. z o.o. Sp. k.”), ul. Sucharskiego 49, 97-500 Radomsko;
- 2) nieodrzuconiu oferty złożonej przez SKB Sp. z o.o. Sp. k.;
- 3) nieodrzuconiu oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum, w skład którego wchodzi: Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., Plac Piastów 10, 44-100 Gliwice, Diwał Jerzy Cytacki, Leszek Królicki sp. j., ul. Toruńska 4, 44-100 Gliwice (dalej „Konsorcjum Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., Diwał Jerzy Cytacki, Leszek Królicki sp. j.”), mimo przesłanek do jej odrzucenia (dalej „Konsorcjum Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., Diwał Jerzy Cytacki, Leszek Królicki sp. j.”).

3

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nakazującego Zamawiającemu równe traktowanie wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia i zachowanie uczciwej konkurencji;
- art. 7 ust. 3 ustawy Pzp nakazującego udzielenie zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy Pzp;
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez ich niezastosowanie i nieodrzuconie oferty wykonawcy SKB Sp. z o.o. Sp. k., mimo iż treść jego oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”);
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez ich niezastosowanie i nieodrzuconie oferty Konsorcjum Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., Diwał Jerzy Cytacki, Leszek Królicki sp. j., mimo iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ;
- art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i nieodrzuconie oferty SKB Sp. z o.o. Sp. k., mimo iż oferta została podpisana przez osobę nieuprawnioną do reprezentowania wykonawcy.

Odwołujący wnosił o:

- odrzucenie ofert: SKB Sp. z o.o. Sp. k., oraz Konsorcjum Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., Diwał Jerzy Cytacki, Leszek Królicki sp. j.;
- unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez SKB Sp. z o.o. Sp. k.;
- nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, że dnia 5 marca 2012 r. zostało przekazane przez Zamawiającego pismo z dnia 1 marca 2012 r. Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty, znak EZ/263/154/221/2012. Pismo o analogicznej treści przekazano faksem partnerowi Odwołującego - Stanisławowi Wiktorowiczowi prowadzącemu działalność gospodarczą pod firmą „VIK-BUD” Stanisław Wiktorowicz w dniu 1 marca 2012 r., jednakże z uwagi na fakt, iż w niniejszym postępowaniu liderem upoważnionym do reprezentowania

odwołującego się konsorcjum była „CZ.P.B.P. PRZEMYSŁOWKA” S.A., dlatego nie można przyjąć skutecznego doręczenia przez Zamawiającego w tej dacie. Z tego względu termin do wniesienia odwołania winien być liczony od 5 marca 2012r. Jednakże nawet gdyby Zamawiający podnosił, iż informacja powyższa została przekazana partnerowi, to i tak termin 10 dni do wniesienia odwołania upływałby 12 marca 2012 r. Z tych względów, wnosząc odwołanie w dniu 12 marca 2012 r., został zachowany termin do wniesienia odwołania bez względu na okoliczność, którą datę przyjmie się za początkową.

4

Odwołujący wskazywał, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ wobec wykonania bezprawnie zaniechanych przez Zamawiającego czynności odrzucenia ofert: SKB Sp. z o.o. Sp. k. oraz Konsorcjum Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., Diwał Jerzy Cytacki, Leszek Królicki sp. j. jego oferta zostałaby uznana za najkorzystniejszą. W przypadku odrzucenia ofert SKB Sp. z o.o. Sp. k. oraz Konsorcjum Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., Diwał Jerzy Cytacki, Leszek Królicki sp. j., Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie.

Odwołujący podnosił, iż oferta wykonawcy SKB Sp. z o.o. Sp. k. została podpisana w dacie 20 grudnia 2011 r., gdy pełnomocnictwo do podpisania i złożenia oferty zostało udzielone w dniu 3 stycznia 2012 r., wobec tego osoba składająca podpisy w dacie 20 grudnia 2011 r. działała bez umocowania. W świetle zapisów art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez wykonawców i zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (dalej „KC”), jeżeli przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej (a zatem poza art. 23 ustawy Pzp), stosować należy przepisy KC. Wobec powyższego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego strony posługują się pełnomocnictwem materialnoprawnym udzielonym na podstawie art. 98 i następnych KC. Krajowa Izba Odwoławcza w większości orzeczeń dotyczących tego zagadnienia stała na stanowisku, że obowiązkiem wykonawcy jest, aby osoba, która podpisuje ofertę, działała na podstawie pełnomocnictwa udzielonego w formie pisemnej. Z tych względów na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp oferta wykonawcy SKB Sp. z o.o. Sp. k. winna zostać odrzucona.

Odwołujący podnosił ponadto, że oferta SKB Sp. z o.o. Sp. k. powinna zostać odrzucona również z tego względu, że wykonawca zaoferował przedmiot zamówienia niezgodny z żądanym przez Zamawiającego, poprzez nieujęcie w ofercie odpowiedzi Zamawiającego:

1. BUDYNEK - A1

- 1) Elementy komunikacji na dachu (odp. Inwestora nr 145) nie zostały ujęte;
- 2) Żaluzje wertykalne (odp. Inwestora nr 68, 223, 506) nie zostały ujęte;

2. BUDYNEK - B3/B4

- 1) Żaluzje wertykalne (odp. Inwestora nr 68, 223, 506) nie zostały ujęte;
- 2) Demontaż krat (odp. Inwestora nr 356) nie zostały ujęte;
- 3) Ścianki z betonu komórkowego gr. 12 cm (odp. Inwestora nr 359) nie zostały ujęte;

3. BUDYNEK - C9

- 1) Elementy komunikacji na dachu (odp. Inwestora nr 145) nie zostały ujęte;
- 2) Żaluzje wertykalne (odp. Inwestora nr 68, 223, 506) nie zostały ujęte;

5

4. BUDYNEK - E 18/F19

- 1) Elementy komunikacji na dachu (odp. Inwestora nr 145) nie zostały ujęte;
- 2) Żaluzje wertykalne (odp. Inwestora nr 68, 223, 506) nie zostały ujęte;

5. ŁĄCZNIK - Ł1

- 1) Oznakowanie wizualne pomieszczeń, oznaczenie dróg ewakuacyjnych i sprzętu gaśniczego (odp. Inwestora nr 315, 507) nie zostały ujęte;
- 2) Sprzęt gaśniczy (odp. Inwestora nr 316) nie zostały ujęte;

6. ŁĄCZNIK - Ł2

- 1) Oznakowanie wizualne pomieszczeń, oznaczenie dróg ewakuacyjnych i sprzętu gaśniczego (odp. Inwestora nr 507) nie zostały ujęte;

2) Sprzęt gaśniczy (odp. Inwestora nr 316) nie zostały ujęte.

W zakresie oferty Konsorcjum Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., Diwal Jerzy Cytacki, Leszek Królicki sp. j. Odwołujący wskazywał, iż powinna zostać odrzucona również z uwagi, iż zaofferowany przedmiot zamówienia jest niezgodny z żądaniem przez Zamawiającego poprzez nieujęcie w ofercie odpowiedzi Zamawiającego:

1. BUDYNEK - A1

- 1) Elementy komunikacji na dachu (odp. Inwestora nr 145) nie zostały ujęte;
- 2) Wyposażenie sanitariatów w dozowniki, pojemniki na papier itp. (odp. Inwestora nr 192) nie zostały ujęte.

2. BUDYNEK - B3/B4

- 1) Wyposażenie sanitariatów w dozowniki, pojemniki na papier itp. (odp. Inwestora nr 194) nie zostały ujęte;
- 2) Deskowanie stropu (odp. Inwestora nr 168, 510) nie zostały ujęte;
- 3) Demontaż krat (odp. Inwestora nr 356) nie zostały ujęte;
- 4) Ścianki z betonu komórkowego gr. 12 cm (odp. Inwestora nr 359) nie zostały ujęte;
- 5) Uzupełnienie balustrad w nawiązaniu do istniejących (odp. Inwestora nr 423) nie zostały ujęte.

3. BUDYNEK - C9

- 1) Elementy komunikacji na dachu (odp. Inwestora nr 145) nie zostały ujęte;
- 2) Wyposażenie sanitariatów w dozowniki, pojemniki na papier itp. (odp. Inwestora nr 194) nie zostały ujęte;
- 3) Witryny AL (odp. Inwestora nr 332) nie zostały ujęte;
- 4) Uzupełnienie ścian i filarów ceglami klinkierowymi (odp. Inwestora nr 558) nie zostały ujęte;

6

4. BUDYNEK – E18/F19

- 1) Elementy komunikacji na dachu (odp. Inwestora nr 145) nie zostały ujęte;
- 2) Wyposażenie sanitariatów w dozowniki, pojemniki na papier itp. (odp. Inwestora nr 192) nie zostały ujęte;
- 3) Oznakowanie wizualne pomieszczeń, oznaczenie dróg ewakuacyjnych i sprzętu gaśniczego (odp. Inwestora nr 507) nie zostały ujęte;
- 4) Sprzęt gaśniczy (odp. Inwestora nr 316) nie zostały ujęte.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ (czyli również w wyjaśnieniach do SIWZ). Zgodnie z treścią wymagań zawartych w SIWZ (i wyjaśnień do SIWZ) wykonawcy byli zobowiązani złożyć w ofercie kosztorys ofertowy (między innymi odpowiedź z dnia 5 stycznia 2012 r., Nr E2/263/154/11/2012), w którym nie mogli usuwać pozycji z przedmiaru. Nie można na etapie badania oferty pomijać regulacji szczegółowych odnoszących się do tego obowiązku, które Zamawiający zawarł w SIWZ. Zamawiający nie dopuścił bowiem możliwości pominięcia pozycji. Zatem brak w ofercie pozycji wskazanych powyżej, a pominiętych przez wykonawców w ofercie, ma znaczenie dla oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ również w przypadku określenia ceny jako ryczałtowej, bowiem w ofercie wykonawców zaproponowano wykonanie innego przedmiotu zamówienia niż Zamawiający oczekiwał w SIWZ. Nie ulega wątpliwości, że przedmiot zamówienia, jak i sposób jego wykonania określony również przez wyjaśnienia, miał dla Zamawiającego istotne znaczenie.

W SIWZ Zamawiający napisał: „Ponieważ przedmiot zamówienia finansowany jest z odrębnych źródeł, według innych zasad wykonawca zobowiązany jest podać oddzielnie cenę za wykonanie robót budowlanych dla:

A. Rewitalizacja zabytkowego zespołu dawnego szpitala pediatrycznego im. Anny Marii przy ul. Piłsudskiego 71 - CZĘŚĆ A

B. Przebudowa lokalnej sieci elektroenergetycznej oraz zapewnienie sprawnego alternatywnego źródła energii na wypadek awarii w Ośrodku Pediatrycznym im. Dr J.

