

WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 30 kwietnia 2008 r.

Sąd Okręgowy w Krakowie Wydział XII Gospodarczy - Odwoławczy
w następującym składzie:

Przewodniczący- Sędzia: SSO Andrzej Ganiewski

Sędzia: SO Bożena Cincio-Podbiera (spr.)

Sędzia: SO Adam Sęk

Protokolant: Paweł Sztwierz

po rozpoznaniu w dniu 23 kwietnia 2008 r. w Krakowie

na rozprawie

sprawy z wniosku Konsorcjum POLDIM Spółki Akcyjnej w Tarnowie,
Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego GODROM Spółki z ograniczoną
odpowiedzialnością w Krakowie,

z udziałem Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie oraz

Strabag spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie
na skutek skargi wniesionej przez Konsorcjum POLDIM Spółka Akcyjna w
Tarnowie, Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe GODROM Spółka z
ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie

od wyroku Zespołu Arbitrów z dnia 22 lutego 2008 r.

sygn. akt KIO/UZP 100/08

I. oddala skargę;

**II. zasądza od wnioskodawcy na rzecz uczestnika Strabag spółki z
ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie koszty
postępowania apelacyjnego w kwocie 1.817,00 zł (słownie:
jeden tysiąc osiemset siedemnaście złotych).**

UZASADNIENIE

Konsorcjum Firm POLDIM S.A. w Tarnowie i Przedsiębiorstwa
Drogowo-Mostowego „GODROM” Spółki z ograniczoną
odpowiedzialnością w Gorlicach wniosło odwołanie od oddalenia przez
zamawiającego- Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie - protestu
dotyczącego rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego: przetargu nieograniczonego na modernizację drogi wojewódzkiej nr 980 Jurków- Biecz

Zadanie 1- zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych związanych z modernizacją drogi wojewódzkiej nr 980, zadanie 2: przebudowa dwóch przepustów oraz remont mostu.

Domagając się unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Strabag Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie, powtórzenia czynności oceny ofert i dokonania wyboru oferty odwołującego, Konsorcjum zarzuciło zamawiającemu naruszenie art.89 ust. 1 pkt.2 Prawa zamówień publicznych poprzez odrzucenie jego oferty oraz naruszenie art.89 ust. 1 pkt. 2 i 3 i art.87 ust.2 w zw. z art. 91 ust.1 PZP w drodze wyboru jako najkorzystniejszej oferty spółki Strabag.

Zdaniem odwołującego odrzucenie jego oferty z powodu nie dołączenia wyników badań ugięć powierzchni oraz harmonogramu robót przewidzianego w pkt.II.4.1. Programu Funkcjonalno Użytkowego, stanowiącego załącznik nr 1.1 do SIWZ oraz brak korekty w kosztorysie ofertowym w pozycji 27 jednostek obmiarowych, odnoszących się do zadania 2 /remont mostu na potoku Zelina/ było niezasadne.

W kwestii braku wyników badań ugięć nawierzchni Konsorcjum powołało się na treść Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej z dnia 2 marca 1999 roku w sprawie warunków technicznych jakim powinny odpowiadać drogi publiczne i ich usytuowanie, katalogu Typowych konstrukcji nawierzchni oraz warunków technicznych wykonywania mas podbudowy /MCE/, wymienionych w Rozdziale II PFU, podnosząc, że zastosowana zgodnie z tymi warunkami konstrukcja nawierzchni, jaką oferowało, nie wymaga pomiarów ugięć, przez co załączanie ich do oferty było beprzedmiotowe.

W kwestii braku wstępnego harmonogramu robót , o którym mowa w pkt.II.4.1 PFU wywodziło natomiast, że jedynie istotne postanowienia umowy w pkt.5.2, szczególne warunki umowy w pkt. 5.2, ogólne warunki umowy przewidują złożenie skorygowanego harmonogramu robót, zaś pkt. 4.1 PFU operuje pojęciem harmonogramu wstępnego. SIWZ oraz projekt umowy o roboty budowlane / zał. 6.1 do SIWZ/ nie wymieniają harmonogramu, a w piśmie z 10 października 2007 roku/ str. 13/ zamawiający podaje, że harmonogram nie jest częścią umowy.

Odnosnie zarzutu braku korekty jednostek obmiarowych w poz. 27 kosztorysu ofertowego odwołujący wywodził, iż korekta ta spowodowałaby różnice w wartości netto oferty w wysokości 1.253,84 zł. przy ogólnej wartości oferty ponad 70 mln zł.

