

WYROK

z dnia 24 października 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Dagmara Gałczewska - Romek
Marek Koleśnikow

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 października 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych FART Sp. z o.o., Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych TRAKT Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Mostowych Mosty-Łódź S.A., INTERCOR Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Sp. z o.o., PI „IMB - Podbeskidzie” Sp. z o.o., Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., ul. Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach, ul. I. Paderewskiego 43/45, 25-950 Kielce** protestu z dnia 12 września 2008 roku.

przy udziale **Konsorcjum: STRABAG Sp. z o.o., MOTA-ENGIL Polska S.A., ul. Brechta 7, 03-472 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych FART Sp. z o.o., Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych TRAKT Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Mostowych Mosty-Łódź S.A., INTERCOR Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Sp. z o.o., PI „IMB - Podbeskidzie” Sp. z o.o., Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., ul. Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych FART Sp. z o.o., Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych TRAKT Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Mostowych Mosty-Łódź S.A., INTERCOR Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Sp. z o.o., PI „IMB - Podbeskidzie” Sp. z o.o., Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., ul. Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych FART Sp. z o.o., Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych TRAKT Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Mostowych Mosty-Łódź S.A., INTERCOR Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Sp. z o.o., PI „IMB - Podbeskidzie” Sp. z o.o., Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., ul. Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce** na rzecz **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach, ul. I. Paderewskiego 43/45, 25-950 Kielce.**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów zastępstwa procesowego.
- 3) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty 35 936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów

własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum:
Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych FART Sp. z o.o., Świętokrzyskie
Przedsiębiorstwo Robót Drogowych TRAKT Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo
Robót Mostowych Mosty-Łódź S.A., INTERCOR Przedsiębiorstwo Usług
Technicznych Sp. z o.o., PI „IMB - Podbeskidzie” Sp. z o.o., Kieleckie
Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., ul. Ściegiennego 268A,
25-116 Kielce.**

2

Uzasadnienie

Zamawiający - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie na budowę drogi ekspresowej S7 na odcinku Skarżysko Kamienna-Występa, obwodnica miejscowości Suchedniów, Ostoja, Łączna i Występa.

W dniu 8.09. 2008 roku Zamawiający powiadomił wykonawców o wynikach postępowania. Z zachowaniem terminu wskazanego w art. 180 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 roku, Nr 223, poz. 1655) – dalej: Pzp - protest wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart” Sp. z o. o z siedzibą w Kielcach (lider konsorcjum), Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Trakt” Sp. z o. o. z siedzibą w Piekoszowie, Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty-Łódź” S.A. z siedzibą w Łodzi, „INTERCOR” Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Sp. z o. o. z siedzibą w Zawierciu, PI „IMB-Podbeskidzie” Sp. z o. o. z siedzibą w Skoczowie oraz Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o. o. z siedzibą w Kielcach. Protestujący zarzucił Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz MOTA - ENGIL Polska S.A z siedzibą w Krakowie - dalej: KONSORCJUM STRABAG - z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 Pzp a przez zaniechanie odrzucenia wskazanej oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – dalej: siwz - oraz zawierającej błąd w obliczeniu ceny, również art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp. Akcesoryjnie Protestujący podniósł również zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Jako podstawę faktyczną zarzutów Protestujący wskazał, że w ofercie złożonej przez KONSORCJUM STRABAG w kosztorysie ofertowym na „Most MS9 nad rzeką Jaślaną w km 526+579,08 drogi S-7” w poz. 41b „Krawężnik Kamienny uliczny”, wbrew wymaganiom Zamawiającego określonym w siwz, nie została uwzględniona cena jednostkowa oraz wartość robót netto, ponadto w kosztorysie ofertowym „Mur oporowy” poz. 2c wskazana została „ława betonowa B35”, mimo, że zgodnie ze zmianami dokonanymi przez Zamawiającego pismem z dnia 19.08.2008 roku, powinno być „ława fundamentowa B35”. Protestujący wskazał również, że ujęcie w kosztorysie ofertowym wartości 0 zł godzi w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 lipca 2001 roku o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.) oraz w art. 32 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku o Narodowym Banku Polskim (Dz. U. z 2005 roku, Nr 1, poz. 2 ze zm.)

