

sąd okręgowy w Poznaniu
x wydział Gospodarczy Odwoławczy
szyperska 14
61-754 Poznań

tel. (61) 85 66 233 fax. (61) 85 66 200

Poznań, dnia 21 kwietnia 2015

Sygnatura akt X Ga 76/15

(w odpowiedzi należy podać datę i sygn. akt)

2/wy.

KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA_t

2015 -04- 3 0 /f

WPLYNĘŁO

Krajowa Izba Odwoławcza
ul. Postępu 17 A
02-676 Warszawa

ODEZWA

ZWROT AKT PRZEZ SĄD ODWOŁAWCZY

Sąd Okręgowy w Poznaniu X Wydział Gospodarczy Odwoławczy zwraca akta KIO 2421/14 oraz KIO 2453/14 wraz z odpisem wyroku z 19 marca 2015 r. z uzasadnieniem.

(w załączeniu akta pomocnicze - 2 segregatory, 2 skoroszyty)

Z-ca Kierownika Sekretariatu
Wydziału X Gospodarczego Odwoławczego

Sylvia Wawrzyniak

S^u-»

Z

«&

Sygn. akt XGa 76/15

WPLYNEŁO

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

/

Dnia 19 marca 2015 r.

Sąd Okręgowy w Poznaniu, X Wydział Gospodarczy Odwoławczy w składzie:

Przewodniczący: SSO Piotr Majchrzak
Sędziowie: SSO Wanda Migdał

SSO Ryszard Trzebny

Protokolant: st. sekr. sąd. Sylwia Wawrzyniak

po rozpoznaniu w dniu 5 marca 2015 r. w Poznaniu na rozprawie

sprawy ze skargi w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Budimex Spółka
Akcyjna z siedzibą w Warszawie

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie z dnia 10 grudnia 2014 roku sygn.
akt KIO 2421/14 oraz KIO 2453/14

przy udziale zamawiającego Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu
oraz przystępującego po stronie zamawiającego Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w

Warszawie

I. zmienia zaskarżony wyrok w zakresie dotyczącym sprawy zarejestrowanej

pod sygn. KIO 2421/14:

- w punkcie 1. w ten sposób, że stwierdza naruszenie przez zamawiającego Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2. oraz art. 89 ust. 1 pkt 6. ustawy prawo zamówień publicznych;

- w punkcie 2. w ten sposób, że kosztami postępowania obciąża zamawiającego Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu oraz w punkcie 2.2 w ten sposób, że zasądza od zamawiającego na rzecz wykonawcy Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę 23.600 zł;

II. odrzuca skargę w zakresie dotyczącym wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w części oddalającej odwołanie Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie zarejestrowane pod sygn. KIO 2453/14;

III. w pozostałym zakresie skargę oddala;

IV. kosztami postępowania przed Sądem Okręgowym obciąża w całości zamawiającego Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu i z tego tytułu zasądza od zamawiającego na rzecz skarżącego kwotę 103.617 zł (sto trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych) w tym 3.617 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Wanda Migdał

SSO Piotr Majchrzak

SSO Ryszard Trzebny

\<\Oryginał nieżycie podpisano

■

[W

l©

Odpts spurząd

27

Poznań,

Z-ca Kierownika Sekretariatu

Syldfza^a

awrzyniak

UZASADNIENIE

Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, prowadził postępowanie dotyczące zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa obwodnicy Miasta Czarnków w ciągu drogi wojewódzkiej nr 178 Wąlcz - Trzcianka - Czarnków - Oborniki - dokończenie budowy”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE z dnia 29 sierpnia 2014 r., poz. 2014/S 165-294326. Postępowanie prowadzone było w trybie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. - Dz. U. z 2013 r., poz. 907; dalej: Prawo zamówień publicznych - pzp). Ostatecznie zamawiający wybrał ofertę Skanska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.

W dniu 17 listopada 2014 r. wykonawca Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając zamawiającemu niewłaściwe postępowanie poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Skanska S.A., wykluczenie odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp i odrzuceniu złożonej przez skarżącego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy pzp oraz zaniechaniu wyboru oferty zamawiającego jako najkorzystniejszej.

Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 grudnia 2014 r. wydanym w sprawie zarejestrowanej pod sygn. akt KIO 2421/14 odwołanie zostało oddalone. Wyrokiem tym oddalono także odwołanie Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie wywiedzione od decyzji zamawiającego o utajnieniu części dokumentów w związku z tajemnicą przedsiębiorstwa (KIO 2453/14). W uzasadnieniu orzeczenia w sprawie KIO 2421/14 wskazano, że w pkt 6.2.2. SIWZ zamawiający postawił wymóg wykazania się przez wykonawców m.in. wytwórnią mieszanek mineralno-asfaltowych odpowiednio wyposażonych, zlokalizowanych w technologicznie uzasadnionej odległości od miejsca wbudowania gwarantując spełnienie warunków temperatury oraz cech jakościowych przy wbudowaniu mieszanki mineralno-asfaltowej. Wykonawca zobowiązany był podać miejsce lokalizacji (adres) wytwórni, z której będzie dostarczona mm-a na budowę. Zgodnie z postanowieniami pkt 7.2.4. SIWZ na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykonawcy zobowiązani byli złożyć informację o dostępnym sprzęcie na formularzu 3.4 oraz pisemną informację o podstawie dysponowania tym sprzętem oraz o lokalizacji wytwórni mas bitumicznych. Odwołujący BUDIMEX złożył wymagany formularz na stronie 48 oferty wskazując w nim wytwórnię LINTEC CSD2500, ul. Gdańska 12b, 70-660 Szczecin i składając oświadczenie, iż wytwórnia zlokalizowana jest w technologicznie uzasadnionej odległości od miejsca wbudowania gwarantująca spełnienie warunków temperatury oraz cech jakościowych przy wbudowaniu mieszanki mineralno-asfaltowej szczególnie przy transporcie ogólnodostępnymi na rynku termosami do przewozu MMA. KIO uznała, iż w postawionym warunku, dotyczącym potencjału technicznego, zamawiający nie sformułował wymagania co do maksymalnej odległości, w jakiej powinna znajdować się wytwórnia mieszanek mineralno-asfaltowych od miejsca wykonania zamówienia, co prowadzi do pewnej uznaniowości w ocenie spełniania tego warunku. Dokonując wykluczenia odwołującego BUDIMEX zamawiający powinien był wykazać, że dowieszenie mieszanki z wytwórni zlokalizowanej w Szczecinie przy zachowaniu jej właściwości nie jest możliwe. Tymczasem okoliczności tej, w ocenie Izby, zamawiający nie dowiódł. Okoliczności, iż wytwórnia w Szczecinie nie gwarantuje spełniania warunków temperatury oraz cech jakościowych przy wbudowaniu mieszanki mineralno-asfaltowej nie potwierdzają złożone przez zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie opinie, bowiem nie stwierdzają one w sposób jednoznaczny braku możliwości zachowania parametrów mieszanki określonych przez zamawiającego przy jej transporcie z wytwórni zlokalizowanej w Szczecinie. Odniesienie się przez Izbę w sposób szczegółowy do treści tych opinii jest niemożliwe z uwagi ich zastrzeżenie jako niejawnie przez zamawiającego. Izba stwierdziła, że również wytwórnia wskazana przez odwołującego BUDIMEX w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 15 października 2014 r.

spełnia warunek udziału w postępowaniu. Jedynym zastrzeżeniem zamawiającego w zakresie drugiej wytwórni wskazanej przez odwołującego BUDIMEX było to, że wykonawca nie dysponuje nią na cały okres realizacji zamówienia. Wskazać jednak należy, iż stawiane w postępowaniu warunki udziału w postępowaniu mają na celu badanie potencjału wykonawcy, jego weryfikację pod kątem zdolności do realizacji zamówienia. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie sformułował wymagań, aby wykonawca korzystał z wykazywanej na etapie oceny spełniania warunku wytwórni mieszanek mineralno-asfaltowych przy realizacji zamówienia tak, jak uczynił to w przypadku personelu (§ 11 ust. 2 Istotnych dla stron postanowień umowy). Z uwagi na powyższe Izba uznała, że obie wytwórnie wykazywane przez odwołującego BUDIMEK spełniają warunek udziału w postępowaniu dotyczący potencjału technicznego, jakim dysponuje wykonawca. Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy pozostają złożone przez odwołującego BUDIMEX na rozprawie dokumenty dotyczące kolejnej wytwórni mieszanek mineralno-asfaltowych - wykonawca zobowiązany jest wykazać spełnianie warunku na dzień składania ofert za pomocą dokumentów złożonych wraz z ofertą lub w wyniku uzupełnienia na wezwanie zamawiającego.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp. Izba zważyła, iż zamawiający przewidział kosztorysowy charakter wynagrodzenia, co jednoznacznie wynika m.in. z § 4 ust. 2 Istotnych dla stron postanowień umowy, który już sam w sobie zobowiązuje wykonawcę do realnej wyceny każdej z pozycji kosztorysu. Cechą takiego wynagrodzenia jest jego zmienność w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia - cena podana w ofercie jest jedynie umówionym wynagrodzeniem, a nie ceną ostateczną. Wynagrodzenie kosztorysowe umożliwia zatem dostosowanie wysokości wynagrodzenia do rzeczywistego zakresu i kosztów wykonanych robót. Z tego względu wykonawca składający ofertę zobowiązany jest do ujęcia w każdej z pozycji kosztorysu ceny odpowiadającej wartości danej części robót. W przedmiotowym postępowaniu sposób wyceny poszczególnych pozycji wynikał nie tylko z przyjętego charakteru wynagrodzenia, ale również z postanowień specyfikacji, w tym m.in. pkt 9.1 Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych D-M-00.00.00, pkt 9 specyfikacji technicznych dotyczących poszczególnych etapów robót. Swoboda w kształtowaniu cen, na którą wskazywał odwołujący BUDIMEX, była zatem dopuszczalna w zakresie wysokości ceny, nie zaś zakresu prac, które miały być w danej pozycji wycenione. Dokonana przez odwołującego BUDIMEX kalkulacja, jak też treść złożonych w tym zakresie wyjaśnień wskazuje, że wycena pozycji była dokonana niezgodnie z ww. wytycznymi. Szersze uzasadnienie nie jest możliwe z uwagi na zastrzeżenie jako niejawnych zarówno wyjaśnień odwołującego BUDIMEX, jak i części informacji o wynikach postępowania w ww. zakresie. Ostatecznie KIO nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów prawa przy konstruowaniu uzasadnienia wykluczenia odwołującego BUDIMEX i odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty. Informacja o wynikach postępowania zawiera uzasadnienie faktyczne i prawne, a jego treść nie pozostawia wątpliwości co do powodów wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty

Skargę z dnia 5 stycznia 2015 r. od powyższego wyroku wywiódł Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, zarzucając:

1. naruszenie prawa materialnego, tj. przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 p.z.p. w zw. z art. 65 k.c. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że treść oferty Skarżącej nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie, w jakim Skarżąca nie ujęła w niektórych cenach jednostkowych podanych w Tabeli Elementów Rozliczeniowych (załączniku do oferty) wszystkich kosztów wykonania pozycji przedmiaru, do której odnosiła się dana cena jednostkowa, co stanowi jednocześnie błąd w obliczeniu ceny, gdy tymczasem wymóg taki nie wynikał z zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a co za tym idzie Skarżąca nie popełniła błędu w wyliczeniu ceny;
2. naruszenie prawa materialnego, tj. przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 p.z.p. w zw. z art. 65 § 1 k.c. i art. 629 k.c. poprzez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że treść oferty Skarżącej nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie, w jakim Skarżąca nie ujęła w niektórych cenach jednostkowych podanych w Tabeli Elementów Rozliczeniowych (załączniku do oferty) wszystkich kosztów wykonania pozycji przedmiaru, do której odnosiła się dana cena jednostkowa, co jednocześnie stanowi błąd w obliczeniu ceny, gdy tymczasem wymóg taki nie wynikał z faktu, iż Zamawiający przewidział w postępowaniu kosztorysowy model wynagrodzenia

wykonawcy robót budowlanych;

3. naruszenie prawa materialnego, tj. przepisu art. 7 p.z.p. poprzez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że Zamawiający, prowadząc postępowanie, nie naruszył zasady równego traktowania wykonawców, gdy tymczasem do naruszenia wskazanej zasady doszło, skoro wymóg „realnego” ukształtowania cen jednostkowych Zamawiający zastosował wyłącznie względem skarżącego;
4. naruszenie prawa procesowego, tj. przepisu art. 192 ust. 2 p.z.p. poprzez oddalenie odwołania wniesionego przez Skarżącą, mimo iż doszło do naruszenia przepisów ustawy, które miało istotny wpływ na wynik postępowania.

W oparciu o powyższe zarzuty skarżący wniósł o:

- a. zmianę zaskarżonego wyroku poprzez nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty, a następnie powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, a w jej wyniku wybór jako najkorzystniejszej oferty skarżącego;
- b. ewentualnie zmianę zaskarżonego wyroku i stwierdzenie nieważności umowy zawartej pomiędzy zamawiającym a SKANSKA S.A., której przedmiotem jest „Budowa obwodnicy Miasta Czarnków w ciągu drogi wojewódzkiej nr 178 Wałcz - Trzcianka - Czarnków - Oborniki -dokończenie budowy”;
- c. ewentualnie zmianę zaskarżonego wyroku i stwierdzenie, po myśli art. 198f ust. 2 p.z.p. w zw. z art. 192 ust. 3 pkt 3 p.z.p., naruszenia przez zamawiającego - poprzez odrzucenie oferty skarżącego -przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych

oraz o zasądzenie od strony przeciwnej na rzecz skarżącej kosztów postępowania, w tym wynagrodzenia radcy prawnego, według norm przepisanych.

W uzasadnieniu skargi wskazał, że żaden z zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wskazywał sposobu wypełnienia poszczególnych pozycji w Tabeli Elementów Rozliczeniowych, w szczególności takiego sposobu nie opisywał punkt 13 siwz. Także punkt 9 SST nie mówi o tym, jakie koszty mają być ujęte w danej cenie jednostkowej.

Dzieje się tak m. in. z uwagi na okoliczność, iż w Tabeli Elementów Rozliczeniowych Zamawiający przewidział konieczność podania aż 5 cen jednostkowych za wykonanie poszczególnych robót podanych w przywołanym pkt 9 SST 02.01.01 wykonanie wykopów w gruntach I-IV kategorii, tj. poz. 137-142.

Gdyby więc cel zapisów SST miał być w zamiarze zamawiającego taki, by nałożyć na wykonawców obowiązek ujęcia w danej cenie jednostkowej podawanej w TER wszystkich kosztów związanych z wykonaniem robót opisanych w danej pozycji, to zapis pkt 9 SST musiałby brzmieć inaczej, w szczególności musiałby on wskazywać, jak przyporządkować koszty wykonania robót ujętych w TER w jednej pozycji, a opisanych w pkt 9 SST w kilku pozycjach lub odwrotnie, jak pomiędzy poszczególne pozycje TER podzielić koszty wspólne dla wszystkich robót wymienionych w pkt 9 SST. Takich wytycznych SST nie zawiera. Zdaniem skarżącego, zamawiający, a w ślad za nim Izba, mylą zapisy SIWZ odnoszące się do sposobu wyliczenia ceny ofertowej z zapisami SIWZ odnoszącymi się do sposobu rozliczenia stron na etapie wykonywania robót budowlanych, w wyniku czego nakładają na wykonawcę robót budowlanych dalej idące wymagania w zakresie sposobu kalkulacji poszczególnych cen jednostkowych niż wynika to z zapisów SIWZ. Żaden zapis SIWZ nie nakłada na wykonawcę składającego ofertę w niniejszym postępowaniu obowiązku skalkulowania ceny jednostkowej w sposób „realny”, tj. w rozumieniu Izby w taki sposób, by dana cena jednostkowa obejmowała wszystkie koszty, jakie faktycznie będą poniesione przez wykonawcę w związku z wykonaniem robót, do których cena ta się odnosi. Zapisy SIWZ, rozumiane w sposób zgodny z art. 65 k.c., akcentują wyłącznie to, że ceny jednostkowe jako takie muszą uwzględniać wszystkie koszty wykonania robót, a wykonawcy nie będzie służyło dodatkowe roszczenie, jeśli w cenach tych nie uwzględni np. kosztów unieszkodliwiania odpadów, w tym opłaty środowiskowej, czy kosztów uzyskania uzgodnień, pozwoleń i decyzji administracyjnych. Nadto, zapisy SIWZ - SST wskazują, jakie roboty muszą zostać wykonane (pkt 9

poszczególnych SST), by mogło dojść do rozliczenia robót ("Podstawapłatności").

Następnie, skarżący zarzucił, że obowiązku ujęcia w poszczególnych cenach jednostkowych wszystkich kosztów wykonania robót opisanych w pozycji przedmiaru, do której odnosi się dana cena jednostkowa nie sposób wywieść także z faktu, że zamawiający przewidział w SIWZ kosztorysowy model wynagrodzenia wykonawcy. Przy wynagrodzeniu kosztorysowym elementem co do zasady niezmiennym pozostaje ustalona na etapie zawierania umowy cena jednostkowa. Ustawodawca, zgodnie z zasadą swobody umów, nie określa w przywołanym przepisie, w jaki sposób winna zostać ustalona cena, w szczególności, jakie koszty winny być objęte poszczególną ceną jednostkową. Ustalenia i zakresie pozostawione są stronom umowy, co mając na uwadze specyfikę umów zawieranych w trybie zamówień publicznych sprowadza się do stwierdzenia, że jeśli Zamawiający ma pewne oczekiwania odnośnie tego, w jaki sposób winna zostać wyliczona cena ofertowa, w tym i poszczególne jednostkowe, to oczekiwania te powinny znaleźć odzwierciedlenie w jednoznacznych i nie budzących wątpliwości interpretacyjnych zapisach SIWZ. Zamawiający nie ograniczył zasady swobody umów poprzez zalecenie wykonawcom obowiązku skalkulowania w określony sposób cen jednostkowych. W tej sytuacji, skarżąca, korzystając z przyznanej jej swobody umów, mogła skalkulować ceny jednostkowe w sposób opisany w wyjaśnieniach z dnia 30 października 2014r. Skarżący podkreślił też, że zamawiający, a w ślad za nim Izba, nie zarzucili skarżącemu ani tego, że wniesienie przez nią oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, ani tego, że oferta skarżącego jest nieważna na podstawie innych przepisów, w szczególności przepisu art. 58 k.c. Jedną podstawą prawną do odrzucenia oferty skarżącego była rzekoma niezgodność jej zapisów z zapisami SIWZ oraz błąd w obliczeniu ceny, przy czym Izba nie wskazuje, z jakim konkretnie zapisem SIWZ oferta skarżącego miałaby być niezgodna, ani na czym dokładnie ma polegać rzekomy błąd skarżącego w obliczeniu ceny ofertowej.

W odpowiedzi na skargę z dnia 19.01.2015 r., zamawiający Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu wniósł o oddalenie skargi w całości oraz zasądzenie na jego rzecz od skarżącego kosztów postępowania. W uzasadnieniu wskazał, że jego intencją było, aby wykonawcy w złożonych ofertach określili ceny jednostkowe poszczególnych pozycji Tabeli elementów rozliczeniowych, które to prowadzić miały do uzyskania łącznego wynagrodzenia wykonawcy. Jednocześnie, ceny jednostkowe stanowić będą element konieczny do rozliczenia rzeczywiście zrealizowanych ilości robót ustalonych na podstawie dokonanych obmiarów. Stąd też określenie ceny jednostkowej z uwzględnieniem wszystkich rodzajów prac oraz kosztów dla danej pozycji może pozwolić na rozliczenie wykonanych przez wykonawcę prac. Skarżący w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia oferty z dnia 23 października 2014 roku, w odwołaniu do KIO, w czasie rozprawy przed KIO oraz w skardze konsekwentnie przyznaje, że niektóre rodzaje prac i związane z nimi koszty (które powinny zawierać się w jednej pozycji TER) przeniósł do innych pozycji Tabeli elementów rozliczeniowych. Czyli wbrew woli Zamawiającego określonej w postanowieniach SIWZ, błędnie przygotował Tabelę elementów rozliczeniowych, co w konsekwencji prowadziło do błędów w obliczeniu ceny oraz niezgodności oferty z treścią SIWZ. Zamawiający podkreślił, że całościowe przeczytanie i interpretacja SIWZ prowadzi do wniosku, że jego wolą było wycena i rozliczenie kontraktu na podstawie wynagrodzenia kosztorysowego zgodnie z art. 629 KC i następne. Aby można było w taki sposób dokonać rozliczenia robót w ramach inwestycji niezbędne jest przygotowanie prawidłowego kosztorysu, którego określona pozycja będzie uwzględniać wszystkie (i tylko te) koszty związane z wykonaniem robót jakie w danej pozycji wykonawca zobowiązany jest wykonać. Zamawiający wskazywał, że zgodnie z pkt 13.3. SIWZ, wykonawca obliczając cenę oferty i uzupełniając ceny jednostkowe poszczególnych pozycji w Tabelach elementów rozliczeniowych nie mógł samodzielnie dokonywać zmian (przesunąć) w tych pozycjach. Podkreślić należy, że każda pozycja w Tabelach elementów rozliczeniowych została szczegółowo rozpisana przez Zamawiającego w Szczegółowych Specyfikacjach Technicznych, które stanowiły załącznik do SIWZ. Określając cenę poszczególnych pozycji w Tabelach elementów rozliczeniowych wykonawcy zobowiązani byli do uwzględnienia wszystkich czynności, które konieczne są do wykonania zgodnie z SIWZ, w tym w szczególności ze Szczegółową Specyfikacją Techniczną. Logika nakazuje przyjęcie takiego stanowiska, zgodnie z którym jeśli płatność za daną pozycję ma obejmować określone elementy, to wcześniej konieczne staje się dokonanie wyceny tychże elementów w opisanej pozycji. Innymi słowy: nie można rozliczyć pozycji prawidłowo jeśli wcześniej nieprawidłowo się ją oszacuje. W ocenie zamawiającego błędne jest zatem stanowisko skarżącego dotyczące sposobu interpretacji postanowień Szczegółowych Specyfikacji Technicznych. Dokument został przygotowany przez Zamawiającego, w celu wskazania wykonawcom jakie rodzaje robót budowlanych i jakie czynności należy wykonać dla poszczególnych pozycji Tabel elementów rozliczeniowych.