Przed wszystkim jednak podnosił, że w warunkach zamówienia publicznego ustalono wynagrodzenie w formie ryczałtu, co wynika z treści pkt.7.1.1. Ogólnych warunków umowy.

Zarzuty do przyjętej przez zamawiającego oferty spółki Strabag odwołujący skoncentrował wokół przepisów ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w tym zapisu art. 14 ust. 3 pkt.3, wedle którego posłużenie się nierzetelnymi wynikami badań uważa się za czyn nieuczciwej konkurencji.

W tej kwestii zarzucono, że Strabag dokonując badań urządzeniem komputerowym FWD przedstawił wyniki, które z uwagi na bardzo

znaczne rozbieżności w porównaniu z wynikami uzyskiwanymi metodą tradycyjną wskazują na zaistnienie błędu przy badaniu ugięć sprężystych skoro rozbieżności w zakresie wzmocnień sięgają 100%. Konsorcjum zakwestionowało też rzetelność wskazanych warunków pogodowych, podczas których miały być wykonywane pomiary, podnosząc, że nie jest możliwe aby w toku wszystkich badań panowała temperatura 22,1 st. C.

Ponadto uznawało za wykluczone by wskazana ilość pomiarów została wykonana w ciągu dwóch dni, a jeśli tak to musiała być wykonywana w temperaturze 7 st.C / rano i wieczorem/ co jest niezgodne z Katalogiem Typowych Konstrukcji.

Zarzucono też Strabag pominięcie wskaźnika korekcyjnego, obowiązującego w badaniach prowadzonych je sienią.

Za bezpodstawne uznał odwołujący poprawienie przez zamawiającego w ofercie Strabag określenia „pomiary FWD na drodze wojewódzkiej DW 980 Brzeszcze-Chrzanów” poprzez zastąpienie nazwy miejscowości nazwą właściwą Jurków-Biecz, uznając, że błędne wpisanie dwóch miejscowości nie mieści się w katalogu oczywistych pomyłek.

Zamawiający tak w postępowaniu wywołanym wniesieniem protestu jak i w postępowaniu przed Urzędem Zamówień Publicznych nie podzielił poglądów Konsorcjum.

Między innymi podnosił, że o ile wszystkie oferty przekraczają kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, o tyle wybrana oferta przekracza ją o kwotę ok. 430 tysięcy złotych, na co znajduje się pokrycie.

Oczywistość omyłki poprawionej przez Zarząd Dróg wynika zaś z faktu, iż oferta podaje właściwy numer drogi, a w innych jej miejscach nie występują miejscowości o nazwach Brzeszcze i Chrzanów.

W kwestii charakteru wynagrodzenia odwoływał się do treści pkt.V.5 SIWZ oraz pkt.3 projektu umowy dla zadania 2.

Z kolei jako postawę obowiązku dołączenia wstępnego harmonogramu robót przywołał pkt.II 4.4.1 PFU, jako części SIWZ, podnosząc ponadto, że zadanie współfinansowane jest przez budżety gmin oraz, że pozyskuje się środki zewnętrzne w tym z Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego wobec czego zamawiający musi złożyć harmonogramy ich wykorzystania w poszczególnych asortymentach robót i w kolejnych latach ich realizacji, ustalając przy tym plan wydatków .Dodatkowo droga ta objęta jest stałymi robotami utrzymaniowymi przez co konieczna jest choćby wiedza przybliżona w jakim czasie i zakresie będą prowadzone roboty objęte przetargiem.

Natomiast opis sposobu prowadzenia robót opisany w pkt. 4.1 PFU miał na celu przekazanie zamawiającemu informacji co do sposobu wykonania zamówienia , a dopuszczał określenie konstrukcji nawierzchni tak metodą mechaniczną jak i metodą ugięć, z wymogiem dołączenia wyników ich pomiarów, co miało na celu sprawdzenie zgodności części opisowej z wymogami PFU.

Wyrokiem z dnia 22 lutego 2008 roku Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie Konsorcjum.

U podstaw powyższego orzeczenia leży następujące ustalenia:

W części III ust. 1-7, 9 i 10 specyfikacji zobowiązano wykonawców do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków.

Również w ust. 14 zamawiający domagał się dołączenia do oferty wstępnego opisu robót zgodnie z pkt.II. 4.1 PFU. Podobne warunki znajdowały się też w formularzu oferty i odpowiedziach na pytania.

W katalogu żądanych dokumentów zawierały się wstępny harmonogram rzeczowy i wyniki badań ugięć wskazanego odcinka drogi.

Wprawdzie zamawiający nie zestawiał żądanych dokumentów w rozdziale III specyfikacji, ani też gdzie indziej, niemniej wykonawcy nie skorzystali ze swego uprawnienia i nie żądali sporządzenia jednoznacznego wykazu dokumentów, wymaganych jako załączniki do oferty.

