



Sp. z o.o.  
44-240 Żory, ul. Szkolna 6  
NIP 6511716582, REGON 243609840

Żory, dnia 09.12.2015r.

**Prezes**

**Krajowej Izby Odwoławczej**

**ul. Postępu 17a**

**02-676 Warszawa**

**Zamawiający:**

Miasto Rybnik

ul. Bolesława Chrobrego 2, 44-200 Rybnik

faks: (0-32) 422-41-24

e-mail: zam\_pub@um.rybnik.pl

NIP: 642-001-07-58

**Odwołujący:**

TOMBUD SP. Z O.O.

ul. Szkolna 6, 44-240 Żory

faks: (0-32) 435-40-20

e-mail: biuro@tombud.info.pl

NIP: 651-171-65-82

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, znak postępowania: ZP.271.121.2015, polegającego na: " Budowie przedszkola przy ulicy Sztolniowej w dzielnicy Boguszowice Stare"

**ODWOŁANIE**

Działając na podstawie art. 182 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. DZ.U. z 2010 Nr 113 poz. 759 ze zm.), zwanej dalej " ustawą Pzp" wnoszę o odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr. ZP.271.121.2015, prowadzonej przez zamawiającego: Miasto Rybnik, na treść decyzji dot. wyniku postępowania w sprawie wyłonienia najkorzystniejszej oferty w tymże postępowaniu.



Niniejszym zarzucamy Zamawiającemu naruszenie:

- **art. 89 ust.1 pkt 2 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych** poprzez niezgodne z prawem użycie tejże konkretnej przepisu ustawy Pzp, jako podstawy prawnej do odrzucenia naszej oferty złożonej na okoliczność powołanego zamówienia.

Korzystając z dostępnych środków prawnych ochrony prawnej na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, jako oferent-wykonawca uczestniczący w procedurze przetargowej, którego oferta została odrzucona przez zamawiającego, a którego oferta powinna być uznana za najkorzystniejszą, mamy uzasadniony interes faktyczny i prawny aby wpłynąć niniejszym odwołaniem na zmianę treści końcowego rozstrzygnięcia powołanego przetargu i osiągnąć pożądaný efekt w postaci zapobiegnięcia poniesienia przez Odwołującego szkody, na skutek wybrania przez Zamawiającego oferty innego podmiotu z naruszeniem przepisów prawa.

Wskazując na powyższe Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) Dokonania czynności polegającej na ponownym i właściwym rozpoznaniu dokumentacji przetargowej Odwołującego pod względem ustalenia zgodności tejże dokumentacji z obowiązującym SIWZ.
- 2) Unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w powołanym postępowaniu.
- 3) Wezwanie Odwołującego do uzupełnienia pozostałej dokumentacji/złożenia wyjaśnień, które w treści rozstrzygnięcia w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty, Zamawiający uznał za możliwie do uzupełnienia/poprawy.
- 4) Zwrot kosztów uiszczonej opłaty za wpis dot. odwołania, po uwzględnieniu stanowiska Odwołującego.

Odwołujący wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął w dniu 09.12.2015r. Uwzględniając powyższe, termin na wniesienie niniejszego odwołania, o którym mowa w art. 182 ust.1 pkt. 1 ustawy Pzp został dochowany.

### UZASADNIENIE

Zamawiający Miasto Rybnik przeprowadził postępowanie w sprawie wyłonienia najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn "Budowa przedszkola przy ulicy Sztolniowej w dzielnicy Boguszowice Stare" i rozstrzygnął powołane postępowanie przekazując w dniu 09.12.2015 drogą elektroniczną informację skierowaną do wszystkich uczestników postępowania, o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający w powołanym rozstrzygnięciu, wskazał na odrzucenie oferty Odwołującego, tj. TOMBUD SP. Z O.O., informując go o tym, iż podstawą odrzucenia złożonej przez niego oferty jest stwierdzenie braku zgodności treści samej oferty Odwołującego z treścią obowiązującego na okoliczność powołanego postępowania SIWZ. Zamawiający podniósł w treści rozstrzygnięcia zarzut, iż Odwołujący nie dołączył do oferty, na etapie składania dokumentów przetargowych, kosztorysu ofertowego dla zakresu robót określonego w części "A" dotyczącego wynagrodzenia ryczałtowego, mimo że Zamawiający wymagał jego dołączenia zgodnie z zapisami rozdziału IX, XI SIWZ. W związku z uznaniem oferty Odwołującego jako odrzuconej z uwagi na powyższe, Zamawiający odstąpił od wezwania Odwołującego do uzupełnienia pozostałych dokumentów i złożenia wyjaśnień, które Zamawiający uznał jako nadające się do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.



