

WYROK

z dnia 14 czerwca 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 czerwca 2011 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 czerwca 2011 roku przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów Spółka Akcyjna w Lubartowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze**

przy udziale wykonawcy **Budimex Spółka Akcyjna w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów Spółka Akcyjna w Lubartowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów Spółka Akcyjna w Lubartowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Lubartów Spółki Akcyjnej w Lubartowie** na rzecz **Zarządu Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze – prowadzi postępowanie na budowę obejścia m. Nowy Kisielin łączącego drogi woj. Nr 279 i 282 – zadanie dofinansowane ze środków Lubuskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2007-2013.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwaną dalej ustawą Pzp.

W dniu 3 czerwca 2011 roku wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów Spółka Akcyjna w Lubartowie (dalej: odwołujący się) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, w którym zażądał nakazania zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty wykonawcy Budimex S.A. w Warszawie oraz dokonanie ponownej oceny ofert i wybór oferty odwołującego się jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że w ofercie złożonej przez Budimex S.A. załączono wymagany formularz 2.4. będący integralną częścią oferty zawierający „wykaz materiałów przewidywanych do użycia przy wykonywaniu robót” a będący oświadczeniem wykonawcy o rodzaju materiałów i jego cenie jednostkowej. Składając wymagane oświadczenie wykonawca potwierdził, że nazwy i ceny wszystkich materiałów zostały przyjęte przy kalkulacji cen jednostkowych w kosztorysie ofertowym w pozycjach od 1 do 255, zaś pozostałe materiały zostaną skalkulowane według aktualnych cen podanych w wydawnictwie „Sekocenbud”.

Treść formularza SIWZ jednoznacznie wskazuje, że ceny jednostkowe materiałów przewidzianych do użycia będą musiały być bez zmian przeniesione do kosztorysu ofertowego i uwzględnione w cenie oferty.

Firma Budimex S.A. do ostatecznej kalkulacji przyjęła ceny zdecydowanie różniące się (o wiele niższe) od cen podanych w formularzu 2.4. Postępowanie takie doprowadziło w konsekwencji do złożenia ceny oferty zaniżonej i nieprawdziwie skalkulowanej. Dla przykładu beton B-40 z ceną jednostkową 346 zł/m³ został wyceniony w tabeli elementów rozliczeniowych na 182 zł/m³. Krawężniki kamienne wtopione na ławie betonowej z oporem - przy cenie jednostkowej 110,00 zł w pozycji materiały a 80,14 zł w pozycji ofertowej. Nie jest dopuszczalne i możliwe w miejsce wymaganego betonu B-40 oferowanego w cenie 346 zł zastosować innego typu beton za cenę stanowiącą 50% ceny jednostkowej z oświadczenia zawartego w formularzu 2.4. bez podejrzenia wykonania np. ustroju nośnego „na mokro” z narażeniem na katastrofę budowlaną, z powodu rażącego odstępstwa materiałowego.

Zatem, jeżeli wykonawca złożył formularz 2.4., stanowi on element jego oświadczenia woli (art.66 § 1 k.c.) i winien być poddany ocenie pod kątem zgodności z SIWZ. Zamawiający zobowiązany był na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 odrzucić ofertę, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ bez możliwości jej poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż charakter omyłek wskazuje na istotne odstępstwo treści oferty od treści SIWZ.

Niezgodność treści oferty Budmimexu S.A. z treścią SIWZ nie ma charakteru omyłki i nie może być zakwalifikowana jako inne omyłki w rozumieniu art.87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, które mógłby poprawić zamawiający. Zamawiający nie jest uprawniony do rozszerzającej interpretacji i wykładni przepisu i dokonywania zmian, które powodują zmniejszenie lub zwiększenie ceny ofertowej wykonawcy lub zastępują oświadczenie woli wykonawcy. Tego rodzaju braki, jak i przeinaczenia nie mogą być traktowane jako omyłki. Z założenia zatem umyślne zastosowanie w ofercie materiału czy ceny odmiennej od projektu nie jest omyłką w tym sensie, jaki nadaje jej przepis art. 87 ustawy Pzp. Zastosowanie art.87 ust.2 pkt 3 ustawy pzp uzależnione jest od dokonania oceny przez zamawiającego, czy w ofercie wykonawcy występuje niezgodność jej treści z treścią SIWZ, a także, czy w wyniku dokonanej zmiany nie została zmieniona treść oferty.