Wyniki badań ugięć i harmonogram, których domagał się zamawiający nie zostały dołączone do oferty przez odwołującego, mimo iż wymóg taki istniał, a potrzeba ich złożenia uzasadniona była koniecznością analizy rzetelności oferty, zorganizowania funkcjonowania drogi w przebudowie i sposobem zabezpieczenia funduszy.

W zakresie zadania 2 w załączniku 6.2 do specyfikacji / ST. 1 i 2 w ust. 3/ zawarto zobowiązanie zamawiającego do zapłaty wynagrodzenia kosztorysowego.

Na st.23 specyfikacji nr 7.1.1 znalazło się zaś postanowienie o obowiązku zapłaty wynagrodzenia ryczałtowego.

Jednakże z podziału zamówienia na dwa zadania i żądania do nich innych załączników dotyczących sposobu obliczenia ceny, określenia zadania 1 z ceną ryczałtową i żądaniem złożenia tabeli elementów rozliczeniowych, określenia zadania 2 z ceną kosztorysową i żądaniem złożenia kosztorysu ofertowego wynika, że zamawiający w zakresie zadania 2 zamierzał zastosować wynagrodzenie kosztorysowe, co wykazał w całości specyfikacji.

Ponieważ inne przesłanki nie potwierdzają zasadności użycia słowa „ryczałtowe” zastosowanie go należy uznać za pomyłkę w jednostce redakcyjnej 7.1.1 załącznika 6.2 do specyfikacji.

W efekcie różnica w przedmiarze i kosztorysie ofertowym stanowi sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji.

Wykonawcy obowiązani byli przeprowadzić wyliczenia wzmocnień nawierzchni metodą ugięć dla ruchu KR-4, KR-3 i KR-2 zgodnie z wymogami Katalogu wzmocnień i remontów oraz Rozporządzenia Ministra Transportu i Gospodarki Morskiej w sprawie warunków technicznych, jakim winny odpowiadać drogi publiczne.

Z wyników badań spółki Strabag należy wnosić, że wykonywano je w temperaturze + 20 st.C, w godzinach przedpołudniowych.

Arbitrzy podzielili pogląd zamawiającego co do tego, iż w czasie dużego nasłonecznienia warstwa bitumiczna rozgrzewa się powyżej temperatury powietrza, a temperatura + 20 st.C jest średnią, występującą w warstwach wewnętrznych nawierzchni.

Z tych względów uznali wyniki badań metodą FWD za rzetelne, po analizie okazanych zdjęć, z których wynikało, że podczas badań panowała słoneczna pogoda.

Analiza całości oferty Strabag wykazała natomiast, że tylko w jednym załączniku użyto wyrażenia „DW 980 Brzeszcze-Chrzanów”, zaś w pozostałych dokumentach figuruje wyrażenie „DW 980 Jurków-Biecz”.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej numer drogi oraz nagłówek dokumentu dostatecznie identyfikuje miejsce opisane w ofercie, która w jednym miejscu zawiera omyłkę pisarską, co obowiązywało zamawiającego do jej poprawienia.

Od wyroku tego Konsorcjum wniosło skargę.

W skardze zarzuca się wyrokowi:

- naruszenie przepisów prawa materialnego przez niewłaściwe zastosowanie: art.89 ust.1 pkt.2 ustawy Prawo zamówień publicznych w drodze przyjęcia, że treść oferty skarżącego niezgodna jest z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i pizez to podlega odrzuceniu,

Art.87 ust.2 w zw z art. 89 ust.1 pkt 2 i 3 PZP poprzez przyjęcie, że oferta Strabag nie powinna podlegać odrzuceniu choć jej treść jest niezgodna z warunkami SIWZ,

Art.91 ust.1 PZP w drodze uznania za najkorzystniejszą oferty Strabag,

- naruszenie przepisów prawa procesowego tj. art. 192 ust.2 PZP wobec pominięcia w uzasadnieniu wyroku wskazania podstawy prawnej rozstrzygnięcia,

- sprzeczność ustaleń z zebrany materiał dowodowy, polegająca na przyjęciu, iż:

1. nie dołączenie wyników badań ugięć nawierzchni, harmonogramu robót oraz brak korekty poz.27 kosztorysu ofertowego dla zadania 2 stanowi uzasadniony powód odrzucenia oferty,
2. nie zachodzą podstawy do kwestionowania rzetelności wyników badań ugięć nawierzchni przedstawionych przez Strabag, a tym samym do odrzucenia tej oferty,
3. błąd w treści pkt. 7.2 załącznika A do oferty spółki Strabag kwalifikował się do poprawy w trybie art.87 ust.2 PZP.

