Tekst orzeczenia pochodzi z bazy orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej dostępnej pod adresem http://www.uzp.gov.pl

Wyrok

Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych

z dnia 30 lipca 2009 r.

KIO/UZP 921/09

1. Przedmiar robót, stanowiący podstawę sporządzenia kosztorysu, jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu i specyfikacji technicznych i to nie on determinuje zakres prac objętych przedmiotem zamówienia. Zawarte w przedmiarze robót zestawienia mają zobrazować skalę roboty budowlanej i pomóc wykonawcom w oszacowaniu kosztów inwestycji, wobec czego przedmiarowi robót można przypisać wyłącznie charakter dokumentu pomocniczego.

2. Obowiązek obliczenia ceny oferty na podstawie przedmiaru robót oznacza, przy ryczałtowym charakterze ceny ofertowej, tyle tylko, iż podstawą - bazą wyjściową obliczeń wykonawcy jest przedmiar, co jednocześnie jednak nie może być utożsamione z zakazem uwzględnienia przez wykonawcę jego własnych obmiarów i założeń kalkulacyjnych, których konsekwencjami mogą być odstępstwa (zarówno in plus, jak i in minus) od założeń wyjściowych - bazowych, zawartych w przedmiarach.

LEX nr 511891

511891

Dz.U.2013.1129: § 6

Dz.U.2013.907: art. 31

Skład orzekający

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz.
Członkowie: Anna Majstrowicz, Barbara Bettman.

Sentencja

Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 lipca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez Zakład Pielęgnacji i Chirurgii Drzew "B." mgr inż. H. C. z siedzibą w S. od rozstrzygnięcia przez zamawiającego - Gminę Drzycim, 86-140 Drzycim, ul. Podgórna 10, protestu z dnia 5 czerwca 2009 r.,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Drzycim, 86-140 Drzycim, ul. Podgórna 10,

i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4.574 zł (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery) z kwoty wpisu uiszczonego przez Zakład Pielęgnacji i Chirurgii Drzew "B." mgr inż. H. C. z siedzibą w S.,
2) dokonać wpłaty kwoty 4.574 zł (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery) przez Gminę Drzycim, 86-140 Drzycim, ul. Podgórna 10, na rzecz Zakładu Pielęgnacji i Chirurgii Drzew "B." mgr inż. H. C. z siedzibą w S., stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
3) dokonać zwrotu kwoty 5.426 zł (słownie: pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz Zakładu Pielęgnacji i Chirurgii Drzew "B." mgr inż. H. C. z siedzibą w S.

Uzasadnienie faktyczne

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, na "Budowę wielozadaniowych boisk sportowych w Drzycimiu - wykonanie wierzchniej warstwy płyty głównej boiska wraz z systemem nawadniania", wykonawca - Zakład Pielęgnacji i Chirurgii Drzew "B." mgr inż. H. C. - zwany dalej protestującym lub odwołującym, złożył protest na odrzucenie oferty protestującego, a w konsekwencji na wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę P.H.U. "K." P. R., zarzucając Zamawiającemu - Gminie Drzycim, naruszenie:

1. art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) - dalej zwanej p.z.p., poprzez wybranie oferty mniej korzystnej niż oferta protestującego, naruszając zasadę uczciwej konkurencji,
2. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 p.z.p., poprzez odrzucenie oferty zgodnej ze SIWZ i nie podlegającej w świetle p.z.p. odrzuceniu.

Protestujący wniósł o:

1. uznanie oferty protestującego za ważną,
2. ponowną ocenę ofert i wybranie oferty protestującego jako najkorzystniejszej.

