

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**  
**z dnia 29 września 2014 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 1 września 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Gminę Rząśnik w Rząśniku

dotyczących Informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 29 sierpnia 2014 r.,  
UZP/DKUE/KD/17/2014

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na: „*zagospodarowanie centrum wsi Nowy Lubiel*”

**Krajowa Izba Odwoławcza** w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Honorata Łopianowska</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Emil Kuriata</b>
	<b>Luiza Łamejko</b>

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń, wskazanych w Informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 29 sierpnia 2014 r. nie zasługują na uwzględnienie.**

## Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, działając na podstawie art. 161 ust. 1 w związku z art. 169 ust. 1 i 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, przeprowadził kontrolę doraźną następczą postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Gminę Rzęśnik w trybie zamówienia przetargu nieograniczonego na „zagospodarowanie centrum wsi Nowy Lubiel”.

W Informacji o wyniku kontroli, organ kontroli podał, że w toku kontroli, ustalono, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia miało charakter kosztorysowy, na co wskazują m.in. zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ]:

- w § 8 projektu umowy zamawiający zapisał, iż *„za wykonanie przedmiotu umowy ustala się wynagrodzenie w wysokości [...] na podstawie kosztorysu ofertowego [...]”*;
- w § 9 projektu umowy zamawiający zapisał, iż *„rozliczenie za wykonane roboty odbywać się będzie fakturami częściowymi wystawionymi po zakończeniu i odbiorze robót protokołem. Podstawą do wystawienia faktury końcowej i końcowego rozliczenia będzie protokół odbioru końcowego przedmiotu umowy”*;
- w § 12 projektu umowy zamawiający zapisał, iż *„po zakończeniu robót [...] wykonawca zawiadomi zamawiającego o gotowości odbioru. Przy zawiadomieniu wykonawca przedłoży zamawiającemu następujące dokumenty: [...] rozliczenie końcowe budowy z podaniem wykonanych elementów, ich ilości i wartości, kosztorys powykonawczy”*;
- w pkt 4 formularza ofertowego zapisano, iż *„[...] oferujemy wykonanie zamówienia zgodnie z kosztorysem ofertowym stanowiącym integralną część niniejszej oferty”*.

Organ kontroli dostrzegł, że Zamawiający w pkt IX.C1 SIWZ wymagał, aby wykonawcy wraz z ofertą przedłożyli kosztorys ofertowy, a także że działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy wezwał dwóch wykonawców o uzupełnienie kosztorysów ofertowych, w następującym zakresie:

- 1) Zakład Ogólnobudowlany J.W.K. s.c., wskazując: *„w złożonym kosztorysie widnieją niezgodności między przedmiarem robót a kosztorysem [...]. Jednocześnie informujemy, że wartości cenowe zawarte w ofercie nie mogą być zmienione”*;
- 2) Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „MADO” A.M., wskazując: *„brak kosztorysu ofertowego - etap III. [...]. Jednocześnie informujemy, że wartości cenowe zawarte w ofercie nie mogą być zmienione”*.

W odpowiedzi wykonawcy uzupełnili żądane kosztorysy ofertowe.

Zdaniem organu kontroli, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy, zamawiającym wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Tym samym, zdaniem organu kontroli, zamawiający może żądać od wykonawców uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wyłącznie oświadczeń i dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 ustawy, a wyszczególnionych w *Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* [Dz. U. z 2013 r., poz. 231]. Z powyższego wynika, że dyspozycja art. 26 ust. 3 ustawy nie pozwala na uzupełnianie kosztorysów ofertowych. Tym samym, w ocenie organu kontroli, wzywając do uzupełnienia kosztorysów, Zamawiający dopuścił się naruszenia ww. przepisu.

