

Sygn. akt KIO/UZP 1324/09

WYROK
z dnia 5 października 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

**Członkowie: Dagmara Gałczewska-Romek
Izabela Niedziałek-Bujak**

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: MSF - Moniz Da Maia, Serra & Fortunato - Empreiteiros S.A., MSF Polska Sp. z o.o., Unibep S.A., 1070-064 Lizbona, Portugalia, Av. Columbano Bordalo Pinheiro, N. 52** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59** protestu z dnia 21 sierpnia 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Bilfinger Berger Budownictwo S.A., 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 50A** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: MSF - Moniz Da Maia, Serra & Fortunato - Empreiteiros S.A., MSF Polska Sp. z o.o., Unibep S.A., 1070-064 Lizbona, Portugalia, Av. Columbano Bordalo Pinheiro, N. 52** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: MSF - Moniz Da Maia, Serra & Fortunato - Empreiteiros S.A., MSF Polska Sp. z o.o., Unibep S.A., 1070-064 Lizbona, Portugalia, Av. Columbano Bordalo Pinheiro, N. 52,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: MSF - Moniz Da Maia, Serra & Fortunato - Empreiteiros S.A., MSF Polska Sp. z o.o., Unibep S.A., 1070-064 Lizbona, Portugalia, Av. Columbano Bordalo Pinheiro, N. 52** na rzecz **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad, 00-848 Warszawa, ul. Żelazna 59** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 15 538 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: MSF - Moniz Da Maia, Serra & Fortunato - Empreiteiros S.A., MSF Polska Sp. z o.o., Unibep S.A., 1070-064 Lizbona, Portugalia, Av. Columbano Bordalo Pinheiro, N. 52.**

U z a s a d n i e

Zamawiający – Główna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie reprezentowana przez Oddział w Białymstoku prowadzi w trybie przetargu ograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa obwodnicy Zambrowa i Wiśniewa w ciągu drogi krajowej nr 8 w lokalizacji od km 575+550 do km

586+620 i w ciągu drogi krajowej nr 63 w lokalizacji od km 164+600 do km 169+452 wraz z przebudową i budową niezbędnych obiektów i urządzeń służących do utrzymania dróg krajowych i transportu drogowego oraz przebudową i budową infrastruktury technicznej.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 kwietnia 2009 r., pod numerem: nr 2009/S 63-00571.

Pismem z dnia 11 sierpnia 2009 r. (faks z tego dnia) zamawiający poinformował o wynikach postępowania – wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Bilfinger Berger Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (od 13 sierpnia 2009 r. Bilfinger Berger Budownictwo S.A., dalej: Bilfinger Berger S.A.).

Wybór dokonany przez zamawiającego stał się przedmiotem odwołania, poprzedzonego protestem, wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: MSF-Moniz Da Maia, Serra & Fortunato-Empreiteiros S.A. z siedzibą w Lizbonie, MSF Polska Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie oraz Unibep S.A. z siedzibą w Bielsku Podlaskim.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu, że przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Bilfinger Berger S.A. zamawiający naruszył art. 7 ust. 1, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm., dalej: Pzp albo ustawa).

Odwołujący się wniósł o nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert; dokonanie odrzucenia oferty Bilfinger Berger S.A, dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej i tym samym uznanie oferty odwołującego się za najkorzystniejszą.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący się wskazał uchybienia w ofercie Bilfinger Berger S.A w postaci braku wyceny w kosztorysie ofertowym w pozycji nr 199 (obrzeża betonowe 8x30 cm), braku wskazania okresu zgłaszania wad w Załączniku do Oferty. Wywiódł, że zgodnie z pkt 8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: siwz) obowiązkiem wykonawcy było określenie ceny jednostkowej netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w przedmiarach robót. Brak w ofercie Bilfinger Berger S.A poz. 199 powoduje niespełnienie wymagań siwz oraz uniemożliwia prawidłowe dokonanie płatności w czasie realizacji zamówienia. W konsekwencji cena oferty Bilfinger Berger S.A nie obejmuje pełnego zakresu robót, a zamówienie nie zostanie wykonane zgodnie z postanowieniami siwz. Naruszenia zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji odwołujący się upatrywał w porównaniu przez zamawiającego cen ofert nieporównywalnych,