Wykazując swój interes prawny wskazał, że uznanie oferty protestującego za ofertę, która nie podlega odrzuceniu spowoduje, że jego oferta będzie najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu protestu protestujący podniósł, że pismem Nr (...) zamawiający poinformował go o odrzuceniu jego oferty, podając jako podstawę prawną art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Wyjaśnił, że zdaniem zamawiającego, protestujący niepoprawnie wykonał kosztorys ofertowy, uznając, że treść oferty protestującego jest niezgodna z SIWZ, a niezgodność ta polega na sporządzeniu kosztorysu ofertowego w sposób sprzeczny z przedmiarem robót będącym załącznikiem do SIWZ.

Podniósł, że zamawiający nie wskazał przy tym zaniżenia oferty przez protestującego oraz okoliczności, że ten nie wycenił przedmiotu zamówienia tak, że istnieje niebezpieczeństwo, że nie wykona zamówienia w całości, czy tez, że pominął wycenę elementów robót czym zaniżył cenę oferty i dokonał czynu nieuczciwej konkurencji.

Podał, że zamawiający wskazał, że protestujący w kosztorysie:

1. zestawienie materiałów dot. "Płyty boiska" wycenił pozycję "ziemia urodzajna (humus)" pomimo, że zamawiający deklarował udostępnienie mu ziemi jako materiał inwestora,
2. w zestawieniu materiałów dot. "Płyty boiska" w pozycji "nasiona traw" zwiększył ich ilość przeznaczoną do wysiewu,
3. wartość robocizny dot. "Płyty boiska" jest niezgodna z wartością robocizny dot. "Płyty boiska" w zestawieniu kosztorysowym, ponieważ protestujący zwiększył ilość roboczo-godzin na wykonanie prac związanych z systemem nawadniania.

Protestujący podniósł, że zgodnie z SIWZ i projektem umowy wykonawca jest zobowiązany wykonać kompletne dzieło za cenę ryczałtową zaś cena ryczałtowa musi zawierać wszystkie nakłady pozwalające uzyskać określone w umowie i projekcie dzieło, nawet jeśli jakiekolwiek roboty lub nakłady nie zostały ujęte w przedmiarze robót przekazanym wykonawcom w SIWZ lub ujęte zostały, ale niewłaściwie przeliczone. Podkreślił, że na wykonawcy ciąży obowiązek właściwego ustalenia obmiarów, cen, nakładów robocizny, nakładów materiałowych itd. i takiego skalkulowania ceny oferty, aby wykonane dzieło było wielkością zgodne z przedmiotem zamówienia i w dobrej jakości.

Wobec tego ocenił, że wskazana przez zamawiającego niezgodność kosztorysu ofertowego protestującego z kosztorysem inwestorskim jest niezgodnością pozorną i nieistotną, którą należało pominąć lub ewentualnie wyjaśnić w trybie art. 87 p.z.p.

Dodał, że odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna ze specyfikacją, nie dotyczy to sytuacji niezgodności formy. Powołał się na komentarz do art. 89 ust. 4 p.z.p. pod. red. T. Czajkowskiego UZP Warszawa 2006.

Ocenił, że to na wykonawcy ciąży obowiązek ustalenia właściwego nakładu robocizny na wytworzenie danego dzieła, nakład ten wynika z jego organizacji pracy, dokładności prowadzenia robót itd. W żadnym razie nie może zamawiający ingerować w organizację

pracy wykonawcy.

Odnośnie kwestionowanej pozycji dotyczącej humusu protestujący stwierdził, że pomimo wyznaczenia w kosztorysie inwestorskim tego materiału jako materiał inwestora, to wykonawca odpowiada za wytworzenie dzieła i jego jakość - jeśli wycenił materiały dodatkowe, to na swoją odpowiedzialność podrożył ofertę. Jeśli pomimo tego oferta protestującego okazała się najkorzystniejszą cenowo, to należy ją wybrać, gdyż jest tańsza i stanowi lepszą gwarancję dobrego wykonania robót.