Zamawiający powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wniesieniu protestu w dniu 15.09.2008 roku. KONSORCJUM STRABAG z zachowaniem przesłanek wskazanych w art. 181 ust. 4 i 5 Pzp przystąpiło do postępowania toczącego się w wyniku

3

wniesienia protestu wnosząc o jego oddalenie i utrzymanie w mocy decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Przystępujący wskazał, że przepisy Prawa zamówień publicznych nie zabraniają zastosowania ceny 0 zł oraz, że pojęcie ceny zdefiniowane w art. 2 pkt 1 Pzp należy rozumieć zgodnie z art. 2 pkt 5 Pzp, czyli cenę oferty jako całości. Z powyższego wywiódł Przystępujący nietrafność argumentacji dotyczącej naruszenia ustawy o cenach, ustawy o NBP oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. KONSORCJUM STRABAG wskazało, że pojęcia „ława betonowa B35” oraz „ława fundamentowa B35” mają taką samą treść, w związku z czym zamienienie tych określeń nie ma znaczenia dla postępowania oraz realizacji umowy, gdyż zaoferowane zostało świadczenie o takim samym zakresie. W ocenie KONSORCJUM STRABAG treść kosztorysu ofertowego nie zawiera

błądu w obliczeniu ceny, gdyż brak jest jej związku z czynnością obliczania. Zamawiający oddalił protest 19.09.2008 roku, tego dnia informując wykonawców o swojej decyzji. Uzasadniając rozstrzygnięcie protestu Zamawiający wywiódł, że o niezgodności treści oferty z treścią siwz można mówić wyłącznie w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada opisanemu w siwz przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych, w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. Z kosztorysowego charakteru wynagrodzenia Zamawiający wyprowadził, że skoro oferta KONSORCJUM STRABAG zawiera przedmiar planowanych robót, natomiast rzeczywista wysokość wynagrodzenia zostanie obliczona na podstawie obmiaru, to dla wykonania przedmiotu zamówienia istotne jest zawarcie cen jednostkowych analogicznej pozycji w innych kosztorysach mostowych. W ocenie Zamawiającego nie ma podstaw do stwierdzenia nieporównywalności ofert złożonych w postępowaniu a oferta KONSORCJUM STRABAG jest bezsprzecznie najkorzystniejsza. Zamawiający stwierdził, że oferta KONSORCJUM STRABAG nie zawiera również propozycji darowizny, gdyż przedmiotem zamówienia jest umowa o dzieło o charakterze odpłatnym, której przedmiotem jest wykonanie drogi ekspresowej. Zamawiający wywiódł ponadto, że cena oferty KONSORCJUM STRABAG została obliczona prawidłowo, gdyż wskazanie cyfry 0 w rubryce cena jednostkowa oraz wartość robót jednej pozycji przedmiaru nie jest błędem w obliczeniu ceny, jest poprawne z matematycznego punktu widzenia i nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp w zw. z art. 88 Pzp. Zamawiający uznał zarzut dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji za nie poparty okolicznościami faktycznymi i w konsekwencji za nieudowodniony oraz bezzasadny. Odnosząc się do niezgodności z treścią siwz pozycji 2c. kosztorysu ofertowego w części „Mur oporowy” Zamawiający wywiódł, w oparciu o treść specyfikacji technicznej, że pojęcie „ława betonowa B35” i „ława fundamentowa B35” mają identyczną treść. Niezgodność treści oferty KONSORCJUM STRABAG z treścią siwz w tej pozycji, może mieć zatem aspekt wyłącznie formalny.

4

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart” Sp. z o. o z siedzibą w Kielcach działając w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, z zachowaniem terminu ustawowego oraz warunku jednoczesności przekazania kopii Zamawiającemu, wniosło za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego, odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w którym zarzuty protestu zostały podtrzymane. Odwołujący się podniósł dodatkowo, że oferta niezgodna z treścią siwz to również oferta sporządzona w sposób odmienny, niż wymagany w siwz, w zakresie przedmiotu zamówienia i sposobu jego realizacji oraz nieodpowiadająca elementom istotnym dla przedmiotu zamówienia w sposób zabezpieczający oczekiwania i interesy zamawiającego. Odwołujący się podniósł, że skoro w siwz Zamawiający wymaga określenia cen jednostkowych netto dla wszystkich pozycji przedmiaru „to wstawienie pozycji 0” w jednej pozycji kosztorysu nie odpowiada siwz, gdyż 0 zł nie stanowi wartości pieniężnej w rozumieniu ustawy o cenach. Takie uzupełnienie kosztorysu ofertowego jest natomiast błędem w obliczeniu ceny i prowadzi do nieporównywalności ofert. Ze sformalizowanego charakteru postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wywiódł Odwołujący się niemożność dokonania rozliczenia robót, w oparciu o cenę jednostkową analogicznej pozycji zawartej w innych kosztorysach ofertowych złożonych przez KONSORCJUM STRABAG.