z których jedne obejmują cały zakres zamówienia, a inne pomijają w wycenie część zamówienia oraz w odrzuceniu w identycznym stanie faktycznym (brak wyceny pozycji w kosztorysie ofertowym) oferty złożonej przez konsorcjum, którego liderem jest Przedsiębiorstwo Robót Drogowych -Mostowych w Lublinie S.A. Odwołujący się wywiódł, że przewidziane w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprawienie omyłek w treści oferty musi się odbywać na podstawie danych zawartych w siwz lub w innej części oferty (dotyczących przykładowo błędnie przepisanej przez wykonawcę nazwy lub ilości pozycji przedmiarowych) i nie może prowadzić do poprawienia cen ofertowych. Zamawiający samodzielnie winien stwierdzić na czym polega niezgodność i jak należy ją usunąć. Czynności zamawiającego polegające na uzyskaniu w trybie art. 87 ust. 1 Pzp wyjaśnień od wykonawcy umożliwiających wpisanie w poz. 199 wartości 0 zł naruszają przepisy. Odwołujący się zarzucił ponadto, że działanie zamawiającego nie ma oparcia w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż powstała omyłka nie polega na usunięciu niezgodności oferty z siwz, która nie narzucała obowiązku wpisania w tej pozycji ceny 0 zł. Wystąpienie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp odwołujący się ocenił jako negocjacje dotyczące złożonej oferty. Podniósł również, że nawet w przypadku wpisania cyfry 0 w spornej pozycji 199, z uwagi na kosztorysowy charakter wynagrodzenia powstają istotne wątpliwości, co do zgodności takiego działania z siwz. Odwołujący się polemizował również z udzielonymi przez Bilfinger Berger S.A wyjaśnieniami podnosząc, że wartości pozycji 199 nie tworzy jedynie wartość materiałów. W konsekwencji zaniechanie wyceny spornej pozycji nosi znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, o którym mowa w art. 15. ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, co skutkuje koniecznością odrzucenia oferty Bilfinger Berger S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Argumentując powyższe podniósł, że nieodpłatne wykonanie części zamówienia powoduje konieczność uznania jej za darowiznę, podczas gdy umowa w sprawie zamówienia publicznego z definicji ma charakter odpłatny.

W odniesieniu do pominięcia terminu okresu zgłaszania wad odwołujący się podniósł, że zobowiązanie wykonawcy w tym zakresie można określić wyłącznie na podstawie łącznego czytania Warunków Kontraktu stanowiących część siwz oraz Załącznika do Oferty, złożonego wraz z ofertą. Brak wskazania Okresu Zgłaszania Wad w Załączniku do Oferty (stanowiącym część oferty) skutkować będzie zawarciem umowy nieuwzględniającej Okresu Zgłaszania Wad i uniemożliwiającej Zamawiającemu egzekwowanie od Wykonawcy obowiązków wynikających z postanowień umowy odnoszących się do tego okresu.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio: protest w dniu 21 sierpnia 2009 r. (pismem z tej samej daty), odwołanie w dniu 4 września 2009 r. (pismo z tej samej daty, presentata Urzędu Zamówień Publicznych). Zamawiający otrzymał

kopię treści odwołania w dniu 4 września 2009 r. z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 27 sierpnia 2009 r. oddalił protest. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia wywiódł, że art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zobowiązuje go do poprawienia w ofercie omyłek, które jednocześnie spełniają oba postawione w tym przepisie warunki: polegają na niezgodności oferty z siwz i nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający powołał również cel art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w postaci poprawiania uchybień ofert merytorycznie poprawnych, w celu zapobieżenia ich eliminacji z postępowania z przyczyn nie mających istotnego znaczenia z uwagi na oferowane świadczenie, ustanowiony w powoływanym przepisie obowiązek poprawienia oferty, brak w siwz zakazu wyceny pozycji na 0 zł.