Zamawiając protest rozstrzygnął, poprzez jego oddalenie.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia zasady uczciwej konkurencji, poprzez wybranie oferty mniej korzystnej niż oferta protestującego, zamawiający stwierdził, że nie złamał zasady uczciwej konkurencji, przeciwnie, poprzez odrzucenie oferty protestującego zachował się w myśl art. 7 p.z.p. Podniósł, że zasady udzielania zamówień publicznych stanowią podstawę wobec pozostałych przepisów ustawy, ale również spełniają funkcję subsydiarną przy interpretacji przepisów. Procedura prowadząca do wybory najkorzystniejszej oferty musi być bezwzględnie zgodna z tymi zasadami i t tak było w przypadku wyboru oferty najkorzystniejszej w tym postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu niezasadnego odrzucenia oferty protestującego zamawiający wyjaśnił, iż dokonał odrzucenia oferty protestującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 p.z.p., co zostało wskazane w piśmie nr (...) z dnia 1 czerwca 2009 r. W ocenie zamawiającego błąd w ofercie protestującego był ewidentny, wobec czego zamawiający miał obowiązek odrzucenia oferty na podstawie przywołanych przepisów prawa.

Zwrócił uwagę, że nie zastosował przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 p.z.p. w stosunku do oferty protestującego.

Nawiązując do argumentacji protestującego, iż zamawiający, odrzucając ofertę protestującego, nie wskazał "zaniżenia oferty przez protestującego oraz okoliczności, że nie wycenił on przedmiotu zamówienia tak, że istnieje okoliczność świadcząca, że nie wykona on zamówienia w całości, pominął wycenę elementów robót czym zaniżył cenę oferty i dokonał czynu nieuczciwej konkurencji" zamawiający podniósł, że do odrzucenia oferty wykonawcy na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. nie jest obligatoryjne powyższe uzasadnienie, ponieważ zamawiający ma prawo decydowania o uzasadnieniu, zgodnie z zaistniałą potrzebą, wynikłą w toku wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający zgodził się z protestującym co do ryczałtowego charakteru ceny w przedmiotowym postępowaniu, jednak podniósł, że protestujący nie zapoznał się dokładnie z całą SIWZ, zwłaszcza rozdziałem XIV SIWZ "Opis sposobu obliczenia ceny" pkt 2, który wyraźnie wskazuje, iż "Wykonawca oblicza cenę oferty na podstawie załączonego do SIWZ przedmiaru robót sporządzając kosztorys ofertowy metodą kalkulacji uproszczonej lub szczegółowej". Zamawiający ocenił, że gdyby nie zawarł powyższego zapisu, to wtedy zgodziłby się ze stanowiskiem protestującego. W przypadku jednak sporządzenia przez zamawiającego przedmiaru robót i żądania na jego podstawie przedłożenia kosztorysu ofertowego, zamawiający ma obowiązek odrzucenia oferty wykonawcy jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Wskazał, że w piśmie odnośnie odrzucenia oferty protestującego wyraźnie podkreślił, iż oferta ta zawierała błędy polegające na niezgodności ilości przedmiarowych prac zawartych w kosztorysie ofertowym z ilościami prac podanymi w przedmiarach robót sporządzonych przez zamawiającego, stanowiących załączniki SIWZ. Dodał, że jeżeli zamawiający zawarł w treści SIWZ wymóg wyceny przedmiotu zamówienia na podstawie przedmiaru robót, to kosztorys ofertowy powinien zawierać wszystkie elementy zawarte w przedmiarze robót - wykonawca nie ma prawa dokonywać korekt przedmiaru robót.

Wobec powyższego zamawiający uznał, że kosztorys ofertowy załączony do oferty przez protestującego stanowi integralną część oferty i dotyczy bezpośrednio ceny oferty, a supozycja protestującego, iż niezgodność kosztorysu ofertowego z kosztorysem inwestorskim (powinno być "przedmiarem robót") jest niezgodnością pozorną i nieistotną, którą należało pominąć lub wyjaśnić w trybie art. 87 p.z.p., jest niezasadna. Przeciwnie,

dokumenty te mają znaczenie zasadnicze dla obliczenia ceny oferty i takie znaczenie w sposób bezsporny przypisał im zamawiający.