Jednocześnie, odnośnie braków i/lub błędów w kosztorysach ofertowych załączonych do ofert obu wykonawców, organ kontroli zauważył, co do Zakładu Ogólnobudowlanego J.W.K. s.c., że w kosztorysie ofertowym dotyczącym etapu II, przedłożonym przez ww. wykonawcę wraz z ofertą, w pozycjach 1.29 i 1.30 wykonawca wskazał ilość 489,600 m<sup>2</sup> [i ceny jednostkowe -odpowiednio: 0,832 oraz 42,119, co dawało wartość ww. pozycji odpowiednio: 407,35 zł oraz 2061,46 zł], podczas gdy wykonawcy zgodnie z przedmiarem robót powinni wycenić w każdej z tych pozycji roboty budowlane w ilości 789,600 m<sup>2</sup> [zgodnie z przedmiarem robót]. W odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego z dnia 28 maja 2013 r. wykonawca złożył poprawiony kosztorys ofertowy, w którym w pozycjach 1.29 i 1.30 wskazał prawidłowe ilości [tj. 789,600 m<sup>2</sup>], lecz zmniejszył ceny jednostkowe tych pozycji - odpowiednio na: 0,516 i 26,116 dostosowując się do wymogu zamawiającego, by wartość pozycji [tj. iloczyn „ilości” i „ceny jednostkowej”] pozostała niezmienną. W ocenie organu kontroli, w przedstawionym stanie faktycznym Zamawiający zobowiązany był zastosować przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, zgodnie z którym zamawiający poprawia w ofercie wykonawców inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych

zmian w treści oferty, przy czym konieczne jest zawiadomienie o tym wykonawcy, którego oferta została poprawiona. Zawarte w ww. przepisie pojęcie „innej omyłki” nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako błąd techniczny w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażen czy wartości, czy wszelkich innych powstających bez świadomości ich wystąpienia przeoczeń i braków prowadzących do niezgodności oferty ze specyfikacją. Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie dopuszczalności poprawiania innych omyłek, polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Przykładowo z wyroku z dnia 30 czerwca 2010 r. [sygn. akt KIO/UZP 1127/10] wynika, iż *„zamawiający w przedmiarach poszczególnych robót jasno wskazał ilości robót jakie należy przyjąć do sporządzenia kosztorysu. Tym samym w ocenie Izby nie ma najmniejszych wątpliwości jakie wielkości poszczególnych robót winny się znaleźć w omyłkowo przyjętych przez Odwołującego pozycjach kosztorysu. W związku z powyższym zamawiający winien poprawić ofertę Konsorcjum poprzez przyjęcie w wadliwych pozycjach kosztorysu ilości robót wskazanych w przedmiarach robót załączonych do siwz i dokonać wyliczenia ceny całej pozycji na podstawie tych danych, a następnie skorygowanie o uzyskaną kwotę cenę oferty w danej części zamówienia a następnie konsekwentnie dokonać zmiany kwoty oferty dla całości zamówienia”*. Zdaniem organu kontroli, w przedmiotowym stanie faktycznym błędy w ilości jednostek miary pozycji przedmiarowych nr 1.29 i 1.30 w ofercie wykonawcy Zakład Ogólnobudowlany J.W.K. Spółka cywilna miały charakter omyłek, o jakich mowa w treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Prawidłowo obliczone [tj. z zastosowaniem prawidłowej ilości] wartości ww. pozycji w ofercie ww. wykonawcy wynosiły: w pozycji 1.29 kosztorysu ofertowego - 656,95 zł netto zamiast 407,35 zł netto, tj. wzrost o 249,60 zł netto [tj. 307,01 brutto]; oraz w pozycji 1.30 kosztorysu ofertowego - 33.257,16 zł netto zamiast 20.621,46 zł netto, tj. wzrost o 12.635,70 zł netto [tj. 15.541,91 brutto]. Jak wynika z powyższego, cena zaoferowana przez ww. wykonawcę wzrosłaby z kwoty 589.919,28 zł, do kwoty 605.768,20 zł [brutto]. Tym samym, cena zaproponowana przez wykonawcę Zakład Ogólnobudowlany J.W.K. Spółka cywilna nie byłaby już najniższa [a tym samym jego oferta nie byłaby ofertą najkorzystniejszą w świetle przyjętego kryterium oceny ofert - cena: waga 100%], gdyż stałaby się droższa od oferty wykonawcy PHU BUDOMUR Sp. z o.o. z ceną 598.306,33 zł. W związku z powyższym, poprawienie przez Zamawiającego pozycji przedmiarowych nr 1.29 i 1.30 w ofercie ww. wykonawcy, dotyczące ilości było możliwe do dokonania i nie ingerowałoby w sposób istotny w treść złożonej oferty. Tym samym, według organu kontroli, Zamawiający był zobligowany do poprawienia ww. omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i niezwłocznego zawiadomienia o tym ww. wykonawcy. Gdyby zamawiający wykonał nałożony na niego obowiązek wynikający z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, oferta wykonawcy Zakład

Ogólnobudowlany J.W.K. Spółka cywilna, nie byłaby już ofertą najkorzystniejszą, a tym samym, Zamawiający poprzez zaniechanie poprawienia oferty wykonawcy Zakład Ogólnobudowlany J.W.K. Spółka cywilna na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy i w konsekwencji wybór wskazanej oferty jako najkorzystniejszej naruszył dyspozycję wskazanego artykułu.