Korczaka - CZĘŚĆ B

C. Budowa dwóch łączników między budynkami 12-18 i 18-19 Ośrodka Pediatrycznym im. Dr J. Korczaka - CZĘŚĆ C".

Ponadto, zgodnie z zapisami pkt 16.6 SIWZ opis sposobu obliczenia ceny Zamawiający zastrzegł, iż wykonawca, obliczając wynagrodzenie za daną część, zobowiązany jest przestrzegać następujących proporcji:

7

- wynagrodzenie za realizację CZĘŚCI A miało nie przekraczać 83,4% wartości ceny oferty,
- wynagrodzenie za realizację CZĘŚCI B miało nie przekraczać 6% wartości ceny oferty,
- wynagrodzenie za realizację CZĘŚCI C miało nie przekraczać 10,6% wartości ceny oferty.

Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, że przekroczenie w którejkolwiek części przyjętych wartości udziału procentowego wynagrodzenia za daną część w stosunku do całej ceny oferty traktowane będzie przez Zamawiającego jako niezgodność oferty z treścią SIWZ i powodować będzie odrzucenie oferty. W związku z powyższym zapisem została przez Zamawiającego odrzucona oferta Spółki ERBUD S.A. w Warszawie. W uzasadnieniu dokonania czynności odrzucenia oferty ww. wykonawcy Zamawiający wskazał jako podstawę prawną art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Analogiczny zarzut należy podnieść w stosunku do ofert złożonych przez: SKB Sp. z o.o. Sp. k. oraz Konsorcjum Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., Diwal Jerzy Cytański, Leszek Królicki sp. j. Wprowadzając te firmy do oferty wpisały wymagany przez Zamawiającego (w pkt 16.6 SIWZ) procentowy udział poszczególnych części zamówienia w całości zamówienia, jednak z załączonych wycen do oferty wynika, że żądane proporcje nie są zachowane. I tak :

Oferta SKB Sp. z o.o. Sp. k.:

- wartość oferty brutto 23.233.354, 23 zł, w tym:
- CZĘŚĆ A 19.007.745, 32 zł co stanowi 81,81% wartości oferty,
- CZĘŚĆ B 1.394.001, 25 zł co stanowi 6,00 % wartości oferty,
- CZĘŚĆ C 2.831.607, 66 zł co stanowi 12,19 % wartości oferty.

Oferta Konsorcjum Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., Diwal Jerzy Cytański, Leszek Królicki sp. j.:

- wartość oferty brutto 23.967.761,38 zł, w tym:
- CZĘŚĆ A 19.830.275,75 zł co stanowi 82,74 % wartości oferty
- CZĘŚĆ B 1.708.196, 18 zł co stanowi 7,13 % wartości oferty
- CZĘŚĆ C 2.429.289,45 zł co stanowi 10,14 % wartości oferty.

Z uwagi na to, że udział procentowy poszczególnych części zamówienia jest inny w ww. ofertach niż wymagał Zamawiający zgodnie z pkt 16.6 SIWZ, oferty winny zostać odrzucone.

8

Odwołujący wskazywał, że z przepisu art. 7 ust 1 ustawy Pzp wynikają dwie fundamentalne dla prawa zamówień publicznych zasady ogólne, a mianowicie zasada równości mówiąca o równym traktowaniu podmiotów ubiegających się o zamówienie publiczne oraz zasada uczciwej konkurencji nakazująca przygotowanie i przeprowadzenie postępowania w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji. Pierwsza z tych zasad oznacza, iż każdy z wykonawców powinien być traktowany jednakowo, bez żadnych przywilejów i ulg. Również ocena ofert powinna być dokonywana z uwzględnieniem tych samych kryteriów (tak wyrok SO w Gliwicach z dnia 2 kwietnia 2008 r. , sygn. akt X Ga 25/08). Zamawiający naruszył zasady określone w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż nie odrzucił ofert: SKB Sp. z o.o. Sp. k. i Konsorcjum Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., Diwal Jerzy Cytański, Leszek Królicki sp. j., gdy odrzucił ofertę wykonawcy ERBUD S.A. z uwagi na tę samą niezgodność treści oferty z SIWZ (tj.

niezachowanie żądanego procentowego udziału poszczególnych części w całości zamówienia). Przepisy ustawy Pzp wymagają, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było w sposób przejrzysty, oznacza to między innymi, iż Zamawiający winien ustalone w ogłoszeniu i w SIWZ przez siebie warunki, jakim mają odpowiadać oferty stosować tak, jak zostały przewidziane. Weryfikacji ofert może jedynie dokonywać w oparciu o ustanowione postanowienia, wiążące również dla samego Zamawiającego, który nie jest uprawniony aby je zmieniać w inny sposób, niż przewiduje to ustawa Pzp. Zamawiający nie jest legitymowany, aby po upływie terminu składania ofert, odstępować od ustalonych w SIWZ warunków, a w szczególności odnoszących się do wszelkich aspektów sposobu oceny ofert. „Stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, odstępowanie przez Zamawiającego od postanowień SIWZ, stanowiłoby złamanie zasady równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji” (tak w wyroku KIO z dnia 14 kwietnia 2010 r., Sygn. akt: KIO/UZP 447/10).

Z tych względów powyżej opisane czynności Zamawiającego naruszają interes prawny Odwołującego. Pomimo zaoferowania przez Odwołującego najkorzystniejszej ceny za przedmiot zamówienia w pełni spełniającego wszystkie wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia przedstawionym przez Zamawiającego w SIWZ, poprzez zaniechanie czynności odrzucenia ofert SKB Sp. z o.o. Sp. k. oraz Konsorcjum Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., Diwał Jerzy Cytacki, Leszek Królicki sp.j., został on pozbawiony możliwości uzyskania w tym postępowaniu zamówienia publicznego. W świetle powyższego, mając na uwadze przedstawione argumenty, odwołanie winno zostać uwzględnione.

Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 12 marca 2012 r.

9

W dniu 12 marca 2012 r. Zamawiający wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym i przekazał kopię odwołania.

W dniu 14 marca 2012 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawcy SKB Sp. z o.o. Sp. k. (dalej także jako „Przystępujący”) do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Przystępujący wskazywał, że posiada interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść Zamawiającego, gdyż Zamawiający zaskarżoną czynnością wybrał ofertę Przystępującego jako najkorzystniejszą, oddalenie zaś odwołania umożliwi zawarcie Zamawiającemu umowy z Przystępującym.

Odnosząc się do zarzutów postawionych w odwołaniu, a dotyczących oferty złożonej przez Przystępującego, Przystępujący podnosił, iż należy uznać, że są one w całości chybione z przyczyn wskazanych poniżej.

Oferty złożone w danym postępowaniu podlegają ocenie na dzień ich złożenia. Nie ulega wątpliwości, że Renata Szczekocka była umocowanym w tym dniu pełnomocnikiem, co wynika z załączonego do oferty pełnomocnictwa. Renata Szczekocka była jednak pełnomocnikiem Przystępującego również w dniu 20 grudnia 2011 r., co wynika z pełnomocnictwa załączonego do niniejszego przystąpienia. Została bowiem należycie umocowana przez Przystępującego już w dniu 19 grudnia 2011 r., a tylko z powodu przesuwania terminu złożenia ofert, do oferty załączono pełnomocnictwo z dnia 3 stycznia 2012 r. Oba dokumenty wskazują na ten sam niezmienny zakres umocowania tego samego pełnomocnika. Wobec powyższego nie ulega wątpliwości, że umocowanie Renaty Szczekockiej trwało nieprzerwanie od dnia 19 grudnia 2011 r. i trwa nadal.

Z zupełnej ostrożności, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała brak umocowania Renaty Szczekockiej, to Przystępujący oświadczał, iż potwierdza wszystkie jej czynności dokonane w przedmiotowym postępowaniu przetargowym. Przystępujący wskazywał, iż warto również podkreślić, że wobec brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dokument pełnomocnictwa podlegałby i tak uzupełnieniu w trybie tego przepisu. Wobec załączenia pełnomocnictwa do zgłoszenia przystąpienia nie zachodzi jednak żadne naruszenie przepisów ustawy Pzp w zakresie umocowania, które może mieć w konsekwencji istotny

wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Odnośnie postawionego zarzutu nieuwjęcia w kosztorysie ofertowym pozycji zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego, Przystępujący podawał, co następuje. Zgodnie z zapisem punktu 13.4 SIWZ Zamawiający wskazał, że „Ustalona przez Wykonawcę cena oferty

10

stanowi cenę ryczałtową określoną w Formularzu nr 2 (cena łączna za części zamówienia: A, B, C)". Ponadto w ofercie Przystępującego ujęte zostały wszystkie odpowiedzi Zamawiającego. Zamawiający określił sposób przygotowania kosztorysu ofertowego, w którym nie dopuścił usuwania pozycji z przedmiaru robót, dopuścił natomiast możliwość wstawienia dodatkowych pozycji kosztorysowych, a także uwzględnianie wyjaśnień w cenach jednostkowych poszczególnych robót. W kosztorysach SKB Sp. z o.o. Sp. k. nie usunięto ani jednej pozycji z przedmiaru Zamawiającego, natomiast pozycje były również dodawane i zmieniane zgodnie z wyjaśnieniami, a także uwzględniane w cenach jednostkowych poszczególnych robót, zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego. Dla przykładu w punkcie 1 Odwołujący zarzuca nieuwzględnienie przez Przystępującego elementów komunikacji na dachu. Jak wynika z odpowiedzi Zamawiającego nr 145 - należy ująć w ofercie. Według rozwiązań systemowych. Elementy komunikacji na dachu zostały więc przez Przystępującego ujęte w cenie wykonania pokrycia dachu - zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego.

W przystąpieniu przedstawiono uwzględnienie wszystkich wyjaśnień Zamawiającego, których nieuwzględnienie i nieuwjęcie w kosztorysie zarzucił Odwołujący:

1. Budynek - A1.

- 1) Elementy komunikacji na dachu (odp. Inwestora nr 145) - wg Odwołującego nie zostały ujęte.

Wyjaśnienie Przystępującego: ujęto w cenie pokrycia dachu.

- 2) Żaluzje wertykalne (odp. Inwestora nr 68,223,506) - wg Odwołującego nie zostały ujęte.

Wyjaśnienie Przystępującego: żaluzje wertykalne ujęto w cenie okien.

2. Budynek - B3/B4.

- 1) Żaluzje wertykalne (odp. Inwestora nr 68,223,506) - wg Odwołującego nie zostały ujęte.

Wyjaśnienie Przystępującego: żaluzje wertykalne ujęto w cenie okien.

- 2) Demontaż krat (odp. Inwestora nr 356) - wg Odwołującego nie zostały ujęte

Wyjaśnienie Przystępującego: ujęto w cenie demontażu okien.

- 3) Ścianki z betonu komórkowego gr. 12cm (odp. Inwestora nr 359) - wg Odwołującego nie zostały ujęte.

Wyjaśnienie Przystępującego: ujęto w cenie robót murowych - dział 6.

3. Budynek - C9.

- 1) Elementy komunikacji na dachu (odp. Inwestora nr 145) - wg Odwołującego nie zostały ujęte.

Wyjaśnienie Przystępującego: ujęto w cenie pokrycia dachu

11

-
- 2) Żaluzje wertykalne (odp. Inwestora nr 68,223,506) - wg Odwołującego nie zostały ujęte.

Wyjaśnienie Przystępującego: żaluzje wertykalne ujęto w cenie okien.