Zamawiający nie dopełnił należytej staranności, nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia dokumentacji i nie zażądał złożenia wyjaśnień, będąc do tego zobowiązany na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Brak złożonych wyjaśnień o zróżnicowaniu cen poszczególnych pozycji w formularzu 2.4. z treścią (wartością) oferty należy ocenić jako nieuwzględnienie w ofercie cen z formularza 2.4. stosownie do wymagań zamawiającego, co niesie zmianę niekorzystną dla zamawiającego w przypadku konieczności rozliczenia robót zgodnie z postanowieniami SIWZ. Jest to zatem niezgodność treści oferty z postanowieniami specyfikacji w zakresie merytorycznym. Zgodnie z art. 89 ust. 1pkt 2 ustawy Pzp zamawiający ma obowiązek w takim przypadku odrzucić ofertę wykonawcy, ponieważ nie odpowiada ona treści SIWZ.

Zamawiający w SIWZ przewidział udzielenie zamówień uzupełniających, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt. 6 ustawy pzp. Zaniżenie wszystkich cen jednostkowych w zróżnicowanej wysokości ujętych w formularzu 2.2. już na etapie składania ofert, może stanowić, że firma może spróbować odzyskać utracone różnice cenowe kosztem jakości deklarowanej planem zarządzania jakością - formularz 2.6, a wprowadzające w błąd sugerowane ceny mogą nosić znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, będącej działaniem sprzecznym z prawem lub dobrymi obyczajami, mogącymi naruszać interes innego przedsiębiorcy.

Po porównaniu Formularza 2.2. i 2.4. oferty BUDIMEX S.A. stwierdzono w 30 przypadkach niezgodności polegające na tym, że cena materiału wymieniona w Formularzu

2.4. była wyższa niż cena jednostkowa całkowitego wykonania w Formularzu 2.2. Wartość materiałów użytych zgodnie z formularzem 2.4. do wyliczenia ceny w formularzu 2.2. jest wyższa o 1.022.983,39 zł netto niż całkowita wartość wykonania elementów robót, do których w/w materiały zostały użyte (załącznik do odwołania). BUDIMEX S.A. powołał się przy cenach materiału nie wymienionych w Formularzu 2.4. na Sekocenbud. Zamawiający w § 8 ust. 3 pkt 2 wzoru umowy oraz w Szczególnych Warunkach Kontraktu określił sposób wyliczenia cen jednostkowych robót dodatkowych, między innymi w oparciu o Sekocenbud.

Zgodnie z Sekocenbudem cena elementu obiektu składa się z sumy ceny materiału, robocizny, sprzętu, kosztów pośrednich i zysku.

Zgodnie z Sekocenbudem - Biuletyn Cen Obiektów Budowlanych cz II - obiekty inżynieryjne I kwartał 2011 r. struktura cen w rozbiciu na materiał i pozostałe składniki została pokazana w załączniku do odwołania. Wynika z niego ,że wartość materiału w całkowitej cenie elementu stanowi około 70%.

Zastosowane w 30 pozycjach Formularza 2.2. cen materiałów z Formularza 2.4. (oferty BUDIMEX S.A.) przy założeniu struktury kosztów narzutów zgodnie z Sekocenbudem wymienionych w załączniku do odwołania, skutkuje zwiększeniem wartości oferty BUDIMEX S.A. o kwotę brutto 6.463.020,02 zł co daje wartość całkowitą oferty: $34.203.825,01 + 6.463.020,02 = 40.666.845,03$ zł. brutto.