Odwołujący nie podziela stanowiska Zamawiającego i podnosi zarzut naruszenia przez Zamawiającego **art. 89 ust.1 pkt 2 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych** poprzez niezgodne z prawem użycie tejże konkretnej przepisu ustawy Pzp, jako podstawy prawnej do odrzucenia naszej oferty złożonej na okoliczność powołanego zamówienia.

Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest takie ukształtowanie przez strony umowy sposobu rozliczenia i warunków zapłaty wynagrodzenia za prawidłowo zrealizowane zamówienie przez wykonawcy, które zakłada *ad hoc* złożenie istotnego z punktu widzenia prawnego zobowiązanie się oferenta do wykonania określonego zakresu świadczenia stanowiącego przedmiot umowy za z góry określoną kwotę, którą wykonawca oferuje w pełni będąc świadomym przejęcia tym samym na siebie odpowiedzialności oraz ryzyka za ewentualne niewłaściwie skalkulowane przez niego koszty wykonania. Jak uznał w tym względzie Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20 listopada 1998r. ( sygn. akt: IICRN 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 (...)". Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Rozliczenia stron w przypadku zastosowania ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w żaden sposób nie opierają się na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach. Zatem jeżeli cena, jaka została zastosowana w postępowaniu jest ceną ryczałtową - to wykonawca, a nie zamawiający ponosi ryzyko co do poprawności kalkulacji ceny adekwatnej do rozmiaru przedmiotu zamówienia. Z charakteru wynagrodzenia ryczałtowego wynika bowiem, że uwzględnia ono wszystkie koszty związane z wykonaniem robót określonych dokumentacją przetargową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót. Jeżeli więc strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, to uzgodniony ekwiwalent należy się za cały – zarówno znany, jak i nieznaný dokładnie od początku – przedmiot zamówienia.

Podążając za powyższą argumentacją, Odwołujący wskazuje jednocześnie, iż zarówno orzecznictwo sądów powszechnych jak również samej Krajowej Izby Odwoławczej zdaje się być spójne co do argumentacji, w myśl której kosztorys ofertowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w którym zamawiający przewiduje wynagrodzenie ryczałtowe ma charakter jedynie informacyjny i pomocniczy jeżeli dotyczy tego właśnie wynagrodzenia. Zgodnie z orzeczeniem KIO z dnia 20.02.2006 (KIO/UZP/ZO/0-430/06) "(...) domaganie się przez zamawiającego kosztorysu może mieć uzasadnienie tylko jako materiał informacyjno-pomocniczy. Przy cenie ryczałtowej kosztorys nie może być podstawą do oceny ofert (...)". Przywołana teza z orzecznictwa zdaje się jednoznacznie statuować argument, iż dla określenia treści oferty wykonawcy bez znaczenia pozostaje sposób obliczenia ceny ofertowej, a co za tym idzie - nie znajduje uzasadnienia przedstawianie przez wykonawców na etapie składania ofert kosztorysów ofertowych dot. wynagrodzeń ryczałtowych.

W ocenie Odwołującego znajdującej istotne poparcie w treści orzecznictwa KIO jak i stanowiska w tym zakresie samego Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, nie załączenie na etapie składania ofert przez Odwołującego do oferty kosztorysu ofertowego dla części ryczałtowego wynagrodzenia, z uwagi na specyfikę i charakter tego wynagrodzenia, nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy przez Zamawiającego, gdyż sam moc kosztorysu ofertowy w tym wypadku nie ma w ogóle wpływu na możliwość uznania czy treść oferty Odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ. Jak słusznie w tym względzie podkreślono w orzeczeniu KIO z dnia 16 marca 2010r. (KIO/UZP 139/10): "(...) 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 jaką 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 (...). Odwołujący wskazuje biorąc pod uwagę powyższe, iż w sytuacji, w której Zamawiający kształtuje dla danego zamówienia publicznego obowiązek podania przez oferentów ryczałtowego wynagrodzenia, tym samym ma pełną świadomość, że z uwagi na informacyjno-pomocniczy charakter kosztorysu ofertowego, jego niedostarczenie na etapie składania ofert przez wykonawców lub stwierdzenie w dostarczonych takich kosztorysach wszelkich braków i istotnych błędów, nie może być podstawą do odrzucenia całej oferty takiego wykonawcy.