Skarżący domagał się zmiany wyroku i nakazania, zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Strabag, unieważnienia odrzucenia oferty skarżącego, powtórzenia czynności wyboru ofert i dokonania wyboru oferty skarżącego.

Ponadto wnosił o dopuszczenie dowodów z wyników pomiarów temperatury ze stacji pogodowej Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddziału w Krakowie z dnia 16 i 17 października 2007 roku.

W uzasadnieniu skargi podniósł, iż wymóg dołączenia do oferty wyników badań ugięć wywodzony jest z treści pisma zamawiającego z dnia 26 października 2007r., stanowiącego odpowiedź na zapytania uczestników przetargu, w tym wykonawcy przyjmującego jako metodę

modernizacji drogi wzmocnienie jej nawierzchni, podczas gdy metoda oferowana przez skarżącego polegała na całkowitej przebudowie drogi istniejącej.

Projekt przebudowy oparty zaś został na /cyt. wyżej/ Rozporządzeniu i Katalogu Wzmocnień, co zachowuje warunki określone w PFU, a prowadzenie badań ugięć i wyliczeń wzmocnień czyni zbędnym. Natomiast tak SIWZ jak i warunki umów nie przewidują złożenia harmonogramu, wspomina się jedynie o harmonogramie wstępnym i skorygowanym, które to dokumenty mają znaczenie wyłącznie formalne.

Natomiast zgodnie z art.89 ust.1 pkt.2 PZP odrzucenie oferty następuje w razie niezgodności jej treści ze specyfikacją, co należy oceniać w kategoriach niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego w merytorycznym *zakresie* przedmiotu zamówienia. Zatem uchybienia dotyczące różnicy formy, a nie różnicy treści oferty z treścią SIWZ nie dają podstaw do jej odrzucenia.

Stąd też skoro zaskarżony wyrok nie wskazuje w jakim zakresie brak dokumentów uniemożliwia wykonanie zamówienia tym samym tak odrzucenie oferty jak i oddalenie odwołania nie znajdują podstaw. Nierzetelność wyników badań przedstawionych przez spółkę Strabag zasadza się zaś na tym, iż niemożliwe jest, w panujących wówczas warunkach pogodowych, rozgrzanie warstw bitumicznych do temperatury + 22,1 st.C, który to argument Krajowa Izba Odwoławcza pominęła, a co wynika z danych stacji pogodowej Krajowej Dyrekcji Dróg.

Wniosek o przyjęcie tych wyników w poczet materiału dowodowego skarżący uzasadniał tym, że dopiero z uzasadnienia wyroku dokładnie wynikał przedmiot ustaleń KIO w zakresie pomiarów ugięć nawierzchni przedstawionych przez uczestnika.

Ponadto wywodził, że spółka Strabag pominęła podnoszoną kwestię przyjęcia do obliczeń niewłaściwego wskaźnika sezonowości, kluczowego dla ustalenia grubości warstw nawierzchni i ilości wbudowanych warstw bitumicznych.

W skardze znalazł się także zarzut przedłożenia wyników badań innej drogi, a to w kontekście dokonanej przez zamawiającego korekty nazwy miejscowości, nie uznawanej przez skarżącego za oczywistą omyłkę.

Strabag spółka z o.o., która wstąpiła do sprawy jako interwenient uboczny po stronie zamawiającego, podniosła m.in., że w dniu 12 marca 2008 roku doszło do zawarcia umowy z zarządem Dróg Wojewódzkich w konsekwencji przyjęcia jej oferty, co winno skutkować odrzuceniem skargi lub umorzeniem postępowania.

Ponadto w szczegółowym uzasadnieniu podzieliła poglądy KIO oraz zamawiającego, zaprezentowane w odpowiedzi na skargę.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko, podając m.in., że Katalog Wzmocnień i Remontów nie wyklucza przyjęcia współczynnika sezonowości o wartości 1 / co miało miejsce w wynikach

przedstawionych przez Strabag/ w przypadku gdy warunki pogodowe odpowiadają porze wiosennej.

Sąd Okręgowy zważył co następuje:

W pierwszej kolejności podnieść należy, iż nie zachodzą przeszkody do merytorycznego orzeczenia w sprawie.

Zgodnie z uchwałą Sądu Najwyższego z dnia 14 października 2005 roku / III CZP 73/05, nie publ./ zawarcie przez zamawiającego z wykonawcą umowy na wykonanie prac stanowiących przedmiot zamówienia publicznego nie stanowi bariery w rozpoznaniu przez sąd skargi na orzeczenie Zespołu Arbitrów, chyba że umowa została wykonana.