4. Budynek - E18/F19.

- 1) Elementy komunikacji na dachu (odp. Inwestora nr 145) - wg Odwołującego nie zostały ujęte.

Wyjaśnienie Przystępującego: ujęto w cenie pokrycia dachu.

- 2) Żaluzje wertykalne (odp. Inwestora nr 68,223,506) - wg Odwołującego nie zostały ujęte.

Wyjaśnienie Przystępującego: żaluzje wertykalne ujęto w cenie okien.

5. Łącznik – Ł1.

- 1) Oznakowanie wizualne pomieszczeń, oznakowanie dróg ewakuacyjnych i sprzętu gaśniczego - (odp. Inwestora nr 315, 507) wg Odwołującego nie zostały ujęte.

Wyjaśnienie Przystępującego: ujęto w cenie ryczałtowej na wykonanie Łącznika Ł1. Zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawca w cenie ryczałtowej ujął wykonanie koncepcji pożarowej zaopiniowanej przez strażaka i wszystkie niezbędne elementy wyposażenia i oznakowania oraz zakup sprzętu gaśniczego.

2) Sprzęt gaśniczy (odp. Inwestora nr 316) - wg Odwołującego nie zostały ujęte.

Wyjaśnienie Przystępującego: ujęto w cenie ryczałtowej na wykonanie Łącznika Ł1. Zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawca w cenie ryczałtowej ujął wykonanie koncepcji pożarowej zaopiniowanej przez strażaka i wszystkie niezbędne elementy wyposażenia i oznakowania oraz zakup sprzętu gaśniczego.

6. Łącznik - Ł2.

1) Oznakowanie wizualne pomieszczeń, oznakowanie dróg ewakuacyjnych i sprzętu gaśniczego (odp. Inwestora nr 507) - wg Odwołującego nie zostały ujęte.

Wyjaśnienie Przystępującego: ujęto w cenie ryczałtowej na wykonanie Łącznika Ł1. Zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawca w cenie ryczałtowej ujął wykonanie koncepcji pożarowej zaopiniowanej przez strażaka i wszystkie niezbędne elementy wyposażenia i oznakowania oraz zakup sprzętu gaśniczego.

2) Sprzęt gaśniczy (odp. Inwestora nr 316) - wg Odwołującego nie zostały ujęte.

Wyjaśnienie Przystępującego: ujęto w cenie ryczałtowej na wykonanie Łącznika Ł1. Zgodnie z wyjaśnieniami Wykonawca w cenie ryczałtowej ujął wykonanie koncepcji pożarowej zaopiniowanej przez strażaka i wszystkie niezbędne elementy wyposażenia i oznakowania oraz zakup sprzętu gaśniczego.

Zapisy SIWZ i wyjaśnienia Zamawiającego nie dają podstaw do wnioskowania, że nieujęcie pewnych pozycji (co jest równoznaczne ze skumulowaniem ich wyceny pod innymi

12

pozycjami) jest tożsame z oświadczeniem o zamiarze niewykonania pewnych prac. Wręcz przeciwnie, Przystępujący postąpił zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego.

Na marginesie należy wskazać, że brak wyceny pozycji kosztorysowych przy wynagrodzeniu ryczałtowym nie może skutkować odrzuceniem oferty na zasadzie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przystępujący wskazał na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej:

- w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lutego 2011 r. Izba uznała, że „Skoro wykonawca odpowiadał za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, ze względu na ryczałtowy charakter wynagrodzenia umownego, a zamawiający wprost w SIWZ nie określił, że będzie dokonywał weryfikacji merytorycznej zgodności poszczególnych postanowień przedmiaru robót z kosztorysem ofertowym, brak jest podstaw do uznania, że w tym przypadku mieliśmy do czynienia z merytorycznym wymogiem SIWZ co do żadanego kosztorysu ofertowego. W przypadku ewentualnych rozbieżności przedmiaru robót z projektem zgodnie z przepisami p.b. pierwszeństwo w takiej sytuacji ma projekt budowlany przed przedmiarem. Powyższe wskazuje także na to, że ocena merytoryczna zgodności określonego zakresu robót budowlanych do wykonania (przedmiot świadczenia) powinna odbywać się w pierwszej kolejności w ramach dokumentacji projektowej z projektem budowlanym, a nie przedmiaru robót. ” (KIO/KD 11/11).

- w wyroku z dnia 19 grudnia 2011 r. Izba uznała, że „o sprzeczności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia można mówić tylko w takim wypadku, gdy wykonawca w złożonej ofercie wprost wyrazi zamiar odstąpienia w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia od wymagań opisanych w dokumentacji projektowej, co nie może być utożsamiane z "przemilczeniem" lub pominięciem w kosztorysie pewnych pozycji, szczególnie gdy Zamawiający dopuścił swobodę w zakresie szczegółowej treści tego kosztorysu, nie zamykając wykonawcom możliwości dzielenia, łączenia czy pomijania poszczególnych pozycji (podanych w przedmiarach nakładów, opisów, ilości oraz jednostek a także dodawanie bądź ujmowanie pozycji). (KIO 2594/11; KIO 2602/11),

- w wyroku z dnia 18 sierpnia 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „zasadą jest, iż przy wynagrodzeniu ryczałtowym kosztorysy załączane do oferty mają charakter informacyjny, a braki w nich nie są podstawą do jej odrzucenia” (KIO 1673/11),

- w wyroku z dnia 14 kwietnia 2011 r. Izba przyjęła, że „brak (...) podstaw do wnioskowania, że nieujęcie pewnych pozycji (co jest równoznaczne ze skumulowaniem ich wyceny pod innymi pozycjami) jest tożsame z oświadczeniem o zamiarze niewykonania

pewnych prac/zastosowania materiałów świadczącym o niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia " (KIO 689/11).

- w wyroku z dnia 29 marca 2011 r. Izba uznała, że „kosztorys ofertowy, jeżeli jest załączony do oferty, powinien odpowiadać przedmiarom - jednak, o ile w SIWZ nie zostanie

13

mu nadana szczególna ranga, to przy wynagrodzeniu ryczałtowym kosztorys ofertowy nie wpływa na zakres zobowiązania. Zasadą jest, że wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje wszelkie prace konieczne do wykonania zamówienia. Brak wyceny pozycji przedmiarowej w kosztorysie ofertowym nie ma znaczenia przy wynagrodzeniu ryczałtowym. Brak wyceny pozycji nie jest bowiem przeszkodą dla rozliczenia inwestycji, gdy zamawiający przewidział płatność za poszczególne etapy wykonanych prac, a wartość tych etapów nie odwoływała się do kosztorysu ofertowego, lecz do wartości wskazanych w formularzu ofertowym, a wykonawca zobowiązuje się wykonać całość zamówienia i roboty wynikające z dokumentacji projektowej." (KIO 560/11),

- w wyroku z dnia 11 października 2010 r. Izba przyjęła, że „brak jakiejś pozycji, czy też kosztorysu w wypadku ryczałtowego charakteru wynagrodzenia, wobec elementu generalnego zobowiązania się do realizacji całego przedmiotu zamówienia wynikającego z SIWZ, nie świadczy o nie zgodności treści oferty z postanowieniami SIWZ w zakresie przedmiotu zamówienia. Jednocześnie ryczałtowy charakter wynagrodzenia, czyni wiążącym kwoty zaoferowane na potrzeby określonych elementów wykazu płatności." (KIO/UZP 2090/10).

Powyższe wyjaśnienia i wskazane orzecznictwo powodują, że zarzut Odwołującego odnośnie nieuwjęcia wszystkich pozycji w kosztorysie ofertowym i w konsekwencji konieczności odrzucenia oferty, nie może się ostać. Na marginesie należy wskazać, że przyjęcie koncepcji, iż braki w kosztorysie ofertowym stanowią niezgodności oferty z SIWZ powodowałyby i tak konieczność ich konwalidowania na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy (por. wyrok KIO 1803/11)

SKB Sp. z o.o. Sp. k. w swojej ofercie podało cenę za części zamówienia A, B, C, uwzględniając wyjaśnienia Zamawiającego i przestrzegając proporcji wskazanej w punkcie 16.6. SIWZ.

Przystępujący zauważał, że proporcje procentowe wskazane przez Odwołującego są tylko jego stanowiskiem, nie popartym żadnym wyliczeniem. W żaden więc sposób Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący naruszył zapis punktu 16.6 SIWZ. Zdaniem Przystępującego podana przez Odwołującego kwota, jak i przyjęte proporcje są nieprawidłowe, ponieważ Odwołujący by dojść do tych kwot przyjął całą kwotę kosztorysu ofertowego SKB Sp. z o.o. Sp. k. na roboty budowlane budynku E18_F19 - elementy poza zakresem rewitalizacji do części C i stąd kwota 2.831.607,66zł co stanowi 12,19% oferty. Natomiast zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 5 stycznia 2012 r. znak sprawy EZ/263/154/11/2012 odpowiedź na pytanie nr 216 dotyczące wydzielenia z przedmiaru dla

14

budynku E18F19 pozycji dotyczących łącznika Ł2 należy z tego kosztorysu do części C zamówienia dodać tylko:

- dział 5 pozycje 56-72 - dział 8 pozycje 108-113

- Posadzki PCV kompletne - 30,51+14,12+16,53

co po zsumowaniu wszystkich kosztorysów dotyczących części C zamówienia i pozycji opisanych wyżej daje kwotę: 2.462.735,54,00 zł brutto co stanowi 10,60% oferty i spełnia wymogi Zamawiającego.

Należy więc zauważyć, że jeśli Odwołujący przyjął w swojej ofercie dla zadania C całą kwotę kosztorysu na roboty budowlane budynku E18_F19 - elementy poza zakresem rewitalizacji to właśnie jego oferta jest niezgodna z SIWZ (z zapisem pkt 16.6.) i winna na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp być odrzucona.

Należy z ostrożności wskazać, że Zamawiającego obciążał obowiązek takiego przygotowania SIWZ i takiego udzielania wyjaśnień, by wykonawcy nie mieli wątpliwości co do sposobu procentowego rozdzielenia wynagrodzenia zgodnie z zapisem pkt 16.6. Wszelkie więc wątpliwości w tym zakresie nie mogą obciążać wykonawców. Jak wynika z jednolitej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej niejednoznaczne sformułowanie użyte przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia na mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawcy (tak np. wyrok KIO z 27 maja 2011 r. sygn. akt KIO 1024/11, wyrok KIO z 13 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 717/11).

Reasumując powyższe, brak jest podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego z powodów wskazanych w odwołaniu. Z powołaniem się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej należy pamiętać, że „Zamawiający powinien tak interpretować i oceniać oferty wykonawców, aby w ramach przepisów p.z.p., w pierwszej kolejności dążyć do ich utrzymania w postępowaniu, co w pełni koresponduje z naczelnym celem ustawy, jakim jest zapewnienie racjonalnego wydatkowania środków publicznych” (KIO 330/11).

W konsekwencji odwołanie wniesione przez Odwołującego winno zostać na zasadzie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp oddalone.