Zdaniem zamawiającego, w przedmiotowym postępowaniu dla oceny sposobu obliczenia ceny oferty zasadnicze znaczenie przypisać należy prawidłowemu, zgodnemu ze SIWZ kosztorysowi ofertowemu opracowanemu wg obmiarów i ilości prac zawartych w przedmiarach robót.

Zamawiający wskazał, odnośnie art. 87 p.z.p., że w przypadku wyjaśnień niezgodności pomiędzy kosztorysem ofertowym a przedmiarem robót nie miał prawa zastosowania tej regulacji prawnej. Powołał się na komentarz Prawo Zamówień Publicznych pod red. T. Czajkowskiego, Warszawa 2004, gdzie wskazano, że wątpliwości te muszą odnosić się do treści oferty tj. woli zawarcia z zamawiającym umowy w sprawie zamówienia publicznego i istotnych postanowień tej umowy, wątpliwości nie mogą dotyczyć treści oświadczeń i dokumentów dołączonych do ofert, te bowiem nie stanowią treści oferty, lecz jedynie potwierdzenie spełniania przez wykonawcę formalnych i merytorycznych warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający podkreślił, że przedmiar robót (wchodzący w skład projektu budowlanego na mocy § 4 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego - Dz. U. Nr 202, poz. 2072 z późn. zm.), został wykonany przez projektanta, czyli osobę uprawnioną do sporządzania projektu budowlanego (art 20 ust. 1 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (tj. Dz. U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 z późn. zm.), który, jak wskazuje art. 20 ust. 2 Prawa budowlanego ma obowiązek zapewnić sprawdzenie projektu architektoniczno-budowlanego pod względem zgodności z przepisami, w tym techniczno-budowlanymi, przez osobę posiadającą uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń w odpowiedniej specjalności lub rzeczoznawcę budowlanego.

Zamawiający podniósł, że protestujący w treści protestu nie wskazał, iż jego ofertę odrzucono na mocy art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., podważając jedynie odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Oznacza to, że nawet jeżeli zamawiający uwzględniłby protest, to oferta protestującego nadal podlegałaby odrzuceniu na mocy art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., gdyż oferta ta błąd w obliczeniu ceny.

Zamawiający podniósł, że protestujący popełnił błąd polegający na wadliwym doborze poszczególnych elementów mających wpływ na właściwe obliczenie ceny. Pojęcie błędu wiąże się z instytucją oświadczenia woli w rozumieniu prawa cywilnego, stanowi, że jeżeli jest istotny (art. 84 § 2 k.c.) jedną z wad oświadczenia woli. Błąd oznacza mylne wyobrażenie o prawdziwym stanie rzeczy, a istotny jest wówczas, gdy uzasadnia przypuszczenie, że gdyby składający oświadczenie woli nie działał pod wpływem błędu i oceniał sprawę rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej treści. W ocenie zamawiającego protestujący popełnił taki błąd, gdyż nieprawidłowo wycenił ilość zakresu czynności, które trzeba wykonać w trakcie realizacji zamówienia, wobec czego jego oferta jest niezgodna ze stanem faktycznym.

W odwołaniu odwołujący ponowił zarzuty, żądania i argumentację zawartą w proteście, przywołując dodatkową podstawę prawną odrzucenia jego oferty, tj. art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p.

Dodatkowo odwołujący wskazał, że tym, iż ryczałtu nie wolno zwiększać ani zmniejszać za wykonanie zamówionego w SIWZ dzieła kierował się zamawiający, wstawiając do projektu umowy § 3 pkt 1, 5 i 7, a nadto, że w § 10 projektu umowy zamawiający również nie wymienia w specyfikacji dokumentów niezbędnych do dokonania odbioru kosztorysu powykonawczego za roboty główne. Zdaniem odwołującego kosztorys dołączony do oferty miał być użyty zgodnie z § 3 pkt 12 tylko do ustalenia górnej granicy wskaźników cenowych koniecznych do wyceny robót dodatkowych wskutek zmiany projektu, jeśli takie by wystąpiły. Nie miał natomiast mieć zastosowania do wyceny wykonania robót objętych zamówieniem w obecnym kształcie projektu.