Odwołujący się wskazał, że „ława betonowa B35” i „ława fundamentowa B35” z technicznego punktu widzenia to dwie różne konstrukcje, zatem zamienne użycie tych pojęć nie stanowi błędu o charakterze formalnym. Skoro Zamawiający dokonał modyfikacji siwz w tym punkcie przedmiaru, to należy mieć na względzie art. 38 ust. 4 Pzp i wpływ decyzji Zamawiającego na treść ofert. Odwołujący się wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, dokonania czynności odrzucenia oferty KONSORCJUM STRABAG oraz powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający pismem z dnia 25.09.2008 roku powiadomił KONSORCJUM STRABAG o wniesieniu odwołania, wzywając do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Pismem z dnia 20.10.2008 roku przed otwarciem posiedzenia KONSORCJUM STRABAG zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego ponawiając stanowisko zawarte w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku

wniesienia protestu.

Po ustaleniu na posiedzeniu, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony oraz uczestnik podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Na podstawie dowodu z zawartych w aktach sprawy: protokołu ZP-1, oryginału siwz z załącznikami, w szczególności Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót

5

budowlanych, oryginałów oferty KONSORCJUM STRABAG i Odwołującego się, pisma Zamawiającego z dnia 19.08.2008 roku Nr GDDKIA-O/KI-R-2-ap/418-40/59/2008 wraz z kosztorysami ofertowymi uwzględniającymi dokonane zmiany oraz po wysłuchaniu stanowisk pełnomocników stron Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15.04.2008 roku pod numerem 2008/S 73-098575.

W Rozdziale 1 siwz – „Instrukcja dla wykonawców” Zamawiający zawarł następujące wymagania:

1. pkt 5.1 *in fine* „(...) aby oferta obejmowała całość przedmiotu zamówienia.”;
2. pkt 9.1 „Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o kosztorysy ofertowe sporządzone na formularzach, których wzór stanowi Formularz 2.2.”;
3. pkt 9.2. zd. 2 „Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w przedmiarach robót”;
4. pkt 9.4. zd. 1 „Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysach ofertowych wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w przedmiarach robót.”;
5. pkt 9.6 zd. 1 „Cena oferty winna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w niniejszej siwz”;
6. pkt 14.1 „Przy dokonywaniu wyboru ofert najkorzystniejszej Zamawiający stosować będzie wyłącznie kryterium ceny.”

Pismem z dnia 19.08.2008 roku Nr GDDKIA-O/KI-R-2-ap/418-40/59/2008 Zamawiający przesłał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu kosztorysy ofertowe o zmienionej treści m.in. w taki sposób, że poz. 2c kosztorysu ofertowego w części „Mur oporowy”, w dotychczasowym brzmieniu „ława betonowa B35”, otrzymała brzmienie „ława fundamentowa B35”.

KONSORCJUM STRABAG w dniu 22.08.2008 roku złożyło ofertę wraz z kosztorysem, w którym w części „Mur oporowy” w poz. 2c. zaoferowało „Ławę betonową B35” (str. 29 oferty), zaś w części „Most MS9 nad rzeką Jaślaną w km 526+579,08 drogi S-7” poz. 41b nie podało ceny jednostkowej i wartości robót dla krawężnika kamiennego ulicznego w ilości 48 mb (str. 53 oferty).

Niezaprzeczone twierdzenie, że KONSORCJUM STRABAG w innych pozycjach kosztorysu ofertowego na budowie mostowej podało taką samą cenę jednostkową tj. 214,53 zł zostało uznane przez Izbę za bezsporne.

