Sygn. akt VII Ga 147/08 za

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 19 grudnia 2008 r.

Sąd Okręgowy w Kielcach Wydział VII Gospodarczy

w składzie:

Przewodniczący: SSO Elżbieta Kabzińska
Sędziowie: SSO Maria Bała (spr.), SSO Marek Skrobisz

Protokolant: st. sekr. sądowy Danuta Zawierta

po rozpoznaniu w dniu 12 grudnia 2008 r. w Kielcach na rozprawie

po rozpoznaniu **sprawy ze skargi wniesionej przez wykonawcę;** Konsorcjum: 1) Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych "Fart" Spółki z o.o. w. Kielcach 2) Świętokrzyskiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych „TRAKT" Spółka z o.o. w Górkach Szczukowskich, 3) Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ" S.A. w Łodzi, 4) „INTERCOR" Spółka z o.o. Przedsiębiorstwa Usług Technicznych w Zawierciu, 5) PI „IMB-Podbeskidzie" Spółka z o.o. w Skoczowie, 6) Kieleckiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Spółka z o.o. w Kielcach

przy udziale zamawiającego: Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach

i interwenienta ubocznego po stronie zamawiającego: Konsorcjum: 1) Strabag Spółki z o.o. w Warszawie, 2) MOTA-ENGIL POLSKA S.A. w Krakowie
od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.10.2008r., sygn. KIO/UZP 1093/08;

Oddala skargę.

I.II.III.

Zasądza od 1) Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych "Fart" Spółki z o.o. w Kielcach 2) Świętokrzyskiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych „TRAKT" Spółka z o.o. w Górkach Szczukowskich, 3) Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ" S.A. w Łodzi, 4) „INTERCOR" Spółka z o.o. Przedsiębiorstwa Usług Technicznych w Zawierciu, 5) PI „IMB-Podbeskidzie" Spółka z o.o. w Skoczowie, 6) Kieleckiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Spółka z o.o. w Kielcach solidarnie na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach kwotę 1.800 zł (jeden tysiąc osiemset złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania.

Zasądza od Zasądza od 1) Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych "Fart" Spółki z o.o. w Kielcach 2) Świętokrzyskiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych „TRAKT" Spółka z o.o. w Górkach Szczukowskich, 3) Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ" S.A. w Łodzi, 4) „INTERCOR" Spółka z o.o.

Przedsiębiorstwa Usług Technicznych w Zawierciu, 5) PI „IMB-Podbeskidzie" Spółka z o.o. w Skoczowie, 6) Kieleckiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Spółka z o.o. w Kielcach solidarnie na rzecz 1) Strabag Spółki z o.o. w Warszawie, 2) MOTA-ENGIL POLSKA S.A. w Krakowie solidarnie kwotę 2.400 zł (dwa tysiące czterysta złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania.

Na oryginale właściwe podpisy

•Br

VIIGA 147/08

Uzasadnienie

Wyrokiem z dnia 24 października 2008r. w sprawie KIO/UZP 1093/08 Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie wniesione przez Konsorcjum Przedsiębiorstwa .Robót Inżynieryjnych „Fart" Spółkę z o.o., Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „TRAKT" Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ" S.A., „INTERCOR" Sp. z o.o. Przedsiębiorstwa Usług Technicznych, PI „IMB-Podbeskidzie" Sp. z o.o. i Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. wniesione od rozstrzygnięcia protestu z dnia 12 września 2008r. przez zamawiającego Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach.

W uzasadnieniu swego rozstrzygnięcia Krajowa Izba Odwoławcza wskazała na następujące okoliczności:

Zamawiający: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie, którego przedmiotem jest budowa drogi ekspresowej 57 na odcinku Skarżysko Kamienna - Wy stępa obwodnica miejscowości Suchedniów, Ostojów, Łączna, Występa.

W dniu 8.09. 2008r. zamawiający powiadomił wykonawców o wynikach postępowania.

Wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart" Sp. z o.o. w Kielcach (lider Konsorcjum) oraz Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „TRAKT" Sp. z o.o. w Piekoszowie, Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ" S.A. z siedzibą w Łodzi, „INTERCOR" Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Sp. z o.o. w Zawierciu, PI „IMB-Podbeskidzie" Sp. z o.o. w Skoczowie i Kieleckie

Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. w Kielcach wnieśli od rozstrzygnięcia przetargu protest.