Uzasadnienie prawne

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), oferty odwołującego, Protokołu postępowania o udzielenie zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych" (druk ZP-2 wraz z załącznikami), pisma zamawiającego z dnia 1 czerwca 2009 r. informującego o wynikach przedmiotowego postępowania, a także oświadczeń i stanowisk stron zaprezentowanych w proteście, rozstrzygnięciu protestu oraz odwołaniu, a także w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z drukiem ZP - 12, oferty złożyło 4 wykonawców z cenami:

1. 300.445,95 zł (oferta odwołującego),
2. 372.489,67 zł ("K." sp. j.),
3. 323.772,92 zł ("I."),
4. 351.241,56 zł (PHU "K.").

Jedynym kryterium oceny ofert, zgodnie z częścią V SIWZ "Kryteria wyboru ofert i ich znaczenie" była cena brutto.

Zamawiający odrzucił wszystkie oferty, z wyjątkiem oferty złożonej przez PHU "K." (druk ZP-19), o której wyborze poinformował wykonawców pismem z dnia 1 czerwca 2009 r.

W Formularzu ofertowym, którego wzór został opracowany przez zamawiającego i stanowił załącznik nr 5 do SIWZ wykonawcy mieli obowiązek złożyć oświadczenie w szczególności, iż:

- zapoznali się z SIWZ oraz zdobyli konieczne informacje potrzebne do prawidłowego przygotowania oferty,
- podana przez nich cena oferty zawiera wszystkie koszty konieczne do właściwego wykonania przedmiotu zamówienia.

W części II SIWZ "Przedmiot zamówienia" zamawiający wskazał: "Charakterystykę inwestycji oraz sposób jej prowadzenia zawiera SIWZ oraz dokumentacja projektowa. Szczegółowe zestawienie robót do wykonania oraz ich ilość i zakres zawierają, stanowiące załączniki do SIWZ - przedmiary robót:

1) kosztorys nakładczy - płyta boiska,
2) kosztorys nakładczy - nawadnianie terenu

oraz szczegółowa specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych". Dokumentacja projektowa dotycząca wykonania nawierzchni warstwy płyty głównej boiska wraz z systemem nawadniania była dostępna dla wykonawców w Urzędzie Gminy.

Wśród dokumentów, których złożenia wymagał zamawiający, zgodnie z częścią I poz. 9 SIWZ, był w szczególności: wyceniony kosztorys ofertowy, a nadto zgodnie z poz. 10 "zaaprobowany projekt umowy".

Zgodnie z częścią XIV SIWZ "Opis sposobu obliczenia ceny" wykonawca został zobowiązany do podania w ofercie kwoty netto i brutto (pkt 1), obliczenia ceny oferty na podstawie załączonego do SIWZ przedmiaru robót i sporządzenia kosztorysu ofertowego metodą kalkulacji uproszczonej lub szczegółowej (pkt 2), uwzględnienia w cenie wszelkich kosztów wychodzących poza wybudowanie obiektu określonego w przedmiocie umowy, tzn. kosztów obsługi geodezyjnej i wykonania inwentaryzacji, kosztów uzyskania niezbędnych badań, zasilania energetycznego, zasilania wodnego budowy, kosztów odbudowy nawierzchni dróg, kosztów zajęcia pasa drogowego, zabezpieczenia placu budowy itp. (pkt 6). Wykonawca został nadto zobowiązany uwzględnić wszystkie pozycje robót opisanych w przedmiarze robót, przy czym zamawiający poinformował, że pozycje, przy których nie zostaną podane ceny za ich wykonanie nie będą dodatkowo opłacone po wykonaniu prac - zamawiający przyjmie, iż koszt wykonania tych prac został pokryty przez inne ceny podane w kosztorysie (pkt 7).