Wszystkie złożone oferty są wyższe niż kwota, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, (kwota podana podczas otwarcia ofert). Podczas przetargu w odpowiedziach na zapytania (informacja o udzielonych odpowiedziach do SIWZ pismo ZDW-ZG-IV-3311-5/2010 z dnia 06.05.2011 r.) Zamawiający dokonał istotnych zmian w formularzach kosztorysowych 2.2. w zakresie robót ziemnych. Zmiana skutkuje zwiększeniem wartości pozycji robót ziemnych, które stanowią około 25 % wartości całego obiektu.

Wprowadzono korektę ilości nasypów z 44,5 tys. m³ do 291,4 tys. m³ (zmiana o 655 %). Spowodowało to szacunkowe zwiększenie wartości robót ziemnych o około 5 mln zł (oferta BUDIMEX S.A. o 4,96 mln zł brutto a PRD Lubartów S.A. o 4,94 mln zł brutto). Zamawiający wprowadzając tak zasadniczą zmianę zakresu robót zleconych do wyceny i wykonania przewidywał konieczność zwiększenia środków, które pierwotnie przewidywał na sfinansowanie zamówienia.

Pismem z dnia 10 czerwca 2011 roku zatytułowanym „Uzupełnienie treści wniesionego odwołania z dnia 02.06.2011 r. w związku z przystąpieniem firmy BUDIMEX S.A. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego” odwołujący się stwierdził, iż zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp:

- art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 3,

- art. 26 ust. 3 nie wzywając wykonawcy do złożenia dokumentów i wyjaśnień w związku między innymi z art. 30, z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 66 § 1 K.c.

Zamawiający pismem z dnia 10 czerwca 2011 roku wniósł odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie od odwołującego się na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa przed KIO. W piśmie z dnia 11 czerwca 2011 roku wniósł o nie rozpatrywanie zgłoszonych przez odwołującego się zarzutów podniesionych w piśmie odwołującego się z dnia 10 czerwca 2011 roku jako podniesionych po upływie ustawowego terminu do wniesienia odwołania.

Pismem z dnia 6 czerwca 2011 roku do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca Budimex Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Oferta odwołującego się została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert, a zatem w przypadku uwzględnienia odwołania, odwołującemu zostałyby przyznane przedmiotowe zamówienie publiczne. Jednocześnie Izba stwierdza, że sam fakt nie wykazania przez odwołującego się w treści odwołania interesu w uzyskaniu zamówienia nie może rodzić dla niego niekorzystnych konsekwencji. Izba obowiązana jest badać interes wykonawcy z urzędu, bez względu na to, czy wykonawca wskazywał na ów interes w treści odwołania.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Izba ustaliła, że odwołujący się podnosił, iż oferta przystępującego powinna być odrzucona z powodu niezgodności jej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W ofercie przystępującego znajduje się bowiem formularz 2.4 zawierający wykaz materiałów przewidywanych do użycia przy wykonywaniu robót i będący oświadczeniem wykonawcy o rodzaju materiałów i jego cenie jednostkowej. Składając wymagane oświadczenie wykonawca potwierdził, że nazwy i ceny wszystkich materiałów zostały przyjęte przy kalkulacji cen jednostkowych w kosztorysie ofertowym w pozycjach 1-225, zaś pozostałe materiały zostaną skalkulowane według aktualnych cen podanych w wydawnictwie Sekocenbud. Zdaniem odwołującego się treść formularza SIWZ jednoznacznie wskazuje, że ceny jednostkowe materiałów przewidzianych do użycia będą musiały być bez zmian przeniesione do kosztorysu i

uwzględnione w cenie oferty, tymczasem przystępujący do ostatecznej kalkulacji przyjął ceny zdecydowanie różniące się od cen podanych w formularzu 2.4.