W ocenie zamawiającego, skarżący potwierdził, że w cenach jednostkowych nie znajdują

się wszystkie koszty, jakie skarżący będzie zobowiązany ponieść w związku z realizacją robót, gdyż Skarżący przeniósł z nieznanym Zamawiającemu przyczyn niektóre rodzaje prac i koszty z nimi związane do innych pozycji. To działanie spowodowało natomiast wypaczenie zasady rozliczania rzeczywistych ilości prac. W ocenie Zamawiającego, nie można mówić o swobodzie kształtowania ceny w sytuacji, gdy Skarżący nie uwzględnił wszystkich czynności koniecznych do wykonania poszczególnych pozycji w Tabeli elementów rozliczeniowych. Sztuczne obniżanie cen niektórych pozycji lub jego sztuczne podwyższanie jest manipulowaniem ceną jednostkową, a nie jak twierdzi Skarżący swobodą w kształtowaniu ceny, co wpływa na brak możliwości rozliczenia robót. Powyższe prowadzi bowiem do sytuacji, w której w przypadku gdy ilość określona w przedmiarze będzie mniejsza niż ilość rzeczywista do wykonania stwierdzona w obmiarze > to zapłata za taką pozycję (nadwyżkę ilości) obejmie nie tylko elementy z tej pozycji ale także innej pozycji - choćby ta nie wzrosła ilościowo a nawet zmniejszyła się. W takiej sytuacji Zamawiający traci niejako dwa razy: (1) wówczas, gdy płaci za ilości zwiększone gdzie ceny jednostkowe zawierają dodatkowe elementy innej pozycji cenowej (wtedy płaci nadmiarowo); (2) gdy powinien odjąć ilości z uwagi na mniejszy przerób dla pozycji, w których nie ujęto całej ceny jednostkowej (np. wycenianej na 0,1 zł) (wtedy Zamawiający zbyt mało odejmuje).

Do postępowania po stronie zamawiającego pismem z dnia 27.02.2015 r. przystąpił

wygrujący przetarg Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, który wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie od skarżącego na jego rzecz kosztów postępowania. W uzasadnieniu wskazał, że skarżąca dokonuje błędnej wykładni postanowień SIWZ, co więcej dokonuje wykładni na swoją korzyść, zupełnie nie zważając na wykładnię postanowień SIWZ (niejako autentycznej), której dokonał i dokonuje zamawiający. Zamawiający bowiem zarówno w uzasadnieniu do wyboru najkorzystniejszej oferty, jak i w odpowiedzi na odwołanie prezentuje jednolite stanowisko, co do tego, jak należy interpretować postanowienia dokumentów kształtujących przedmiot zamówienia. Ponadto wykładnię taką należy wywieść, tak jak wskazywała to Krajowa Izba Odwoławcza, z charakteru wynagrodzenia kosztorysowego. Analizując zaś przedmiotowy stan faktyczny przede wszystkim trzeba stwierdzić, że o tym, jaki przedmiot świadczenia winni zaoferować wykonawcy w swoje ofercie decyduje całokształt dokumentacji postępowania dotyczącego zamówienia publicznego, w tym także specyfikacje techniczne. „Dostarczenia wymaga, że podstawowym dokumentem w postępowaniu o zamówienie publiczne jest SIWZ wraz z załącznikami.” (vide: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 24 kwietnia 2013 r., o sygn. akt. 867/13). W ocenie Skanska zamawiający, będąc świadomym charakteru prac, jakim jest dokończenie budowy przy możliwych zmianach obmiarowych na skutek przebiegu procesu budowlanego (zwiększenia i zmniejszenia ilości robót), konieczności uzupełniania, czy też poprawiania już wykonanych zakresów będących także podstawą wyceny bieżącego projektu, oczekiwał realnych cen za wykonanie jednostki obmiarowej. Skarżący niewątpliwie zdawał sobie sprawę, iż przedmiotem zamówienia jest dokończenie budowy, stąd realna wycena cen jednostkowych była dla zamawiającego istotna. Według przystępującego, skarżąca ciągle oddziela także i w tym zakresie myli kwestię kalkulacji ceny z kwestią rozliczenia ceny i na tej podstawie wysnuwa wniosek, iż jej oferta nie powinna podlegać odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Tymczasem nie można odrywać specyfikacji technicznej (SST), będącej, jak słusznie zauważyła Skarżąca, opisem przedmiotu zamówienia, a zatem opisem świadczenia, od zgodności oferty ze specyfikacją. Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych opisują także bardzo szczegółowe podstawy jej obliczenia. W związku z powyższym należy podnieść w ślad za judykaturą, że obliczenie ceny w sposób sprzeczny ze sposobem wskazanym w SIWZ powoduje, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji. W ocenie Skanska nie można oddzielać opisu przedmiotu zamówienia od kosztów ujętych w danej cenie jednostkowej, gdyż to właśnie całość, na którą składają się i koszty i opis świadczenia, stanowi o przedmiocie zamówienia, całość rozstrzyga także o zgodności oferty ze specyfikacją, a zatem opisem przedmiotu zamówienia. Tymczasem Skarżąca próbuje z wyrwanych z kontekstu postanowień specyfikacji wysnuwać wniosek o zgodności jej oferty ze specyfikacją, zupełnie nie zwracając uwagi na całokształt zagadnienia - na sam przedmiot zamówienia. Odrzucanie kwestii kalkulacji ceny na etapie oferowania od kwestii wycenienia na etapie realizacji nie jest możliwe, a już szczególnie nie jest to możliwe, kiedy mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym. Po to przecież zamawiający wskazuje opis sposobu obliczenia ceny, jak i opis rozliczenia, żeby nie dochodziło w praktyce do problemów, kiedy to rozliczenie okaże się obarczone błędami. Ostatecznie Skanska wskazał na uczynienie przez skarżącego użytku ze swego prawa w sposób sprzeczny z zasadami współzycia społecznego, oraz podjął rozważania na okoliczność kwalifikacji postępowania skarżącego jako czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji, do której nawiązuje ustawa Pzp, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Z kolei dobre obyczaje to pozaprawne reguły, normy postępowania, odwołujące się do zasad słuszności, moralności, etyki, norm współżycia społecznego, które powinny cechować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Prowadzenie działalności gospodarczej nie zwalnia wykonawców od przestrzegania ww. reguł. W ocenie uczestnika, działanie skarżącego, jak w niniejszym postępowaniu, poprzez zastosowanie manipulacji cen narusza także zasady współżycia społecznego i wyczerpuje znamiona z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności należy wskazać, że skarga Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, w zakresie w jakim dotyczyła wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w części oddalającej odwołanie Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie zarejestrowane pod sygn. KIO 2453/14, podlegała odrzuceniu. Rozstrzygnięcie Izby w tym zakresie zgodne było z wnioskiem Budimex S.A. i brak jest interesu wykonawcy w zaskarżaniu powołanego rozstrzygnięcia. W judykaturze panuje utrwalony pogląd uzależniający uprawnienie do wniesienia środka odwoławczego od istnienia gravamen rozumianego jako pokrzywdzenie strony orzeczeniem organu niższej instancji. Pokrzywdzenie ma polegać na całkowitym bądź częściowym nieuwzględnieniu żądań i uwidacznia się poprzez porównanie twierdzeń strony o przysługujących jej prawach z rozstrzygnięciem o tych prawach zawartym w orzeczeniu. Warto zauważyć, że obecnie brak właściwie poglądów przeciwnych a przeważająca część orzecznictwa przyjmuje, że brak gravaminis skutkować winno odrzuceniem środka zaskarżenia (por. tezy i uzasadn. orzeczeń: SN z dnia 8 kwietnia 1997 r., I CKN 57/97, OSN 1997, nr 11, poz. 166; zob. także orzeczenie SN z dnia 5 września 1997 r., III CKN 152/97, niepubl. postanowienie SN z 19.05.2010 r., I CZ 19/10, niepubl., postanowienie Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 4 października 2012 r., IV CSK 327/2012, niepubl.; postanowienie Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 8 listopada 2012 r. IV CSK 400/2012, niepubl.; postanowienie Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 8 kwietnia 1997 r., I CKN 57/97, OSNC 1997/11 poz. 166, Uchwała Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 16 grudnia 1971 r., III CZP 79/71, OSNCP 1972/6 poz. 101). Istnienie interesu prawnego w zaskarżaniu niekorzystnych dla strony orzeczeń jest jednym z najważniejszych warunków dopuszczalności skargi, trudne do obrony byłoby bowiem założenie, że strona może żądać zmiany orzeczenia które w pełni realizuje wywodzone przez nią żądanie. W takiej sytuacji, Sąd odrzucił skargę na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie, w jakim dotyczyło oddalenia odwołania Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie.

Odnosząc się w dalszej kolejności do skargi Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie w jakim oddaliła ona odwołanie Budimex

S.A. (KIO 2421/14), wskazać należy, że rozpatrzeniu podlegały wnioski wykonawcy w kolejności wskazanej w skardze. W zakresie pierwszego z żądań, dotyczącego nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty, a następnie powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu a w jej wyniku wybór jako najkorzystniejszej oferty skarżącego, podnieść należy że nawet uwzględnienie wszystkich zarzutów skarżącego nie pozwoliłoby spełnić powołanych postulatów. Uwzględnieniu żądania w tym zakresie sprzeciwia się wprost art. 192 ust. 3 pkt 1.

w zw. z art. 198f ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r., poz. 907 tekst jedn. ze zm., dalej pzp), zgodnie z którym - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - uwzględniając odwołanie Sąd może nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. Z literalnego brzmienia powołanej normy wynika zatem, że możliwość wydania żądanego rozstrzygnięcia ograniczona została wyłącznie w sytuacji gdy umowa nie została zawarta. W sprawie niniejszej bezspornym było, że umowę na wykonanie robót drogowych ostatecznie zawarto z przeciwnikiem skargi - Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie, natomiast na rozprawie w dniu 5.03.2015 r. potwierdzono nawet że wygrywający przystąpił już do wykonywania zadania. Skarga w tym zakresie nie mogła zatem zostać uwzględniona i podlegała oddaleniu.