W toku postępowania przed Izbą Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

W zakresie zarzutu braku pełnomocnictwa do podpisania oferty Zamawiający nie uznawał zgłoszonego zarzutu. W ocenie Zamawiającego nie została spełniona przesłanka przewidziana w art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. W przedmiotowej sprawie ocena czy osoba

15

podpisująca ofertę uprawniona jest do jej złożenia, dokonywana jest na dzień składania ofert. Zamawiający zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych dokonuje oceny oferty, spełniania warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Powyższą zasadę należy również odnieść do oceny umocowania osoby składającej taką ofertę. Tym samym podpisanie oferty z datą wcześniejszą niż data pełnomocnictwa jest bez znaczenia, jeżeli dzień składania oferty w postępowaniu przypada po dniu udzielenia pełnomocnictwa. Oferta stanowi oświadczenie woli, co oznacza, iż jest ono wiążące dla strony, gdy dotrze do jej adresata. Dlatego też istotne jest, aby w dacie złożenia oferty jej adresatowi a nie w dacie jej podpisania osoba działająca jako pełnomocnik posiadała stosowne umocowanie. W przedmiotowej sprawie oferta wprawdzie została podpisana przed datą udzielenia pełnomocnictwa, ale data składania ofert przypadała po dacie udzielenia pełnomocnictwa. Wobec powyższego w dniu złożenia oświadczenia woli Zamawiającemu pełnomocnik posiadał umocowanie do złożenia takiej oferty. W ocenie Zamawiającego brak jest podstaw do twierdzenia, iż oferta została złożona przez osobę nieuprawnioną i podlega z tego tytułu odrzuceniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego zaofiarowania przez SKB Sp. z o.o. Sp. k. oraz przez Konsorcjum Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., Diwał Jerzy Cytacki Leszek Królicki sp. j. podmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ Zamawiający zauważał, co następuje. Odnosząc się do zarzutów nieujęcia przez obu wykonawców tj. SKB Sp. z o.o. Sp. k. oraz przez Konsorcjum Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., Diwał Jerzy Cytacki Leszek Królicki sp. j. wszystkich elementów z odpowiedzi związanych przedmiotem zamówienia w złożonych kosztorysach należy wskazać przede wszystkim na charakter zastrzeżonego w niniejszym postępowaniu wynagrodzenia oraz rolę załączanych do ofert kosztorysów. Zgodnie z pkt. 16.4 SIWZ ustalona cena oferty stanowiła cenę ryczałtową, natomiast w pkt 16.3 przewidziano: „Cenę oferty stanowi wartość robót brutto określoną w ostatniej pozycji formularza cenowego. Obliczona przez Wykonawcę cena oferty powinna zawierać wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie Wykonawca uważa za niezbędne do poniesienia dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, zysk Wykonawcy oraz wszystkie wymagane przepisami podatki i opłaty, a w szczególności podatek VAT. Wykonawca powinien uwzględnić w cenie wszystkie posiadane informacje o przedmiocie zamówienia, a szczególnie informacje, wymagania i warunki podane w niniejszej SIWZ”. Dodatkowo w formularzu oferty wykonawcy złożyli oświadczenie o akceptacji SIWZ wraz z wyjaśnieniami i zobowiązali się wykonać

przedmiot zamówienia zgodnie z warunkami w niej wskazanymi. W zakresie obowiązku złożenia kosztorysów wraz z ofertą Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 21 grudnia 2012 r. oraz dnia 5 stycznia 2012 r. wyjaśniał, iż kosztorysy wymagane w pkt.10 lit. e) str. 12 SIWZ stanowią kosztorysy uproszczone sporządzone metodą kalkulacji uproszczonej. Natomiast

16

szczegółowe kosztorysy, zgodnie z ww. wyjaśnieniami miały zostać złożone przez wykonawcę Zamawiającemu w terminie 10 dni od daty podpisania umowy (odp. na pyt. 14 wyjaśnienia z dn. 21 grudnia 2012 r., odp. na pyt. 196 wyjaśnienia z dn. 5 stycznia 2012 r.). Mając na uwadze przyjęty charakter wynagrodzenia ryczałtowego oraz zapisy SIWZ w zakresie sposobu obliczenia ceny, a także wyjaśnienia Zamawiającego co do charakteru załączonych kosztorysów, uznać należy, iż nie można na podstawie załączonych kosztorysów uproszczonych twierdzić, iż obaj wykonawcy złożyli oferty nie obejmujące całego wymaganego zakresu zamówienia. Jak wyżej wskazano załączone kosztorysy miały charakter kosztorysów uproszczonych, a więc nie zawierających wszystkich szczegółowych kalkulacji. Ponadto fakt zastrzeżenia wynagrodzenia ryczałtowego oznaczał, że miały one charakter pomocniczy i informacyjny. Na ich podstawie nie można było twierdzić, iż ich braki mogą stanowić podstawę do odrzucenia obu ofert. Dodać należy, iż w analogicznej sprawie, przy identycznych zapisach SIWZ, dotyczącej Zamawiającego KIO w wyroku z dnia 18 sierpnia 2011r., KIO 1673/11, orzekła, iż: „Zasadą jest, iż przy wynagrodzeniu ryczałtowym kosztorysy załączone do oferty mają charakter informacyjny, a braki w nich nie są podstawą do jej odrzucenia. Zasady tej Zamawiający nie wyłączył ani w żaden sposób nie zmodyfikował.(...) Skoro przy tak ustalonym typie wynagrodzenia wykonawca w cenie oferty zobowiązany jest ująć wszelkie koszty, składające się na cenę realizacji przedmiotu zamówienia, nawet wówczas jeżeli nie wynikały by z przedmiarów robót, to oznacza to, że ryzyko z kalkulacją ceny za przedmiot zamówienia przerzucone jest w całości na wykonawcę”. W przedmiotowej sprawie Zamawiający powielił zapisy SIWZ co do charakteru wynagrodzenia, wprowadził obowiązek uwzględnienia w nim wszelkich kosztów, jak również wprowadził kosztorysy, które w świetle wyjaśnień miały charakter uproszczony, nie zawierający pełnej szczegółowej analizy kosztów składających się na podaną w ofercie łączną cenę ryczałtową. Dodatkowo Zamawiający nie wyłączył charakteru informacyjnego i uproszczonego przedmiotowych kosztorysów i w uzupełnieniu dodał, iż szczegółowe kosztorysy należy złożyć na etapie podpisania umowy. Tym samym wiążąca jest cena ryczałtowa podana w ofercie i w jej wysokości wykonawca zobowiązany jest wykonać w całości przedmiot zamówienia opisany w SIWZ i w wyjaśnieniach do niej. Dlatego też nietrafne są twierdzenia Odwołującego, iż w przypadku obu wykonawców brak wskazania w kosztorysach wymienionych w odwołaniu pozycji oznacza, iż wykonawcy ci nie zaoferowali przedmiotu zgodnego z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ i wyjaśnieniach. W świetle wskazanych powyżej wyjaśnień uproszczony charakter kosztorysów załączonych do oferty z góry zakłada pewien poziom uogólnienia zakresu robót, wynika to bowiem z faktu, iż w kosztorysowaniu uproszczonym cena kosztorysowania jest iloczynem ilości scalonych jednorodnych robót (np. 1 m2 wykonanej nawierzchni betonowej, 1 m ułożenia przewodu wodociągowego itp.) oraz cen jednostkowych, a także ewentualnie podatku od

17

towarów i usług VAT. Nie formułując szczególnych definicji, można stwierdzić, że kosztorys uproszczony to - jak często jest nazywany - „wypełniony przedmiar”, czyli polega zasadniczo na dodaniu do opisów pozycji przedmiarów cen jednostkowych i wartości pozycji. Czasem również, w zależności od zwyczaju kosztorysanta lub wymogów inwestora - zamawiającego może on zawierać na początku lub końcu zestawień koszty robocizny, materiałów i pracy sprzętu i inne czynniki cenotwórcze, zestawienie sprzętu i materiałów itp. elementy. Natomiast kosztorys sporządzany metodą kalkulacji szczegółowej posiada opisy uzyskania wskazanej w danej - każdej pozycji ceny jednostkowej poprzez podanie elementów mających wpływ na wysokość skalkulowanej ceny. Założone przy kosztorysie uproszczonym scalenie robót jednorodnych powoduje, iż trudno na tej podstawie uznać, iż dany zakres robót w ogóle nie został ujęty. Mając na uwadze powyższe rozważania, wskazać należy, iż w przedmiotowej sprawie ryczałtowy charakter wynagrodzenia oraz z uwagi na informacyjny charakter załączonych kosztorysów uproszczonych brak jest podstaw do twierdzenia, iż oferty obu firm są niezgodne z treścią SIWZ, bowiem oferują niepełny zakres przedmiotu

zamówienia. Jest to nieprawidłowy zarzut, bowiem zgodnie z zapisami SIWZ wykonawca, kalkulując wynagrodzenie ryczałtowe, zobowiązany był uwzględnić wszelkie koszty składające się na przedmiot zamówienia, a tym samym przejął na siebie ryzyko związane z prawidłową kalkulacją ceny za przedmiot zamówienia.

Co do zarzutu niezachowania proporcji wskazanych w pkt 16.6 SIWZ przez SKB Sp. z o.o. Sp. k. oraz przez Konsorcjum Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., DIWAL Jerzy Cytański Leszek Królicki sp. j. Zamawiający stwierdzał, co następuje. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niewynikania proporcji z pkt 16.6 SIWZ z załączonych kosztorysów należy podnieść, iż nie zasługuje on na uwzględnienie. Wskazać należy, iż załączone kosztorysy miały charakter uproszczony, zaś sam Zamawiający nie wprowadził żadnych zapisów w SIWZ, jak również nie wyjaśnił, iż wykonawca, składając kosztorys uproszczony, zobowiązany jest dokonać takiego rozpisania robót i wyceny, aby kosztorysy te wskazywały na proporcje wymagane w SIWZ i formularzu oferty. Zamawiający nie oczekiwał takiego poziomu uszczegółowienia kosztorysów. Ponadto gdyby było to jego celem, zażądałby kosztorysów szczegółowych i wprowadził stosowne zapisy do SIWZ. Wolą Zamawiającego było podanie jedynie w ramach ceny ryczałtowej rozbitcia jej na poszczególne części i zachowanie określonych proporcji poszczególnych części tego wynagrodzenia w stosunku do globalnej wartości zaoferowanego wynagrodzenia ryczałtowego. Należy, iż nie przewidywał ani nie wymagał Dodać Zamawiający dostosowywania załączonych kosztorysów do wymaganych proporcji. Załączone kosztorysy miały jedynie przedstawić, metodą kalkulacji uproszczonej, sposób wyceny zaoferowanego wynagrodzenia w całości, a nie w odniesieniu do poszczególnych jego części. Wobec

18

powyższego twierdzenia Odwołującego co do istnienia w tym zakresie niezgodności w kosztorysach obu wykonawców są całkowicie bezpodstawne. Zamawiający nie wymagał, aby kosztorysy zawierały wyceny pokazujące wymagane w formularzu proporcje, miały ukazywać sposób kalkulacji całego wynagrodzenia ryczałtowego.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Uczestnika złożone na piśmie oraz ustnie do protokołu, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

W ocenie Izby Odwołujący spełnia również przesłanki wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, uznaną za ważną, która została sklasyfikowana na trzeciej pozycji. Ma zatem potencjalną możliwość uzyskania zamówienia w sytuacji potwierdzenia się zarzutów podniesionych w odwołaniu, której to możliwości na skutek kwestionowanych czynności i zaniechań Zamawiającego został pozbawiony.