Co do drugiego wykonawcy, Przedsiębiorstwa Handlowo-Uslugowego „MADO” A.M., organ kontroli podał, że wykonawca nie przedłożył wraz z ofertą kosztorysu ofertowego - etap III. Organ kontroli podkreślił, że w umowie o zamówienie publiczne na roboty budowlane zamawiający może ustalić wynagrodzenie ryczałtowe bądź kosztorysowe na podstawie obmiaru robót. Obmiar robót, stanowiący podstawę ustalenia wynagrodzenia kosztorysowego wypłacanego w oparciu o umowę o zamówienie publiczne na roboty budowlane, dokonywany jest w oparciu o rzeczywiste nakłady jednostek przedmiaru, a zatem co do zasady oddawać powinien rzeczywiste nakłady wynikające z zakresu określonego dokumentacją postępowania. Tym samym, podstawę do dokonywania prawidłowego obmiaru robót, a w konsekwencji wypłaty wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane przy ustalonym wynagrodzeniu kosztorysowym, stanowi w istocie obmiar robót.

Organ kontroli powołał się na przepis art. 89 ust. 1 ustawy, który przedstawia katalog przesłanek, których zaistnienie skutkuje odrzuceniem oferty, wskazując, że wśród wymienionych w powyższym artykule sytuacji, obligujących zamawiającego do odrzucenia oferty, w pkt 2 wskazana została okoliczność, kiedy treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie definiują pojęcia „treść oferty”, dlatego stosownie do treści art. 14 ustawy, należy posłużyć się definicją zawartą w art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny [Dz. U. Nr 16, poz. 93, ze zm.], z którego to przepisu wynika, iż ofertę stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa ono istotne postanowienia tej umowy. Z tego wynika, iż oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka oferta, która w sposób odmienny, niż zostało to ujęte w SIWZ, redaguje istotne postanowienia umowy, wprowadzając zmiany. Organ kontroli zwrócił uwagę, że Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy, jeśli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, jednak z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Jeśli wynagrodzenie jest ustalane na podstawie wykonanych prac, po cenach przedstawionych w kosztorysie [wynagrodzenie kosztorysowe], to jakiegokolwiek braki w tym kosztorysie, których nie można uznać za omyłki w myśl art. 87 ust. 2 ustawy powodują, że oferta jest niezgodna z SIWZ. W takich okolicznościach zamawiający powinien odrzucić ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Powyższe oznacza dla zamawiającego, który przewidział w SIWZ oraz we wzorze umowy wynagrodzenie

kosztorysowe obowiązek odrzucenia oferty, w której nie zawarto wyliczenia wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego - tj. w przypadku niniejszej oferty – kosztorysu ofertowego - etap III. W związku z powyższym, zdaniem organu kontroli, w okolicznościach przedmiotowej sprawy zamawiający powinien był odrzucić ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe „MADO” A.M. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zaniechanie dokonania powyższej czynności stanowi naruszenie ww. przepisu.