Skarżący sformułował w dalszej kolejności żądanie zmiany zaskarżonego wyroku KIO i stwierdzenie nieważności umowy zawartej pomiędzy zamawiającym a wygrywającym

Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie. Zauważyć należy, że w ramach uprawnień Sądu w postępowaniu, o którym mowa w art. 198a-198g pzp nie została przewidziana możliwość „stwierdzenia nieważności umowy”. Takie roszczenie może mieć swoją podstawę prawną w treści art. 189 kpc i w rzeczywistości dotyczy „ustalenia” nieważności umowy - ze skutkiem ex tunc, a zatem ustalenie że umowa była nieważna od chwili jej zawarcia. Abstrahując zatem nawet od braku wskazania, z jakich faktycznych podstaw umowa miałaby być od początku nieważna, wskazać trzeba że Sąd w ramach procedury skargowej w trybie pzp nie jest uprawniony do wydania postulowanego rozstrzygnięcia. Nawet procedura przewidziana w art. 70⁵ § 1 kc - a więc poza regulacją pzp - stanowi o możliwości unieważnienia umowy, nie zaś o stwierdzeniu (ustaleniu) jej nieważności, a zatem na gruncie prawa cywilnego wykładnia językowa obu pojęć jest wyraźnie odmienna. Jeśli natomiast żądanie skarżącego w powyższym przedmiocie potraktować jako słowny lapsus i omyłkę, która w ocenie Sądu nie powinna mieć miejsca, i w rzeczywistości skarżący wnosił o „unieważnienie umowy” - stwierdzenia jej nieważności ex nunc, to odwołując się do treści art. 192 ust. 3 pkt 2. w zw. z art. 198f ust. 2 pzp, należy podkreślić że unieważnienie umowy możliwe jest wyłącznie w razie jednoczesnego wystąpienia jednej z przesłanek, o których mowa w art. 146 ust. 1 upzp. Zgodnie z treścią ostatniego z powołanych przepisów, umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający: z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki; nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej; zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy; uniemożliwił składanie ofert orientacyjnych wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w ramach tego systemu; udzielił zamówienia na podstawie umowy ramowej przed upływem terminu określonego w art. 94 ust. 1, jeżeli nastąpiło naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 2; z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę. Podkreślić trzeba, że naruszenie elementów o których mowa w art. 146 ust. 1 pkt 1-6 ustawy, nie było przedmiotem żadnego z zarzutów odwołania, a Sąd nie może orzekać co do zarzutów, których nie podniesiono w odwołaniu (art. 198f ust. 4 pzp), niemniej żadna z tych okoliczności nie wystąpiła i nie zarzucono jej nawet w skardze skierowanej do Sądu. Chybiona jest argumentacja skarżącego wskazująca, że Sąd powinien zaniechać stosowania części drugiej art. 192 ust 3 pkt 2 pzp w części jaka dotyczy obowiązku wypełnienia przesłanek o których mowa w art. 146 ust. 1 pkt 1-6 ustawy. Zastosowanie przez ustawodawcę spójnika koniunkcji „oraz” jest jednoznacznie wykładane w nauce logiki i oznacza konieczność równoległego spełnienia założeń składających się na treść normy prawnej. Argumentowanie przez skarżącego, że aby dokonać przez Sąd wyboru najkorzystniejszej oferty konieczne jest wcześniejsze unieważnienie umowy co miałoby stanowić uzasadnienie dla powołanej wyżej wykładni, jest o tyle nieprawidłowe, że skarżący łączy w jednym zdaniu logicznym treść możliwych do wydania orzeczeń wskazanych przez ustawodawcę w art. 192 ust. 3 pkt 1 i 2 pzp a dotyczących dwóch różnych sytuacji - braku zawarcia umowy lub przypadku zawarcia umowy przez zamawiającego. Konstatacja skarżącego oparta na fałszywych przesłankach musi być zatem obarczona materialnym błędem logicznym. Wniosek skarżącego o zmianę wyroku KIO i stwierdzenie nieważności umowy lub unieważnienie umowy nie mógł być zatem uwzględniony i w tym zakresie skarga podlegała oddaleniu.

W punkcie 3. skargi, Budimex S.A. domagał się zmiany wyroku Krajowej Izby Odwoławczej i stwierdzenia w myśl art. 198f ust. 2 w zw. z art. 192 ust 3 pkt 3 upzp naruszenia przez zamawiającego - poprzez odrzucenie oferty skarżącego - przepisów ustawy prawo zamówień publicznych. Postulowane przez skarżącego rozstrzygnięcie ogranicza zakres kognicji Sądu Okręgowego do badania wyłącznie tych zarzutów, które dotyczą decyzji KIO w zakresie odrzucenia oferty skarżącego, poza zainteresowaniem Sądu pozostawały zatem wszystkie okoliczności dotyczące wykluczenia skarżącego z przetargu.

Przed przystąpieniem do badania związanych z tym wnioskiem zarzutów skargi, pewnego uporządkowania wymaga stan faktyczny sprawy. Aby zrozumieć motyw wyroku kierował się zamawiający Wielkopolskiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, konieczne jest przytoczenie pełnej treści uzasadnienia jego decyzji z dnia 6.11.2014 r. dotyczącej odrzucenia oferty skarżącego. Wskazano w nim, że oferta Budimex S.A. zawierała błędy w obliczeniu ceny oraz jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co skutkowało koniecznością odrzucenia oferty Budimex S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 pzp. Dalej postulowano, że zgodnie z pkt 11.3.3. SIWZ kompletna oferta powinna zawierać tabelę elementów rozliczeniowych i zbiorcze zestawienie kosztów. Zgodnie z pkt 13 SIWZ Budimex SA zobowiązany był do określenia cen jednostkowych za

wykonanie poszczególnych pozycji wskazanych w Tabelach Elementów Rozliczeniowych mając na uwadze przede wszystkim dokumenty techniczne składające się na SIWZ, w tym szczegółowe Specyfikacje Techniczne. Zamawiający uznał, że Budimex SA nie określił cen jednostkowych w TER dla wszystkich pozycji wskazanych w Szczegółowych Specyfikacjach Technicznych. W wyjaśnieniach z dnia 30.10.2014 r. Budimex SA nie wykazał, że cena jednostkowa wskazana w TER obejmuje wszystkie pozycje z SST, szczególnie nie przedstawił sposobu kalkulacji dla danej pozycji. Dodatkowo z wyjaśnień Budimex SA wynika że część cen jednostkowych nie została ujęta w odpowiedniej pozycji w TER ale zostały ujęte w całościowej cenie kontraktowej przedmiotu zamówienia. Wskazano dalej że w związku z powyższym, zamawiający nie może określić jakie są ceny poszczególnych pozycji w TER, a biorąc pod uwagę kosztorysowy charakter wynagrodzenia i sposób rozliczenia wynagrodzenia określony w umowie, ma to wpływ na wysokość ceny oferty Budimex SA.

Przed wydaniem powyższej decyzji, zamawiający WZDW w Poznaniu, po otwarciu ofert, pismem z dnia 24.10.2014 r. wezwał skarżącego Budimex SA do złożenia wyjaśnień dotyczących ustalenia cen jednostkowych w 18 pozycjach Tabeli Elementów Rozliczeniowych. W szczególności wnosił o wyjaśnienie odrębnie dla każdej pozycji, czy cena jednostkowa obejmuje wszystkie prace wymienione w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót, czy elementy poszczególnych cen jednostkowych opisane w SST dla danej pozycji zostały ujęte i wycenione w innych pozycjach cenowych; jeśli odpowiedź na pytanie powyższe będzie negatywna, należało podać kalkulację szczegółową dla pozycji jednostkowych z uwzględnieniem elementów cenotwórczych określonych w SST. Dalej zamawiający wezwał o wyjaśnienie ustalenia cen dla kolejnych 5 pozycji cenowych oraz podanie kalkulacji cenowych dla kolejnych 8 pozycji cenowych.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Budimex S.A. pismem z dnia 30.10.2014 r. wskazał, że w niewielkiej odległości od przedmiotu zamówienia realizować będzie inne kontrakty drogowe, które pozwoliły na bardzo dokładne rozpoznanie w tym rejonie rynku budowlanego i ze względu na bardzo duże ilościowo zakupy materiałów uzyskanie specjalnych rabatów i korzystnych cen od producentów i dostawców. Wykonawca założył również w swojej wycenie fakt złożenia najkorzystniejszej oferty cenowej na kontrakcie S5 Gniezno-Mielno Obwodnica Jarocina (gdzie został oficjalnie wybrany) i możliwość obniżenia dzięki temu swoich kosztów ogólnych. Wyjaśniono dalej, że nawiązanie w ramach innych kontraktów kontakty handlowe i zdobyte na nich doświadczenia w organizacji tego typu prac, są potencjałem, który pozwolił wykonawcy na konkurencyjną wycenę z zachowaniem wymaganych standardów jakościowych. Wypunktowano dalej, w jaki sposób skalkulowano ofertę, jednocześnie odnosząc się do żądania wyjaśnień w zakresie każdej z wymienionych w żądaniu zamawiającego pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych. Przy każdej z 18 pozycji wyjaśniono, że wykonawca skorzystał z możliwości dowolności w kształtowaniu poszczególnych cen jednostkowych. Pozycje zostały wycenione zgodnie z SIWZ, Dokumentacją Projektową oraz SST. Cena jednostkowa została skalkulowana na podstawie ofert podwykonawców oraz własnego doświadczenia na podobnych kontraktach. Wykonawca informuje, że koszty wykonania konkretnej pozycji (poszczególne elementy cen jednostkowych opisanych w SST i przedmiocie zamówienia) są ujęte w całościowej cenie kontraktowej przedmiotu zamówienia. Odnosząc się do żądania kolejnych wyjaśnień, dotyczących następnych 5 pozycji wskazał, że w zakresie obsługi geodezyjnej na budowie zaangażowana będzie jedna firma obsługująca całe zadanie a koszty jej obsługi zostały skalkulowane w pozostałych podobnych pozycjach, dalej wskazano że roboty ziemne na zbiornikach filtracyjno-retencyjnych odbywać się będą w czasie zasadniczych robót ziemnych a zatem odpadną koszty dodatkowych mobilizacji sprzętu, a odwóz nadmiaru gruntu odbywał się będzie tymi samymi środkami transportowymi co dowóz materiałów. W zakresie pozostałych pozycji wyjaśnił, że przy ich kalkulacji nie korzystał z dowolności w kształtowaniu cen i w tych pozycjach wycenił rzeczywiste nakłady i koszty niezbędne do wykonania jednostki obmiarowej. Ceny jednostkowe nie obejmują kosztów wykonania innych elementów i pozycji z kosztorysu ofertowego. W zakresie ostatnich 8 pozycji wskazano, że wykonawca skorzystał z możliwości dowolności w kształtowaniu cen jednostkowych. Pozycje zostały wycenione zgodnie z SIWZ, Dokumentacją Projektową oraz SST a także na podstawie ofert podwykonawców oraz własnego doświadczenia na podobnych kontraktach. Ceny jednostkowe pozycji obejmują pełne rzeczywiste nakłady, jakie wykonawca poniesie na wykonanie danej jednostki obmiarowej. Poszczególne ceny jednostkowe a co za tym idzie wartość wszystkich pozycji kosztorysowych są składową całościowej oferty wykonani przedmiotu zamówienia.