Izba uznała skuteczność przystąpienia po stronie Zamawiającego wykonawcy SKB Sp. z o.o. Sp. k. z uwagi na spełnienie przesłanek skuteczności przystąpienia określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Izba uznała iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosnie poszczególnych zarzutów Izba uznała, co następuje.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i nieodrżucenie oferty SKB Sp. z o.o. Sp. k., pomimo że oferta tego wykonawcy została podpisana przez osobę nieuprawnioną. Odwołujący wskazywał, iż SKB Sp. z o.o. Sp. k. przedłożyła wraz z ofertą pełnomocnictwo do podpisania i złożenia oferty z dnia 3 stycznia 2012 r., a zatem w dacie 20 grudnia 2011 r. osoba składająca podpisy nie posiadała stosownego umocowania. Izba podziela stanowisko, iż załączone przez wykonawcę SKB Sp. z o.o. Sp. k. pełnomocnictwo z dnia 3 stycznia 2012 r.

zakresie z argumentacją prezentowaną przez Zamawiającego i SKB Sp. z o.o. Sp. k., jakoby z punktu widzenia oceny prawidłowości umocowania osoby składającej ofertę w imieniu wykonawcy data podpisania oferty pozostawała bez znaczenia, zaś miarodajną w tym względzie była wyłącznie data złożenia oferty Zamawiającemu. Zgodnie z art. 82 ust. 2 ustawy Pzp oferta dla swej ważności wymaga zachowania formy pisemnej. Przepis art. 78 § 1 KC określa minimalne wymagania dla zachowania formy pisemnej. W przypadku oświadczenia woli jest to złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym jego treść. Podpis jest to swoisty dla danej osoby, charakterystyczny, powtarzalny znak graficzny, wywodzący się od jej imienia i nazwiska, niebędący koniecznie pełnym imieniem i nazwiskiem, pozwalający na ustalenie tożsamości osoby, która go złożyła. Podpis w rozumieniu art. 78 KC nie musi być czytelny (por. wyr. NSA w Warszawie z 10.11.2006 r., sygn. akt II FSK 1144/05). Tym samym złożenie podpisu na formularzu ofertowym zawierającym zasadniczą treść oświadczenia woli wykonawcy co do realizacji zamówienia (oraz na innych załączanych dokumentach) nie jest tylko czynnością techniczną, jak podkreślał Zamawiający, lecz decyduje o prawidłowym złożeniu oświadczenia woli. Bez zachowania formy pisemnej oferty, co realizuje się przez złożenie podpisu przez osobę uprawnioną do składania oświadczeń woli w imieniu wykonawcy, w ogóle nie można mówić o złożeniu prawidłowego oświadczenia woli z zachowaniem wymaganej dla niego pod rygorem nieważności formy. Tym samym nie jest zasadne stanowisko Zamawiającego, iż ocena czy osoba podpisująca ofertę jest uprawniona do jej złożenia, dokonywana jest na dzień złożenia oferty (rozumianego jako złożenie oferty u Zamawiającego). Zdaniem Izby podpisanie oferty oraz jej złożenie (Zamawiającemu) są odrębnymi kategoriami pojęciowymi i skoro oferta podpisywana jest w innej dacie niż następuje jej złożenie, weryfikacja prawidłowości umocowania musi obejmować także datę jej podpisania. „Artykuł 61 określa chwilę skutecznego złożenia oświadczenia woli, a nie przesłanki jego ważności.”) (red. prof. dr hab. K. Pietrzykowski *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 1-449(10) KC*, C.H. Beck Warszawa 2011, *Legalis*). Należy podkreślić, że w treści pełnomocnictwa z dnia 3 stycznia 2012 r. przewidziano, iż SKB Sp. z o.o. Sp. k. „niniejszym udziela pełnomocnictwa i ustanawia pełnomocnika w osobie Renata Szczekocka (...) do reprezentowania spółki w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w przetargu nieograniczonym na: A. Rewitalizacja zabytkowego zespołu dawnego szpitala pediatrycznego im. Anny Marii przy ul. Piłsudskiego 71, B. Przebudowa lokalnej sieci elektroenergetycznej oraz zapewnienie sprawnego alternatywnego źródła energii na wypadek awarii w Ośrodku Pediatrycznym im. Dr J. Korczaka, C. Budowa dwóch łączników między budynkami 12-18 i 18-19 w Ośrodku Pediatrycznym im. Dr J. Korczaka oraz zawarcia umowy w przedmiotowym zamówieniu”. Ponadto zakres umocowania Renaty Szczekockiej obejmował w szczególności podpisanie, jak również parafowanie wszystkich wymaganych w przedmiotowym postępowaniu

dokumentów, w tym oferty, poświadczania za zgodność z oryginałem dołączanych do oferty wszelkich dokumentów, jak również dokonywania wszelkich czynności, składania wszelkich oświadczeń i zaciągania wszelkich zobowiązań w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tym samym sama treść pełnomocnictwa wskazywała, iż podpisanie oferty i innych wymaganych w postępowaniu dokumentów było czynnością prawnie doniosłą i wymagającą stosownego umocowania. Brak jest natomiast w przedkładanym pełnomocnictwie wyodrębnienia czynności złożenia oferty. Izba zauważa, iż przywoływany na poparcie stanowiska Zamawiającego wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 maja 2001 r. I PKN 422/00 zdaje się potwierdzać tezę zgoła przeciwną niż popierana przez Zamawiającego i Przystępującego. Sąd Najwyższy w wyroku tym stwierdza bowiem: „Ocena prawidłowości umocowania danej osoby (organu) do składania oświadczenia woli o wypowiedzeniu umowy o pracę dokonywana powinna być bowiem według stanu istniejącego w chwili składania tego oświadczenia, a nie według stanu istniejącego w dniu jego złożenia (doręczenia pracownikowi). Inną kategorią pojęciową jest oświadczenie woli (wypowiedzenie umowy o pracę), a inną kategorią jest jego złożenie (doręczenie wypowiedzenia umowy o pracę). W myśl art. 61 zdanie drugie KC odwołanie oświadczenia woli jest skuteczne, jeżeli doszło

jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej. Wynika stąd, że nowy rektor mógł odwołać skierowane do powódki wypowiedzenie, pod warunkiem, że odwołanie takie dotarłoby do niej jednocześnie z jego doręczeniem lub wcześniej, czego wszakże nie uczynił. Potwierdza to jednocześnie twierdzenie, że w pojęciu art. 61 KC wskazane w nim oświadczenie woli istnieje w sensie prawnym jeszcze przed jego dotarciem do adresata (odwołać można tylko coś co istnieje, ma być prawny). Umocowanie wymagane przez prawo dotyczy dokonywania w imieniu pracodawcy oświadczenia woli, a nie doręczania go pracownikowi i stąd dla oceny tego, czy wypowiedzenie dokonane zostało przez właściwy organ pracodawcy rozstrzygające jest to, czy w chwili podjęcia i wyrażenia aktu woli dokonujący tego organ był do tego upoważniony, nie zaś to, czy upoważnieniem takim dysponował on także w dacie doręczenia (złożenia) tego wypowiedzenia. Stanowisko to dodatkowe potwierdzenie znajduje między innymi we wnioskach wypływających z analizy art. 62 KC, w myśl którego oświadczenie woli, które ma być złożone innej osobie, nie traci mocy wskutek tego, że zanim do tej osoby doszło, składający je zmarł lub utracił zdolność do czynności prawnych, chyba że co innego wynika z treści oświadczenia, z ustawy lub z okoliczności. Przepis ten ustanawia bowiem wyjątek od zasady, że po złożeniu (dokonaniu) oświadczenia woli, a przed jego dotarciem do adresata, zmiany w zakresie umocowania danego podmiotu i jego organów (prawnej możliwości działania) nie mają znaczenia dla oceny jego skuteczności (nie mogą one powodować utraty mocy oświadczenia woli). Tylko wtedy, gdy składający oświadczenie woli umiera lub traci zdolność do czynności prawnych, a więc tylko w przypadku szczególnych zmian w zakresie upoważnienia (możliwości) do

21

składania oświadczeń woli (i ich odwoływania), o których mowa jest w art. 62 KC, w warunkach określonych w tym przepisie, może dojść od tego, że oświadczenie, które nie dotarło jeszcze do adresata, utraci swoją moc. A contrario, w innych przypadkach takiej możliwości nie ma". Tym samym wyrok powyższy potwierdza, iż prawidłowość umocowania do złożenia oświadczenia woli (w tym obejmującego podpisanie oferty) badać należy na dzień złożenia oświadczenia woli (przedmiotem analizy Izby nie jest okres, w jakim umocowanie ma istnieć, gdyż nie było to przedmiotem sporu). Okoliczność, iż ustawa Pzp ze złożeniem oferty Zamawiającemu wiąże określone skutki prawne, nie oznacza, iż uchylone zostają reguły prawa cywilnego odnośnie sposobu złożenia oświadczenia woli w wymaganej formie oraz weryfikacji skuteczności umocowania do jego złożenia. Na marginesie należy zaznaczyć, iż ustawa Pzp kluczowe dla wykonawcy skutki prawne wiąże nie tyle z momentem złożenia oferty Zamawiającemu, co upływu terminu do składania ofert. Do upływu tego terminu wykonawca może bowiem zmienić czy wycofać ofertę (art. 84 ust. 1 ustawy Pzp), co modyfikuje ogólne reguły rządzące oświadczeniami woli składanymi innej osobie (co do zasady możliwość odwołania oświadczenia woli składanego innej osobie istnieje, jeżeli odwołanie doszło jednocześnie z tym oświadczeniem lub wcześniej niż oświadczenie dotarło do niej tak, że mogła zapoznać się z jego treścią). Tym samym istotnie złożenie oferty Zamawiającemu jest niezbędnym elementem jej skuteczności, ale takim samym elementem jest uprzednie podpisanie oferty przez osobę do tego uprawnioną (zachowanie formy pisemnej). Jeżeli osobą podpisującą ofertę jest pełnomocnik, jego umocowanie do podpisania oferty weryfikuje się zatem na dzień, kiedy czynność podpisania jest dokonywana, zaś obowiązkiem wykonawcy jest prawidłowe wykazanie istnienia takiego umocowania. Izba podnosi, iż oczywistym jest, że inną kategorią pojęciową jest umocowanie pełnomocnika a inną dokument potwierdzający to umocowanie, jednak w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie wykonawca ma obowiązek przedłożyć pełnomocnictwo w formie pisemnej, przy czym pełnomocnictwo to ma charakter pełnomocnictwa materialnoprawnego, zdaniem Izby, treść dokumentu pełnomocnictwa nie może budzić wątpliwości co do daty powstania umocowania pełnomocnika do działania w imieniu i na rzecz pracodawcy. W ocenie Izby przywołana treść pełnomocnictwa z dnia 3 stycznia 2012 r. wskazująca, iż wykonawca „udziela niniejszym pełnomocnictwa i ustanawia pełnomocnika w osobie Renata Szczekocka” do reprezentacji w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia z zakresem umocowania obejmującym m.in. podpisanie oferty i innych przedkładanych wraz z ofertą dokumentów, nie wskazuje, iż umocowanie pełnomocnika do działania obejmowało także okres wcześniejszy, kiedy to, zgodnie z treścią oferty i innych dokumentów, nastąpiło podpisanie oferty/dokumentów. Wykonawca SKB Sp. z o.o. Sp. k. nie wskazywał w tej mierze na błąd co do faktycznej daty podpisania oferty/dokumentów. Uwzględniając powyższe, zdaniem Izby, należy uznać, iż nie wykazał