Zamawiający po dokonaniu oceny ofert zgodnie z jedynym kryterium ceny przyjętym w pkt 14.1 siwz wybrał ofertę KONSORCJUM STRABAG z ceną 643.461.787,16 zł.

6

Odwołujący się został sklasyfikowany na drugiej pozycji. Za realizację przedmiotu zamówienia zaoferował za 645.635.321,21 zł.

Przywołane przez strony w treści środków ochrony prawnej oraz w czasie rozprawy wyroki Krajowej Izby Odwoławczej nie zostały uwzględnione przy wydawaniu orzeczenia. Wyrok z dnia 26.03.2008 roku sygn. akt KIO/UZP/218/08, z dnia 30.05.2008 roku, sygn. akt KIO/UZP/473/08, z dnia 14.01.2008 roku sygn. akt KIO/UZP/61/07, zapadły w innych stanach faktycznych. Wyrok z dnia 30.04.2008 roku, sygn. akt KIO/UZP/362/08 został wydany w wyniku rozpatrzenia przez Izbę innych zarzutów tj. pominięcia ceny jednostkowej jako oczywistej omyłki pisarskiej, co czyni go również nieadekwatnym do okoliczności rozpatrywanego odwołania.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp podniesiony w proteście nie został podtrzymany w

odwołaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący się, który złożył ofertę ocenioną przez Zamawiającego jako druga w kolejności posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż potwierdzenie podnoszonych zarzutów w stosunku do oferty uznanej za najkorzystniejszą, da mu możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Okoliczności faktyczne są bezsporne między stronami. Istotę sporu stanowi odpowiedź na pytanie, czy brak wypełnienia poz. 41b kosztorysu ofertowego w części „Most MS9 nad rzeką Jaślaną w km 526+579,08 drogi S-7” w ten sposób, że nie podana została cena jednostkowa oraz wartość robót netto oraz zmiana nomenklatury w stosunku do treści wymaganej przez Zamawiającego w poz. 2c w części „Mur oporowy” powoduje niezgodność oferty KONSORCJUM STRABAG z treścią siwz oraz czy przywołany wyżej brak wypełnienia stanowi omyłkę rachunkową, której nie można poprawić na podstawie art. 88 Pzp lub błąd w obliczeniu ceny.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dorobkiem doktryny oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, a wcześniej Zespołów Arbitrów, jest pogląd, że norma art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp referuje się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Zatem *de lege lata* o niezgodności treści oferty z treścią siwz można mówić w

7

sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia realizacji go w całości.

W okolicznościach sprawy brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta KONSORCJUM STRABAG nie odpowiada treści siwz.

Nietrafnie wywodzi Odwołujący się, że oferta KONSORCJUM STRABAG została sporządzona odmiennie, niż wynika to z siwz. Przeciwnie: KONSORCJUM STRABAG zaoferowało realizację całego przedmiotu zamówienia, którym jest budowa drogi ekspresowej S-7 na odcinku Skarżysko-Kamienna-Występa, obwodnica miejscowości Suchedniów, Ostoja, Łączna i Występa (pkt 5.1 siwz). Wbrew twierdzeniom Odwołującego się, brak podania ceny jednostkowej oraz wartości robót netto nie skutkuje brakiem zaoferowania świadczenia poz. 41b kosztorysu ofertowego w części „Most MS9 nad rzeką Jaślaną w km 526+579,08 drogi S-7” t.j 48 mb krawężnika kamiennego ulicznego, gdyż został on *expressis verbis* wskazany w kosztorysie ofertowym KONSORCJUM STRABAG. Pominięcie ceny jednostkowej oraz wartości robót netto mieć będzie znaczenie jedynie dla wysokości wynagrodzenia wykonawcy za ten element robót. Wszystkie pozycje przedmiaru robót zostały ujęte w kosztorysie ofertowym (pkt 9.4 siwz). Cena oferty KONSORCJUM STRABAG wyliczona została w oparciu o kosztorysy ofertowe sporządzone na formularzach, których wzór stanowi Formularz 2.2. (pkt 9.1 siwz).