Dokonując szczegółowej analizy postulowanych w toku postępowania stanowisk należy wskazać, że nie było pomiędzy stronami sporu co do tego że specyfikacja istotnych

warunków zamówienia (siwz) dla spełnienia procedury przetargowej wymagała przedłożenia Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER) zawierającej zestawienie planowanych przez zamawiającego prac wraz z wyszczególnieniem ceny wynagrodzenia za jednostkę robót. Różnica w ocenie stron sprowadzała się w istocie do tego, czy przystępujący do przetargu miał prawo do - jak nazywał to skarżący - „swobodnej kalkulacji cen jednostkowych”, czy też -jak postulował zamawiający - takiego uprawnienia nie posiadał. W ocenie skarżącego zamawiający nie zawarł w zapisach siwz żadnych wytycznych odnośnie tego, jakie koszty wykonawcy powinni uwzględnić w poszczególnych pozycjach Tabeli Elementów Rozliczeniowych. W tej sytuacji skarżący przyjął że wykonawcy mieli swobodę by na etapie kalkulowania ceny ofertowej ustalić, jakie koszty będą ujęte w poszczególnych cenach ofertowych, byleby cena ofertowa jako taka pokrywała wszelkie koszty związane z należytych wykonaniem zamówienia (k. 28, 141 i n.). W odwołaniu pozwany wskazywał również, że zapisy siwz nie nakazywały by koszty wykonania danej roboty miały być ujęte w konkretnej cenie jednostkowej TER a jeżeli zamiarem zamawiającego było - z uwagi na kosztorysowy model wynagrodzenia - wprowadzenie zakazu przerzucania kosztów pomiędzy pozycjami i wyceny w danej cenie jednostkowej tylko kosztów wykonania robót opisanych w wycenianej pozycji, wymóg taki powinien zostać wyrażony przez zamawiającego wprost. Przy braku tego typu jednoznacznych zapisów siwz, odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty (k. 29-30). W skardze podnoszono, że zapisy siwz nie mówią o tym, jakie koszty mają być ujęte w danej cenie jednostkowej (k. 144), w jego ocenie żaden zapis siwz nie nakłada na wykonawcę składającego ofertę obowiązku skalkulowania ceny jednostkowej w sposób „realny”, tj. w rozumieniu Izby w taki sposób by dana cena jednostkowa obejmowała wszystkie koszty jakie faktycznie będą poniesione przez wykonawcę w związku z wykonaniem robót do których cena ta się odnosi (k. 145).

Zamawiający wskazywał natomiast, że jego intencją było, aby wykonawcy w złożonych ofertach określili ceny jednostkowe poszczególnych pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych, które prowadzić miały do uzyskania łącznego wynagrodzenia wykonawcy; jednocześnie ceny jednostkowe stanowić miały element konieczny do rozliczenia rzeczywiście zrealizowanych ilości robót na podstawie dokonanych obmiarów. Zdaniem zamawiającego, skarżący niektóre rodzaje prac i związane z nimi koszty przeniósł do innych pozycji TER, czyli błędnie przygotował TER co w konsekwencji doprowadziło do błędu w obliczeniu ceny oraz niezgodności oferty z treścią siwz. Według zamawiającego całościowe przeczytanie i interpretacja siwz prowadzi do wniosku, że jego wolą było wycena i rozliczenie kontraktu na podstawie wynagrodzenia kosztorysowego zgodnie z art. 629 i następnym kc (k. 176). Zamawiający podkreślił, że sztuczne obniżanie cen niektórych pozycji lub ich sztuczne podwyższanie stanowi manipulowanie ceną jednostkową, a nie jak twierdzi skarżący swobodę w kształtowaniu ceny, co wpływa na brak możliwości rozliczenia robót (k. 180).

Z przywołania stanowisk stron, w szczególności uzasadnienia zaskarżanej decyzji wynika, że ostatecznie jedyną istotną dla rozstrzygnięcia sprawy podstawą odrzucenia przez zamawiającego oferty Budimex S.A. był zarzut sztucznego obniżania cen niektórych pozycji TER lub ich sztucznego ich podwyższania co - według WZDW w Poznaniu - stanowiło manipulowanie ceną jednostkową. Oś sporu w postępowaniu koncentrowała się zatem wokół badania, czy taka manipulacja istotnie miała miejsce. Podkreślenia przy tym wymaga, że zamawiający nie wskazał miejsc w Tabeli Elementów Rozliczeniowych, w których nastąpiło zawyżenie cen lub ujęcie w nich działań zastrzeżonych dla innych pozycji; z wezwania do udzielenia informacji wynika jedynie że co do części pozycji zamawiający miał wątpliwości, w decyzji nie wskazano natomiast ostatecznie, w których z tych pozycji cenę według WZDW zawyżono, a w której zaniżono. Szczegółnej analizy wymaga zatem stanowisko skarżącego w tej kwestii, jego oświadczenia lub ich brak mogą mieć bowiem istotne znaczenie stosownie do treści art. 229 kpc i art. 230 kpc.

W odwołaniu od decyzji zamawiającego Budimex S.A. wskazywał, że zapisy siwz nie nakazywały by koszty wykonania danej roboty miały być ujęte w konkretnej cenie jednostkowej TER. Jeżeli zamiarem zamawiającego było - z uwagi na kosztorysowy model wynagrodzenia - wprowadzenie zakazu tzw. przerzucania kosztów pomiędzy pozycjami i wyceny w danej cenie jednostkowej tylko kosztów wykonania robót opisanych w wycenianej pozycji, to wymóg taki powinien zostać wyrażony przez zamawiającego wprost. Przy braku tego typu jednoznacznych zapisów siwz, odwołujący nie może ponosić negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia jego oferty (k. 29-30). Ewentualne wycenienie na niższym poziomie niż konkurencja niektórych cen jednostkowych samo w sobie nie świadczy więc o niezgodności treści oferty z treścią siwz. Nie jest to także błąd w obliczeniu ceny skoro siwz nie zawierał zapisów wskazujących w jaki sposób winny być wyceniane

sporne pozycje (k. 31). Z kolei na rozprawie przed KIO, skarżący podkreślał, że zamawiający nie narzucił elementów kosztowych, jakie powinny być wycenione w odpowiednich cenach jednostkowych, pozostawiając wykonawcom swobodę w tym zakresie (k. 112). Specyfikacje techniczne traktują o pewnych kompleksowych czynnościach, które zostały rozbite w TER. Specyfikacja nie stanowi, jak te prace należy podzielić pomiędzy poszczególne pozycje TER. Przesunięcia są naturalnym sposobem wyceny, nie świadczą o nierealności cen. Ceny jednostkowe przyjęte przez odwołującego w niektórych przypadkach niewiele różnią się od cen jednostkowych pozostałych wykonawców (k. 115). Z kolei w skardze podkreślano, że gdyby cel zapisów SST miał być taki, by nałożyć na wykonawców obowiązek ujęcia w danej cenie jednostkowej podanej w TER wszystkich kosztów związanych z wykonaniem robót opisanych w danej pozycji, to zapis pkt 9 SST musiałby wskazywać jak przyporządkować koszty wykonania robót ujętych w TER w jednej pozycji, a opisanych w pkt 9 SST w kilku pozycjach lub odwrotnie, jak pomiędzy poszczególne pozycje TER podzielić koszty wspólne dla wszystkich wymienionych robót w pkt 9 sst (k. 145). Żaden z zapisów SIWZ nie nakłada na wykonawcę składającego ofertę w niniejszym postępowaniu obowiązku skalkulowania ceny jednostkowej w sposób „realny”, tj w rozumieniu KIO w taki sposób by dana cena jednostkowa obejmowała wszystkie koszty, jakie faktycznie będą poniesione przez wykonawcę w związku wykonaniem robót, do których cena ta się odnosi (k. 145).

Z cytowanych wyżej oświadczeń skarżącego wynika jednoznacznie, że doszło do sytuacji w której uznał on, iż część prac lub kosztów będzie wspólnych dla kilku pozycji w Tabeli Elementów Rozliczeniowych - co zresztą wynikało z danych specyfikacji technicznych - i zaszła konieczność ustalenia w jaki sposób te wspólne koszty uwzględnić w TER. Wbrew sugestiom zamawiającego, skarżący nie potwierdził zatem w żadnym ze swoich pism procesowych, by nie ujął w swojej Tabeli Elementów Rozliczeniowych wszystkich wynikających ze specyfikacji elementów czy też zawyżył koszty części pozycji i zamierzał niejako „nadrobić” stratę za niższą cenę w danej pozycji tabeli wyższą ceną z innej pozycji w TER i w rzeczywistości uzyskać wyższe wynagrodzenie na etapie końcowego obliczania należności. Taki sugerowany cel działań wykonawcy wynika ze stanowiska zamawiającego, jednak w toku postępowania nie potwierdzono prawidłowości tego rozumowania. Należy pamiętać, że ciężar udowodnienia postulowanych przez zamawiającego okoliczności, a w istocie obrona wydanego przez niego rozstrzygnięcia spoczywały po jego stronie, bowiem zastosowaniu podlegają ogólne przepisy postępowania dowodowego w procesie. Ciężar dowodu w procesie cywilnym został ukształtowany natomiast jednolicie i spoczywa zawsze na tym kto twierdzi, a nie na tym, kto zaprzecza (ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat). Zasada ta znajduje pełne odwzorowanie w treści art. 6 kc, który stanowi że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; z kolei w myśl art. 232 kpc strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Z przepisów tych wynika literalnie obowiązek dowodzenia jedynie okoliczności pozytywnych (twierdzeń o faktach); okolicznością taką jest niewątpliwie naruszenie zapisów siwz lub niewłaściwe obliczenie ceny (a konkretniej zawyżanie lub obniżanie cen z części pozycji) - zamawiający zatem był zobligowany do wykazania obu tych okoliczności. Skarżący kwestionując postulaty WZDW wyraźnie zaprzeczył dopuszczania się zarzucanych mu działań, zatem zamawiający winien przedsięwziąć takie czynności by postulowane okoliczności wykazać. Przerzucenie na skarżącego ciężaru dowodu w tym zakresie i żądanie od niego wykazywania, że postulaty zamawiającego są błędne, wiązałoby się z naruszeniem reguły odpowiedzialności za głoszone poglądy i byłoby uchYLENIEM się w rzeczywistości od konieczności udowodnienia przez zamawiającego postulowanych rzekomych. Taki chwyt ery styczny stanowiłby swoiste argumentum ad ignorantiam, pozamerytoryczny sposób argumentowania, w którym uznaje się za dowód prawdziwości swojej tezy fakt, że przeciwnik sporu nie potrafi uzasadnić tezy przeciwnej.