Zamawiający wywiódł nadto, że w granicach przywołanego przepisu dopuszczalne jest dokonywanie zmiany ceny (na co Bilfinger Berger S.A. wyraził zgodę) oraz, że oferta Bilfinger Berger S.A. obejmuje pełen zakres robót będących przedmiotem zamówienia. Zamawiający powołał w kontekście art. 35 ust. 3 pkt 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz. U. Nr 249, poz. 2104 ze zm.) fakt, że oferta Bilfinger Berger S.A. jest o 24 milionów zł tańsza.

Wyjaśnił ponadto, że oferta Konsorcjum Przedsiębiorstwa Robót Drogowo – Mostowych w Lublinie została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z uwagi na brak złożenia wyjaśnień. Zamawiający stwierdził, że pominięta w Załączniku do Oferty pozycja dotycząca "Okresu Zgłaszania Wad" jest omyłką powodującą niezgodność oferty z siwz powstałą na skutek błędu technicznego przy odwzorowywaniu załącznika, który mógł zaistnieć z uwagi na dużą ilość pozycji w załączniku. W kontekście całej oferty sporządzanej w oparciu o siwz pominięcie ma charakter oczywisty. Zamawiający podniósł, że składając oświadczenie o zapoznaniu się z warunkami kontraktu zawartymi w siwz i zobowiązanie się do realizacji zamówienia zgodnie z siwz, wykonawca nie będzie mógł wycofać się z bezwzględnie wymaganego 12-miesięcznego Okresu Zgłaszania Wad. Zamawiający podniósł, że okres Zgłaszania Wad wynika z zapisów Warunków Kontraktu Sub klauzuli 1.1.3.7 nie zaś z treści Załącznika do Oferty, który jedynie przywołuje postanowienia umowy. Pominięcie oświadczenia w Załączniku do Oferty stanowi zatem uchybienie o charakterze formalnym, nie powodującym odrzucenia oferty.

Bilfinger Berger S.A. przystąpił do postępowania odwoławczego uczestnicząc uprzednio w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu (zgłoszenie w dniu 24 sierpnia

2009r. wezwanie przez dokonane przez zamawiającego w dniu 21 sierpnia 2009r.). Powołując swój interes prawny oświadczył, że wycenił cały przedmiot zamówienia, jego oferta obejmuje cały przedmiot zamówienia oraz, że zobowiązał się do zawarcia umowy na warunkach określonych w siwz. Wskazał również, że wycena poz. 199 została ujęta w cenie innej powiązanej pozycji kosztorysu..

Po ustaleniu na posiedzeniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której odwołujący się cofnął zarzut dotyczący pominięcia w treści formularza okresu zgłaszania wad. W pozostałym zakresie strony oraz uczestnik (przystępujący) podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z pkt 5.1 siwz - Instrukcji dla Wykonawców przedmiot zamówienia obejmuje budowę: dwóch odcinków dróg krajowej i ekspresowej, dwóch węzłów, 95 obiektów inżynierskich, przebudowę istniejącej infrastruktury, budowę urządzeń ograniczających oddziaływanie drogi na środowisko, wyburzenie budynków kolidujących z inwestycją (str. 6). Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz przedmiarów robót. Ilość jednostek przedmiarowych w poz. 199 części A. Roboty drogowe - pn. obrzeża betonowe 8x30 cm. zamawiający ustalił na 1.552 m.

Zamawiający oszacował wartość przedmiotu zamówienia na 702.017.211 zł (181.667.604,91 euro), natomiast na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 570.973.998,28 zł.

W siwz w pkt 8.2 Instrukcji dla Wykonawców (str. 10) zamawiający ustalił, że "Kosztorysy ofertowe (...) należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w Przedmiarach robót. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w Przedmiarach robót".

Cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert – pkt 12 Instrukcji dla Wykonawców (str. 12).

Przystępujący złożył ofertę z najniższą ceną – 325.659.508,08 zł (po poprawieniu omyłek zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp). W kosztorysach ofertowych przystępującego nie wypełniona została poz. 199 części A. Roboty drogowe.

Odwołujący się złożył ofertę z ceną 349.435.888,13 zł, wyceniając poz. 199 na kwotę 21.8883, 20 zł przy cenie jednostkowej 14,10 zł.

Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych w Lublinie S.A. zaoferowało najwyższą cenę – 456.239.949,89 zł. a poz. 199 wyceniło na 34.299,20 zł.

Pismem z dnia 4 sierpnia 2009 r. zamawiający wystąpił do przystępującego, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego - Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY – ŁÓDŹ" S.A. oraz Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych w Lublinie S.A. na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp o złożenie w wyznaczonym terminie wyjaśnień, wskazując na brak wyceny wymienionych w treści pisma pozycji kosztorysowych (w odniesieniu do przystępującego poz. 199). W piśmie skierowanym do Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych w Lublinie S.A. zamawiający podniósł brak wycen barier ochronnych na obiektach mostowych w kosztorysie ofertowym C (poz. 44 – obiekt WS – 5, poz. 31 – obiekt MS – 9). W piśmie skierowanym do Konsorcjum - Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY – ŁÓDŹ" S.A. zamawiający podniósł brak wycen rur odwadniających w kosztorysie ofertowym C (poz. 28 – obiekt WD – 3, poz. 30 – obiekt MS – 4, poz. 29 – obiekt WS – 5). W wyznaczonym terminie wyjaśnień udzielił przystępujący oraz Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY – ŁÓDŹ" S.A. Mosty Łódź. Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych w Lublinie S.A. nie złożyło wyjaśnień, co stało się powodem odrzucenia złożonej przez nie oferty na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Przystępujący w odpowiedzi udzielonej pismem z dnia 7 sierpnia 2009 r. wskazał, że poz. 199 wycenił na 0 zł (pozostawiając puste miejsca) z powodu posiadania zapasów obrzeży betonowych po pozostałych budowach.

Na rozprawie przystępujący złożył ofertę Przedsiębiorstwa Budowlano – Handlowego Z. Niziński z siedzibą w Wyszku oraz Zakładu Usługowego Melioracje s.c. Jan Zając, Elżbieta Błaszczak z siedzibą w Skierniewicach, ewentualnych podwykonawców, z których wywodził prawdziwość podniesionej w odwołaniu tezy o ujęciu kosztów poz. 199 w innej pozycji przedmiaru.

W formularzu ofertowym przystępujący zadeklarował zamiar samodzielnej (bez pomocy podwykonawców) realizacji zamówienia publicznego.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie protokołu ZP – 1, przywoływanych pism znajdujących się w oryginalnej dokumentacji postępowania oraz złożonych na rozprawie, ofert, którymi dysponował na rozprawie zamawiający oraz z uwzględnieniem stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego (przystępującego).

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż potwierdzenie zarzutów odwołania spowoduje odrzucenie oferty przystępującego. Odwołujący się zaoferował cenę drugą w kolejności, zatem wobec przyjętego w siwz kryterium oceny ofert, będzie miał wówczas możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie podlega oddaleniu, choć Izba nie uznaje za prawidłowe wszystkich czynności dokonanych przez zamawiającego.

Art. 191 ust. 3 Pzp nakazuje Izbie rozpatrzenie odwołania w granicach zarzutu protestu. Zarzut stanowi wskazanie czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu lub konkursie, lub zaniechania przez zamawiającego dokonania czynności, do których jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp) oraz okoliczności faktycznych i prawnych stanowiących ośnowę zarzutu.

Zgodnie z art. 191 ust. 3 Pzp Izba rozpatrzyła odwołanie w granicach ustaleń faktycznych wynikających ze wskazanego w proteście pisma z dnia 7 sierpnia 2009 r. Przystępujący oświadczył w nim, że zaniechał wyceny poz. 199 z powodu posiadania zapasów obrzeży. Izba uznała, że wobec zawartego w piśmie oświadczenia, ani zamawiający, ani odwołujący się nie mieli podstaw domniemywania zaprezentowanej w postępowaniu odwoławczym wyceny poz. 199 w innej pozycji kosztorysu i uznała, że przystępujący w poz. 199 pominął wycenę kosztów innych, niż materiałowe. Izba uwzględniła również fakt, że przystępujący zadeklarował samodzielną realizację zamówienia, zatem odmówił wiarygodności i mocy dowodowej ofertom złożonym przez potencjalnych podwykonawców (art. 192 ust. 2 Pzp). Nie uszło też uwadze Izby, że powoływana w postępowaniu odwoławczym argumentacja przystępującego spowodowała, naruszającą art. 184 ust. 5 Pzp, sprzeczność stanowisk zamawiającego (który opierał się na wyjaśnieniach uzyskanych w trybie art. 87 ust. 1 Pzp) i przystępującego.