W dniu 1 września 2014 r. Zamawiający złożył zastrzeżenia do Informacji o wyniku kontroli. W uzasadnieniu Zamawiający podał, że błędnie oceniony został charakter wynagrodzenia ustalonego przez Zamawiającego za wykonanie przedmiotu zamówienia, w następstwie czego wyciągnięte zostały dalsze niewłaściwe wnioski. Zdaniem Zamawiającego, istotnym dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy jest zważenie czy wynagrodzenie to było wynagrodzeniem kosztorysowym czy też ryczałtowym. Wynagrodzenie ryczałtowe, mimo braku definicji legalnej - zgodnie z art. 632 § 1 k.c. - oznacza wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej, a jego istotę stanowi określenie wynagrodzenia z góry, bez przeprowadzania szczegółowej analizy kosztów dzieła, a więc przedmiotu zamówienia. Wynagrodzeniem kosztorysowym stosownie do przepisów art. 629-631 k.c. jest wynagrodzenie opierające się na przewidywaniach dotyczących zakresu prac oraz kosztów ich wykonania, które nie są ostateczne i mogą ulec zmianie, stosownie do zmiany okoliczności wykonania umowy. Wynagrodzenie kosztorysowe inaczej niż ryczałt nie ma charakteru ostatecznego, wiążącego dla stron. Z perspektywy wysokości wynagrodzenia dopiero końcowe rozliczenie, sporządzone przez przyjmującego zamówienie po ukończeniu dzieła, ma określone znaczenie prawne. Rozliczenie to może wskazać wynagrodzenie niższe lub wyższe od określonego w kosztorysie ofertowym. W praktyce może zatem dojść do sytuacji, w której zamawiający będzie musiał zapłacić wyższe wynagrodzenie albo przyjmujący zamówienie będzie musiał zaspokoić się wynagrodzeniem niższym od przedstawionego w preliminarzu.

Zdaniem Zamawiającego, z zapisów SIWZ, treści załączników, jak również projektu umowy nie wynika w sposób jednoznaczny, jakoby wynagrodzenie za wykonanie przedmiotowego zamówienia było wyłącznie wynagrodzeniem kosztorysowym, nie wynika również wprost, że przedmiotowe wynagrodzenie jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Zamawiający nie zgodził się z założeniem, iż wymóg, aby cena ustalona została zgodnie z kosztorysem ofertowym automatycznie świadczył o jej kosztorysowym charakterze przyznając, że w przedmiotowym postępowaniu w sposób jednoznaczny nie został opisany charakter wynagrodzenia, toteż należy go ocenić na podstawie okoliczności i treści zawartej w warunkach kontraktu. Zamawiający podał, że w uzasadnieniu jednego z wyroków KIO

czytamy: „Izba nie przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w sposób jednoznaczny przyjął kosztorysowy charakter wynagrodzenia. W ocenie Izby postanowienia wzoru umowy i SIWZ wskazują w tym zakresie raczej na ryczałtowy charakter wynagrodzenia. Żaden zapis wzoru umowy nie wskazuje, bowiem na konieczność sporządzenia i rozliczenia wykonanych prac kosztorysami powykonawczymi. Zamawiający przyjął zapłatę za wykonanie zamówienia za jedną, co do zasady niezmienną cenę ryczałtową, ustaloną przez wykonawcę na podstawie kosztorysu ofertowego” [wyrok KIO z dnia 3 kwietnia 2012 r. sygn. akt KIO 579/12 źródło Lex]. Tak więc, zdaniem Zamawiającego, o tym czy mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym czy też kosztorysowym nie decyduje sama konieczność ustalenia ceny na podstawie kosztorysu ofertowego a całokształt zawartych w dokumentacji uregulowań odnoszących się do wynagrodzenia wykonawcy. W analizowanym przypadku z szeregu postanowień SIWZ oraz załączonych do niej dokumentów w ocenie Zamawiającego wynika ryczałtowy charakter ceny, o czym mają świadczyć następujące zapisy:

- „Cenę należy ustalić na podstawie kalkulacji własnej biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia. W cenie brutto wykonawca winien ująć wszystkie koszty niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu zamówienia [...]. Każdy wykonawca może zaproponować tylko jedną cenę i nie może jej zmienić” [poz. XVII SIWZ];
- „Powyższa kwota obejmuje pełny zakres zamówienia” [poz. 4 Formularza ofertowego];
- „Wykonawca zobowiązuje się wykonać przedmiot umowy zgodnie z zatwierdzoną do realizacji dokumentacją techniczną, którą Zamawiający prześle Wykonawcy w 1 egzemplarzu, w terminie [...] po podpisaniu umowy” (§ 3 projektu umowy);
- „ Wykonawca bez dodatkowego wynagrodzenia zobowiązuje się do:
  - urządzenia terenu budowy, wykonania przyłączy wodociągowych i energetycznych dla potrzeb terenu budowy oraz ponoszenia kosztów ich zużycia, oznakowania terenu budowy;
  - wykonania inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej;
  - wykonania niezbędnych badań i prób, jak również do dokonania odkrywek w przypadku nie zgłoszenia robót do odbioru ulegających zakryciu lub zanikających; dokonania uzgodnień, uzyskania wszelkich opinii niezbędnych do wykonania przedmiotu umowy i przekazania go do użytku” (§ 5 projektu umowy).