Zamawiający zdaje się popierać swoje postulaty jedynie serią domniemań faktycznych i z poglądu o kosztorysowym charakterze prac wywodzić, że oferta skarżącego tego charakteru nie spełniała a zatem jest sprzeczna z treścią siwz. W ocenie Sądu takie domniemanie jest jednak niewystarczające dla podjęcia zdecydowanej czynności odrzucenia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówień publicznych. Poza sporem powinno być, iż wykonawca ma prawo wycenić daną pozycję TER na ustaloną przez siebie kwotę, oceniając swoje koszty i ryzyko, zaś zamawiający może kwotę z danej pozycji kwestionować - powinien jednakże swoje zarzuty uzasadnić i należycie wykazać. Skoro zaś skarżący nie potwierdził postulatów zamawiającego, by w skład danej pozycji wchodził koszt niezwiązany z ujętymi w tej pozycji pracami, przy braku nie tylko dowodów ale i konkretnych twierdzeń faktycznych zamawiającego, nie było dostatecznych podstaw by wskazane wartości kwestionować. Zamawiający nie wykazał zatem, by skarżący „sztucznie obniżał ceny niektórych pozycji lub je sztucznie podwyższał i w ten sposób manipulował ceną

jednostkową” (k. 180). Budimex S.A. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wyraźnie bowiem wskazał, że koszty wykonania prac z 20 pozycji TER są ujęte w całościowej cenie kontraktowej przedmiotu zamówienia, w zakresie obsługi geodezyjnej koszty jej obsługi zostały skalkulowane w pozostałych podobnych pozycjach, odpadną też koszty dodatkowych mobilizacji sprzętu, a odwóz nadmiaru gruntu odbywał się będzie tymi samymi środkami transportowymi co dowóz materiałów. W zakresie kolejno stawianych zarzutów wskazał, że ceny jednostkowe nie obejmują kosztów wykonania innych elementów i pozycji z kosztorysu ofertowego. W zakresie kilku pozycji wskazano, że poszczególne ceny jednostkowe, a co za tym idzie wartość wszystkich pozycji kosztorysowych, są składową całościowej oferty wykonania przedmiotu zamówienia. Postulował też, że konkurencyjna wycena wynika z nawiązanych w ramach innych kontraktów kontaktów handlowych i zdobytym na nich doświadczenia w organizacji tego typu prac, a ze względu na bardzo duże ilościowo zakupy materiałów uzyskanie specjalnych rabatów i korzystnych cen od producentów i dostawców. Stanowisko to nie uległo zmianie w toku sprawy; skarżący od samego początku podtrzymuje zatem pogląd, że powołana przez niego cena ofertowa wynika ze zdobytego na rynku doświadczenia, uzyskania sporych upustów u kontrahentów i umiejętnego planowania poszczególnych robót w taki sposób by podobne prace wykonywać przy najmniejszym zaangażowaniu środków, jeśli jest to możliwe - w sposób łączny dla kilku pozycji z TER. Tak jednoznaczne i stabilne oświadczenia skarżącego zgodne z zasadami doświadczenia życiowego i logicznego rozumowania, przy braku dowodów przeciwnych, uprawniały Sąd do poczynienia ustaleń, że jedynym działaniem Budimex S.A. nazywanym „kształtowania cen jednostkowych” było grupowanie wspólnych gospodarczo zadań, a następnie późniejsze rozdzielanie wspólnych kosztów pomiędzy poszczególne pozycje w Tabeli Elementów Rozliczeniowych.

Celem prowadzenia działalności gospodarczej jest maksymalizowanie zysków i ograniczanie strat, słuszne zatem jest założenie, że oferent będzie minimalizował swoje koszty poprzez grupowanie prac, które mogą być wykonane łącznie lub w tym samym czasie, co pozwoli na czynienie istotnych oszczędności i przekłada się bezpośrednio na zaoferowaną ostatecznie cenę. Jak wskazywał skarżący, część kosztów związanych przykładowo z mobilizacją sprzętu i dostarczeniem go na teren budowy może zostać zatem pokryta jednorazowo - o ile da się połączyć kilka etapów robót wykonywanych tymi samymi urządzeniami w jednym okresie, podobnie za jednorazowe zamówienie większej ilości materiałów lub usług można uzyskać upusty, co przekłada się bezpośrednio na ostateczną cenę za grupę robót budowlanych przedsięwziętych z pomocą tych materiałów lub usług. Sposób postępowania by do takiej minimalizacji kosztów doprowadzić, stanowi pakiet informacji praktycznych - know-how danego przedsiębiorstwa i częstokroć jest pilnie przez niego strzeżoną tajemnicą. Przy czym owe „know-how” rozumieć należy przez pryzmat art. 1 ust. 11 rozporządzenia Komisji WE nr 772/2004 w sprawie stosowania art. 81 ust. 3 Traktatu do kategorii porozumień o transferze technologii (Dz.U.UE.L.2004.123.11, Dz.U.UE-sp.08-3-74) i ono oznacza pakiet informacji praktycznych (które nie zostały opatentowane), wynikających z doświadczenia i badań, które są: niejawne, czyli nie są powszechnie znane lub łatwo dostępne; istotne, czyli ważne i użyteczne z punktu widzenia wytwarzania produktów objętych umową oraz zidentyfikowane, czyli opisane w wystarczająco zrozumiałym sposobie, aby można było sprawdzić, czy spełniają kryteria niejawności i istotności. Uprawnienie posługiwania się takim pakietem informacji praktycznych wydaje się być oczywiste także w ramach postępowania w sprawie o uzyskanie zamówienia publicznego i nie było kwestionowane przez żadną ze stron sporu. Jak wynikało z wyjaśnień skarżącego składanych w toku sprawy, w efekcie planowania i podejmowanych działań w oparciu o ww. księgę zasad, doszło do obniżenia ceny za wspólne prace z kilku pozycji TER, a skoro ogólny koszt był mniejszy, przełożył się bezpośrednio na mniejszą cenę jednostkową.

W efekcie uzyskania niższych cen dla grupy zadań, oferent zobowiązany wypełnić TER stawał jednak w takiej sytuacji przed problematycznym zagadnieniem, w jaki sposób te oszczędności a więc - kolokwialnie ujmując - „ujemne koszty” uwzględnić w poszczególnych pozycjach tabeli. Tytułem przykładu: skoro koszty mobilizacji sprzętu następują jednorazowo to prawidłowe jest założenie, że mogą być one ujęte w każdej z kilku pozycji wspólnego działania. Postępowanie takie nie będzie nieprawidłowe, bowiem przy zaniechaniu minimalizacji kosztów i tak wydatek ten musiałby zostać poniesiony odrębnie dla każdej pozycji; ujęcie kosztów mobilizacji tylko w jednej pozycji i to dowolnej nie jest zatem błędne. Podobnie można postąpić z uzyskaniem upustów na materiały lub usługi - pełny koszt ich zakupu może być uwzględniony w jednej pozycji (bowiem przy zaniechaniu minimalizacji kosztów i tak wydatek ten zostałby poniesiony i to dla każdej pozycji), zaś w kolejnej pozycji TER można opisać ceny z uzyskanym rabatem. Ceny wykonania podobnych lub nawet identycznych robót za jednostkę będą się zatem istotnie różnić, a takie działanie oferenta nie będzie nosiło znamion błędu. Odmierna byłaby sytuacja, gdyby oferent w zakres prac danej

pozycji wpisał koszt wykonania robót całkowicie niezwiązanych z tymi robotami - takie działanie byłoby nierzetelne i nieprawidłowe. Zamawiający nie wykazał jednak by podobna sytuacja nastąpiła, a skarżący okoliczności takiej od samego początku konsekwentnie zaprzeczał. Ze zrozumiałych względów nie wyjaśnił jednak, w jaki konkretnie sposób do minimalizacji kosztów doszło, gdyż zdradziłby zapisy księgi zawierającej pakiet informacji praktycznych „know-how”. Do szczegółowego opisywania sposobu postępowania nie zobowiązywały go także zapisy siwz, zgodnie z bowiem z treścią pkt 11.13, nie mogły stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa jedynie informacje podawane do wiadomości podczas otwarcia ofert, tj. informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w ofercie. Skarżący odpowiedział natomiast w stopniu wystarczającym na pytania uzupełniające zamawiającego, jeśli zaś pomimo tego zamawiający w swojej ocenie nadal nie dysponował dostateczną ilością informacji, mógł wezwać oferenta do dalszych wyjaśnień.

Jak już wyżej wskazywano, brak inicjatywy dowodowej zamawiającego a nawet brak stosownych twierdzeń faktycznych, uzasadniających postulowaną przez niego tezę, nakazywał ostatecznie w sprawie niniejszej przyjąć, że w poszczególnych pozycjach TER skarżący zawarł koszty związane jedynie z wykonaniem danego zadania, spór w niniejszym postępowaniu sprowadzał się zatem w rzeczywistości do ustalenia, czy specyfikacja istotnych warunków zamówienia sporządzona przez zamawiającego dla zadania: budowa obwodnicy Miasta Czarnków w ciągu drogi wojewódzkiej nr 178 Wałcz - Trzcianka - Czarnków - Oborniki - dokończenie budowy, wymagała od każdego potencjalnego wykonawcy sporządzenia takiej oferty, która w poszczególnych pozycjach Tabeli Elementów Rozliczeniowych zawierała wszelkie związane z daną pozycją koszty i tylko taką część kosztów wspólnych dla kilku pozycji, jaka jest konieczna dla wykonania zadania z jednostkowej pozycji, jak również czy dawała podstawy do dokonywania jednego tylko sposobu obliczenia tak opisanych cen jednostkowych.

Nie powinno być w sprawie wątpliwe, że skoro odrzucenie oferty skarżącego przez zamawiającego nastąpiło na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2. i 6. pzp, zaś wyrok Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzał naruszenie tych norm przez skarżącego, to wydanie rozstrzygnięcia ustalającego prawidłowość postępowania ww. podmiotów poprzedzone musi być procesem myślowym pozwalającym odtworzyć obowiązki ciężące na wykonawcy, których - w rozumieniu ww. podmiotów - nie wykonał. Wskazać przy tym należy, że ograniczone w swej treści, cytowane wyżej, uzasadnienie decyzji zamawiającego oraz nie dość wnikliwe uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, w których nie przeprowadzono szczegółowej analizy przedstawionego zagadnienia, utrudnia zrozumienie motywów, jakimi kierowały się wskazane podmioty przy procedowaniu. Przypomnieć zatem warto, że w myśl powołanego art. 89. ust. 1 pkt 2. pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 89. ust. 1 pkt 6 pzp, zamawiający odrzuca ofertę jeśli zawiera błędy w obliczeniu ceny. Skoro zatem odrzucenie oferty następuje w sytuacji, gdy jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to w pierwszej kolejności należy ustalić treść zapisów siwz, z którymi oferta jest w postulowanym zakresie niezgodna. Dopiero bowiem porównanie zawartości obu dokumentów (oferty i siwz) w rozważanym zakresie pozwoli na ustalenie czy i w jakim stopniu pozostają one względem siebie w sprzeczności, a ściślej - nie pozostają one względem siebie w stosunku „odpowiednio ści”, co w efekcie pozwoli na potwierdzenie lub zaprzeczenie prawidłowości odrzucenia oferty przez zamawiającego. Brak dokonania szczegółowych ustaleń w powołanym wyżej przedmiocie właściwie uniemożliwia przeprowadzenie badania kongruencji - bez odczytania treści siwz nie ma bowiem materiału treściowego, do którego należy porównać ofertę. Jak wskazywano, Sąd w sprawie niniejszej, nie mógł zbadać poprawności analizy przeprowadzonej przez WZWW oraz KIO, ponieważ nie zawarto jej w treści uzasadnień wydanych decyzji. Z kolei stwierdzenie, że oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny poprzedzone musi być wskazaniem konkretnych miejsc w ofercie, w których błędy występują i podaniem w jaki sposób błędy te przekładają się na ostateczny wynik ceny ofertowej. Błąd musi być istotny i jak wynika z literalnego brzmienia ustawy - wpływający na obliczenie ceny.

