

WYROK
z dnia 5 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

Mostostal Warszawa S.A. ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa oraz

Mostostal Kielce S.A. ul. Ściegiennego 280, 25-116 Kielce,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich, ul. T. Boya Żeleńskiego 19a, 35-105 Rzeszów

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **REMOST Sp. z o.o.**

ul. Przemysłowa 10, 39-200 Dębica, Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe GODROM

Sp. z o.o. ul. Kołłątaja 5, 38-300 Gorlice, INTOP Tarnobrzeg Sp. z o.o.

ul. Sienkiewicza 145M, 39-400 Tarnobrzeg, Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-

-Mostowych Sp. z o.o. ul. Jana Pawła II 30, 38-200 Jasło, Rejon Budowy Dróg

i Mostów w Krośnie Sp. z o.o. ul. Tysiąclecia 38, 38-400 Krosno zgłaszających

przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

B. wykonawcy **Przedsiębiorstwo Robót Mostowych MOSTY-ŁÓDŹ S.A.**

ul. Bratysławska 52, 94-112 Łódź zgłaszającego przystąpienie do postępowania

odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Podkarpackiemu Zarządowi Dróg Wojewódzkich:
unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności

3

badania i oceny ofert w zakresie badania oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo

Robót Mostowych MOSTY-ŁÓDŹ S.A. oraz odrzucenie oferty wykonawcy

Przedsiębiorstwo Robót Mostowych MOSTY-ŁÓDŹ S.A.,

2. kosztami postępowania obciążyć Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr

(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal

Warszawa S.A. oraz Mostostal Kielce S.A. tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich na rzecz

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mostostal

Warszawa S.A. oraz Mostostal Kielce S.A. kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie:

dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia

pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 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 Rzeszowie.

Przewodniczący:

4

Uzasadnienie

Zamawiający: Województwo Podkarpackie – Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „wykonanie w systemie zaprojektuj i wybuduj dokumentacji projektowej z uzyskaniem decyzji środowiskowej i decyzji ZRID z rygiem natychmiastowej wykonalności oraz robót budowlanych w ramach zadania pn.: Budowa obwodnicy m. Strzyżów w ciągu drogi wojewódzkiej nr 988 na podstawie opracowanego programu funkcjonalno-użytkowego pn.: Rozbudowa i budowa drogi wojewódzkiej Nr 988 Babica – Strzyżów – Wiśniowa – Frysztak – Warzyce na odc. Babica – Twierdza, etap IV – Budowa obwodnicy m. Strzyżów” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 20 kwietnia 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 77-135659. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Mostostal Warszawa S.A. oraz Mostostal Kielce S.A. wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Robót „Mosty-Łódź” S.A. zarzucając Przedsiębiorstwo Mostowych Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych polegające na zaniechaniu czynności odrzucenia niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź” S.A.,
2. art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie mogła być uznana za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu, albowiem podlegała odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź” S.A. jako oferty najkorzystniejszej,
2. dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert oraz ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, a jej następstwem nakazanie odrzucenia z postępowania oferty złożonej

5

przez Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź” S.A. oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający w punkcie 3.2.4.1 rozdziału I specyfikacji istotnych warunków zamówienia – Instrukcja dla wykonawców (IDW) określił, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zostanie zawarta w oparciu o „Warunki kontraktowe na budowę dla urządzeń elektrycznych i mechanicznych oraz robót inżynierskich i budowlanych projektowanych przez wykonawcę, Warunki ogólne” (Żółty FIDIC). Jednocześnie Zamawiający, w punkcie 8. IDW zobowiązał wykonawców do dołączenia do oferty wypełnionego i podpisanego „Wykazu płatności i cen elementów rozliczeniowych” według wzoru stanowiącego rozdział IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „Wykaz płatności”). Zgodnie z punktem 14.2 IDW ceny należało wypełnić według załączonego „Wykazu płatności”, a wartość całości zadania należało obliczyć jako sumę wartości poszczególnych pozycji „Wykazu płatności”. Nadto, w punkcie 14.3 IDW wykonawcy zostali zobowiązani do określenia cen i wartości dla wszystkich pozycji wymienionych w „Wykazie płatności”.