Protest zarzucał wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 7 ust. 1 i 3 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego Strabag Sp. z o.o. w Warszawie oraz „MOTA-ENGIL POLSKA S.A. w Krakowie mimo jej niezgodności z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w szczególności mimo zawartego w tej ofercie błędu w obliczeniu ceny, którego nie można poprawić i wpisania w

kosztorysie ofertowym sformułowania odmiennego aniżeli użyte w zmienionym kosztorysie

ofertowym a także zaniechania odrzucenia oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu zawartych w proteście zarzutów Konsorcjum podnosiło, że zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia - Instrukcją dla Wykonawców wykonawcy mieli obowiązek podania w kosztorysie ofertowym cen jednostkowych dla wszystkich pozycji Konsorcjum Strabag Sp. z o.o. i „MOTA-ENGIL POLSKA" S.A. w swojej ofercie w kosztorysie ofertowym na „Most MSG nad rzeką Jaślaną w km 526+579/08 drogi S-7" w pozycji 4lb „Krawężnik kamienny uliczny" nie podało ceny jednostkowej ani wartości robót netto co spowodowało niespełnienie warunków postawionych w SIWZ.

W tej pozycji Konsorcjum podało cenę jednostkową w kwocie „O". Oznacza to propozycję darowizny a tym samym jest niezgodne z ustawą o zamówieniach publicznych oraz z ustawą o cenach.

Nadto w kosztorysie ofertowym „ Mur oporowy" w poz. 2 c Konsorcjum Strabag i MOTA-ENGIL POLSKA wpisało „ława betonowa 335" a zgodnie ze zmienionym przez zamawiającego kosztorysem ofertowym powinno być „ława fundamentowa B 35".

Protestujące Konsorcjum wnosiło o uchylenie decyzji o wyborze Konsorcjum Strabag Sp. z o.o. i MOTA-ENGIL POLSKA S.A., powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Strabag Sp. z o.o. i „Mota-Engil" S.A. i wyboru oferty protestującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający oddalił protest.

Zarzucił, że w sytuacji gdy przedmiotem zamówienia w przedmiotowym przypadku jest wybudowanie drogi ekspresowej na określonym odcinku a realizacja zamówienia ma być rozliczona kosztorysowo, to tym samym rzeczywista wysokość wynagrodzenia będzie określona na podstawie obmiaru. Zatem wstawienie wartości „O" w jednej pozycji „krawężnik kamienny uliczny" nie stanowi przeszkody w rozliczeniu robót, gdyż taka pozycja zawarta jest także w innych kosztorysach mostowych - zawiera cenę jednostkową „214,53 zł" za lmb.

Podniósł nadto, że przedmiot zamówienia należy rozpatrzyć jako dzieło polegające na wybudowaniu drogi ekspresowej na określonym odcinku a tym samym wskazanie przy „krawężniku kamiennym ulicznym" w rubryce zawierającej wartość ceny jednostkowej „O zł" nie stanowi, jak wskazuje protestujący darowizny gdyż „krawężnik kamienny uliczny" nie jest przedmiotem umowy.

Za nieuprawniony uznał też zamawiający zarzut niezgodności przyjętej oferty konsorcjum, ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia w następstwie użycia sformułowania „ława betonowa B 35" w miejsce sformułowania „ława fundamentowa B 35" jako, że specyfikacja techniczna M. 11.08.03 „Grunt zbrój ony-panele" do której odwołuje się pozycja 2 c w kosztorysie ofertowym „Mur oporowy" zawiera w swej treści pkt 2.1 „betonowe ławy fundamentowe" co oznacza, że zarówno określenie „ławy fundamentowe" jak i określenie „ławy betonowe" mająto samo znaczenie merytoryczne.

Nadto zamawiający zarzucił, ze protestujący nie wykazał zasadności zarzutu jakoby wybrana oferta stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji.

W odwołaniu od rozstrzygnięcia protestu Konsorcjum Firma: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart" Sp. z o.o. , Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót

Drogowych „TRAKT" Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY-ŁÓDŹ" S.A. w Łodzi, „INTERCOR" Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Sp. z o.o. w Zawierciu, PI „IMB-Podbeskidzie" Sp. z o.o. w Skoczowie i Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. w Kielcach zarzuciło zamawiającemu tak jak w proteście, że dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem art. 7 ust. li i 3 ustawy o zamówieniach publicznych.