Zamawiający nie naruszył art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Powoływany przepis statuuje obowiązek zamawiającego dokonania poprawienia w ofercie wykonawcy omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią siwz, nie powodujących istotnych zmian w treści oferty oraz nie stanowiących oczywistej omyłki pisarskiej lub oczywistej omyłki rachunkowej.

Pominięcie poz. 199 kosztorysu przez przystępującego, wobec jednoznacznego wymagania zawartego w pkt 8.2 siwz, stanowi niezgodność złożonej przez niego oferty z siwz. W ocenie

Izby pominięcie to ma charakter omyłki, która jako niepowodująca istotnych zmian w treści oferty przystępującego, podlega obligatoryjnemu poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Należy przyznać rację odwołującemu się, że w postępowaniu, którego przedmiotem są roboty budowlane, a wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy, wskazywane w ofercie ceny jednostkowe mają podstawowe znaczenie – stanowią treść zobowiązania wykonawcy. Z powyższego nie należy jednak wywodzić generalnego zakazu możliwości zakwalifikowania pominięcia w poszczególnych pozycjach kosztorysu ceny jednostkowej oraz wartości prac netto, jako omyłki, ani też braku możliwości zaoferowania ceny jednostkowej w poszczególnych pozycjach w wysokości 0 zł.

Okolicznością stanowiącą dla Izby notorium jest, że pominięcie lub wskazanie kwoty 0 zł wartości jednostkowej oraz wartości prac netto w poszczególnych pozycjach kosztorysu, jest sytuacją często spotykaną w postępowaniach, których przedmiotem są złożone roboty budowlane. Pominięcia te następują częstokroć z powodu przeoczenia, skutkiem uwarunkowań technicznych programu komputerowego wykorzystywanego przez wykonawcę lub ujęcia wartości jednej pozycji w cenie innej pozycji z nią związanej. Każda ze wskazanych sytuacji może mieć charakter omyłki, podlegającej ocenie na podstawie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp.

Przywoływany przepis ma charakter relatywny – ustawodawca posłużył się w nim, pojęciem nieostrym „omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty” tworząc normę o charakterze ocennym. Ocenność i pewien subiektywizm związane są niepodzielenie ze stosunkami cywilnoprawnymi, a do nich zaliczyć należy zarówno postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (przez zawarty w art. 14 Pzp obowiązek stosowania w sprawach nieuregulowanych w ustawie przepisów kodeksu cywilnego wprost), jak i relacje wynikające z zawartej w reżimie cywilnoprawnym umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odniesienie art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp do okoliczności konkretnego przypadku polega jednak na obiektywizacji – ustaleniu, czy z punktu widzenia celu danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 91 ust. 1 Pzp, zaspokajającej merytoryczne oczekiwania i potrzeby zamawiającego, pominięcie wartości jednostkowej lub wartości prac netto danej pozycji kosztorysu jest doniosłe faktycznie lub prawnie. *De lege lata* zadaniem orzecznictwa (tak Izby, jak i Sądów Okręgowych) jest stworzenie kryteriów zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W badanym postępowaniu wskazane w poz. 199 kosztorysu obrzeża betonowe stanowią element chodnika. Wobec dokonanego opisu przedmiotu zamówienia, obejmującego roboty

budowlane o znacznym rozmiarze i stopniu skomplikowania oraz co najmniej kilkaset pozycji przedmiaru, element ten należy uznać za mało istotny, tak w aspekcie przedmiotowym (znaczenia dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia), jak i kosztowym (udziału ceny poz. 199 w cenie oferty ogółem, w odniesieniu do wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia i możliwości finansowych zamawiającego).