W trakcie postępowania Zamawiający zmodyfikował treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie „Wykazu płatności” (odpowiedź nr 85) w ten sposób, że:

1. usunął pozycję 2.3.3 „Przepusty i małe mosty”, a wprowadził pozycję 2.3.3 „Przepusty pod zjazdami”,
2. usunął podpunkty od 2.10.1 do 2.10.8, a wprowadził podpunkty od 2.10.1 do 2.10.14,
3. wprowadził pozycję „C BRANŻA MOSTOWA (PRZEPUSTY I „MAŁE MOSTY)” wraz z podpunktami 2.11 i od 2.11.1 do 2.11.11,

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący przywołał argumentację o dużym znaczeniu „Wykazu płatności” dla treści oferty i późniejszej realizacji umowy.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał, iż w punkcie 3.2.1.1 IDW określił warunki optymalizacji. Dla Zamawiającego istotne jest, aby przy realizacji w ofercie i przy płatnościach nie było elementów sprzecznych z PFU. Rozliczenia dokonywane będą według harmonogramu rzeczowo-finansowego opracowanego w oparciu o „Wykaz płatności”, który to harmonogram zostanie dostosowany do warunków rzeczywistych i posiadanych przez Zamawiającego środków. „Warunki płatności” nie określają ani przedmiotu zamówienia, ani sposobu jego realizacji. Zwraca uwagę, iż przewidział podkryterium odnoszące się do stosunku wartości fazy projektowania do fazy wykonawczej. Na str. 30 PFU wymienił obiekty inżynierskie. Zdaniem Zamawiającego „Wykaz płatności” to dokument pomocniczy, który nie jest kosztorysem, nie wpływa na treść oferty ani nie stanowi oferty w rozumieniu art. 66 Kodeksu cywilnego oraz ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie ma też interesu w kwestionowaniu oferty Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „Mosty-Łódź” S.A., ponieważ gdyby iść tym tokiem rozumowania, to również jego oferta byłaby odrzucona ze względu na brak wyceny jednej pozycji wykazu. Podkreśla znaczenie punktu 5.12.3 lit. a IDW, w którym wskazano, że cena ryczałtowa jest prawidłowa niezależnie od sposobu jej obliczenia. „Wykaz płatności” nie przesądza o tym, czy zamówienie będzie wykonane.

III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania. O braku tego interesu nie przesądza fakt, że w konsekwencji uwzględnienia odwołania Zamawiający w dalszej kolejności, przy ponownym badaniu i ocenie ofert, może potencjalnie zmienić nie tylko sposób oceny kwestionowanej oferty, ale także innych ofert, w tym oferty Odwołującego. Są to jedynie przypuszczenia co do przyszłych decyzji Zamawiającego, które mogą, lecz nie muszą zostać podjęte, a ocena ich poprawności zostanie dokonana dopiero po ich podjęciu.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami.

Zgodnie z punktem 14. Instrukcji dla wykonawców (IDW), stanowiącej pierwszy rozdział specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zawierającym „Opis sposobu obliczenia ceny”, ceny należało wypełnić według załączonego „Wykazu płatności” – rozdział IV specyfikacji

istotnych warunków zamówienia. Wartość całości zadania należało obliczyć jako sumę poszczególnych pozycji wykazu płatności (pkt 14.2), a wykonawca miał określić ceny i wartości dla wszystkich pozycji wymienionych w „Wykazie płatności” – rozdział IV specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 14.3).

Również w formularzu oferty nastąpiło odwołanie do „Wykazu płatności”: „oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia za łączną cenę brutto: (...) zgodnie z wypełnionym wykazem płatności.”