Nie budzi wątpliwości to, iż w dacie orzekania przez Sąd Okręgowy kontrakt nie był zrealizowany.

Tym samym zarzuty dotyczące sposobu sformułowania treści skargi w sytuacji związania się firmy Strabag umową z zamawiającym pozostają bezprzedmiotowe.

Po wtóre: trzeba mieć na uwadze to, iż w postępowaniu przed sądem powszechnym znajdują zastosowanie przepisy kodeksu postępowania cywilnego, w tym dotyczące rygorów dowodowych.

Zastosowanie znajduje także przepis art. 6 kc w zakresie rozkładu ciężaru dowodu.

Po trzecie: w myśl art. 188 ust.6 Prawa Zamówień Publicznych Zespół Arbitrów ocenia wiarygodność i moc dowodów na zasadzie swobodnej oceny i nie jest w tym względzie związany żadnymi regulami, z wyjątkiem zasad logiki i doświadczenia życiowego / tak też Prawo Zamówień Publicznych- Komentarz pod red. P.Graneckiego, C.H.Bech, W-wa 2007,s.428/.

Po czwarte: protest wyznacza zakres rozpoznania odwołania, jak i skargi i wszystkie zarzuty dotyczące oprotestowanej czynności zamawiającego powinny być w proteście zawarte / wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24 lutego 2004 roku VCA 262204/.

Po piąte: unieważnienie postępowania może nastąpić gdy obarczone jest ono wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy i między wadą, a unieważnieniem istnieje adekwatny związek przyczynowy. Wada zaś po myśli art.93 ust.1 pkt.7 PZP jest nieusuwalną wadą samego postępowania, powodująca nieważność bezwzględną czyli prawną bezskuteczność. Wady te określone są w art. 146 PZP / ust.1 pkt.5 i 6/.

Natomiast stwierdzenie nieważności umowy następuje w drodze powództwa wytoczonego przez uczestnika postępowania , przy czym interes prawny powoda trwa w tym przypadku do czasu gdy ze względu na stan postępowania może jeszcze liczyć na uzyskanie zamówienia / PZP Komentarz, s.364, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 27 maja 2004 roku, V Ca 46/04/.

Po szóste: nieistotne uchybienia czy uchybienia formalne nie spełniają przesłanki z art.89 ust.1 pkt.2 PZP / UZP/20/0-877/04/.

W oparciu o powyższe zasady Sąd Okręgowy wziął pod uwagę następujące okoliczności:

Nie umyka uwadze Sądu lakoniczność uzasadnienia wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w zakresie motywów orzeczenia, a szczególnie w kwestii z jakich powodów nie dano wiary twierdzeniom skarżącego dotyczącym braku rzetelności wyników badań przedstawionych przez

Strabag.

Nie zmienia to jednak faktu, iż zakwestionowane orzeczenie zgodne jest z prawem i adekwatne do stanu faktycznego, wynikającego z przedstawionych dowodów.

Ocena materiału dowodowego, dokonana zgodnie z zasadą określoną w art.6kc, wedle której skarżący winien udowodnić zasadność zarzutów podniesionych w skardze, prowadzi do wniosku, iż nie zachodzą podstawy do uznania skargi za trafną.

W szczególności należy mieć na względzie treść dokumentacji przetargowej, z której wynika, iż:

- w pkt .II 4.1 Programu Funkcjonalno Użytkowego zawarto wymóg złożenia wstępnego opisu i wstępnego harmonogramu robót;
- w Istotnych Postanowieniach Umowy zawarto zapis o złożeniu skorygowanego harmonogramu robót w ciągu 28 dni od podpisania umowy;
- ogólne warunki umowy w pkt. 5.2 i szczegółowe warunki umowy w pkt.5.2 operują pojęciem skorygowanego harmonogramu;
- w piśmie z dnia 26 października 2007 roku /s.13/ w zakresie zmiany wzoru oferty/ zał. 2 do SIWZ/ odwołano się do wstępnego harmonogramu robót jako cz.4.4.1 części technicznej;
- w odpowiedzi na pytanie 4 w cz.I pisma zamawiającego z dnia 10 października 2007 roku podaje się, że harmonogram jest elementem oferty.

Nie budzi zatem wątpliwości okoliczność, iż zamawiający uważał harmonogram wstępny za niezbędną część oferty, co znajduje uzasadnienie tak w założonym sposobie finansowania inwestycji, jak i w charakterze samej inwestycji, wymagającym wyłączeń dróg z ruchu ,bądź wprowadzenia ruchu wahadłowego.