Podnoszone w odwołaniu i na rozprawie pytania dotyczące granic dopuszczalnego relatywizmu przy zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, również w kontekście możliwości zaoferowania ceny rażąco niskiej, są ważne, jednak nie mają one żadnego odniesienia do okoliczności faktycznych sprawy. Mały udział wartości poz. 199 w cenie ofert ogółem oraz znaczenie wykonania obrzeży dla całości inwestycji sprzeciwiają się możliwości uznania poz. 199 za mającą przesądzający wpływ na cenę oferty oraz istotną dla treści oferty. W konsekwencji pominięcie wartości jednostkowej lub wartości prac netto w poz. 199 pozbawione jest wpływu na prawidłowość wyboru najkorzystniejszej oferty.

Jednocześnie Izba nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego i przystępującego, że art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp winien być interpretowany szeroko. Przeciwnie, przywołany przepis stanowi wyjątek od reguły zawartej w art. 87 ust. 1 *in fine* Pzp, zgodnie z którą nie można dokonywać zmian w treści oferty. Przywołana reguła stanowi logiczne rozwinięcie wyrażonej art. 82 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym wykonawca może złożyć jedną ofertę – stanowiącą wiążące oświadczenie woli zawarcia umowy na warunkach zaproponowanych w ofercie.

Zgodnie z zasadami wykładni prawniczej (*exceptiones non sunt extendendae*) art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, stanowiący wyjątek od reguły zawartej w art. 87 ust. 1, nie może podlegać wykładni rozszerzającej.

Oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jak Izba wywiodła wyżej, pominięcie w poz. 199 wartości jednostkowej oraz wartości prac netto ma charakter omyłki podlegającej poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Przystępujący spornej pozycji kosztorysu nie pominął, zatem zaoferował ją zamawiającemu i zobowiązał się do jej realizacji. Skoro pozycja ta została ujęta w ofercie przystępującego, to przystępujący (co Izba stwierdza w granicach zarzutów protestu) zaoferował realizację całego przedmiotu zamówienia, zgodnie z opisem dokonany przez zamawiającego. Brak jest podstaw do stwierdzenia, że oferta przystępującego nie odpowiada merytorycznym wymaganiom zawartym w siwz.

Wbrew twierdzeniom odwołującego się, brak wyceny spornej poz. 199, ani późniejsze podanie wartości jednostkowej oraz wartości prac netto w kwocie 0 zł nie stanowią o niemożności realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami siwz.

Pominięcie wartości jednostkowej przez przystępującego w poz. 199 przyniesie natomiast konsekwencje na etapie rozliczania wykonanych robót, spowoduje skutek w postaci braku możliwości domagania się wynagrodzenia za jej wykonanie.

Z faktu braku podania wartości jednostkowej oraz wartości prac netto w poz. 199 kosztorysu nie należy wywodzić, że przystępujący zaproponował w ofercie wykonanie swego świadczenia pod tytułem darmym. Ewentualna umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta z przystępującym będzie miała charakter odpłatny, za wykonanie całości przedmiotu zamówienia zamawiający zapłaci przystępującemu zgodnie z zobowiązaniem zawartym w złożonej przez niego ofercie.

Pogląd prawny zawarty w przywoływanym przez odwołującego się wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 27 czerwca 2008 r. sygn. akt XII Ga 206/08 nie znajduje zastosowania w sprawie, chociażby tylko z tego względu, że wyrok wydany został innym stanie prawnym.

Oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Przepis ten nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący się podnosi zarzut dopuszczenia się przez przystępującego czynu wskazanego w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w postaci utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Stwierdzić należy, że pominięcie pozycji kosztorysowych może być uznane za czyn nieuczciwej konkurencji, spełniający przesłankę art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. Ustalenie takie zapada jednak w konkretnych okolicznościach faktycznych. W okolicznościach sprawy, w kontekście naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, Izba ponawia argumentację dotyczącą małej istotności braku wskazania ceny jednostkowej i wartości prac netto poz. 199 zaprezentowaną powyżej. Dodatkowo Izba wskazuje, że, w okolicznościach faktycznych sporu, zaoferowanie poz. 199 za cenę 0 zł, nie przynosi skutku w postaci zaoferowania całości świadczenia poniżej kosztów jego wytworzenia, ani tym bardziej, w celu eliminacji z rynku innych przedsiębiorców. Odwołujący się nie udowodnił wskazanych przesłanek (art. 188 ust. 1 Pzp). Ponadto, w ocenie Izby, uznanie pominięcia wyceny wartości jednostkowej oraz wartości prac netto w poz. 199, za omyłkę podlegającą obligatoryjnemu poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, skutkuje brakiem możliwości kwalifikacji przywołanej omyłki, jako czynu nieuczciwej konkurencji.