Wzór „Wykazu płatności i cen elementów rozliczeniowych” Zamawiający przygotował jako część specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nie było sporne, że Zamawiający, w konsekwencji udzielania wyjaśnień co do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zmienił treść rozdziału nr IV „Wykaz płatności i cen elementów rozliczeniowych” zmieniając sposób wyceny poszczególnych elementów. W konsekwencji Zamawiający w części II „Wykazu” dotyczącej fazy robót budowlanych:

1. litera A „Branża drogowa”, pkt 2.3. „Odwodnienie korpusu drogowego”, ppkt 2.3.3. nazwę pozycji „Przepusty i małe mosty”, zmienił na „Przepusty pod zjazdami”,
2. lit. B „Branża mostowa (mosty, wiadukty, estakady)” – usunął podpunkty od 2.10.1 do 2.10.8, a wprowadził podpunkty od 2.10.1 do 2.10.14 oraz wprowadził pozycję lit. „C Branża mostowa (przepusty i małe mosty)” zawierającą podpunkty od 2.11.1 do 2.11.11,
3. zmienił pozycje porządkowe wykazu płatności w pozycjach: C (zmienione na D), D (zmienione na E), E (zmienione na F), F (zmienione na G).

Usunięte punkty 2.10.1 – 2.10.8 nosiły nazwy: 2.10.1. fundamenty podpór, 2.10.2. korpusy podpór, 2.10.3. wytworzenie, konserwacja i montaż konstrukcji, 2.10.4. ustrój nośny wraz z płytą pomostu, 2.10.5. wyposażenie pomostu, 2.10.6. roboty nawierzchniowe, 2.10.7.

roboty przyobiektove w tym umocnienie brzegów, 2.10.8. roboty wykończeniowe. Nowo wprowadzone punkty 2.10.1 – 2.10.14 części B „Branża mostowa (mosty, wiadukty, estakady) nosiły nazwy kolejno: 2.10.1. obiekt MG3 przez rzekę Wisłok (km ok. 11+953,74), 2.10.2 obiekt WD4 w km (...), 2.10.3. obiekt MG5 przez rzekę Wisłok w km (...), 2.10.4. obiekt WG6 w km (...) itd. Nowo wprowadzona część C nosiła nazwę „Branża mostowa (przepusty i „małe mosty”) i zawierała podpunkty od 2.11.1 do 2.11.11. o nazwach kolejno PIV-1, PIV-2, PIV-3 itd. do PIV-11.

Nie było sporne również, że Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź” S.A. przygotowało i załączyło do oferty „Wykaz płatności i cen elementów rozliczeniowych” według starego wzoru.

9

Jak wynika z powyżej opisanych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, „Wykaz płatności i cen elementów rozliczeniowych” stanowił wymagany przez Zamawiającego sposób obliczenia ceny oferty, a więc przyszły sposób wynagradzania wykonawcy za wykonanie poszczególnych elementów umowy (pewien rodzaj tabeli elementów scalonych czy cennika). Zgodnie z jasno wyrażonymi wymaganiami obliczyć jako sumę Zamawiającego wartość przyszłego wynagrodzenia należało poszczególnych pozycji „Wykazu płatności” określając ceny i wartości dla wszystkich pozycji wymienionych w „Wykazie płatności”. Pozycje te – jak wskazuje już sama nazwa – miały służyć do rozliczenia poszczególnych prac wykonanych w trakcie realizacji kontraktu pomiędzy rokiem 2016 a 31 października 2019 r.

Nie ulega wątpliwości, że cena oferty jest jej tzw. częścią merytoryczną (a nie formalną) i jej istotną treścią, istotny jest również sposób podziału tej ceny na poszczególne elementy. Zastosowanie nieaktualnego wzoru „Wykazu płatności” ma więc znaczenie proceduralne powodując, że oferta nie została przygotowana merytorycznie zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co stanowi podstawę do jej odrzucenia zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Sposób przedstawienia ceny i jej podziału na poszczególne elementy ma zasadnicze znaczenie w przypadku wzajemnych częściowych rozliczeń pomiędzy zamawiającym a wykonawcą w trakcie wykonywania umowy, a także rozliczeń w przypadku ewentualnego rozwiązania umowy (których to przypadków w zamówieniach publicznych jest dość znaczny odsetek) – dla obu stron istotne jest bowiem w jakim terminie i za jaki element jaką kwotę zapłaci zamawiający. Z tego punktu widzenia nie ma więc znaczenia fakt, że cena oferty jest ceną ryczałtową.