Powyższe, zdaniem Zamawiającego, wyraźnie wskazuje na ryczałtowy charakter wynagrodzenia w jednej wartości globalnej, ustalonej z góry za całość prac w tym również tych, które nie zostały ujęte w kosztorysie. O ryczałtowym charakterze wynagrodzenia świadczy fakt związania się stron jego wysokością z góry tj. w momencie podpisania umowy. W związku z tym zgodnie z utrwalonym stanowiskiem orzecznictwa kosztorys ofertowy miał

tu jedynie pomocnicze znaczenie i jako taki nie podlegał poprawie. Dlatego też jedyną i ostateczną ceną była wartość wykazana w formularzu ofertowym. Stosownie do wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 6 marca 2004 roku [sygn. akt I ACa 1147/00, źródło Pr. Gosp. 2002, nr 6, s. 56]: „Jeżeli za wykonane dzieło strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, dołączenie przez wykonawcę do umowy kosztorysu nie ma znaczenia, a dokument ów uznać należy jedynie za uzasadniający merytorycznie oferowaną przez przyjmującego zamówienie [wykonawcę] kwotę wynagrodzenia ryczałtowego”. Analogicznie traktuje KIO uznając, iż: „jeśli wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy załączone do oferty kosztorysy ofertowe mają jedynie charakter pomocniczy i służą do obliczenia ceny oferty. Cena ryczałtowa to cena określona za cały przedmiot zamówienia bez względu na sposób jej obliczenia. Należy uznać, że wykazane rozbieżności pomiędzy kosztorysem ofertowym wybranego Wykonawcy, a przedmiarem robót, przygotowanym przez Zamawiającego, nie mają znaczenia dla oceny prawidłowości sporządzenia i przygotowania oferty” [wyrok KIO z dnia 26 sierpnia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 832/08 źródło Lex 448647].

W innych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej czytamy m.in.:

- „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];
- „[...] brak jednego z kosztorysów ofertowych nie wpływa na ocenę, czy treść oferty Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ. Na treść oferty nie wpływa bowiem sama okoliczność, czy do oferty załączono określony dokument wskazany w SIWZ, lecz należy każdorazowo badać, jaki wpływ ma ten brakujący dokument na treść oferty rozumianą jako zakres przyszłego świadczenia wykonawcy. W sytuacji, gdy cena oferty jest ceną ryczałtową, kosztorys, który należy załączyć do oferty, co do zasady nie jest treścią oferty - bowiem nie wynika z niego zakres świadczenia wykonawcy [...]” [KIO/UZP 139/10];
- „[...] w sytuacji gdy cena jest ceną ryczałtową, wady dokumentów, na podstawie których dokonano jej wyliczenia, nie mają znaczenia dla poprawności oferty, a kosztorys ma jedynie znaczenie pomocnicze” [KIO/UZP 345/09];
- „[...] w związku z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia, zamawiający nie ma podstaw do odrzucenia oferty z powodu występujących w jej kosztorysie ofertowym rozbieżności w stosunku do kosztorysu nakładczego w zakresie rodzaju wycenionych materiałów i ich ilości” [KIO/UZP/ZO/0-290/06];
- „[...] domaganie się przez zamawiającego kosztorysu może mieć uzasadnienie tylko jako materiał informacyjno-pomocniczy. Przy cenie ryczałtowej kosztorys nie może być podstawą do oceny ofert” [KIO/UZP/ZO/0-430/06].