Winien był ofertę tę odrzucić.

Zakwestionował pogląd zamawiającego, że wstawienie wartości „O" w jednej pozycji kosztorysu nie stanowi przeszkody w rozliczeniu robót gdy taka pozycja zawarta jest także w innych kosztorysach mostowych i zawiera cenę jednostkową 214,53 zł i zarzucił, że skoro w SIWZ zamawiający wskazał, że wykonawca ma określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w przedmiocie robót to wstawienie w jednej pozycji kosztorysu wartości „O" nie spełnia wymogów SIWZ.

Skoro zaś cena z przyjętej przez zamawiającego oferty obliczona została z błędem, doprowadziło to do otrzymania przez zamawiającego ofert nieporównywalnych.

Odwołujący podniósł, nadto, że użycie w przyjętej ofercie sformułowania „ława betonowa" w miejsce „ławy fundametowej" nie jest niezgodnością formy a stanowi niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia. Wskazuje na to fakt, że sam zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w tym zakresie.

Wniósł jak w proteście o powtórzenie czynności badania i ceny ofert, dokonanie czynności odrzucenia oferty konsorcjum firma Strabag i MOTA-ENGIL i powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Rozpoznając odwołanie Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 24.10.2008r. oddaliła je i obciążyła składającego odwołanie kosztami postępowania.

Ustaliła co następuje:

Ogłoszenie zamawiającego - Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15.04.2008r. pod nr 2008/573-098575.

W rozdziale 1 SIWZ - „Instrukcja dla wykonawców". Zamawiający zawarł takie wymagania :

- by oferta obejmowała całość zamówienia,

- wykonawca określi ceny jednostkowe netto i wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w przedmiarach robót,

- wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysach ofertowych wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w przedmiarach,

- cena oferty winna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu.

Nadto zamawiający wskazał, że przy dokonywaniu wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający stosować będzie wyłącznie kryteria ceny. Pismem z dnia 19.08.2008r. zamawiający przesłał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu kosztorysy ofertowe o zmienionej treści miedzy innymi w taki sposób, że pozycja z kosztorysu ofertowego w części „mur oporowy" w dotychczasowym brzmieniu „ława betonowa B 35" otrzymała brzmienie „ława fundamentowa B 35".

Konsorcjum Strabag Sp. z o.o. i „MOTA-ENGIL" S.A. złożyło w dniu 22.08.2008r. ofertę wraz z kosztorysem, w którym w części „mur oporowy" w pozycji 2 zaoferowało „ławę betonową B 35" zaś w części „Most MS9 nad rzeką Jaślaną w km 526+ 579,08 drogi S-7" poz. 4lb nie podało ceny jednostkowej i wartości robót dla krawężnika kamiennego ulicznego w ilości 48 mb.

Za bezsporne Izba uznała, że w innych pozycjach kosztorysu ofertowego na budowle mostowe konsorcjum podało takąsamącenę jednostkową- 214,53 zł. Po dokonaniu oceny ofert zgodnie w przyjętym w SIWZ jedynym kryterium ceny zamawiający wybrał ofertę Konsorcjum Strabag z ceną 643.461.787,16 zł Odwołujący z ceną 645.635.321,21 zł - zakwalifikowany został na drugiej pozycji. •

Izba Odwoławcza uznała, że odwołujący, który złożył ofertę ocenianą przez Zamawiającego jako druga w kolejności posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych gdyż potwierdzenie podniesionych przez niego zarzutów w stosunku do oferty uznanej za najkorzystniejszą dałoby mu możliwość uzyskania zamówienia.

Uznała natomiast, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Za istotę sporu uznała odpowiedź na pytanie, czy brak wypełnienia pozycji 41 b kosztorysu ofertowego w części „Most MS9 nad rzeką Jaślaną w km 526+579,08 drogi S-7" w ten sposób, że nie została podana cena jednostkowa oraz wartość robót netto a także zmiana nomenklatury w stosunku do treści wymaganej przez Zamawiającego w poz. 2 c w części „Mur oporowy" powoduje niezgodność oferty Konsorcjum Strabag z treścią SIWZ oraz, czy przywołany brak wypełnienia stanowi omyłkę rachunkową, której nie można poprawić na podstawie art. 88 Pzp lub błąd w obliczeniu ceny.