Powyższe okoliczności zobowiązują tym samym do przewidzenia w jakich okresach i na jaki czas ma dojść od ograniczeń w ruchu drogowym, przy czym wiedza ta musi być dostępna zamawiającemu z wyprzedzeniem.

Niemniej istotny aspekt w tej kwestii zasadza się na tym, że- co oczywiste- dla porównania atrakcyjności ofert czasokres zajęcia pasów ruchu drogowego jak i pora roku, w której ruch miałby być ograniczony nie pozostaje bez znaczenia.

Harmonogram wstępny jako element oferty został jednak przez Konsorcjum zignorowany.

Tymczasem harmonogram wstępny stanowił część SIWZ wobec czego oferta skarżącego pozbawiona tego elementu okazała się być niezgodna z oczekiwaniami zamawiającego.

Nie należy bowiem rozstrzygnięcia przetargu sprowadzać jedynie do polemiki w zakresie doniosłości harmonogramu, z punktu widzenia uczestników przetargu.

Szczegółowe warunki zamówienia stanowią bowiem swoisty wyraz woli zamawiającego, polegający na uszczegółowieniu jego wymogów w stosunku do najbardziej pożądanego wykonawcy.

Stąd też o wyborze oferty decydować mogą nie tylko elementy podstawowe jak cena, czy czas wykonania, ale także inne przymioty kontraktu jak dogodne warunki wykonawcze / .tj. krótki czas realizacji/.

Nie ma więc znaczenia to czy żądany harmonogram miał charakter wstępny, ani to, że harmonogram ostateczny przewidywany był do złożenia po podpisaniu umowy jeśli oferta Konsorcjum nie sprostала oczekiwaniom zamawiającego już na etapie wyczerpania wszystkich załączników do oferty.

Uchybienie SIWZ nie miało przy tym znaczenia tylko uchybienia formalnego, którego waga- jak wyżej podano- nie uzasadnia odrzucenia oferty.

Był to wymóg skierowany do wszystkich uczestników przetargu, którego to braku dokumentacyjnego nie można uzupełnić.

W efekcie brak harmonogramu stanowi podstawę do odrzucenia oferty.

Wbrew twierdzeniom skarżącego wynagrodzenie za realizację zadania nr 2 nie miało charakteru licytowanego.

W pkt. V.5 SIWZ zamawiający wskazał, że do oferty należy złożyć szczegółowy kosztorys ofertowy, który stanowi podstawę oceny prawidłowości obliczenia ceny ofertowej.

Natomiast w pkt. 3 projektu umowy dla zadania 2 podano, iż zapłata nastąpi w granicach umówionego wynagrodzenia kosztorysowego, wyliczonego w oparciu o ceny jednostkowe z kosztorysu ofertowego i faktycznego obmiaru robót.

Istotnie w pkt. 7.1.1. specyfikacji znajduje się zapis o wynagrodzeniu ryczałtowym.

Zapis ten zamawiający określił jako pomyłkę, odwołując się do treści wyżej powołanych dokumentów.

Zespół Arbitrów, mając dodatkowo na uwadze, że zamówienie podzielono na dwa zadania bez prawa do składania ofert częściowych, przyjął, iż zamiarem zamawiającego było zastosowanie dla zadania nr2 ceny kosztorysowej.

Skarga w tym punkcie podważa więc ocenę dowodów, uznając ją tym samym za dowolną.

Skuteczne podważenie oceny dowodów, a tym przypadku zamiaru zamawiającego, któremu w zakresie wyjaśnień złożonych przed KIO udzielono wiary, może nastąpić jedynie w razie wykazania błędu logicznego w rozumowaniu, bądź sprzeczności wyników rozumowania z doświadczeniem życiowym.

Nie może to polegać na możliwości wysnucia innych, równie logicznych wniosków.

Błędy rozumowania muszą bowiem charakteryzować się taką doniosłością, która równa jest zaprzeczeniu racjonalności rozumowania.

Powyższych niedostatków stanowisko KIO nie posiada.

Nie jest bowiem wykluczona możliwość żądania przez zamawiającego

przedstawienia w treści oferty dwóch rodzajów wynagrodzenia, odrębnie dla każdego zadania.