Izba zbadała dokumenty postępowania i skonstatowała, że zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zobowiązał wykonawców do złożenia wraz z ofertą między innymi następujących dokumentów: kosztorys ofertowy (Formularz 2.1.), wykaz materiałów przewidywanych do użycia przy wykonywaniu robót (Formularz 2.4). Formularz 2.4, czyli wykaz materiałów przewidywanych do użycia przy wykonywaniu robót zawierał uwagę następującej treści: „Określić nazwy i ceny wszystkich materiałów przyjętych przy kalkulacji cen jednostkowych w kosztorysie ofertowym”.

W ocenie Izby zapis taki istotnie może wskazywać na konieczność zawarcia w przedmiotowym formularzu tych samych cen, które następnie zostały uwzględnione w kosztorysie ofertowym. W tym zakresie Izba podziela stanowisko odwołującego się, jednakże jednocześnie stwierdza, co następuje:

W myśl art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W przedmiotowym przypadku zaistniałe naruszenie w żaden sposób nie mogło wpłynąć na wynik postępowania.

Stosownie do punktu 11.1 Tomu I SIWZ cena oferty zostanie wyliczona przez wykonawcę w oparciu o kosztorysy ofertowe sporządzone na formularzach, których wzór stanowi Formularz 2.2, Podstawą obliczenia ceny oferty są Przedmiary robót zamieszczone w Tomie IV SIWZ. Zgodnie zaś z pkt. 11.3 Tomu I SIWZ wyliczone w kosztorysach ofertowych wartości netto za wykonanie poszczególnych elementów robót wykonawca winien wpisać do Tabeli wartości elementów scalonych, na formularzu zgodnym z treścią Formularza 2.3 oraz w tej Tabeli wyliczyć cenę oferty brutto.

Wobec powyższego stwierdzić należy, że Formularz 2.4 nie ma żadnego znaczenia dla wyliczenia ceny oferty. Potwierdzają to także zapisy § 8 ust. 2 pkt 2 wzoru umowy, stosownie do którego „Rozliczenie robót nastąpi w oparciu o formularz cenowy i zawarte w nim ceny jednostkowe oraz pomiary powykonawcze zawierające faktycznie wykonane roboty”, a w zakresie robót dodatkowych - 8 ust. 3 pkt 2, zgodnie z którym „Jeżeli w toku realizacji robót wystąpi konieczność wykonania robót dodatkowych (...) to wykonawca wykona je na dodatkowe zamówienie zlecniodawcy udzielone w trybie zamówienia z wolne ręki (art. 67 ust. 1 pkt 5 ustawy – Prawo zamówień publicznych) wg cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym, a w przypadku braku ceny w kosztorysie ofertowym wg cen określonych w

Informacji o stawkach robocizny kosztorysowej oraz cenach pracy sprzętu budowlanego IRS, Sekocenbud, I kwartał 2011 rok.

W ocenie Izby zamawiający nie naruszył art. 87 ust. 1 ustawy Pzp nie wzywając przystępującego do wyjaśnienia treści oferty we wskazanym zakresie. Możliwość wezwania wykonawcy na podstawie wskazanego przepisu jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego, a z braku skorzystania z przysługującego uprawnienia co do zasady nie należy czynić zarzutu,. Ponadto zamawiający korzystają ze wzmiankowanego przepisu w sytuacjach, kiedy mają wątpliwości co do treści złożonych ofert. O ile zamawiający takich wątpliwości w stosunku do oferty przystępującego nie miał, żądanie złożenia wyjaśnień byłoby z jego strony nieuzasadnione.

Izba pozostawiła bez rozpoznania zarzuty zawarte w piśmie odwołującego się z dnia 10 czerwca 2011 roku stwierdzając, że zostały one wniesione po upływie ustawowego terminu na wniesienie odwołania. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego się, iż pismo to jest w istocie uzupełnieniem odwołania. W piśmie z 10 czerwca 2011 roku odwołujący się wskazał na inne przepisy prawne, którego w jego ocenie zostały naruszone przez zamawiającego, w związku z czym argument, iż nie są to nowe zarzuty, lecz jedynie doprecyzowanie poprzednich, ostać się nie może.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....