Stanowisko Odwołującego w tym zakresie ma również istotne oparcie w stanowisku samego Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wydanego dnia 14.02.2013r (UZP/DP/O-AGA/4078/1308/13) oraz 16.05.2013 (UZP/DP/O-AGA/21456/3036/13). W pierwszym powołanym stanowisku Prezes UZP podnosi, iż: "(...) w przypadku kiedy zamawiający wybiera wynagrodzenie ryczałtowe brak jest podstaw do odrzucenia na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp oferty wykonawcy, który do oferty nie załączył kosztorysu ofertowego. Przy ustalonym wynagrodzeniu ryczałtowym, odrzucenie przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty złożonej przez wykonawcę ze względu na niezłączenie do oferty kosztorysu ofertowego, mimo takiego wymagania określonego w specyfikacji, stanowić będzie działanie naruszające dyspozycję tego przepisu(...) dalej ten sam organ wyjaśnia: "(...) dokument w postaci kosztorysu ofertowego przy wynagrodzeniu ryczałtowym może być przedmiotem zainteresowania zamawiającego w ramach wyjaśnień udzielanych przez wykonawcę na żądanie zamawiającego w trybie art. 90 ust.1 ustawy Pzp w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Żądanie przedłożenia dokumentu w postaci kosztorysu może również towarzyszyć zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego z wybranym wykonawcą (...)".

Z kolei w treści drugiego z powołanych stanowisk, organ jednoznacznie wskazuje na fakt, iż: "(...) nadmierne i niezasadne stawianie wymagań wykonawcom stoi w sprzeczności z celem zamówień publicznych(...) Za nadmierne wymaganie, gdyż nieuzasadnione w dokumentacji postępowania, można, można uznać żądanie zamawiającego załączenia kosztorysu ofertowego przy przyjętym wynagrodzeniu ryczałtowym (...) W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego jest ono określone kwotowo i wyrażone w konkretnej sumie pieniężnej, która od początku, tj. od chwili zawarcia umowy, jest znana jej stronom. Nie istnieje zatem potrzeba ustalenia podstaw określania wysokości wynagrodzenia ryczałtowego(...)"

Odwołujący podnosi ponadto, iż podstawą odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp może być tylko niezgodność treści oferty z SIWZ, a sankcja ta wynika z art. 89 ust. 3 ustawy Pzp, z godnie z którym treść oferty musi odpowiadać specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kosztorys ofertowy jest dokumentem, który służy ustaleniom ceny, czyli wynagrodzenia wykonawcy za zamawiane roboty budowlane, nie stanowi zaś dokumentu potwierdzającego spełnienie przez usługi robót budowlanych wymagań określonych przez zamawiającego w związku z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzuca zatem Zamawiającemu, zgodnie z przywołaną powyżej argumentacją, brak podstaw prawnych do podjęcia decyzji, w ramach rozstrzygnięcia dot. wyboru najkorzystniejszej oferty, o odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na niezłączenie przez niego do przedstawionego przez Odwołującego zakresu określonego w części "A" załącznika dotyczącego części ryczałtowej zamówienia, kosztorysu ofertowego. Biorąc pod uwagę przywołane argumenty, zamawiający w ocenie Odwołującego dla spełnienia potrzeby obliczenia płatności częściowej, winien skorzystać z uprawnienia żądania dostarczenia mu przez wykonawcę takiego kosztorysu np. na etapie



podpisywania umowy o zamówienie publiczne, a nie stawiać ten warunek jako *sine qua non* na etapie zbierania ofert dopuszczenia oferty wykonawcy w ogóle, gdyż stanowi to, biorąc pod uwagę ocenę Odwołującego popartej spójnym w tym zakresie orzecznictwem sądów powszechnych, Krajowej Izby Odwoławczej a także stanowiskiem Prezesa UZP, nadużycie zamawiającego i działanie naruszające dyspozycję przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy prawo zamówień publicznych.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe argumenty Odwołującego i przywołane tezy z orzecznictwa, wnoszę o pozytywne dla Odwołującego rozpoznanie odwołania.

Z wyrazami szacunku

*Tomasz Banaś*

Prezes Zarządu

TOMBUD SP. Z O.O.

**Tombud**

Sp. z o.o.

44-240 Żory, ul. Szkolna 6  
NIP 6511716582, REGON 243609840

Załączniki:

1. SIWZ
2. Dowód uiszczenia opłaty za wpis dot. odwołania
3. Dokumenty rejestrowe Odwołującego

**Tombud**

Sp. z o.o.

*Tomasz Czarny*  
Tomasz Czarny  
prawnik

Rozdzielnik:

- Krajowa Izba Odwoławcza, ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa
- Miasto Rybnik, ul. Bolesława Chrobrego 2, 44-200 Rybnik