W konsekwencji skarżący winien był, w związku z modyfikacją przedmiaru robót zaleconą w piśmie zamawiającego z dnia 16 listopada 2007 roku, a będącą zmianą do SIWZ / betonowanie mostu na potoku Zelina/, dokonać korekty jednostek obliczeniowych oraz kosztorysu. Argument skarżącego, iż z uwagi na rozmiar korekty nie miała ona znaczenia, zwłaszcza przy cenie ofertowej całości zadań, wynoszącej ok. 71 milionów złotych, jest o tyle nietrafny, iż ocenie podlega zgodność oferty z wymogami przetargu, w szczególności SIWZ rozumianymi jako przejaw oczekiwań zamawiającego. Jeśli więc skarżący do oczekiwań tych się nie zastosował i złożył ofertę nie odpowiadającą SIWZ to stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej należy uznać za zasadne.

Punkt 1.2.1 Programu Funkcjonalno-Użytkowego wymagał określenia przez wykonawcę grubości warstw nawierzchni drogi i ich parametrów na podstawie wyliczeń wzmocnień nawierzchni metodą ugięć. Wyniki obliczeń należało przedstawić w „projekcie wzmocnienia i poszerzenia nawierzchni”.

Nie budzi wątpliwości okoliczność, że zamawiający dopuszczał obydwie metody badań tj. belką lub aparatem FWD, jak i to, że wyniki pomiarów ugięć miały być dołączone do części opisowej oferty w celu sprawdzenia jej zgodności z wymogami PFU, w tym zakresie pod kątem proponowanego materiału warstw ścieralnych.

W odpowiedzi na pytanie do specyfikacji z dnia 26 października 2007 roku zamawiający wyjaśnił, że zachodzi obowiązek złożenia wyników badań.

Skarżący twierdzi zaś, że w jego przypadku doręczenie wyników badań ugięć było zbędne ponieważ proponowana metoda realizacji zadania polegać miała na wykonaniu nowej drogi w całości.

Sąd Okręgowy *zważył*, iż jeśli istotnie proponowane przez skarżącego rozwiązanie sprowadzało się do ponownego wykonania drogi, podczas gdy zamawiający oczekiwał wzmocnienia konstrukcji istniejącej już nawierzchni to tym samym oferta Konsorcjum odbiegała od jego oczekiwań, i to nie tylko pod względem cenowym/ oferta najdroższa- k 148 akt/.

Jeśli zaś- jak twierdzi interwenient- oferta Konsorcjum polegała, jak inne, na wzmocnieniu nawierzchni to wyniki badań jako część opisowa oferty musiały być złożone w celu spełnienia przesłanki zgodności oferty z SIWZ, rozumianej w dalszym ciągu jako skonkretyzowanie woli zamawiającego.

W obu tych wariantach oferta Konsorcjum przedstawia się jako niezgodna ze specyfikacją, co prowadzi do jej dyskwalifikacji.

Rozważając kwestię badań ugięć Krajowa Izba Odwoławcza, w zakresie zarzutów niezetelności wyników przedstawionych przez Strabag, nie podzieliła poglądu skarżącego.

KIO uznała wyjaśnienia zamawiającego oraz uczestnika za wystarczające, tym bardziej, że poparto je materiałem zdjęciowym, który dokumentować miał stan pogodowy w chwili przeprowadzenia badań. KIO przyjęła nadto do wiadomości, iż wyniki badań metoda

tradycyjną i wyniki badań metodą komputerową /FWD/ mogą być rozbieżne, podobnie jak dopuszczalna jest rozbieżność w dwóch różnych pomiarach prowadzonych w sposób tradycyjny.

W skardze Konsorcjum wniosło o dopuszczenie dowodów z wyników pomiarów temperatury ze stacji Gosprzydowa, obejmujących dni, w których Strabag prowadziła badania.

Sąd Okręgowy nie znalazł podstaw do uwzględnienia tego wniosku. Zarzuty dotyczące rzetelności badań podnoszono już wcześniej i to także w zakresie wymaganej przy badaniach temperatury.

Nie można więc zasadnie twierdzić, iż potrzeba powołania tych dowodów powstała z chwilą zapoznania się skarżącego z orzeczeniem Zespołu Arbitrów.

Nie zachodzi zatem przypadek, w którym przeprowadzenie dowodów w postępowaniu odwoławczym jest dopuszczalne.

Zastosowanie znajduje norma art.381kpc, wedle której Sąd Okręgowy orzeka na podstawie materiału zgromadzonego w instancji niższej, bez prowadzenia dalszego postępowania dowodowego.

W podobny sposób należy odnieść się do sugestii skarżącego, zmierzającej do wykazania, że sprawa wymaga wiadomości specjalnych, co pozostaje w bezpośrednim związku z zarzutem naruszenia przez Strabag przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Skarżący nie odwoływał się do wiedzy fachowej, choćby w drodze przedstawienia opinii prywatnej.