Zdaniem Izby Odwoławczej przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych nakazujący zamawiającemu odrzucenie oferty, której treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia należy interpretować w aspekcie merytorycznych wymagań zamawiającego co do elementów istotnych dla wykonania zamówienia merytorycznej treści oferty świadczenia zaoferowanego przez wykonawców.

Tym samym, zdaniem Izby Odwoławczej o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ można mówić w sytuacji gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego realizacji w całości.

W okolicznościach sprawy natomiast nie ma podstaw, by przyjąć, że oferta Konsorcjum Strabag nie odpowiada treści SIWZ.

Zarzut odwołującego, że oferta Konsorcjum Strabag została sporządzona odmiennie niż to wynika ze SIWZ zdaniem Izby Odwoławczej jest nietrafny. Konsorcjum Strabag zaoferowało bowiem realizację całego przedmiotu zamówienia, którym jest budowa drogi ekspresowej S-7 na odcinku Skarżysko Kamienna - Występa, obwodnica miejscowości Suchedniów , Ostoja, Łączna i Występa. Brak podania ceny jednostkowej wartości robót netto nie skutkuje brakiem zaoferowania świadczenia poz. 41 b kosztorysu ofertowego czyli w zakresie 48 mb krawężnika kamiennego ulicznego, gdyż został on wyraźnie wskazany w kosztorysie ofertowym Konsorcjum Strabag. Pominięcie ceny jednostkowej i wartość robót netto mieć będzie zdaniem Izby znaczenie jedynie dla wysokości wynagrodzenia wykonawcy za ten element robót ale ten brak nie powoduje automatycznie skutku w postaci niezgodności z treścią SIWZ Zamawiający formułując zapis pkt 9.2. SIWZ w brzmieniu: „ wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w przedmiarach robót" nie zawęził bowiem pojęcia „określenie cen jednostkowych netto oraz wartości netto" wyłącznie do wartości dodatnich ani nie zastrzegł skutku prawnego w postaci odrzucenia oferty z powodu braku

podania przywołanych danych lub podania wartości „0 zł".

Zdaniem Izby Odwoławczej ocena zgodności oferty złożonej przez Konsorcjum Strabag z treścią SIWZ powinna następować z ustalenia, czy pominięcie ceny jednostkowej, netto i wartości netto 48 mb chodnika kamiennego ulicznego prowadzi do niemożności porównania ofert złożonych w postępowaniu oraz czy pominięcie tó wywarło wpływ na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

Według Izby' Odwoławczej skoro różnica ceny oferty Konsorcjum Strabag oferty Odwołującego wynosiła 2.173.534,05 zł to przy przyjęciu, że wycena pozycji ze wskazaną ceną jednostkową „0" nastąpiłaby analogicznie jak w innych częściach kosztorysu ofertowego na budowle mostowe tj. 214,53 zł za mb to cena Konsorcjum STRABAG wzrosłaby o 10.387,44 zł i byłaby niższa od oferty odwołującego o 2.163.146,61 zł.

Brak wskazania poz. 4 lb kosztorysu ofertowego - ceny jednostkowej i wartości robót netto dla 48 mb krawężnika kamiennego ulicznego nie prowadzi natomiast do braku możliwości porównania ofert w przyjętym w SIWZ kryterium oceny, którym jest wyłącznie cena oferty i pozostaje bez wpływu na wybór oferty naj korzy stniej szej.

Za nieuzasadniony uznała też Izba zarzut niezgodności z treścią SIWZ świadczenia ofertowego w poz. 2c kosztorysu ofertowego Konsorcjum Strabag w części „Mur oporowy" w sytuacji gdy odwołujący nie udowodnił swego twierdzenia, żę ława betonowa B 35" i „ława fundamentowa B 35" stanowią inne konstrukcje techniczne.