Izba stwierdza, że okoliczność braku wypełnienia jednej z pozycji kosztorysu ofertowego w części ceny jednostkowej i wartości robót netto nie powoduje automatycznie skutku niezgodności oferty z treścią siwz w pkt 9.2. w brzmieniu „Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w przedmiarach robót”. Okoliczność niezgodności treści oferty z treścią siwz powinna być odrębnie badana w każdym indywidualnym przypadku z uwzględnieniem całokształtu związanych z nim okoliczności.

Zamawiający formułując postanowienia przywołanego pkt 9.2 siwz nie zawęził pojęcia „określenie cen jednostkowych netto oraz wartości netto” wyłącznie do wartości dodatnich oraz nie zastrzegł skutku prawnego w postaci odrzucenia oferty z powodu braku podania przywołanych danych lub podania wartości 0 zł. Ocena zgodności oferty złożonej przez KONSORCJUM STRABAG z treścią pkt 9.2 siwz powinna zatem następować z ustaleniem, czy pominięcie ceny jednostkowej netto oraz wartości netto 48 mb chodnika kamiennego ulicznego prowadzi do niemożności porównania ofert złożonych w postępowaniu oraz czy pominięcie to wywarło wpływ na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

Różnica ceny oferty KONSORCJUM STRABAG i oferty Odwołującego się wynosiła 2.173.534,05 zł. Uznając za zgodne z zasadami logiki, że ten sam materiał budowlany jest jednolicie wyceniany w analogicznych pozycjach oferty (w okolicznościach sprawy w budowlach mostowych) przyjąć należy, że wycena tej pozycji nastąpiłaby analogicznie jak w

8

innych częściach kosztorysu ofertowego na budowę mostowe tj. 214,53 zł za mb. Cena oferty KONSORCJUM STRABAG wzrosłaby wówczas o 10.387,44 zł i byłaby niższa od oferty Odwołującego się o 2.163.146,61 zł.

Przy założeniu, że cena jednostkowa mb krawężnika kamiennego ulicznego została skalkulowana w różnych wysokościach w różnych pozycjach kosztorysu ofertowego i, co za tym idzie, nie można precyzyjnie ustalić jej wysokości dla poz. 41b kosztorysu ofertowego w części „Most MS9 nad rzeką Jaślaną w km 526+579,08 drogi S-7”, w ocenie Izby nieracjonalne byłoby przyjęcie, że cena żądana za wykonanie 48 mb. krawężnika kamiennego ulicznego wyniosłaby, co najmniej 2.173.534,06 zł. Taka różnica umożliwiłaby uznanie oferty Odwołującego się za najkorzystniejszą w postępowaniu. Brak wskazania poz. 41b kosztorysu ofertowego w części „Most MS9 nad rzeką Jaślaną w km 526+579,08 drogi S-7” ceny jednostkowej oraz wartości robót netto dla 48 mb chodnika kamiennego ulicznego nie prowadzi zatem, w okolicznościach sprawy, do braku możliwości porównania ofert, w przyjętym w siwz kryterium oceny, którym jest wyłącznie cena oferty, i pozostaje bez wpływu na wybór oferty KONSORCJUM STRABAG jako najkorzystniejszej. Porównywalność złożonych w postępowaniu ofert nie jest celem samym w sobie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, lecz ma umożliwić zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej, która zapewni zamawiającemu możliwość zrealizowania zamówienia publicznego w sposób zabezpieczający jego oczekiwania i interesy.

Nie znalazł potwierdzenia również zarzut niezgodności z treścią siwz świadczenia oferowanego w poz. 2c kosztorysu ofertowego KONSORCJUM STRABAG w części „Mur oporowy”. Na rozprawie Odwołujący się nie wykazał prawdziwości twierdzenia zawartego w odwołaniu i podtrzymanego na rozprawie, że „ława betonowa B35” i „ława fundamentowa B35” stanowią inne konstrukcje techniczne. Zarzut ten uznany został przez Izbę za nieudowodniony (art. 188 ust. 1 Pzp, art. 14 Pzp w zw. z art. 6 k.c.).

Izba stwierdza ponadto, że poz. 2c kosztorysu ofertowego w części „Mur oporowy” zawiera odesłanie do pozycji M.11.08.03 Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, która w pkt 2.1. odnosi się do betonowych ław fundamentowych. Skoro zatem KONSORCJUM STRABAG składając ofertę zobowiązało się do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz z załączonym kosztorysem ofertowym, zawierającym odniesienie do niebudzącego wątpliwości interpretacyjnych postanowienia Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, to nie można przyjąć, że świadczenie oferowane przez KONSORCJUM STRABAG nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego.