Poprawienie omyłki dokonane przez zamawiającego nie spowodowało zmiany wysokości ceny oferty. Nieracjonalne byłoby przyjęcie, że cena żądana za wykonanie 1.552 m obrzeża krawężnika betonowego 8x30 cm wyniosłaby prawie 24 mln zł, co spowodowałoby, że oferta przystępującego przestałaby być ofertą najkorzystniejszą. Skoro przystępujący zaoferował realizację całego przedmiotu zamówienia, brak wskazania w poz. 199 ceny jednostkowej oraz wartości robót netto, nie prowadzi, w okolicznościach sprawy, również do braku możliwości porównania ofert, w przyjętym w siwz kryterium oceny ofert, którym jest wyłącznie cena oferty, i pozostaje bez wpływu na wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

Przyjmując za prawidłową dokonaną przez zamawiającego kwalifikację pominięcia poz. 199 ceny jednostkowej oraz wartości robót netto jako omyłki polegającej na poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp Izba za wadliwe uznaje jednak, w okolicznościach sprawy, postępowanie zamawiającego przedsięwzięte w celu poprawienia ofert na podstawie przywołanego przepisu.

Jeśli zamawiający uznał (w treści pism z dnia 2 sierpnia 2009 r.), że sporna pozycja nie została wyceniona przez wykonawców, to jedynym możliwym sposobem jej uzupełnienia, jest wpisanie w rubryce cena jednostkowa i wartość robót kwoty 0 zł, co stanowi zmianę treści oferty i podlega ocenie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W okolicznościach sprawy, zamawiający mógł samodzielnie ocenić stwierdzone braki wypełnienia poszczególnych pozycji kosztorysu przez wykonawców, zgodnie z przywołanym przepisem. W razie uznania, że wystąpiły przesłanki ustawowe, zamawiający zobowiązany był do dokonania poprawy omyłek, a następnie, stosownie do wymagania zawartego w art. 87 ust. 2 *in fine* Pzp, do powiadomienia wykonawców o dokonanych zmianach w treści ich ofert.

W okolicznościach faktycznych sporu, uzależnianie poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wyłącznie od faktu złożenia przez wykonawców wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, a przede wszystkim, odrzucenie oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych w Lublinie S.A., jedynie z powodu nie złożenia wyjaśnień, narusza przepisy ustawy. Ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia oferty wykonawcy z samym faktem nieudzielenia wyjaśnień wymaganych na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Skutek taki przewiduje art. 90 ust. 3 Pzp, jeśli wykonawca nie złożył wyjaśnień w postępowaniu wskazanym w art. 90 ust. 1 Pzp, zmierzającym do ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę. Skoro ustawodawca nie ustanowił obowiązku odrzucenia oferty,

to w razie nieudzielenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, zamawiający winien ocenić ofertę wykonawcy, w takiej postaci, w jakiej została ona złożona.

Odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest obowiązkiem zamawiającego, w przypadku ustalenia, że występuje niezgodność treści oferty z treścią siwz, której nie można sanować w myśl art. 87 ust. 2 Pzp. Na rozprawie zamawiający nie podniósł i nie udowodnił że pominięte przez Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych w Lublinie S.A., ceny jednostkowe oraz wartości robót netto mają dla realizacji przedmiotu zamówienia lub z uwagi na ich hipotetyczną wartość, charakter na tyle istotny, iż ich kwalifikacja jako omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i poprawienie przez wpisanie wartości 0 zł, jest niemożliwa.