W zakresie wezwania Wykonawców do złożenia wyjaśnień w pismach z dnia 28.05.2013r., Zamawiający wskazał, że intencją Zamawiającego nie było uzupełnienie kosztorysów, co mógł sugerować przywołany w pismach art. 26 ust. 3 ustawy, a jedynie wyjaśnienie ich treści oraz wytłumaczenie rozbieżności w oparciu o art. 87 ust. 1 ustawy. W przypadku kosztorysu Zakładu Ogólnobudowlanego J.W.K. s.c. Zamawiający miał wątpliwości, czy została w nim zaniżona wartość w kolumnie 8 przy prawidłowej cenie jednostkowej z kolumny 7 i nieprawidłowej ilości z kolumny 6 czy może wartość w kolumnie 8 była prawidłowa zaś przy nieprawidłowej ilości z kolumny 6 zawyżona została cena jednostkowa z kolumny 7. Efekt poprawienia kosztorysu można był również uzyskać poprzez obniżenie ceny jednostkowej przy jednoczesnym skorygowaniu ilości. Wątpliwości Zamawiającego w tym zakresie mogły rozwiązać jedynie wyjaśnienia Wykonawcy, te jednak - prócz potrzeby zdobycia stosownej wiedzy - nie miały innego większego znaczenia gdyż jak wcześniej wskazano, kosztorys był jedynie dokumentem pomocniczym, uzasadniającym podaną w formularzu kwotę wynagrodzenia ryczałtowego.

W odpowiedzi na zgłoszone zastrzeżenia, pismem z dnia 18 września 2014 r., Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie uwzględnił zastrzeżeń, przekazując je, na podstawie art. 171a w zw. z art. 167 ust. 2 ustawy, do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Izba w pełni popiera argumentację przedstawioną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, uznając ją za własną. Zastrzeżenia Zamawiającego, przedstawione w piśmie z dnia 1 września 2014 r., sprowadzają się do tezy, zgodnie z którą w kontrolowanym postępowaniu, błędnie został ustalony charakter wynagrodzenia za wykonanie zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego to wynagrodzenie ma charakter ryczałtowego, a nie kosztorysowego, a skoro tak, to znaczenie miała jedynie cena podana w formularzu ofertowym, zaś ewentualna poprawa w ramach kosztorysu, nie powinna mieć znaczenia dla oceny oferty.

Podkreślenia jednak wymaga, że istotnie, w SIWZ Zamawiający nie wprowadził postanowień, które by klarownie, wyraźnie nazywały wynagrodzenie, niemniej, treść tych postanowień nie pozwala na uznanie, że mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym. SIWZ zawiera wyraźne postanowienia, zgodnie z którymi wykonawca ustala cenę na podstawie kosztorysu ofertowego, co prowadzi do uznania, że wynagrodzenie w przedmiotowym postępowaniu ma charakter kosztorysowego:

- w § 8 projektu umowy zawarto postanowienie, zgodnie z którym: „za wykonanie przedmiotu umowy ustala się wynagrodzenie w wysokości [...] na podstawie kosztorysu ofertowego [...]”;
- w § 9 projektu umowy zawarto postanowienie o treści: „rozliczenie za wykonane roboty odbywać się będzie fakturami częściowymi wystawionymi po zakończeniu i odbiorze robót protokołem. Podstawą do wystawienia faktury końcowej i końcowego rozliczenia będzie protokół odbioru końcowego przedmiotu umowy”;
- w § 12 projektu umowy Zamawiający postanowił: „po zakończeniu robót [...] wykonawca zawiadomi zamawiającego o gotowości odbioru. Przy zawiadomieniu wykonawca przedłoży Zamawiającemu następujące dokumenty: [...] rozliczenie końcowe budowy z podaniem wykonanych elementów, ich ilości i wartości, kosztorys powykonawczy”;
- w pkt 4 formularza ofertowego Zamawiający wprowadził postanowienie: „[...] oferujemy wykonanie zamówienia zgodnie z kosztorysem ofertowym stanowiącym integralną część niniejszej oferty”. Tym samym, podstawą określenia przez wykonawcę wynagrodzenia należnego za wykonanie zamówienia był kosztorys składany wraz z ofertą, a tym samym wynagrodzenie za wykonanie zamówienia, ma charakter kosztorysowego.