Brak dokonania przez Konsorcjum Strabag zmian w kosztorysie ofertowym w zakresie oznaczenia tej części świadczenia nie ma merytorycznego znaczenia dla oceny jego treści. Izba uznała pozostawienie przez Konsorcjum wskazanej pozycji przedmiaru w pierwotnym brzmieniu nadanym przez zamawiającego za uchybienie wyłącznie formalne, które nie może być przyczyną odrzucenia oferty Izba Odwoławcza wskazała nadto, że nieuzasadnione jest w jej ocenie odwoływanie się przez odwołującego do ustawy z dnia 5 lipca 200lr. o cenach oraz do ustawy z dnia 29 sierpnia 1997r. o Narodowym Banku Polskim.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych pojęcie „cena" odnoszą się bowiem wyłącznie do ceny oferty. W tym też zakresie znajduje zastosowanie definicja ceny zawarta w ustawie o cenach. Nie jest natomiast prawidłowe badanie zgodności z przepisami ustawy o cenach pojedynczej pozycji kosztorysu.

Izba Odwoławcza wskazała natomiast za nieuprawnioną pogląd Zamawiającego wyrażony w rozstrzygnięciu protestu iż na etapie rozliczenia prac objętych zamówieniem możliwe jest odniesienie do pozycji 41b kosztorysu ofertowego w części Most MS9nad rzeką Jaślanąw km 526+579,08 drogi S-7 wartości pozycji analogicznych z innych kosztorysów ofertowych na budowle mostowe.

Zdaniem Izby pominięcie ceny jednostkowej oraz wartości robót netto przynosi na etapie rozliczenia inwestycji skutek **w** postaci braku możliwości dochodzenia wynagrodzenia za realizację tej pozycji kosztorysu. Okoliczność ta nie powoduje jednak zawarcia umowy w sprawie zamówień publicznych pod tytułem darmnym.

W skardze na Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej skarżący wykonawca - Konsorcjum: 1) Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart" Sp. z o.o. 2)

z \ ___

Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „TRAKT" Sp. z o.o. 3) Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „MOSTY ŁÓDŹ" S.A. 4) „INTERCOR" Przedsiębiorstwo Usług Technicznych Sp. z o.o. w Zawierciu 5) PI „IMB

Podbeskidzie" Sp. z o.o. w Skoczowie 6) Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. w Kielcach wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie jego odwołania wraz z zawartymi w tym odwołaniu wnioskami i zasądzenie na rzecz skarżącego kosztów postępowania.

Skarżący zarzucił:

- naruszenie przez Izbę Odwoławczą prawa materialnego a to art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez nieodrzucenie oferty przeciwnika, mimo że, jako nieodpowładająca SIWZ podlegała ona odrzuceniu oraz naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy poprzez nierówne traktowanie wykonawców,

- naruszenie przepisów postępowania - art. 233 § 1 kpc poprzez naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów oraz sprzeczność ustaleń z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez uznanie, że uczestnicy postępowania, których oferta została wybrana nie podlegają wykluczeniu z udziału w przetargu w związku z niespełnieniem jego kryteriów.

W uzasadnieniu skargi skarżący podniósł, że podanie w ofercie Konsorcjum Strabag - „MOTA ENGIL" w poz. 41 b kosztorysu ofertowego ceny jednostkowe w kwocie „0" oraz wartość robót netto „0" oznacza iż Konsorcjum Strabag- „MOTA-ENGIL" nie ujęło tych robót w cenie zamówienia a tym samym oferta tego konsorcjum nie odpowiadała wymogom stawianym w SIWZ. Pominięcie ceny jednostkowej i wartości netto 48 mb chodnika kamiennego ulicznego prowadziło do oczywistej niemożności porównania ofert złożonych w postępowaniu i wywarło wpływ na czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Izba Odwoławcza ustalając istnienie braku jednej pozycji kosztorysu ofertowego w części jednostkowej wartości robót całkowicie dowolnie przyjęła, że z uwagi na niewielką kwotowo wartość uchybienia nie powoduje to skutku niezgodności oferty z treścią SIWZ.

W świetle brzmienia art. 89 ust. 1 ustawy w zamówieniach publicznych, to, że koszt pominiętej pozycji w kosztorysie jest niewielki, nie ma wpływu na zaistnienie podstawy do odrzucenia oferty.

Podniósł, że w sytuacji gdy warunki umowy na przedmiot zamówienia publicznego określają wynagrodzenie kosztorysowe a nie ryczałtowe, to brak którejkolwiek z części tego kosztorysu w ofercie skutkować winno jej odrzuceniem.