prawidłowego umocowania do dokonania tych czynności. Przy ocenie wpływu powyższego naruszenia na wynik postępowania warunkujący zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp możliwość uwzględnienia odwołania Izba nie mogła wziąć pod uwagę przedstawionego przez SKB Sp. z o.o. Sp. k. w toku postępowania odwoławczego w zgłoszeniu przystąpienia nowego pełnomocnictwa z dnia 19 grudnia 2011 r. oraz potwierdzenia dokonanych czynności. Dostrzeżenia wymaga, iż w świetle art. 180 ust. 1 ustawy Pzp celem odwołania jest kontrola poprawności czynności lub zaniechań zamawiającego, pod względem zgodności z przepisami ustawy Pzp. Powyższe oznacza, że Izba w ramach środków ochrony prawnej nie zastępuje zamawiającego w obowiązku dokonania badania i oceny złożonych ofert i składających się na nie dokumentów, a sprawuje kontrolę poprawności czynności i zaniechań zamawiającego, przy czym czyni to w zakresie wyznaczonym treścią odwołania. Izba – w świetle art. 192 ust. 3 ustawy Pzp może, jeśli umowa nie została zawarta, uwzględniając odwołanie, nakazać wykonanie, powtórzenie lub unieważnienie czynności zamawiającego, co oznacza, że orzeczenie Izby nie zastępuje czynności zamawiającego. Zamawiający dokonał oceny oferty SKB Sp. z o.o. Sp. k. z uwzględnieniem załączonego do niej pełnomocnictwa i prawidłowość tej oceny jest przedmiotem badania na skutek wniesionego odwołania. Zatem przedstawienie przez wykonawcę w toku postępowania odwoławczego, a więc po dokonaniu przez Zamawiającego czynności badania i oceny ofert, nowego pełnomocnictwa z dnia 19 grudnia 2011 r. oraz potwierdzenie umocowania do dokonania czynności podpisania oferty nie mogło podlegać ocenie Zamawiającego, w konsekwencji również Izby. Izba uznała zatem, iż przedłożenie tego dokumentu pozostaje nieistotne dla rozstrzygnięcia odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe rozważania oraz argumentację Odwołującego, należy przyjąć, iż Zamawiający bezpodstawnie uznał, iż wykonawca SKB Sp. z o.o. Sp. k. w prawidłowy sposób wykazał umocowanie do podpisania oferty (i innych składanych wraz z nią dokumentów). Powyższe nie wypełnia jednak automatycznie dyspozycji przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, ponieważ zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia wadliwego pełnomocnictwa. Obowiązek ten nie obciąża Zamawiającego tylko wówczas, gdy pomimo jego złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Jak zostanie wskazane w treści uzasadnienia poniżej, Izba uznała, iż w przedmiotowym stanie faktycznym taka okoliczność nie zachodzi, gdyż Odwołujący nie zdołał wykazać, aby oferta SKB Sp. z o.o. Sp. k. podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wprawdzie w przedmiotowym stanie faktycznym nie istnieją podstawy do automatycznego odrzucenia oferty SKB Sp. z o.o. Sp. k. z uwagi na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, bez

wyczerpania procedury wezwania do uzupełnienia wadliwego pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a sposób sformułowania przez Odwołującego zarzutu i wniosków z niego wynikających pomijał odniesienie się do tego obowiązku (można jedynie przypuszczać, iż sposób sformułowania zarzutu i wniosku opierał się na przesłance konieczności odrzucenia oferty z innej przyczyny – art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), jednak równocześnie potwierdził się zarzut, że Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny w zakresie wykazania przez wykonawcę SKB Sp. z o.o. Sp. k. prawidłowości umocowania osoby podpisującej ofertę, na co wskazywał Odwołujący. Tym samym konieczne jest powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w ramach której Zamawiający winien wezwać wykonawcę SKB Sp. z o.o. Sp. k. do uzupełnienia prawidłowego pełnomocnictwa w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co skutkuje koniecznością uwzględnienia odwołania w oparciu o art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. W tym zakresie należy także uznać, iż potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców SKB Sp. z o.o. Sp. k. i Konsorcjum Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., Diwał Jerzy Cytacki, Leszek Królicki sp. j., gdyż nie zaoferowali oni przedmiotu zamówienia zgodnego z SIWZ. Nie

uwzględnili bowiem odpowiedzi Zamawiającego wskazanych w treści odwołania.

Izba podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, iż, dokonując oceny w tym zakresie, należy uwzględnić charakter zastrzeżonego w niniejszym postępowaniu wynagrodzenia oraz rolę załączanych do oferty kosztorysów. Z pkt 16.4 SIWZ wynika, iż cena za wykonanie przedmiotu zamówienia jest ryczałtowa. Powyższe potwierdza także regulacja zawarta w pkt 16.3 SIWZ, iż obliczona przez wykonawcę cena oferty powinna zawierać wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie wykonawca uważa za niezbędne do poniesienia dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, zysk wykonawcy oraz wszystkie wymagane przepisami podatki i opłaty, a w szczególności podatek VAT; wykonawca powinien uwzględnić w cenie wszystkie posiadane informacje o przedmiocie zamówienia, a w szczególności informacje, wymagania i warunki podane w niniejszej SIWZ. W pkt 16.7 SIWZ Zamawiający przewidział, iż wynagrodzenie określone przez wykonawcę w ofercie nie będzie zmieniane w toku realizacji przedmiotu zamówienia i nie będzie podlegało waloryzacji. Na ryczałtowy charakter wynagrodzenia Zamawiający wskazał także w pkt 5 formularza oferty (Formularz nr 2). Podobnie postanowienia umowy podkreślały, iż wynagrodzenie wykonawcy jest ryczałtowe (§ 1 Definicje – Wynagrodzenie; § 2 przedmiot Umowy – „Przedmiotem niniejszej Umowy jest realizacja przez Generalnego Wykonawcę całości Inwestycji za kwotę Wynagrodzenia

24

podaną w § 20 ust. 1 w oparciu o Projekt budowlany, a także zgodnie z przepisami Prawa budowlanego, Warunkami Technicznymi, Polskimi Normami, zasadami Dobrej Praktyki Budowlanej oraz z zastosowaniem należytej staranności i dbałości o prawidłowy przebieg realizacji.”; § 20 ust. 1 „Generalny Wykonawca otrzyma za realizację przedmiotu Umowy łączną kwotę wynagrodzenia ryczałtowego w wysokości zł, dalej nazywane „Wynagrodzeniem”, które stanowi sumę następujących częściowych wynagrodzeń w zakresie: A. Rewitalizacja zabytkowego zespołu dawnego szpitala pediatrycznego im. Anny Marii przy ul. Piłsudskiego 71 wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości (...). B. Przebudowa lokalnej sieci elektroenergetycznej oraz zapewnienie sprawnego alternatywnego źródła energii na wypadek awarii w Ośrodku Pediatrycznym im. Dr J. Korczaka wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości (...). C. Budowa dwóch łączników między budynkami 12-18 i 18-19 w Ośrodku Pediatrycznym im. Dr J. Korczaka wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości (...). Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 18 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1673/11, iż: „Zasadą jest, iż przy wynagrodzeniu ryczałtowym kosztorysy załączane do oferty mają charakter informacyjny, a braki w nich nie są podstawą do jej odrzucenia. Zasady tej Zamawiający nie wyłączył ani w żaden sposób nie zmodyfikował – przeciwnie, podkreślił ją, stosując postanowienia typowe dla wynagrodzenia ryczałtowego. Skoro przy tak ustalonym typie wynagrodzenia wykonawca w cenie oferty zobowiązany jest ująć wszelkie koszty, składające się na cenę realizacji przedmiotu zamówienia, nawet wówczas, jeżeli nie wynikałyby z przedmiarów robót, to oznacza to, że ryzyko związane z kalkulacją ceny za przedmiot zamówienia przerzucone jest w całości na wykonawcę. W rezultacie, choćby wykonawca nie ujął w cenie wszystkich kosztów, i tak zobowiązany jest wykonać przedmiot zamówienia w całości, zgodnie z dokumentacją projektową”. Jak było to wskazane powyżej, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił wynagrodzenie jako ryczałtowe oraz nałożył na wykonawców obowiązek załączenia do oferty kosztorysów uproszczonych. Nie sprecyzował jednak charakteru powyższych kosztorysów (celu, dla którego należy je przedłożyć), ani nie zawarł szczegółowej instrukcji co do sposobu ich sporządzenia. Co więcej przyznał wykonawcom przygotowującym kosztorysy w oparciu o udostępnione przez Zamawiającego przedmiary dużą dowolność w modyfikacji tych przedmiarów, wyłączając możliwość usuwania zamieszczonych przez Zamawiającego pozycji. Przedmiary były także modyfikowane przez samego Zamawiającego na skutek zapytań wykonawców. Brak jest zatem w treści SIWZ regulacji, która pozwalałaby uznać, że Zamawiający przyznał kosztorysom składanym wraz z ofertą inną rolę niż ta, którą zwykle przydaje się im przy wynagrodzeniu ryczałtowym (informacyjną, pomocniczą). Równocześnie Zamawiający przewidział w SIWZ (pkt 4.2. Pozostałe zapisy dotyczące przedmiotu zamówienia” ppkt 10 lit. c), że w terminie 10 dni po podpisaniu umowy wykonawca zobowiązany będzie do przekazania Zamawiającemu szczegółowych harmonogramów rzeczowo-finansowych oraz