Brak dokonania przez KONSORCJUM STRABAG zmian w kosztorysie ofertowym, które zostały wprowadzone przez Zamawiającego, nie ma zatem znaczenia merytorycznego dla treści oferowanego świadczenia. Wobec braku dowodu na twierdzenie przeciwne Izba

9

uznała również, że zmiana ta pozostaje bez znaczenia również dla ceny tej pozycji wynoszącej w ofercie KONSORCJUM STRABAG - 9.014,02 zł. Zatem pozostawienie przez Odwołującego się wskazanej pozycji przedmiaru w pierwotnym brzmieniu, nadanym przez Zamawiającego tj. „ława betonowa B35”, podczas gdy poz. 2c kosztorysu ofertowego w części „Mur oporowy” brzmi „ława betonowa B35”, zostało uznane przez Izbę za uchybienie wyłącznie o charakterze formalnym i nie może stać się przyczyną odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odmienność nomenklatury nie może stanowić przyczyny odrzucenia oferty w sytuacji, gdy odpowiada ona opisanemu w przedmiarach robót przedmiotowi zamówienia, a różnice wynikają jedynie z nazewnictwa (analogiczne stanowisko: wyrok KIO z dnia 17.03.2008 r. sygn. akt: KIO/UZP/192/08, wyrok KIO z dnia 6.10.2008 roku, sygn. akt KIOUZP/1003/08).

Art. 89 ust. 1 pt 6 Pzp nakazuje odrzucić ofertę zawierającą omyłki rachunkowe, których nie można poprawić na podstawie art. 88 Pzp lub błędy w obliczeniu ceny.

Brak podania w poz. 41b kosztorysu ofertowego w części „Most MS9 nad rzeką Jaślaną w km 526+579,08 drogi S-7” ceny jednostkowej oraz wartości robót netto nie stanowi omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny. Omyłka rachunkowa polega na uzyskaniu błędnego wyniku wskutek przeprowadzenia działania matematycznego. Przywołany brak podania ceny jednostkowej oraz wartości robót nie prowadzi, w okolicznościach sprawy, do błędu w obliczeniu ceny oferty, który następuje, co do zasady, przez niewłaściwe podanie jednostek miary, niewłaściwej stawki podatku od towaru i usług lub brak wymaganego zaokrąglenia ceny.

Odwołanie się do ustawy z dnia 5 lipca 2001 roku o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050 ze zm.) oraz ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 roku o Narodowym Banku Polskim (Dz. U. z 2005 roku, Nr 1, poz. 2 ze zm.) jest, w ocenie Izby, nieuzasadnione. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych pojęcie „cena” odnoszą wyłącznie do ceny oferty (np. art. 2 pkt 5 oraz art. 91 ust. 2 Pzp). W tym też zakresie znajduje zastosowanie definicja ceny zawarta w ustawie o cenach (art. 2 pkt 1 Pzp). Badanie zgodności z przywołanymi ustawami pojedynczej pozycji kosztorysu nie jest prawidłowe. Art. 14 Pzp nakazuje do czynności podejmowanych w postępowaniu stosować przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Skoro zatem pojęcie „cena” odnosi się na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych do ceny oferty, a posilkowo stosować można wyłącznie przepisy kodeksu cywilnego, to nie ma podstaw prawnych do odwołania się do ustawy o cenach w zakresie niezgodności z jej przepisami jednej pozycji kosztorysu ofertowego i wywodzenia na tej podstawie niezgodności oferty KONSORCJUM STRABAG z treścią siwz, bądź domaganie się odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