Skarżący dopatrzył się przy tym sprzeczności pomiędzy poglądem prezentowanym przez Izbę Odwoławczą iż nieuprawniony jest pogląd zamawiającego wyrażony w rozstrzygnięciu protestu, że możliwe jest na etapie rozliczenia prac objętych zamówieniem odniesienie do pominiętej pozycji kosztorysu ofertowego wartości analogicznych z innych kosztorysów ofertowych na budowy mostowe a wnioskami Izby o niezastosowaniu rygorów i sankcji przewidzianych przepisami ustawy o zamówieniach publicznych do jednego z uczestników postępowania przetargowego i posłużenie się do oceny zaistniałej sytuacji zasadą słuszności w sytuacji gdy, przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ma charakter bezwzględnie obowiązujący było zdaniem skarżącego niezasadne.

Zamawiający ustosunkowując się do skargi wniósł o jej oddalenie jako bezzasadnej i zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania.

W toku postępowania wywołanego wniesieniem skargi wniósł o jej odrzucenie zarzucając brak interesu prawnego po stronie skarżącego do zaskarżenia wyroku. Zarzucił, że przy ponownym rozpoznawaniu ofert w przypadku gdyby Sąd uznał zasadność zarzutów skarżącego i odrzucił ofertę - konsorcjum Strabag także oferta skarżącego podlegałaby odrzuceniu albowiem nie wpłacił on wadium na przedłużony okres związania ofertą.

Podniósł, że termin na jego wpłacenie upływał 21.11.2008r. a skarżący w tym terminie nie wpłacił całego wymaganego wadium.

Skarżący podniósł, że przelew obejmujący kwotę wadium zrealizował w terminie ustalonym przez zamawiającego.

W toku postępowania skargowego do postępowania przystąpił w charakterze interwenienta ubocznego po stronie zamawiającego wykonawca Konsorcjum Strabag Sp. z o.o. w Warszawie, MOTA-ENGIL POLSKA S.A. w Krakowie. Interwenient uboczny wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie na jego rzecz kosztów procesu. Przyłączył się do stanowiska procesowego zamawiającego.

Sąd Okręgowy rozpoznając skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej

zważył, co następuje:

Odnosząc się . do podniesionego w toku postępowania skargowego zarzutu zamawiającego utraty interesu prawnego w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 164 z 2006r. poz. 1163 z późri. zm.) Sąd Okręgowy zważył co następuje:

Zarzut braku interesu prawnego po stronie wnoszącego skargę Konsorcjum jest uzasadniony:

Skarżący istnienia po swej stronie interesu prawnego upatrywał w tym, że w następstwie nie odrzucenia oferty wybranej przez zamawiającego jako najkorzystniejsza utracił możliwość uzyskania zamówienia, mimo, że złożył najkorzystniejszą ofertę.

Oferta jego zawierała bowiem drugą co do wysokości cenę w postępowaniu przetargowym. Jedynym kryterium oceny oferty była cena a zatem w następstwie nie odrzucenia oferty Konsorcjum Strabag Sp. z o.o. i MOTA-ENGIL POLSKA S.A. został on pozbawiony możności uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Istnienie tak rozumianego interesu prawnego po stronie Konsorcjum wnoszącego skargę jako przesłanka skutecznego korzystania z ochrony prawnej w postaci protestu i odwołania nie budziło wątpliwości.

Jednakże w toku postępowania wywołanego wniesieniem skargi wnoszący skargę utracił przymiot wykonawcy w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy w zamówieniach publicznych a tym samym nie można uznać, że może doznać uszczerbku jego interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy. Wykluczeniu z postępowania podlega bowiem wykonawca, którego oferta nie jest zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą. Przesłanka wykluczenia występuje również w sytuacji nie wniesienia przez wykonawcę wadium na przedłużony okres związania ofertą to jest w sytuacji gdy zamawiający działając na podstawie art. 181 ust. 2 a ustawy wystąpi o wniesienie nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą a wykonawca wadium takiego nie wniesie.