Ponadto, sporną w sprawie jest kwestia dopuszczalności i sposobu poprawienia omyłek, jakie zaistniały w kosztorysie ofertowym zawartym w ofercie wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a także dopuszczalność uzupełnienia kosztorysu przez wykonawcę, który w ogóle nie zawarł w ofercie tego dokumentu. Zamawiający, dostrzegając w ofercie wykonawcy, którego ofertę uznał za najkorzystniejszą podanie niewłaściwych, to jest nieodpowiadających przedmiarowi ilości w pozycjach 1.29 i 1.30 kosztorysu ofertowego, to jest 489,600 m<sup>2</sup>, a także niezłożenie przez innego wykonawcę kosztorysu, wezwał obu wykonawców do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy kosztorysów. W ofercie uznanej za najkorzystniejszą, w kosztorysie ofertowym dotyczącym etapu II, w pozycjach 1.29 i 1.30 wykonawca wskazał ilość 489,600 m<sup>2</sup> [i ceny jednostkowe - odpowiednio: 0,832 oraz 42,119, co dawało wartość ww. pozycji odpowiednio: 407,35 zł oraz 2061,46 zł], podczas gdy wykonawcy zgodnie z przedmiarem robót powinni wycenić w każdej z tych pozycji roboty budowlane w ilości 789,600 m<sup>2</sup> [zgodnie z przedmiarem robót]. W odpowiedzi na ww. wezwanie Zamawiającego z dnia 28 maja 2013 r. wykonawca złożył poprawiony kosztorys ofertowy, w którym w pozycjach 1.29 i 1.30 wskazał prawidłowe ilości [tj. 789,600 m<sup>2</sup>], lecz zmniejszył ceny jednostkowe tych pozycji - odpowiednio na: 0,516 i 26,116 dostosowując się do wymogu zamawiającego, by wartość pozycji [tj. iloczyn „ilości” i „ceny jednostkowej”] pozostała niezmienną. Drugi z wezwanych wykonawców uzupełnił na wezwanie Zamawiającego kosztorys.

W świetle tego stanu faktycznego, Zamawiający zobowiązany był zastosować przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy, zgodnie z którym zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki

polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, przy czym konieczne jest zawiadomienie o tym wykonawcy, którego oferta została poprawiona. Ta poprawa winna dotyczyć niezgodności oferty z SIWZ, tj., składającym się na nią przedmiarem, w zakresie ilości w pozycjach 1.29 i 1.30 kosztorysu ofertowego [w miejsce 489,600 m<sup>2</sup>, powinno być podane 789,600 m<sup>2</sup>]. Prawidłowo obliczone [tj. z zastosowaniem prawidłowej ilości] wartości ww. pozycji w ofercie ww. wykonawcy wynosiły zatem:

- w pozycji 1.29 kosztorysu ofertowego - 656,95 zł netto zamiast 407,35 zł netto, tj. wzrost o 249,60 zł netto [tj. 307,01 brutto];
- w pozycji 1.30 kosztorysu ofertowego - 33.257,16 zł netto zamiast 20.621,46 zł netto, tj. wzrost o 12.635,70 zł netto [tj. 15.541,91 brutto].

Tym samym, w wyniku prawidłowo dokonanej poprawy, cena w ofercie uznanej za najkorzystniejszą wzrosła z kwoty 589.919,28 zł, do kwoty 605.768,20 zł brutto, a w rezultacie – oferta ta stała się mniej korzystną od kolejnej oferty, złożonej przez PHU BUDOMUR Sp. z o.o. z ceną za wykonanie zamówienia 598.306,33 zł.

Bezpodstawne było także poddanie przez Zamawiającego ocenie oferty, co do której nastąpiło uzupełnienie kosztorysu. Oferta ta, powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Reasumując:

- 1) Zamawiający zobowiązany był poprawić w ofercie wykonawcy Zakład Ogólnobudowlany J.W.K. s.c. inne omyłki w pozycjach 1.29 i 1.30 kosztorysu ofertowego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Wskutek poprawienia omyłki, cena oferty wzrosła do kwoty 605.768,20 zł, co powodowałoby, że nie byłaby to już oferta najkorzystniejsza. Tym samym poprawienie ww. omyłki powinno doprowadzić do wyboru innej oferty, tj. oferty wykonawcy PHU BUDOMUR Sp. z o.o. z ceną 598.306,33 zł;
- 2) Zamawiający zobowiązany był odrzucić ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „MADO” A.M., która nie zawierała w ogóle kosztorysu ofertowego - etap III na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Potwierdziły się więc, stwierdzone w Informacji naruszenia przepisów art. 26 ust. 3 ustawy a także art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Krajowa Izba Odwoławcza, zgodnie z treścią art. 167 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wydaje w formie uchwały opinię w sprawie zastrzeżeń zamawiającego zgłoszonych do informacji o wyniku kontroli. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał zastrzeżenia w zakresie stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, co Krajowa Izba Odwoławcza uznała za uzasadnione.

Wobec powyższego, wyrażono opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

**Członkowie:**