Godzi się podkreślić, iż zarzuty nierzetelności badań, które miały by doprowadzić do odrzucenia oferty Strabag jako przeczącej zasadom zdrowej konkurencji, winny być udowodnione *przez* Konsorcjum w sposób nie budzący wątpliwości. Godzi się też podkreślić, iż zarzut pominięcia przez Strabag tzw. wskaźnika sezonowości nie pojawił się w odwołaniu od oddalenia protestu.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała stanowisko Konsorcjum za nie udowodnione i nieuzasadnione, wskazując że sam skarżący przyznał istnienie wpływu wielu czynników na finalny wynik badań oraz dając wiarę zamawiającemu co do tego, że przy słonecznej pogodzie jaka wówczas panowała, a co wykazano materiałem zdjęciowym, temperatura 20 st.C jest średnią, która występuje w warstwach wewnętrznych nawierzchni.

W postępowaniu przed sądem dodatkowo wyjaśniono/k-148/, że identyczność drogi, na której wykonywano badania z drogą objętą przetargiem wynika z oznaczeń identyfikacyjnych, widniejących na słupkach drogowych, widocznych na zdjęciach.

W tych okolicznościach Sąd Okręgowy zważył, iż Zespół Arbitrów upoważniony był do oparcie się na przeciwdowodach przedstawionych przez zamawiającego i spółkę Strabag oraz na ich wyjaśnieniach. Skarżący nie przedstawił przed Krajową Izbą skutecznych argumentów, z których wynikałoby, że wskazywane przez Strabag zmiany temperatury nad powierzchnią drogi i w głębi pokrycia drogi nie zachodzą.

Tym samym nie wykazano by istniały podstawy do odrzucenia oferty Strabag z powodu dopuszczenia się czynów nieuczciwej konkurencji /art.27 a ust.1 pkt. 3 PZP/.

Dalsze zaś dowody, dołączone do skargi Sąd Okręgowy pominął z przyczyn wyżej podanych.

Należy w tym miejscu wspomnieć, że Ustawa PZP nie definiuje czynów nieuczciwej konkurencji, wobec czego posilkować się należy ustawą o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, która przewiduje drogę sądową dochodzenia roszczeń z tytułu nieuczciwej konkurencji. Wątpliwe jest zatem prawo zamawiającego do stosowania wprost przepisów tej ustawy przy podejmowaniu decyzji o odrzuceniu oferty/ tak: Sąd Okręgowy w Warszawie, wyrok z dnia 1 kwietnia 2004 roku, V Ca 1661/03/.

Odnosząc się do zarzutów związanych z omyłkami zawartymi w ofercie Strabag, którym skarżący przypisuje wagę istotnych błędów merytorycznych oferty zauważyć należy, iż art.87 ust.2 PZP dotyczy błędów łatwych do zauważenia, gdzie oczywistość omyłki określona jako niedokładność nasuwa się odbiorcy treści informacji. Są to wady procesu myślowo-redakcyjnego, uchybienia techniczne.

Ocena co stanowi błąd siłą rzeczy odnosi się do konkretnej sytuacji faktycznej, kontekstu złożonego oświadczenia.

Sąd Okręgowy podziela pogląd KIO co do tego, że skoro błędna nazwa odcinka drogowego, identyfikowana przez nazwy dwóch miejscowości znalazła się w ofercie Strabag tylko w jednym miejscu, a ponadto droga była określona w tej ofercie prawidłowym numerem to doszło wyłącznie do omyłki w powyższym rozumieniu, którą zamawiający winien był sprostować zgodnie z przepisami ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Omyłka w harmonogramie Strabag została natomiast sprostowana przez spółkę już w toku postępowania protestacyjnego,

W efekcie powyższych rozważań Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że zarzuty naruszenia przepisów prawa wymienionych w skardze nie są uzasadnione, tak w zakresie odnoszącym się bezpośrednio do treści oferty Konsorcjum jak i w zakresie odnoszącym się do oferty spółki Strabag.

Zarzuty te są bowiem bądź merytorycznie niezasadne, bądź nie udowodnione w dostatecznym stopniu.

Z kolei błędy Konsorcjum w sporządzeniu oferty przedstawiają się jako błędy merytoryczne, polegające na nieusuwalnym braku wymaganych SIWZ dokumentów.

Odwołanie należało zatem oddalić na podstawie art. 385 kpc.

O kosztach postępowania orzeczono po myśli art.98 w zw. z art. 108 par. 1 kpc, mając na uwadze fakt wstąpienia do sprawy spółki Strabag w charakterze interwenienta ubocznego po stronie zamawiającego.

M. Kolesnikow