W § 3 ust. 1 zamawiający wskazał: "Zamawiający zobowiązany jest do zapłaty Wykonawcy wynagrodzenia ryczałtowego zgodnie ze złożoną ofertą w wysokości (...), w § 3

ust. 5 zamawiający zastrzegł: "Wykonawcy nie przysługuje prawo dochodzenia zmiany wynagrodzenia, jeśli zmiana ta wynikałaby z niestarannego obliczenia ceny oferty". W § 3 ust. 12 zamawiający przewidział, że: "Do rozliczenia robót dodatkowych, dla których zostały określone w kosztorysie ofertowym ceny jednostkowe, Wykonawca przedstawi do rokowań ceny nie wyższe niż ofertowe ceny jednostkowe", w pozostałym zakresie zamawiający przewidział przedstawienie przez wykonawcę do rokowań składników cenotwórczych do kosztorysowania nie większych jak przy opracowywaniu oferty oraz ceny jednostkowe sprzętu i materiałów nie większe od średnich cen Sekocenbud dla planowanego okresu wykonania robót.

§ 4 ust. 2 określił obowiązki wykonawcy w tym w szczególności wykonania przedmiotu umowy zgodnie z dostarczona dokumentacją projektową, zasadami wiedzy technicznej i przepisami prawa (pkt 1).

Odnośnie interesu prawnego odwołującego skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadał interes prawny tak na etapie wnoszenia protestu, jak i odwołania, ponieważ potwierdzenie się zarzutów niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego w sytuacji, gdy oferta odwołującego zawiera najniższą cenę, a w przedmiotowym postępowaniu jedynym kryterium oceny ofert jest właśnie cena, oznaczałoby dla odwołującego szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 p.z.p.

Zarzut niezasadnego odrzucenia oferty odwołującego z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ oraz z powodu błędu w obliczeniu ceny potwierdził się.

Skład orzekający Izby podjął swoje rozstrzygnięcie, przyjmując, iż po pierwsze, przedmiar robót stanowi dokument pomocniczy w stosunku do projektu i specyfikacji technicznych, pod drugie, iż w przedmiotowym postępowaniu przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe.

Robotę budowlaną, będącą przedmiotem niniejszego zamówienia, zamawiający opisał za pomocą dokumentacji projektowej (dostępna u zamawiającego) oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (załączona do SIWZ).

Stwierdzić należy, że przedmiar robót, stanowiący podstawę sporządzenia kosztorysu, jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu i specyfikacji technicznych i to nie on determinuje zakres prac objętych przedmiotem zamówienia. Zawarte w przedmiarze robót zestawienia mają zobrazować skalę roboty budowlanej i pomóc wykonawcom w oszacowaniu kosztów inwestycji, wobec czego przedmiarowi robót można przypisać wyłącznie charakter dokumentu pomocniczego.

Nie można przyjąć, że w przedmiotowym postępowaniu przedmiar robót obejmował pełny zakresu prac, ponieważ oprócz pozycji w nim uwzględnionych, wykonawcy zostali zobligowani do uwzględnienia innych jeszcze prac i ich kosztów, które jedynie przykładowo zamawiający wskazał w rozdziale XIV pkt 6 SIWZ (użyto na końcu zdania: "itp.").

Skoro zatem przedmiar robót nie determinuje zakresu prac objętych przedmiotem zamówienia, a nadto odwołujący objął kosztorysem ofertowym prace w zakresie szerszym niż przewiduje to przedmiar (nie pominął żadnej pozycji), to fakt ten nie może stanowić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, co jednocześnie przesądza o niedopuszczalności odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

Bezsporny między stronami był fakt, że cena w przedmiotowym postępowaniu jest ceną ryczałtową.