10

W ocenie Izby oferta KONSORCJUM STRABAG nie narusza również pkt 9.6 zd. 1 siwz „Cena oferty winna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszących wykonaniu, o których mowa w niniejszej siwz”. Pogląd Zamawiającego zawarty w rozstrzygnięciu protestu, że możliwe jest, na etapie rozliczenia prac objętych zamówieniem, odniesienie do poz. 41b kosztorysu ofertowego w części „Most MS9 nad rzeką Jaślaną w km 526+579,08 drogi S-7” wartości analogicznych pozycji z innych kosztorysów ofertowych na budowie mostowe jest nieuprawniony. Istotnie wobec kosztorysowego charakteru wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia ostateczna wysokość wynagrodzenia może się różnić od zaoferowanego w ofercie, jednak wynika to z różnic między przedmiarem robót, a ilością faktycznie wykonanych robót (obmiarem). Natomiast ceny jednostkowe wskazane w kosztorysie ofertowym stanowią jednostronne zobowiązanie wykonawcy do rozliczenia wykonanych robót na ich podstawie. Pominięcie ceny jednostkowej oraz wartości robót netto przynosi, na etapie rozliczenia inwestycji, skutek w postaci braku możliwości dochodzenia wynagrodzenia za realizację poz. 41b kosztorysu ofertowego w części „Most MS9 nad rzeką Jaślaną w km 526+579,08 drogi S-7”. Okoliczność ta nie powoduje jednakże zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego pod tytułem darmym.

Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie podważa oceny zarzutów podnoszonych przez Odwołującego się. „Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców” (wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23.02.2007 roku, sygn. akt X Ga 23/07). Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp nie został udowodniony przez Odwołującego się mimo, że nim spoczywa ciężar dowodu (art. 188 ust. 1 Pzp oraz art. 14 Pzp w związku z art. 6 k.c.).

Izba stwierdza również, że formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego winien być postrzegany z uwzględnieniem celu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którym jest wybór oferty z najniższą ceną, bądź oferty zawierającej najkorzystniejszy bilans cen i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego (art. 91 ust. 2 Pzp). Zważyć należy ponadto, że Zamawiający należący do sektora finansów publicznych zobowiązani są do dokonywania wydatków w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów - art. 35 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 roku o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104 ze zm.). *Ratio legis* art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp jest odpowiednio eliminacja z postępowania ofert nie na podstawie których nie można zrealizować danego zamówienia publicznego zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz nie dających możliwości

prawidłowego ustalenia ceny i w konsekwencji prawidłowego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego przez Zamawiającego (obowiązku zapłaty).

11

Literalna wykładnia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp nie powinna prowadzić, w okolicznościach sprawy, do odrzucenia oferty najkorzystniejszej odpowiadającej, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych, oczekiwaniom i interesom zamawiającego.

Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 22.03.2007 roku (sygn. akt III CZP 8/07) wywiódł, że „wykładnia językowa nie może prowadzić do rozstrzygnięcia które w świetle powszechnie akceptowanych wartości musi być uznane za rażąco niesłuszne, niesprawiedliwe, nieracjonalne lub niweczące *ratio legis* interpretowanego przepisu”. Sąd Najwyższy stwierdził również w przywołanym orzeczeniu, że „w sytuacji, w której ściśle, literalne zinterpretowanie zapisu ustawowego prowadziłoby do zniekształcenia lub wypaczenia jego treści obowiązkiem organu stosującego prawo jest sięganie do innych sposobów wykładni.” oraz „Zważyć należy, że zasada pierwszeństwa stosowania wykładni językowej, nie oznacza absolutnego porządku preferencji a jedynie taki porządek, w którym w uzasadnionych okolicznościach, dopuszcza się od niej odstępstwa łagodzące konflikt między stanowiskiem formalistycznym a nieformalistycznym. Przykładem potrzeby odstępstwa od honorowania rezultatów wykładni językowej jest wskazywana w piśmiennictwie sytuacja, w której, wynik posłużenia się taką wykładnią prowadzi do absurdu albo do rażąco niesprawiedliwych lub irracjonalnych konsekwencji”.

Reasumując, zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp nie znalazły potwierdzenia. W konsekwencji nie znalazł również potwierdzenia zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp. Izba zauważa jednocześnie, że art. 7 ust. 3 Pzp, odnosi się do czynności zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, zatem wykracza poza granice rozpatrywanego stanu faktycznego, którym jest ocena czynności badania i oceny ofert poprzedzających zawarcie umowy.

Mając powyższe na uwadze Izba na podstawie art. 191 ust. 1 zd. 1 Pzp oddaliła odwołanie. O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp oraz par. 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886) zasądzając wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600 zł.

12

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Kielcach.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*

13