25

szczegółowych kosztorysów realizacji wraz z tabelą elementów scalonych dla odrębnych części A, B i C przedmiotu zamówienia. W SIWZ przewidziano, iż Zamawiający zatwierdzi lub zweryfikuje przedstawione harmonogramy i zweryfikuje kosztorys pod kątem zgodności z ceną ofertową w terminie 5 dni od daty przekazania. Zdaniem Izby powyższa regulacja tym bardziej potwierdza, iż kosztorys załączony do oferty sporządzany metodą uproszczoną i dla którego Zamawiający nie wymagał podziału na poszczególne części zamówienia, miał walor przede wszystkim informacyjny. W ocenie Izby okoliczności tej nie zmienia sposób rozliczenia robót zamiennych w stosunku do przewidzianych dokumentacją projektową określony w § 20 ust. 8 projektu Umowy odwołujący się do cen jednostkowych i ilości robót przyjętych w kosztorysach ofertowych, ponieważ Zamawiający przewidział sposób rozliczenia, gdy wystąpią roboty, których nie można rozliczyć w oparciu o ceny jednostkowe robót z kosztorysów ofertowych (§ 20 ust. 8 „(...) b) w przypadku gdy wystąpią roboty, których nie można rozliczyć zgodnie z powyższym, należy wyliczyć ceny jednostkowe w oparciu o następujące założenia: - ceny czynników produkcji (R, M, S, Ko, Z) należy przyjąć z kosztorysów opracowanych przez wykonawcę metodą kalkulacji szczegółowej, - w przypadku gdy nie będzie możliwe rozliczenie danej roboty w oparciu o powyższe zapisy, brakujące ceny czynników produkcji zostaną przyjęte z zeszytów SEKOCENBUD (jako średnie) za okres ich wbudowania, c) podstawą dla określenia nakładów rzeczowych będą normy zawarte w wyżej wskazanych kosztorysach, a w przypadku ich braku – odpowiednie pozycje Katalogów Nakładów Rzeczowych (KNR); w przypadku braku odpowiednich pozycji w KNR-ach zastosowane zostaną Katalogi Norm Nakładów Rzeczowych (KNNR), a następnie wycena indywidualna wykonawcy, zatwierdzona przez zamawiającego (...). Tym samym nawet brak określonych informacji w kosztorysach załączonych do oferty nie czyni niemożliwym dokonania rozliczenia robót zamiennych. Ponadto Zamawiający nie sprecyzował, aby kosztorys ofertowy sporządzony został na takim poziomie szczegółowości, by można było w oparciu o niego dokonać rozliczenia robót zamiennych zgodnie z umową, jak również że będzie on stanowił podstawę weryfikacji zakresu zaoferowanego przedmiotu zamówienia. Dodatkowo należy wskazać, iż Odwołujący nie kwestionował w odwołaniu braku możliwości rozliczenia robót zamiennych (argument ten był podnoszony dla uzasadnienia charakteru kosztorysu jako wykraczającego poza walor informacyjny), lecz podnosił, iż stanowi on źródło danych o rzeczywiście zaoferowanym przez wykonawcę zakresie przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby taka rola w treści SIWZ nie została mu przypisana, jak również pozostaje w sprzeczności z charakterem przyjętego wynagrodzenia ryczałtowego. Izba podziela stanowisko, iż ryczałtowy charakter ceny nie zwalnia wykonawców z obowiązku składania ofert, których treść w pełni odpowiadała będzie wymaganiom Zamawiającego i potwierdzała zgodność z SIWZ w zakresie w dokumencie tym wymaganym również w odniesieniu do przygotowanego kosztorysu ofertowego, o ile

26

jednak określone wymogi co treści i celu kosztorysu były jednoznacznie postawione. Należy wskazać jednak, że co do zasady (o ile odmiennie nie postanowiono w SIWZ) kosztorys ofertowy nie służy weryfikacji zadeklarowanego przez wykonawcę zakresu robót objętych przedmiotem zamówienia i w przedmiotowym postępowaniu zasada ta nie uległa żadnej modyfikacji. Zamawiający bowiem w ogóle nie określił charakteru kosztorysu ofertowego ani wiążącego sposobu jego sporządzenia, a okoliczność, iż w oparciu o § 20 ust. 8 umowy zawarte w nim ceny jednostkowe i ilości służyć miały do rozliczenia robót zamiennych nie zmienia tej oceny.

Zdaniem Izby nie sposób także zgodzić się z Odwołującym, iż sposób sporządzenia kosztorysu ofertowego wskazuje na zakres zaoferowanego świadczenia, a zatem że brak danej pozycji czy też niewyodrębnienie jakiegoś elementu do odrębnej pozycji decyduje o ocenie, czy wykonawca zaoferował realizację przedmiotu zamówienia zgodnego z SIWZ. Odwołujący podkreślał, iż wykonawcy, sporządzając kosztorys, nie byli uprawnieni do usuwania pozycji z przedmiaru, a na etapie badania oferty nie można pomijać szczegółowych regulacji odnoszących się do tego obowiązku, które Zamawiający zawarł w SIWZ. Tym samym brak pozycji wskazanych w odwołaniu pominiętych przez wykonawców w ofercie ma znaczenie dla oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ również w przypadku określenia ceny jako ryczałtowej, ponieważ w ofercie wykonawców zaproponowano wykonanie innego przedmiotu zamówienia niż Zamawiający oczekiwał w SIWZ. Zdaniem

Izby należy zauważyć, iż Odwołujący niesłusznie utożsamia zakres zaoferowanego świadczenia z zakresem kosztorysu i jego zgodnością z przedmiarem udostępnionym przez Zamawiającego. Jak wskazywano w orzecznictwie kosztorys ofertowy jest dokumentem o charakterze finansowym, obrazującym kalkulację ceny ofertowej i nie służy do wykazywania zakresu przedmiotu zamówienia, do którego realizacji wykonawca się zobowiązuje. Zakres ten wynika bowiem z całej dokumentacji technicznej, a nie z kosztorysu ofertowego wykonawcy. Zgodnie z pkt 4.1.5. szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, w tym zakres robót znajduje się w załączniku pn. „Opis przedmiotu zamówienia” – TOM II oraz w dokumentacji projektowej przedmiotu zamówienia, specyfikacji wykonania i odbioru robót budowlanych, przedmiarach i kosztorysach nakładczych, które należy rozumieć jako dokument pomocniczy do wykonania oferty. W ocenie Izby, wbrew stanowisku Odwołującego, określenie „dokument pomocniczy do wykonania oferty” należy odnosić właśnie do przedmiarów i kosztorysów nakładczych. Powyższe stanowisko co do charakteru kosztorysu ofertowego (wypełnionego przedmiaru) zajmuje także orzecznictwo, np. w wyroku z dnia 14 kwietnia 2011 r. sygn. akt KIO 689/11 Izba stwierdziła: „Wypełniony *Przedmiar Robót* (kosztorys wykonawcy) stanowi dokument o znaczeniu finansowym, służący do czynności skalkulowania kosztów realizacji zadania przez wykonawcę, zaprezentowania

27

ceny oczekiwanej za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, a nie wyszczególnienia materiałów i prac, które się na nie składają. Relacja zatem dokumentu Zamawiającego jakim jest *Przedmiar Robót* („ślepego kosztorysu”) do wypełnionego przez wykonawcę *Przedmiaru* (kosztorysu wykonawcy) jest taka, że pierwszy stanowi jeden z elementów opisu przedmiotu zamówienia, podczas gdy drugi powinien być jego wierną kopią, dopełnioną o wskazanie cen, jakich wykonawca oczekuje za wykonanie poszczególnych jednostek nakładów i materiałów służących do wykonania roboty budowlanej. Niewłaściwe jest zatem utożsamianie pominięcia pozycji, nieodzwierciedlenia jej nazwy czy ilości jednostek w kosztorysie wykonawcy z nieobjęciem treścią oświadczenia woli wykonawcy całego przedmiotu zamówienia. Postępowanie o zamówienie publiczne, co do zasady realizuje się poprzez przystąpienie do jednostronnie określonych przez zamawiającego warunków, zaś przedmiot tego zamówienia jest przez Zamawiającego narzucony, wykonawcy mają zatem swobodę zaoferowania świadczenia w granicach jakie pozostawiono wykonawcom w ramach dopuszczonych przez zamawiającego. W postępowaniu, którego przedmiotem są roboty budowlane przedmiot ten opisuje całokształt dokumentacji technicznej, czemu Zamawiający w tym postępowaniu dał wyraz w specyfikacji (przytoczone wyżej postanowienia Tomu IV/5 *Przedmiary Robót, Część 1 Podstawa Wyceny Oferty*). Zakres przedmiotu świadczenia, do którego zobowiązuje się wykonawca nie wynika ze złożonego przez tego wykonawcę kosztorysu (wypełnionego *Przedmiaru Robót*), bowiem wynika z całej dokumentacji technicznej Zamawiającego, zaś kosztorys ten ma znaczenie jedynie dla określenia ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją”.

Ponadto zakres zobowiązania wykonawcy wynika także z postanowień umowy, która ma zostać zawarta, a ta przewiduje, że zakresem zobowiązania wykonawcy (Generalnego Wykonawcy) objęte są wszelkie Roboty rozumiane jako wszelkie roboty budowlane oraz inne przeprowadzane na podstawie niniejszej Umowy prace przez Generalnego Wykonawcę w celu realizacji Inwestycji (A. Rewitalizacja zabytkowego zespołu dawnego szpitala pediatrycznego im. Anny Marii przy ul. Piłsudskiego 71, B. Przebudowa lokalnej sieci elektroenergetycznej oraz zapewnienie sprawnego alternatywnego źródła energii na wypadek awarii w Ośrodku Pediatrycznym im. Dr J. Korczaka, C. Budowa dwóch łączników między budynkami 12-18 i 18-19 w Ośrodku Pediatrycznym im. Dr J. Korczaka, zgodnie z Projektem Budowlanym i Pozwoleniem na Budowę oraz uwzględnieniem ustaleń zawartych w SIWZ) zgodnie z niniejszą Umową, ze starannością wymaganą od podmiotu zajmującego się profesjonalnym wykonywaniem tego typu robót, zgodnie z Projektem Budowlanym, zasadami właściwej sztuki i praktyki budowlanej, zaleceniami Inwestora, Projektanta oraz zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Także przedmiot Umowy wskazuje na zakres zobowiązania wykonawcy: § 2 Przedmiot Umowy – „Przedmiotem niniejszej Umowy jest

28

realizacja przez Generalnego Wykonawcę całości Inwestycji za kwotę Wynagrodzenia podaną w § 20 ust. 1 w oparciu o Projekt budowlany, a także zgodnie z przepisami Prawa budowlanego, Warunkami Technicznymi, Polskimi Normami, zasadami Dobrej Praktyki Budowlanej oraz z zastosowaniem należytej staranności i dbałości o prawidłowy przebieg realizacji.” Dodatkowo należy zauważyć, iż rozumienie przyjęte przez Odwołującego w istocie podważałoby sens ustalania wynagrodzenia ryczałtowego, które co do zasady przenosi ryzyko prawidłowej kalkulacji ceny ofertowej na wykonawcę, skoro zadaniem Zamawiającego w każdym przypadku miałyby być szczegółowa analiza załączonego kosztorysu ofertowego (tu: uproszczonego), a wszelkie skutkować uznaniem za sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ, podczas gdy równocześnie wykonawca deklarowałby w ofercie (tak jak w niniejszej sprawie) realizację przedmiotu zamówienia za określoną kwotę ryczałtową. Ponadto w zakresie kwestionowanych przez Odwołującego elementów Zamawiający nie sprecyzował sposobu, w jaki wycena ma być ujęta w kosztorysie. Odwołujący nie wykazał, iż wykonawcy pominęli pozycje określone w przedmiarze opracowanym przez Zamawiającego. W powoływanym przez Odwołującego zakresie Zamawiający w wyjaśnieniach wskazywał na konieczność dokonania wyceny określonych tam elementów w ofercie czy wyceny i umieszczenia danej pozycji w kosztorysie (dot. żaluzji – odpowiedź na pytanie nr 68), ale bez jednoznacznego wskazania, jak należy to uczynić (w szczególności, iż jedynym sposobem wyceny i ujęcia w kosztorysie jest zamieszczenie danego elementu w odrębnej pozycji). Nie można zatem przyjąć, iż wycena taka (i ujęcie) nie została dokonana w ramach innych pozycji czy w łącznej kwocie wynagrodzenia ryczałtowego. Nie zmienia tego wniosku posłużenie się w ofertach określonymi pozycjami KNR, skoro Zamawiający nie określił ich wiążącego charakteru. Ponadto także brak wyceny w ogóle nie świadczy o zamiarze niewykonania przedmiotu zamówienia w tym zakresie. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie przewidział dla kosztorysu ofertowego roli źródła zobowiązania wykonawcy (opisu zakresu świadczenia) i przydawanie mu takiej roli przez Odwołującego wykracza poza dyspozycje wynikające z postanowień SIWZ. Izba uznała zatem, że nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż nie sposób uznać, aby sposób sformułowania kosztorysu ofertowego, z którego nie wynika jednoznacznie szczegółowa wycena określonych elementów zamówienia (co Odwołujący utożsamia z brakiem wyceny), świadczyło o zaoferowaniu przedmiotu zamówienia niezgodnego z wymaganiami SIWZ.