Oczywiście, Zamawiający mógł przygotować taki formularz wyceny prac na wiele sposobów i według każdego w ostateczności dałoby się dokonać rozliczeń pomiędzy stronami umowy, jednak Zamawiający dokonał akurat takiego podziału prac i według takiego podziału wycena powinna zostać dokonana przez wykonawcę. Nie zmienia tego fakt, że niezależnie od sposobu prezentacji elementów wyceny, końcowa cena oferty nie różniłaby się od tej, którą wykonawca zaoferowałby wypełniając zmieniony formularz. Ma rację bowiem Odwołujący, że „Wykaz płatności i cen elementów rozliczeniowych” stanowi istotny element przyszłej umowy wyrażając treść zobowiązania wykonawcy – ale przede wszystkim też samego Zamawiającego, po którego stronie leży obowiązek dokonania płatności w danej wysokości za dany element określony w „Wykazie”. Zatem niezależnie od wskazanej w ofercie jednakowej ceny końcowej, w konsekwencji wynagrodzenie może zostać wypłacone w różny

10

sposób i w różnej wysokości – czy to jeśli chodzi o termin, czy wartość końcową – Zamawiający bowiem w różny sposób może dokonać korekty tego wynagrodzenia rezygnując np. z danych obiektów.

Postanowienia punktu 5.12, w tym podpunktu 5.12.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia mówiące o tym, że „przyjmuje się, że prawidłowo podano cenę ryczałtową bez

względu na sposób jej obliczenia", dotyczą sposobu poprawiania w ofercie omyłek rachunkowych i pisarskich, nie mogą więc stanowić podstawy do sanacji istotnych jej błędów w zakresie prezentacji wyceny. Są one dość analogiczne do historycznego brzmienia art. 88 ustawy Prawo zamówień publicznych (na marginesie warto zauważyć, że zasady określone w punkcie 5.12.3. nie do końca też są logiczne, gdyż w braku korekty obliczeń prowadzą do wewnętrznej niespójności oferty – nie bez przyczyny przepis ten został wykreślony z ustawy).

Trzeba tu podkreślić, że nawet przy cenie ryczałtowej oferta musi spełnić warunki poprawności określone w art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc m.in. być zgodna z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie zawierać błędów w obliczeniu ceny czy ceny rażąco niskiej.

Poza tym należy zwrócić uwagę, że pomimo takiej formalnej deklaracji w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przewidywana cena nie jest w rzeczywistości ceną „czysto” ryczałtową – ma ona charakter ryczałtowy jedynie w części dotyczącej braku możliwości jej zwiększenia. Zamawiający przewidział natomiast jej korektę i zmniejszenie w przypadku rezygnacji z realizacji niektórych obiektów – co nie było sporne podczas rozprawy – por. np. zacytowaną powyżej odpowiedź na pytanie 85. Z tego też powodu Zamawiający zmienił wzór „Wykazu płatności” zamieniając podział z ogólnych etapów budowy mostów, wiaduktów, przepustów itd., które nie pozwalały na wyodrębnienie wartości poszczególnych obiektów, na wycenę tych pojedynczych obiektów (obiekt MG3, obiekt WD4, obiekt MG5, PIV-1, PIV-2, PIV-3 itd.).

Różnicy w sposobie wyceny pomiędzy formularzem dołączonym do oferty Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „Mosty-Łódź” S.A. nie da się zniwelować w żaden sposób przewidziany w ustawie Prawo zamówień publicznych, np. poprzez korektę dokonaną przez Zamawiającego, wyjaśnienia czy uzupełnienie dokumentów. Niemożliwe jest także „wyinterpretowanie” cen poszczególnych obiektów ze wskazanych ogólnych pozycji. Wykonawca musiałby więc przedstawić nowy podział cen, czyli zmienić w tym zakresie swoją ofertę w sposób merytoryczny. Chodzi tu o zmienione punkty lit. B „Branża mostowa (mosty, wiadukty, estakady)” oraz wprowadzone punkty lit. „C Branża mostowa (przepusty i

11

małe mosty)”, gdyż nazwę punktu lit. A pkt 2.3.3. „Przepusty i małe mosty”, można by było skorygować na „Przepusty pod zjazdami”, natomiast zmiana numeracji C, D, E na D, E, F jest kwestią czysto techniczną i nie ma najmniejszego znaczenia.

Tym samym Izba podzieliła stanowisko Odwołującego w zakresie konieczności odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Mostowych MOSTY-ŁÓDŹ S.A. jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czyli na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

12