W ocenie Sądu Okręgowego, dokonanie szczegółowej analizy zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie pozwala na ustalenie miejsc, w których zamawiający opisał sposób postępowania w opisywanym wcześniej przypadku, gdy dane prace ze kilkuset pozycji mogły być wykonane łącznie jednym kosztem lub gdy wykonanie części prac z danej pozycji TER pozwalało obniżyć koszty wykonania prac z innej pozycji. Sam zamawiający w odpowiedzi na skargę opisuje swoje „intencje” oraz odwołuje się do „całościowego przeczytania” i odpowiedniej „interpretacji SIWZ” (k. 176), nie przywołując jednak żadnego

zapisu siwz, który zakazywałby ujmowania jedynie w jednej pozycji wspólnego dla kilku prac wydatku, lub wykazywania wydatków w związku z innymi gospodarczo podobnymi pracami wykonywanymi w ramach jednego przedsiębiorstwa. Jedyne zapisy odnoszące się do sposobu obliczenia cen jednostkowych znajdują się w punkcie 13 siwz: „Opis sposobu obliczenia ceny oferty”. Zgodnie z pkt 13 ust. 1 siwz, w Tabelach elementów rozliczeniowych Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto, stanowiące iloczyn ceny jednostkowej i ilości jednostek, z dokładnością do 0,01 PLN dla wszystkich pozycji w nim wymienionych. W punkcie 13 ust. 7 siwz wskazano, że ceny jednostkowe i stawki określone przez Wykonawcę w ofercie nie będą zmieniane w toku realizacji przedmiotu zamówienia i nie będą podlegały waloryzacji. W zapisach specyfikacji nie sposób odnaleźć innych norm umożliwiających ustalenie sposobu postępowania w rozważanym w sprawie przypadku. Odpowiedzi na pytanie o sposób postępowania, wbrew postulatam zamawiającego, nie dają też przepisy kodeksu cywilnego (art. 629 i n. kc); pomijając nawet brak podstaw do rozszerzania zapisów siwz o zapisy kc, nie sposób ustalić jednego sposobu działania dla rozważanego przypadku.

W ocenie Sądu Okręgowego, możliwe były do przyjęcia w takiej sytuacji co najmniej trzy sposoby obliczenia cen jednostkowych:

1. ujęcie wyłącznie w jednej pozycji tabeli kosztu wspólnego dla kilku zadań, o ile koszt ten dla tej konkretnej pozycji wyniósłby taką samą wartość gdyby inne pozycje nie występowały;
2. dokonanie stosunkowego rozdzielenia kosztu wspólnego dla kilku zadań i zawarcie ich stosunkowej części w każdej z pozycji z osobna;
3. zawarcie pełnej ceny kosztu wspólnego dla kilku zadań w każdej pozycji z osobna.

Trzecie z powołanych rozwiązań należy odrzucić jako sprzeczne nie tylko z zasadami racjonalnej gospodarki ale i logicznego rozumowania, bowiem stawia oferenta właściwie na przegranej pozycji i prowadzi do zawyżenia ostatecznej ceny ofertowej a w efekcie nawet pokrzywdzenia zamawiającego skoro kilkukrotnie płacić on będzie za prace które mogły być wykonane jednym kosztem.

Drugie z rozwiązań, które - jak należy rozumieć - preferuje zamawiający, prowadzi do stosunkowego rozdzielenia kosztów, które mogą być poniesione wspólnie. W takiej sytuacji zamawiający w istocie pozostaje w najdogodniejszej pozycji, bowiem finalne zwiększenie prac w jednym elemencie wspólnym powoduje niewielkie stosunkowe podwyższenie ceny ostatecznej obliczonej po dokonaniu pomiarów. Uwarunkowanie takie może być niekorzystne dla oferenta, bowiem częstokroć następuje istotne zwiększenie kosztów ogólnych przy jedynie niewielkim zwiększeniu wynagrodzenia.

Ostateczne możliwe było także przyjęcie pierwszego z powołanych wcześniej rozwiązań: ujęcie jedynie w jednej pozycji tabeli kosztu wspólnego dla kilku zadań, takie działanie byłoby prawidłowe o ile koszt ten dla tej konkretnej pozycji wyniósłby taką samą wartość gdyby inne pozycje nie występowały. Takie rozwiązanie preferuje skarżący i co wynika z jego oświadczeń - takie też zastosował podczas wypełniania Tabeli Elementów Rozliczeniowych.

Zamawiający postulował w niniejszej sprawie, że przy kosztorysowym charakterze oferty konieczne było przyjęcie sposobu opisanego wyżej w punkcie 2. i oferent powinien wspólny koszt stosunkowo rozdzielić. Postawienie nawet tak stanowczej tezy nie daje jednak odpowiedzi na pytanie w jaki sposób należało dokonać tego stosunkowego rozdzielenia. W takiej sytuacji znów bowiem możliwych jest co najmniej kilka rozwiązań:

dokonanie rozdzielenia kosztów wspólnych na tyle równych części ile jest pozycji obejmujących wspólne prace,

dokonanie rozdzielenia stosunkowego wspólnych kosztów według algorytmu obejmującego stosunek wartości prac każdej z pozycji do wartości łącznej prac wspólnych (podstawa cenowa),

dokonanie rozdzielenia stosunkowego wspólnych kosztów według algorytmu obejmującego stosunek planowanej ilości jednostek pracy każdej z pozycji w stosunku do ilości łącznej wspólnych prac (podstawa ilościowa).

Z powyższych rozważań wynika zatem, że w przypadku wystąpienia perspektywy zastosowania kompleksowych rozwiązań i wykonania wspólnie zadań określonych w kilku pozycjach TER, zachodzi możliwość co najmniej trzech sposobów wypełnienia pozycji TER, zaś w sytuacji skorzystania ze sposobu stosunkowego rozliczenia ceny (co było intencją zamawiającego), zachodzi dalsza opcja co najmniej trzech sposobów wypełnienia pozycji TER. Ostatecznie było zatem pięć możliwości wypełnienia pozycji w których ujęte zostały prace wspólne. Dokonanie szczegółowej analizy specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w szczególności punktu 13. nie pozwala jednakże ustalić sposobu postępowania w opisywanej sytuacji. Zamawiający nie przywołał przy tym żadnej argumentacji, która pozwoliłaby uznać, że istnieje wyłącznie jeden sposób interpretacji powołanych zapisów siwz lub choćby jeden zwyczaj kształtujący sposób wypełnienia pozycji w sytuacji rozbieżności wspólnych czynności na kilka pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych. Zgodnie z przeprowadzoną powyżej analizą, każdy z oferentów, który skorzystał z własnych doświadczeń i dokonał minimalizacji strat przez sumowanie podobnych gospodarczo działań, stawał przed wyborem sposobu wypełnienia pozycji TER w których nastąpił opisany zabieg kształtowania kosztów. Interpretowanie - jak twierdzi zamawiający - wymogów spoczywających na oferencie na korzyść podania „realnych” kosztów wykonania zadań z każdej pozycji nie daje jednakże odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób należy koszty te „realnie” określać. Skoro specyfikacje techniczne traktują o pewnych kompleksowych czynnościach, które zostały rozbite w TER na kilka pozycji, to gdy zamiarem zamawiającego było zobowiązanie oferenta do podzielenia tych kosztów na każdą z pozycji - winien zaproponować taki sposób dokonania tego podziału by był on jasny dla każdego oferenta, a w szczególności tak doprecyzowany, by wszyscy oferenci dokonali podziału w jednakowy sposób. Nawet zakładając zobowiązanie wykonawcy do stosunkowego rozdzielenia tych kosztów (co zdaniem Sądu z siwz nie wynika), nie sposób ustalić zatem algorytmu za pomocą którego to rozdzielenie miałyby nastąpić. Przywołano wyżej trzy sposoby dokonania tego rozdziału, które nie zamykają jeszcze wszystkich uzasadnionych gospodarczo możliwości. Konstatacją powyższego musi być zatem uznanie, że twierdzenie zamawiającego, iż na ofercie spoczywał określony obowiązek - przy braku wskazania sposobu jego realizacji - jest chybione.

Podkreślenia przy tym wymaga, że zakres wykonania przez oferenta przedmiotu zamówienia nie budził wątpliwości zamawiającego - skarżący zadeklarował wykonanie całego zadania i to za cenę wyjątkowo zbliżoną do ceny wyliczonej przez zamawiającego, różniącą się od niej wartością stanowiącą 1 % całości zamówienia.