Zamawiający czynności poprawienia pominiętych cen jednostkowych i wartości prac netto dokonał w ofertach przystępującego i Konsorcjum - Przedsiębiorstwo Robót Mostowych "MOSTY – ŁÓDŹ" S.A.. Odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych w Lublinie S.A., która zawierała uchybienia tego samego rodzaju, bez wykazania podstaw merytorycznych takiej czynności, wyłącznie z powodu braku złożenia wyjaśnień, żądanych na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, narusza przywołane przepisy i godzi w zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wskazaną w art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba odnosi się również do wyrażonego przez zamawiającego poglądu o możliwości uzupełnienia pominiętych cen jednostkowych, w oparciu o art. 87 ust. 1 Pzp, o wartość inną niż 0 zł. Przywołany przepis czytany łącznie z art. 87 ust. 2 Pzp statuuje zasady: nienaruszalności treści złożonej oferty, braku możliwości negocjacji jej treści przez wykonawcę i zamawiającego oraz dopuszczalności korekty oferty wyłącznie w odniesieniu do uchybień spełniających enumeratywne przesłanki zawarte w art. 87 ust. 2 Pzp.

Tryb przewidziany w art. 87 ust. 1 Pzp może być, w indywidualnych przypadkach, pomocny przy ustaleniu, czy zaistniała przesłanka wskazana w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający korzystając z niego, winien mieć jednak na względzie, że możliwość uzgadniania treści oferty jest objęta zakazem ustawowym. Art. 87 ust. 1 Pzp może być wykorzystany w celu uzyskania wyjaśnień – wykładni (autentycznej) oświadczenia woli stanowiącego ofertę.

Powoływane reguły urzeczywistniają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dopuszczenie możliwości podawania ceny jednostkowej, która skutkiem omyłki została przez wykonawcę pominięta, innej niż 0 zł, w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, a następnie ocenianie podanej wartości przez zamawiającego w kategoriach art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, stanowiłoby jaskrawe złamanie powoływanych zasad. Wykonawca, który pominął w

swojej ofercie cenę jednostkową, miałby możliwość jej uzupełnienia, po poznaniu kwoty, która zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (art. 86 ust. 3 Pzp), cen konkurencyjnych ofert (art. 86 ust. 4 Pzp) a nawet po zapoznaniu się z nimi (art. 96 ust. 3 Pzp). Natomiast wykonawca, który dołożył należytej staranności przy przygotowywaniu całości oferty i nie dopuścił się omyłek, polegających na pominięciu ceny jednostkowej, byłby pozbawiony takiej możliwości. Wobec braku ograniczenia w art. 87 ust. 1 Pzp liczby udzielanych przez wykonawcę wyjaśnień, działania takie prowadzić by mogły do ustalania ostatecznej ceny oferty *de facto* w trybie negocjacyjnym.

Powoływany przez Zamawiający wyrok Izby o sygn. akt KIO/UZP/259/09 nie może stanowić argumentacji na twierdzenie przeciwne. W powołanym orzeczeniu Izba stwierdziła jedynie, że wobec braku wskazania ceny jednostkowej we wskazanej pozycji kosztorysu zamawiający uprawniony jest do żądania wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Izba w żaden sposób nie przesądziła natomiast, czy, i w jakim zakresie, wyjaśnienia takie mogą się stać podstawą do dokonania poprawek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ani nie opowiedziała się za dopuszczalnością uzupełnienia pominiętej ceny jednostkowej o wartość inną niż 0 zł.

Reasumując, Izba stwierdza, że przez zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w odniesieniu do oferty przystępującego i dokonanie jej wyboru jako najkorzystniejszej zamawiający nie naruszył przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu. Czynność odrzucenia oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych w Lublinie S.A., uznaje Izba za wadliwą – w tym zakresie zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 89 ust.1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp znalazł potwierdzenie.

Stosownie do art. 191 ust. 1 a Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeśli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Przywrócenie oferty Konsorcjum Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych w Lublinie S.A. do udziału w postępowaniu nie miałoby skutku dla wyboru najkorzystniejszej oferty.

Mając na uwadze powyższe ustalenia i ocenę, Izba na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp oddaliła odwołanie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, ograniczając je do wysokości kwoty 3600 zł zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....