Bezsporna jest między stronami postępowania okoliczność, że termin ustalony na wniesienie nowego wadium upływał w dniu 21 listopada 2008r. W tej dacie skarżący wysłał polecenie przelewu na kwotę 5.500.000 zł do banku (dowód - k. 191), jednakże kwota ta wpłynęła na rachunek zamawiającego w dniu 24 listopada 2008r. (dowód: wtórnik polecenia przelewu - k. 195).

Okoliczność prawidłowego wykonania przez wykonawcę obowiązku wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą podlega ocenie według zasad określonych w art. 454 § 1 zd. 2 kc co oznacza, że spełnienie świadczenia pieniężnego następuje w dniu uznania rachunku bankowego wierzyciela a nie

dłużnika.

W tym stanie rzeczy nie budzi wątpliwości, że skarżący wykonawca nie wniósł wadium na przedłużony okres związania ofertą i podlega wykluczeniu. Jakkolwiek, zamawiający stwierdzając, że zachodzi okoliczność implikująca konieczność wykluczenia z postępowania obowiązany jest czynność tę dokonać, to w sytuacji gdy dopiero w toku postępowania zainicjowanego wniesieniem skargi zaistniała okoliczność uzasadniająca wykluczenie skarżącego z postępowania Sąd Okręgowy oceniając stan sprawy wg zasad art. 316 § 1 kpc i 382 kpc uznał, że po stronie skarżącego nie występuje przesłanka w postaci uszczerbku interesu prawnego wyrażającego się w możliwości uzyskania zamówienia.

Wobec tego zaś, że interes prawny po stronie podmiotu wnoszącego środek ochrony prawnej w postaci skargi jest przesłanką o charakterze merytorycznym jej brak uzasadnia oddalenie skargi.

Niezależnie od powyższej podstawy oddalenie skargi Sąd Okręgowy uznał za nieuzasadnione zarzuty skargi.

Podzielił ocenę Krajowej Izby Odwoławczej, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy o zamówieniach publicznych odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego świadczenia i merytorycznych wymagań zamawiającego.

Można mówić o takiej niezgodności gdy oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego realizacji w całości. W ocenie Sądu zaś taka sytuacja nie ma miejsca w przedmiotowym przypadku.

Także umieszczenie jednej pozycji kosztorysu wartości „O" w części dotyczącej ceny jednostkowej i wartości nie powoduje skutku w postaci niezgodności oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w sytuacji gdy zamawiający formułując postanowienia SIWZ nie zawężał pojęcia „określenie cen jednostkowych netto oraz wartości netto" wyłącznie do wartości dodatnich oraz nie zastrzegł skutku w postaci odrzucenia oferty z powodu braku podania danych lub podania wartości „O zł".

Ocena zgodności oferty z treścią SIWZ powinna natomiast następować przy założeniu kryterium czy pominięcie ceny jednostkowej 48 mb krawężnika chodnika prowadzi do niemożności porównania ofert złpżonych w postępowaniu oraz czy pominięcie tej ceny i wartości wywarło wpływ na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej.

Porównywalność ofert ma bowiem umożliwić zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej, która zapewni zamawiającemu możliwość zrealizowania zamówienia publicznego w sposób zabezpieczający jego interesy i oczekiwania. W sytuacji zaś gdy jedynym kryterium oceny ofert wg SIWZ była cena to przy uwzględnieniu różnicy pomiędzy ceną z oferty skarżącego i z oferty Konsorcjum Strabag brak wskazania ceny jednostkowej i wartości dla pozycji obejmującej 48 mb krawężnika kamiennego chodnika pozostawało bez wpływu na wybór oferty Konsorcjum STRABAG jako najkorzystniejszej. Mieć przy tym należy na uwadze, że pojęcie „cena" odnosi się do ceny przedmiotu oferty jako całości a nie do jednej pozycji kosztorysu.

W tym stanie rzeczy, uznając skargę na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej za niezasadną Sąd Okręgowy oddalił ją na zasadzie art. 198 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzekł na zasadzie art. 98 § 1 1 i 3, art. 99 kpc w zw. z art. 194 ust. 2 ustawy o zamówieniach publicznych w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 c rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. Nr 128 z 2007r.

poz. 886) w związku z § 13 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 28.09.2002r. w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu (Dz. U. Nr 163 poz. 1348 z późn. zm.).

SSO Maria Bała SSO Elżbieta Kabzińska SSO Marek Skrobisz

. -"e >/

\ V*"