Izba uznała, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez ich niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., Diwał Jerzy Cytacki, Leszek Królicki sp. j. i SKB Sp. z o.o. Sp. k., jako że oferty te nie zachowują wymagania Zamawiającego

29

wyrażonego w rozdziale 16 SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny” pkt 16.6, gdzie Zamawiający zastrzegł, iż wykonawca, obliczając wynagrodzenie za daną część zamówienia, zobowiązany jest, aby:

- wynagrodzenie za realizację Części A nie przekroczyło 83,4% wartości ceny oferty,
- wynagrodzenie za realizację Części B nie przekroczyło 6% wartości ceny oferty,
- wynagrodzenie za realizację Części C nie przekroczyło 10,6% wartości ceny oferty.

W przypadku przekroczenia w którejkolwiek części wartości wynagrodzenia w stosunku do przyjętych dla danej części procentowych udziałów w ogólnej cenie oferty oferta wykonawcy traktowana będzie przez Zamawiającego jako niezgodność oferty z treścią SIWZ i powodować będzie odrzucenie takiej oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. Równocześnie Zamawiający w rozdziale 16 SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny” pkt 16.1. wskazał, że cenę oferty należy podać na formularzu oferty – Formularz Nr 2 do SIWZ (cena łączna za części zamówienia: A, B, C), a cena musi uwzględniać dane o podatku VAT. W pkt 16.3. Zamawiający wskazał m.in., że obliczona przez wykonawcę cena oferty powinna zawierać wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie wykonawca uważa za niezbędne do poniesienia dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, zysk wykonawcy oraz wszystkie wymagane przepisami podatki i opłaty, a w szczególności podatek VAT. Z kolei w pkt 16.4. określił, iż ustalona przez wykonawcę cena oferty stanowi cenę ryczałtową określoną w Formularzu nr 2 (cena łączna za części zamówienia: A, B, C). Formularz Nr 2 – Formularz oferty w pkt 5 przewidywał: „Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia Część

A, Część B, Część C w łącznej wysokości: PLN, w tym podatek VAT ...%.

Oświadczam, że na łączną cenę ofertową brutto składa się:

- a. wynagrodzenie ryczałtowe za Część A w wysokościzł brutto, w tym podatek VAT ...%, (co stanowi % ceny ofertowej) na które składa się:
 - kwota brutto, w tym podatek VAT ..., co stanowi kwotę netto w wysokości z tytułu robót budowlanych,
 - kwota brutto, w tym podatek VAT ..., co stanowi kwotę netto w wysokości z tytułu prac konserwatorskich i restauratorskich.
- b. wynagrodzenie ryczałtowe za Część B w wysokościzł brutto, w tym podatek VAT ...%, (co stanowi % ceny ofertowej),
- c. wynagrodzenie ryczałtowe za Część C w wysokościzł brutto, w tym podatek VAT ...%, (co stanowi % ceny ofertowej)"

W ofertach (Formularz Nr 2) Konsorcjum Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., Diwał Jerzy Cytański, Leszek Królicki sp. j. i SKB Sp. z o.o. Sp. k. wskazano w pkt 5 odpowiednio:

30

- Konsorcjum Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., Diwał Jerzy Cytański, Leszek Królicki sp. j.:

Cenę ofertową brutto za Część A, B i C: 23.967.761,38 zł brutto

Część A: 19.989.112,99 zł brutto (83,4 % ceny ofertowej),

Część B: 1.438.065,68 zł (6 % ceny ofertowej)

Część C: 2.540.582,71 (10,6 % ceny ofertowej)

- SKB Sp. z o.o. Sp. k.:

Cenę ofertową brutto za Część A, B i C: 23.233.354,23 zł brutto

Część A: 19.376.617,44 zł brutto (83,4 % ceny ofertowej),

Część B: 1.394.001,25 zł brutto (6 % ceny ofertowej)

Część C: 2.462.735,54 zł brutto (10,6 % ceny ofertowej).

Tymczasem Odwołujący, dokonując wyliczeń ceny ofertowej przypadającej na poszczególne części zamówienia (A, B i C), nie opierał się na formularzach oferty i oświadczeniach co do ceny ofertowej i jej podziału na poszczególne części wynikających z tychże formularzy, lecz posłużył się kosztorysami ofertowymi załączonymi do ofert wykonawców. Na rozprawie przedstawił także dowód w postaci szczegółowego wyliczenia wynagrodzenia za realizację każdej z części przedmiotu zamówienia ustalonego w oparciu o analizę i dane wynikające z kosztorysów ofertowych. Odwołujący w swojej argumentacji pominął jednak okoliczność, iż w ww. pkt 16.6 SIWZ Zamawiający odwoływał się do pojęcia ceny oferty, a ta wynikała z formularza oferty. To w formularzu ofertowym Zamawiający wymagał zadeklarowania przewidzianego w SIWZ podziału procentowego ceny oferty na poszczególne części zamówienia. Zamawiający ustalił wynagrodzenie wykonawcy jako ryczałtowe, a zawarty w SIWZ opis obliczenia ceny w żadnym z postanowień nie przewidywał, iż wyliczenia ceny ofertowej oraz wynagrodzenia za realizację poszczególnych części przedmiotu zamówienia (A, B, C) należy dokonać w oparciu o załączone do oferty kosztorysy. Taki wymóg nie wynikał także z innych postanowień SIWZ ani z wyjaśnień Zamawiającego odnośnie treści SIWZ. Co więcej Zamawiający, obligując wykonawców do przedłożenia wraz z ofertą kosztorysów, nie określił żadnego wzoru kosztorysu. W wyjaśnieniach wskazał jedynie, iż mają być to kosztorysy uproszczone oraz dopuścił, iż wykonawca, przygotowując kosztorys z wykorzystaniem przedmiaru opracowanego przez Zamawiającego, może w przedmiarze opracowanym przez Zamawiającego zmieniać ilości, dopisywać pozycje, zerować ilości, zmieniać opis pozycji, natomiast nie może usuwać pozycji z przedmiaru opracowanego przez Zamawiającego. Zamawiający nie wymagał także, aby załączone kosztorysy odnosiły się odrębnie do poszczególnych części zamówienia (A, B, C). Nie przyznał sobie również

31

uprawnienia do weryfikacji ceny ofertowej i jej rozbicia na poszczególne części w oparciu o

analizę danych wynikających z kosztorysów. SIWZ wyraźnie przewidywała jedynie obowiązek zamieszczenia informacji w tym zakresie w formularzu ofertowym. Tym samym dla oceny oferty wykonawcy istotne znaczenie miało podanie prawidłowych proporcji w formularzu ofertowym. Jak było to wskazane powyżej Zamawiający nie przyznał sobie w SIWZ uprawnienia do szczegółowej weryfikacji poszczególnych pozycji kosztorysów zamieszczonych w ofertach wykonawców, przypisywania ich do danej części przedmiotu zamówienia i oceny na tej podstawie prawidłowości udziałów procentowych wskazanych w formularzu ofertowym. Takie działanie Zamawiającego nie znajdowałoby oparcia w regulacji wynikającej z SIWZ, a i Odwołujący nie wskazał postanowień SIWZ, które umożliwiałyby Zamawiającemu weryfikację oferty wykonawcy w taki sposób oraz jej odrzucenie jako niezgodnej z SIWZ, gdyby na skutek przedmiotowej weryfikacji Zamawiający doszedł do przekonania, iż wykonawca dokonał nieprawidłowego przypisania wycenionych przez siebie pozycji kosztorysowych do danej części przedmiotu zamówienia skutkującego naruszeniem SIWZ odnośnie wymaganych udziałów procentowych wynagrodzenia wykonawcy (a zatem wbrew oświadczeniu wynikającemu z formularza oferty, gdzie wskazano prawidłowe udziały procentowe). Podnoszone przez Odwołującego przyszłe potencjalne trudności z rozliczeniem zamówienia z uwagi na błędną kwalifikację poszczególnych pozycji kosztorysowych do określonej części zamówienia stanowi zarówno ryzyko Zamawiającego wynikające z przyjętej koncepcji SIWZ, jak i wykonawcy, który nie będzie uprawniony do uzyskania wynagrodzenia w zakresie przekraczającym zadeklarowane kwoty i proporcje. Nie może natomiast stanowić podstawy dla weryfikacji ofert ze skutkiem ich potencjalnego odrzucenia, skoro takiego mechanizmu, na jaki powołuje się Odwołujący, uzasadniając swoje stanowisko, Zamawiający w SIWZ nie przewidział.

W ocenie Izby błędne jest także stanowisko, iż Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ z tej samej przyczyny (tj. nieprawidłowe udziały procentowe) odrzucił ofertę wykonawcy ERBUD S.A. Odwołujący pomija bowiem okoliczność, iż w ofercie ERBUD S.A. błędny udział procentowy wynikał bezpośrednio z treści formularza ofertowego, a Zamawiający nie znalazł wystarczających przesłanek dla dokonania poprawienia oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jest to zatem całkowicie odmienny stan faktyczny, gdyż Konsorcjum Gliwickie Przedsiębiorstwo Budownictwa Przemysłowego S.A., Diwał Jerzy Cytacki, Leszek Królicki sp. j. i SKB Sp. z o.o. Sp. k. w swoich formularzach ofertowych prezentują właściwe, zgodne z SIWZ proporcje ceny ofertowej w ramach poszczególnych części przedmiotu zamówienia, czego zresztą Odwołujący nie kwestionował. Odwołujący podnosił bowiem, iż udziały procentowe wynikające z formularza oferty nie znajdują potwierdzenia w kosztorysach ofertowych.

32

Z uwagi na powyższe Izba uznała, iż zachodzą podstawy do uwzględnienia odwołania zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, toteż orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 i 5 ust. 2 pkt 1 i ust. 4 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), uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w maksymalnej wysokości 3.600 zł zgodnie z przedłożoną do akt sprawy fakturą VAT.

Przewodniczący:

33