Odeprzeć należy także argumentację zamawiającego, że zaprezentowane przez skarżącego postępowanie w skrajnych przypadkach mogłoby doprowadzić do sytuacji gdy za roboty pomiarowe należałoby zapłacić 90 % ceny za całe zamówienie. W realiach niniejszej sprawy sytuacja taka oczywiście nie ma miejsca, nadto teza zamawiającego o zawyżeniu niektórych cen nie została wykazana lub choćby uprawdopodobniona i jako taka została uznana przez Sąd za błędną; za wykazane uznano że oferent dokonał jedynie rozdzielenia kosztów wspólnych dla tożsamych kompleksowych zadań. Argumentacja zamawiającego jest zatem z gruntu chybiona, bowiem nie dotyczy ustalonego „przerzucania kosztów wspólnych” lecz „zawyżania jednych kosztów a obniżania innych” - co w niniejszej sprawie nie nastąpiło a przynajmniej zamawiający nie wskazał miejsc w ofercie skarżącego i TER, w których by występowało. Dalej zamawiający argumentuje, że postępowanie skarżącego w efekcie doprowadzić może do jego pokrzywdzenia i wypłacenia wyższego nienależnego wynagrodzenia jeśli dojdzie do większej niż zakładane ilości prac z pozycji TER w której koszty zostały „zawyżone”. Stawiając taką tezę zamawiający zdaje się zakładać, że dokonał błędnego obmiaru wstępnego prac zaś ostateczna ilość wykonywanej pracy będzie większa i to jedynie w ramach robót określonych w tych pozycjach, które skarżący - w rozumieniu zamawiającego - „zawyżył”. Sąd nie znajduje podstaw do takiej konstatacji, nie są też znane przyczyny, na podstawie których zamawiający uznaje, że zwiększenie ilości prac na pewno nie nastąpi w ramach tych pozycji, w której ceny uległy „obniżeniu”. Rozważania takie miałyby jednak charakter wyłącznie hipotetyczny, skoro zamawiający nie wykazał prawidłowości tezy o zawarciu w pozycjach „zawyżonych” cen prac, których ta pozycja nie dotyczyła. Potwierdzone jedynie zostało, że pozycje zawierające większą wartość obejmują całość kosztów wspólnych dla grupy zadań, które i tak zostałyby poniesione gdyby nie doszło do grupowania działań i minimalizacji kosztów. Jedynie teoretyczność rozważań wynika też z zapisów Tomu II zamówienia: „Istotne dla stron postanowienia umowy”; w § 9 wskazano bowiem, że cena jednostkowa określona w TER używana jest do wyliczenia wysokości wynagrodzenia robót dodatkowych, wyłącznie jeśli roboty te odpowiadają opisowi pozycji w Tabeli elementów rozliczeniowych. W przeciwnym razie wykonawca powinien przedłożyć do akceptacji zamawiającego kalkulację ceny jednostkowej tych robót z uwzględnieniem cen nie wyższych od aktualnie obowiązujących średnich cen materiałów, sprzętu i transportu

opublikowanych w wydawnictwie ORGBUD - SERWIS dla województwa wielkopolskiego. Wystąpienie konieczności wykonania dodatkowych robót nie zawsze zatem byłoby wyceniane według TER, a jeśli nawet taka sytuacja by nastąpiła to nie sposób ustalić prawdopodobieństwa wystąpienia tych prac wyłącznie w pozycjach, w których koszty te były większe od innych, nazywanych przez zamawiającego „zawyżonymi”. Mogło okazać się wręcz odwrotnie - że zwiększona ilość robót wystąpi w pozycjach „zanizonych”. W takiej sytuacji rozpatrywanie postępowania skarżącego w kontekście naruszenia praw podmiotowych nie zyskuje nie tylko prawnego ale i faktycznego uzasadnienia.

Nie sposób też uznać, jak postulował uczestnik Skanska SA, że dokonywanie wycen prac ujętych w poszczególnych pozycjach TER w sposób, w jaki uczynił to skarżący, stanowiło naruszenie zasad współzycia społecznego czy uczciwej konkurencji. Budimex S.A. wyraźnie wskazał, że ustalanie przez niego zakwestionowanych cen opierało się na jego doświadczeniu, organizacji prac, uzyskanych u dostawców i podwykonawców upustach jak również wynikała z organizacji w tym rejonie kilku większych przedsięwzięć podobnych gospodarczo. Nie sposób wysunąć założenia, że oferent nie może dokonywać kalkulacji kosztów w oparciu o opracowywane przez lata know-how oraz uwzględniać w cenie oferty uzyskiwanych rabatów bądź upustów. Taka teza - nie dość że z gruntu sprzeczna z celem prowadzenia przedsięwzięcia - czyniłaby niezrozumiałym ustalenie ceny oferty jako jedyne kryterium decydujące o rozstrzygnięciu przetargu. Istotą prowadzenia przetargu jest wręcz skłonienie oferentów do czynienia oszczędności, ograniczania własnych strat i zysków aby przy pomocy zasad rządzących konkurencją uzyskać ofertę wykonania zadania jak najmniejszym kosztem przy utrzymaniu wysokiej jakości dzieła.

W zakresie postulowanego przez zamawiającego naruszenia art. 89. ust. 1 pkt 6 pzp, przypomnieć należy że stwierdzenie, że oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny poprzedzone musi być wskazaniem konkretnych miejsc w ofercie, w których błędy występują i podaniem w jaki sposób błędy te przekładają się na ostateczny wynik ceny ofertowej. Błąd musi być istotny i wpływający na obliczenie ceny. W realiach sprawy niniejszej zamawiający oraz KIO nie wskazali miejsc w których błędy wystąpiły, odwołując się do niewłaściwego wypełnienia TER i zawyżania oraz obniżania cen w części pozycji. Kwestię postępowania skarżącego przy wypełnianiu tych pozycji TER wyjaśniono już wyżej, zaś płynąca z tego

rozumowania konstatacja nakazuje przyjąć, że skarżący posiadał uprawnienie do kształtowania cen w opisywany przez Sąd sposób. Wobec powyższego uprawniony był także do dokonania zsumowania cen jednostkowych TER, zgodnie z treścią pkt 13.2 siwz, i przeniesienia sumy do zbiorczego zestawienia kosztów. Tak dokonaniem działaniu nie sposób zaś zarzucić błędów.

Przeprowadzone wyżej rozważania pozwalają na postawienie następującej tezy: uznanie że skarżący nie wypełnił warunków siwz i dokonał błędnego obliczenia ceny mogłoby nastąpić w realiach sprawy niniejszej jedynie wówczas, gdyby specyfikacja istotnych warunków zamówienia nakładała na oferenta obowiązek zawarcia w jednej pozycji tabeli elementów rozliczeniowych wszystkich kosztów związanych z wykonaniem zadania objętego tą konkretną pozycją. Natomiast w sytuacji, gdyby występowała możliwość wykonania zadań z kilku pozycji wspólnym kosztem lub z uwagi na łączny zakup towarów bądź usług ujętych w kilku pozycjach istniała możliwość obniżenia ogólnych kosztów (uzyskanie rabatów, upustów), specyfikacja powinna wskazywać konkretny sposób w jaki należy rozliczyć uzyskane „oszczędności” pomiędzy poszczególne pozycje tabeli elementów rozliczeniowych. Brak wskazania konkretnego algorytmu na taki wypadek uniemożliwia przyjęcie jednego standardu wypełniania TER, dając wykonawcy swobodę w kształtowaniu ceny ofertowej. Wypełnienie TER niezgodne z intencją zamawiającego, niewyraźną literalnie w zapisach specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie może obciążać oferenta i nie stanowi manipulacji ceną jednostkową; obliczenie ceny nie może zostać uznane za sprzeczne ze sposobem wskazanym w siwz, w sytuacji gdy siwz takiego sposobu nie wskazuje.

Kierując się powyższymi rozważaniami, Sąd Okręgowy uznał, że zamawiający Wielkopolski Zarząd Dróg Wojewódzkich w Poznaniu, odrzucając decyzją z dnia 6.11.2014 r. ofertę wykonawcy Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie naruszył przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6. ustawy prawo zamówień publicznych. Naruszenie przepisów ustawy mogło mieć wpływ na wynik przetargu, skoro bowiem jedynym kryterium rozstrzygnięcia przetargu była cena, zaś poza sporem pozostawało, że Budimex S.A. zaoferował cenę najniższą, to z prawdopodobieństwem granicznym z pewnością można uznać że byłby on oferentem z

którym zamawiający zawarłby ostatecznie przedmiotową umowę. Powyższą konstatację należy wyprowadzić przy założeniu, że nie nastąpiłoby wykluczenie oferenta z przetargu, co pozostawało w sprawie niniejszej poza zainteresowaniem Sądu z przyczyn powołanych we wstępnej części uzasadnienia. W świetle powyższego, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.12.2014 r. oddalający odwołanie Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie w sprawie o sygn. KIO 2421/14 podlegał zmianie poprzez stwierdzenie naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6. ustawy prawo zamówień publicznych.

O kosztach postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą orzeczono w trybie art. 192 ust. 9-10 pzp oraz § 3 pkt 1 i pkt 2b 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.2010.41.238), uznając zamawiającego jako przegrywającego sprawę w całości. Wprawdzie uwzględnieniu podlegało tylko jedno z żądań odwołującego i do tego wyłącznie w sprawie o sygn. KIO 2421/14, zaś w pozostałym zakresie skarga została odrzucona bądź oddalona, jednakże stwierdzając naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy prawo zamówień publicznych w zakresie odrzucenia oferty Budimex S.A., Sąd uznał że w razie prawidłowego procedowania zamawiającego odrzucenie oferty by nie nastąpiło.

O kosztach postępowania przed Sądem Okręgowym orzeczono w trybie art. 198f ust. 5 pzp. Przepis ten powtarza na potrzeby postępowania skargowego, wynikającą z art. 98 § 1

19

Sygn. akt X Ga 76/15

k.p.c., dotyczącą zwrotu kosztów postępowania zasadę odpowiedzialności za wynik procesu. Zgodnie z art. 98 § 1 kpc strona przegrywająca sprawę obowiązana jest zwrócić przeciwnikowi na jego żądanie koszty niezbędne do celowego dochodzenia praw i celowej obrony. Do kosztów tych z mocy art. 98 § 3 kpc i art. 99 kpc zalicza się w sytuacji gdy strona jest reprezentowana przez radcę prawnego, wynagrodzenie w wysokości należnej według przepisów o wynagrodzeniu radcy prawnego. Wynagrodzenie radcy prawnego określa rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu” (tekst jednolity Dz.U. 2013r. poz.490). Zgodnie z § 4 rozporządzenia wysokość stawki minimalnej zależy od wartości przedmiotu sporu lub jej rodzaju. Natomiast wedle przepisu § 5 rozporządzenia wysokość stawek minimalnych w sprawach nieokreślonych w rozporządzeniu ustala się, przyjmując za podstawę stawkę w sprawach o najbardziej zbliżonym rodzaju. Cytowane rozporządzenie nie określa minimalnej stawki wynagrodzenia pełnomocnika w osobie radcy prawnego w sprawach o udzielenie Krajowej Izby Odwoławczej. Tym samym kierując się dyspozycją § 5 cytowanego rozporządzenia oraz posiłkowo art. 185 ust. 5 pzp, Sąd Okręgowy uznał, że sprawą o najbardziej zbliżonym rodzaju jest sprawa o uchylenie wyroku sądu polubownego (§ 10 ust.1 pkt 4 rozp.), w której stawkę minimalną wynagrodzenia pełnomocnika określono na kwotę 1.200 zł. Sąd kierując się regułą interpretacyjną określoną w § 2 ust. 1 rozporządzenia uznał, że w świetle istotnego i celowego nakładu pracy pełnomocnika skarżącego w sprawie niniejszej należało zasądzić od zamawiającego trzykrotność stawki minimalnej. Skarżący poniósł nadto opłatę od skargi w kwocie 100.000 zł, która podlegała zasądzeniu od zamawiającego, podobnie jak kwota 17 zł uiszczona tytułem opłaty skarbowej o pełnomocnictwa. Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

SSO Wanda Migdał

SSO Piotr Majchrzak

SSO Ryszard Trzebny

Oryginał należyście podpisano

Odpis sporzy 04 27

Poznań, Sekretariatu

Odwoławczego

Sylwia^a wrzyniak

I

•IV

t'

*>2?

-I_v