Skład orzekający Izby stwierdza, że choć wśród definicji legalnych, zawartych w art. 2 p.z.p., brak jest definicji "ceny ryczałtowej" ("wynagrodzenia ryczałtowego"), zaś Kodeks cywilny, w części dotyczącej umowy o roboty budowlane, nie reguluje kwestii wynagrodzenia ryczałtowego, to przyjąć należy, że istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest określenie tego wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów wytwarzania dzieła. Wynagrodzenie to jest niezależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztu prac. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r. II CRN 913/97, ryczałt

polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego.

Przyjęcie wynagrodzenia ryczałtowego oznacza, że ocena rozmiaru, a co za tym idzie kosztów robót należy do wykonawcy i stanowi jego ryzyko.

W projekcie umowy przedmiotowego postępowania, który zaakceptował odwołujący, wyraźnie przewidziano należne z góry wynagrodzenie, które miało być równe cenie ofertowej (§ 3 ust. 1), a nadto przewidziano, że wykonawcy nie przysługuje prawo dochodzenia zmiany wynagrodzenia (§ 3 ust. 5).

Skutek w postaci odrzucenia oferty odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 p.z.p. zamawiający wywiódł z treści postanowienia rozdziału XIV pkt 2 SIWZ, nakazującego wykonawcom obliczyć cenę oferty na podstawie załączonego do SIWZ przedmiaru robót, odczytując ten wymóg w zupełnym oderwaniu od całej treści SIWZ.

W ocenie składu orzekającego Izby, ani brzmienie tego punktu, ani cała treść SIWZ nie uzasadnia odrzucenia oferty odwołującego, ponieważ obowiązek obliczenia ceny oferty na podstawie przedmiaru robót oznacza, przy ryczałtowym charakterze ceny ofertowej, tyle tylko, iż podstawą - bazą wyjściową obliczeń wykonawcy jest przedmiar, co jednocześnie jednak nie może być utożsamione z zakazem uwzględnienia przez wykonawcę jego własnych obmiarów i założeń kalkulacyjnych, których konsekwencjami mogą być odstępstwa (zarówno in plus, jak i in minus) od założeń wyjściowych - bazowych, zawartych w przedmiarach.

Odstępstwa od przedmiaru robót, których odwołujący nie kwestionował, zostały zakwalifikowane przez zamawiającego jako błąd. Jednak w ocenie składu orzekającego Izby, odstępstwa te błędami w ogóle nie są, skoro, jak wskazano powyżej, przedmiar robót nie determinuje zakresu prac przewidzianych do wykonania zamówienia, a w konsekwencji nie determinuje wielkości ujmowanych w kosztorysie ofertowym kosztów.

Postanowienia SIWZ - rozdziału XIV pkt 7 zdanie ostatnie ("Pozycje, przy których nie zostaną podane ceny za ich wykonanie (nie wypełnione pozycje kosztorysu przez Wykonawcę), nie będą dodatkowo opłacone po wykonaniu prac - Zamawiający przyjmie, iż koszt wykonania tych prac został pokryty przez inne ceny podane w kosztorysie") oraz projektu umowy (§ 3 ust. 5), potwierdzają, że sam zamawiający był świadom mogących wystąpić rozbieżności pomiędzy kosztorysem ofertowym a przedmiarem i akceptował taką możliwość, jednocześnie przewidując zawarcie umowy w takim przypadku, co wynika z przyjętej niezmienności wynagrodzenia również w przypadku: "niestarannego obliczenia ceny oferty".

Skład orzekający Izby uznał także, że pomimo faktu, iż odwołujący nie wskazał w treści protestu właściwej podstawy prawnej odrzucenia jego oferty (wskazał art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2, zamiast art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 p.z.p.), to z treści uzasadnienia protestu w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że zakresem protestu objęto również kwestię odrzucenia oferty z powodu błędów w kalkulacji ceny.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał, że zamawiający, odrzucając ofertę odwołującego, naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 p.z.p., a w konsekwencji uznał także, że zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. p.z.p.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania.