

WYROK
z dnia 21 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **19 października 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **STRABAG Sp. z o.o., 05-800 Pruszków, ul. Parzniewska 10** od czynności zamawiającego **Zarządu Dróg Wojewódzkich, 20-207 Lublin, ul. Turystyczna 7A.**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego się oraz okoliczności i wynikających z nich konsekwencji wskazanych w uzasadnieniu;

2. Kosztami postępowania obciąża Zarząd Dróg Wojewódzkich, 20-207 Lublin, ul. Turystyczna 7A i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **STRABAG Sp. z o.o., 05-800 Pruszków, ul. Parzniewska 10;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich, 20-207 Lublin, ul. Turystyczna 7A** na rzecz **STRABAG Sp. z o.o., 05-800 Pruszków, ul. Parzniewska 10** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Lublinie.**

Przewodniczący:

UZASADNIENIE do wyroku 2182/10

W dniu 7 października 2010 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione w imieniu i na rzecz STRABAG Sp. z o.o., (dalej: Odwołujący lub Strabag), złożone na podstawie art. 180 i art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zmianami), zwaną w dalszej części w „ustawą Pzp” od czynności Zamawiającego **Zarządu Dróg Wojewódzkich w Lublinie** podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 826 Markuszów - Nałęczów na odcinku od km 0+010 do km 10+930 o długości 10,920*” (dalej: postępowanie), polegającej na dokonaniu w sposób niezgodny z prawem odrzucenia oferty Odwołującego i wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A., ul. Krańcowa 7, 21-100 Lubartów (Lider) Mota - Engil Engenharia e Constricao S.A. z siedzibą w Portugalii (Partner), Mota Engil Central Europe S.A. z siedzibą w Krakowie, Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Puławy S.A. (Partner). Odwołujący wskazywał, iż pismem z dn. 24 września 2010 roku (znak: ZDW - KU-S-3331/54/2010) - data przesłania 27 września 2010 roku Zamawiający działając na podstawie art. 92 ust 1 ustawy Pzp, przekazał Odwołującemu informacje o odrzuceniu złożonej przez niego oferty oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm, którego Liderem jest: Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Lubartów S.A., ul. Krańcowa 7, 21-100 Lubartów.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Suplemencie do Dziennika Urzędowego UE z dnia 7 maja 2010 roku pod numerem 2010/S 89-133193.

Zaskarżonej czynności zarzucono naruszenie art. 7 ust 1 i 3, art. 89 ust 1 pkt 3, 6 i 8 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, a w konsekwencji dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazywał, że posiada interes w złożeniu odwołania. Odwołujący, w wyniku dokonanej przez Zamawiającego oceny wniosków złożonych w niniejszym postępowaniu zaproszony został, wraz z trzema innymi wykonawcami do złożenia oferty. Oferta Odwołującego zawierała najniższą ze wszystkich zaproponowanych w postępowaniu cenę. Ponieważ zgodnie z pkt XI.SIWZ jedynym kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej w przedmiotowy postępowaniu jest cena, uzasadnione jest twierdzenie, że w wyniku dokonania niezgodnego z prawem odrzucenia oferty Odwołującego pozbawiony został on możliwości skutecznego ubiegania się o zamówienie tj. zawarcia umowy o wykonanie przedmiotowej umowy.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podnosił, iż w informacji o wyborze i odrzuceniu jego oferty jako podstawę prawną swojej decyzji Zamawiający wskazał art. 89 ust 1

pkt 3, 6 i 8 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, że w pkt 7.3.7. Szczególnych Warunków Umowy dla przedmiotowego zamówienia wprowadził zapis zgodnie z którym „(...) *Wartość płatności częściowych ogółem w 2010 roku ustala się na kwotę 10 651 000,00 zł brutto. Wykonawca zobowiązany jest wykonać w 2010 roku roboty o tej wartości*”. Z przedstawionego zaś przez Odwołującego, jako załącznik do złożonej oferty, harmonogramu realizacji robót wynika, że w 2010 roku zamierza on wykonać roboty branżowe o niewielkiej wartości bez robót branży drogowej.

Dalej Zamawiający wyjaśniał, że w celu wyjaśnienia treści złożonej oferty pismem z dnia 17 września 2010 roku wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, w tym m.in. do wskazania, które z pozycji kosztorysu ofertowego dołączonego do oferty i w jakiej wartości zostaną wykonane w 2010 roku w ramach robót wskazanych we wstępnym harmonogramie, (*fakt niesporny*).

W odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 20 września 2010 roku Odwołujący przesłał Zamawiającemu szczegółowy wykaz pozycji kosztorysowych dla robót, które zgodnie z harmonogramem wykonane miały być do końca roku 2010. (*fakt niesporny*).

Na podstawie tak przesłanego wykazu Zamawiający ustalił, że do końca br. roku Odwołujący zamierzał wykonać roboty pomiarowe na łączną kwotę 8 579 392,10 zł., co przy długości odcinka remontowanej drogi 10,920 km daje wartość 785 658,62 zł za prace pomiarowe na długości 1 km.

Tak ustaloną wartość prac pomiarowych dla 1 km drogi Zamawiający porównał z Biuletynem Cen Robót Drogowych i Mostowych BCD opracowanym przez SECOCENBUD (wydane na II kwartał 2010 r.) zgodnie z którym ceny odtworzenia trasy i punktów wysokościowych przy liniowych robotach ziemnych (dróg) wynoszą: min. 1323,98 zł, max. 2159,37 zł, średnia-1560,15 zł.

W oparciu o tak przeprowadzoną ocenę oferty, Zamawiający uznał, iż oferta Odwołującego zawiera błąd w obliczaniu ceny, jest ofertą nieważną na podstawie odrębnych przepisów oraz stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w związku z czyn podlega odrzuceniu.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Uzasadniając odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Zamawiający napisał, że „(...) *błąd w odliczaniu ceny polega na rażącym zawyżeniu wartości prac pomiarowych, co w efekcie miało istotny wpływ na końcową wartość oferty*”. Co oznacza, że za błąd w obliczeniu ceny Zamawiający uznał podaną przez Odwołującego wartość robót pomiarowych. W ocenie Odwołującego, zaproponowana przez Odwołującego cena za wykonanie poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego nie stanowi błędu w rozumieniu art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy pzp. Odwołujący zauważa, że ustawa Pzp nie zawiera definicji „błąd w obliczaniu ceny”. Z podglądów prezentowanych w doktrynie i orzecznictwie wynika, że pod pojęciem tym rozumieć należy:

1. *Błędem w szczególności będzie zastosowanie niewłaściwych jednostek miary, niewłaściwych ilości zakresu czynności, które trzeba wykonać w trakcie realizacji zamówienia, błędem będzie również przyjęcie niewłaściwej stawki podatku VAT. Błąd w rozumieniu omawianego przepisu jest więc raczej błędem co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, niż wadliwie od strony „technicznej” wykonaną czynnością obliczenia ceny. Błąd wskazywany jako przesłanka odrzucenia oferty musi się przy tym odnosić do ceny rozumianej zgodnie z art. 2 pkt 1, tj. do ceny za całość świadczenia. Nieuprawnione więc będzie odrzucanie ofert, w których popełniony został błąd w elemencie ceny, jeśli nie przyniósł on żadnych konsekwencji w ustaleniu ostatecznej ceny oferty. (W. Dzierżanowski [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.*

2. „ (...) Pojęcie błędu wiąże się z instytucją oświadczenia woli w rozumieniu prawa cywilnego, i stanowi, jeżeli jest to błąd istotny, jedną z wad oświadczenia woli. Błąd oznacza mylne wyobrażenie o prawdziwym stanie rzeczy a istotny jest wówczas gdy uzasadnia przypuszczenie, że gdyby działający pod wpływem błędu i oceniał spraw rozsądnie, nie złożyłby oświadczenia tej treści. W praktyce chodzi z reguły o błąd co do faktu, polegający na fałszywym wyobrażeniu nie tyle o samej treści oświadczenia woli, ile o innych składnikach czynności prawnej, w przypadku zamówień publicznych m.in. takich elementów jak przedmiot zamówienia czy cena. (...) Błąd w obliczeniu ceny polega (...) na wadliwym wyborze przez wykonawcę poszczególnych elementów mających wpływ na wadliwe obliczenie ceny(...)(Prawo zamówień publicznych. Komentarz pod red. T. Czajkowskiego, wyd. 2, Warszawa 2006).

3. *Błędy w obliczeniu ceny oferty, o których stanowi przepis art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p., to błędy nie tylko w stosunku do opisu zawartego w SIWZ, ale przede wszystkim błędy w rozumieniu powszechnie obowiązujących przepisów prawnych, regulujących sposób obliczania ceny dostaw, usług czy robót budowlanych (art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z 2001 r. o cenach oraz inne przepisy prawa materialnego), (wyrok KIO z dn. 29 lipca 2009r. sygn. akt. KIO/UZP 918/09).*

Jako błąd w obliczaniu ceny, skutkujący odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 6 ustawy pzp w oparciu o orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazać można błędne, tj. niezgodne z przepisami obowiązującego prawa, podanie w ofercie stawki podatku VAT.

W świetle przedstawionych w odwołaniu stanowisk dotyczących interpretacji art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, działanie Odwołującego polegające na obliczeniu ceny oferty w oparciu o własne założenia dotyczące kalkulacji poszczególnych pozycji kosztorysowych, nie mogą zostać uznane za błąd w obliczaniu ceny. Nawet jeżeli ceny podane przez Odwołującego dla

wykonania prac pomiarowych są w ocenie Zamawiającego wyższe od cen ustalonych oparciu o publikatory tj. SEKOCENBUD, to ich przyjęcie nie jest w tej sytuacji wynikiem błędnego wyobrażenia Odwołującego o zakresie czy charakterze robót koniecznych do wykonania w ramach prac pomiarowych. Poszczególne pozycje przedmiarowe, oprócz tego że zostały opisane w przedstawionych wraz z SIWZ przedmiarach robót, scharakteryzowane zostały również w Szczegółowych Specyfikacjach Technicznych. Odwołujący przygotowując ofertę miał więc świadomość, jakie roboty wycenia, za jaką kwotę i co zobowiązuje się wykonać w ramach zaoferowanej ceny. Wycena oferty jest zawsze wynikiem indywidualnie przyjętych przez danego wykonawcę założeń uwzględniających np. poziom zakładanego ryzyka, zysk, sposób rozliczenia umowy

z Zamawiającym. Zamawiający nie jest uprawniony do weryfikacji ceny oferty (rozumianej jako pewna wartość, kwota) w oparciu o kryterium błędu rozumianego jako podanie ceny zbyt wysokiej. Jak stwierdziła KIO w wyroku z dn. 9 lipca 2009r. w sprawie sygn. akt KIO/UZP 1364/09, KIO/UZP 1381/09/ KIO/UZP 1388/09. *Sposób w jaki Wykonawca kształtuje politykę cenową i strukturę kosztów w ramach w obrębie przedmiotu zamówienia jest jego indywidualną sprawą i mieści się poza badaniem Zamawiającego (o ile Zamawiający nie bada rażąco niskiej ceny w trybie art. 90 ustawy Pzp).*

W ramach art. 89 ust. 1 pkt 6 ustaw Pzp Zamawiający zweryfikować może, czy cena zaproponowana w ofercie obliczona została w oparciu o prawidłowo ustalony stan faktyczny tj. prawidłowe rozumienie tego, co w ramach tej ceny zobowiązuje się wykonać Wykonawca. Weryfikacja dotyczyć może również prawidłowego rozumienia powszechnie obowiązujących przepisów prawa mających wpływ na obliczenie ceny oferty - jest to jednak problem pozostający poza przedmiotem rozważań w niniejszej sprawie, gdyż nie ma powszechnie obowiązujących przepisów, które narzucałyby Wykonawcy przyjęcie takich a nie innych stawek jako wiążących dla obliczenia ceny oferty.

Istotny z punktu widzenia oceny zasadności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jest również fakt, że przepis ten dotyczy, błędów w obliczaniu ceny w rozumianej jako wartość całości świadczenia. W rozpatrywanej sytuacji stwierdzony przez Zamawiającego błąd dotyczy jedynie jednej z pozycji kosztorysowych, a więc elementu ceny, nie zaś ceny za całość zamówienia. Rzekomy błąd nie ma również wpływu na ostateczną cenę oferty, na co wskazuje porównanie cen wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący wskazuje, że w postępowaniu złożone zostały 4 oferty:

- oferta Odwołującego na kwotę **26 471 644,55 zł**,
- oferta Konsorcjum PRD Lubartów, Mota Engil Engenharia e Construcao Portugalia, Mota Engil Central Europe, PRD Puławy na kwotę **28 270 172,12 zł**;
- oferta PBDiM Mińsk Mazowiecki na kwotę **31 487 619,39 zł**;
- oferta Budimex. S.a. za kwotę **39 985 582,11 zł**.

Mimo więc, że ceny za wykonanie prac pomiarowych w ofercie Odwołującego są wyższe od cen, które w ocenie Zamawiającego powinny zostać tu wskazane, cena za wykonane całości zamówienia jest najniższa ze wszystkich zaproponowanych w postępowaniu.

W części końcowej odnoszącej się do prezentowanego zarzutu, Odwołujący podnosi, że zgodnie z pkt X. SIWZ „Cena zawarta w ofercie jest ceną ryczałtową. Przedmiary dołączone do SIWZ mają charakter pomocniczy w celu ułatwienia wykonawcy obliczenia ceny oferty”. W orzecznictwie dotyczącym błędnie podanej stawki VAT jako podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp podnosi się, że ryczałtowy charakter wynagrodzenia wyłącza możliwość odrzucenia oferty z powodu błędu w obliczaniu ceny (wyrok KIO z 3 marca 2009 r. sygn. akt KIO/UZP/193/09).

Reasumując, w ocenie Odwołującego po pierwsze cena za wykonanie prac pomiarowych nie stanowi błędu w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, po drugie rzekomy błąd Odwołującego nie dotyczy ceny za wykonanie całości przedmiotu umowy czego wymaga wspomniany art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, po trzecie cena za wykonanie zamówienia ma charakter ryczałtowy.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający napisał, że „ (...) w przypadku oferty Odwołującego zastosowanie znajduje art. 387 §1 kc, zgodnie z którym umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna (...)”. Odnosząc się do art. 387 kc Zamawiający wskazał, że jego dyspozycja obejmuje także zachowania fatycznie możliwe ale których ocena ekonomiczna wskazuje na ich całkowitą nieracjonalność. W konsekwencji, jak pisze Zamawiający „(...) za przeszkody niusuwalne (skutkujące niemożliwością świadczenia) uznaje się takie które z technicznego punktu widzenia są do realizacji, ale jednocześnie są całkowicie nieuzasadnione z perspektywy racjonalności ekonomicznej z uwagi na konieczność poniesienia wysokich kosztów i starań(...)”. Za świadczenie niemożliwe w ocenie Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu uznać zaś należałoby, że w efekcie zawarcia umowy z Odwołującym, Zamawiający zobowiązałby się do zapłaty - w odniesieniu do prac pomiarowych, wynagrodzenia kilkusetkrotnie wyższego niż wartość realna tych prac. Byłoby to całkowicie nieuzasadnione z punktu widzenia racjonalności ekonomicznej, a związku z tym prowadziło do zawarcia umowy o świadczenie niemożliwe. To z kolei, w ocenie Zamawiającego, stanowiło podstawę do uznania, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp jako nieważna na podstawie przepisów odrębnych.

W odniesieniu do tak sformułowanych zarzutów odwołujący wskazywał, że po pierwsze art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp pozwala na odrzucenie oferty, w sytuacji gdy na podstawie przepisów odrębnych oferta jest nieważna. Jako przepis odrębny stanowiący o nieważności oferty Odwołującego Zamawiający wskazuje art. 387 §1 kc. Ten ostatni jednak nie

jest podstawą do stwierdzenia nieważności oferty lecz umowy, która jest inną czynnością prawną niż oferta. Nie jest więc uzasadnione w ocenie Odwołującego już samo przyjęcie, że przez przepisy odrębne - do których odsyła art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, rozumieć można art. 387§1 kc. Zdaniem Odwołującego przepis art. 387 §1 kc nie jest objęty odesłaniem z art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Przemawia za tym nie tylko samo rozróżnienie dwóch odrębnych czynności prawnych jakimi są: oferta (złożenie oferty) oraz umowa (zawarcie umowy) ale również rozróżnienie na gruncie samej ustawy Pzp instytucji nieważności oferty od stwierdzenia nieważności umowy o zamówienie publiczne. Do nieważności oferty odnosi się właśnie art. 89 ust. 1 pkt 8. O nieważności umowy stanowi zaś art. 143 ustawy Pzp. W obowiązującym systemie prawa wskazać również można osobne przepisy stanowiące odpowiednio o nieważności oferty i o nieważności umowy. Odrębne przepisy, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp to przede wszystkim przepisy ustawy kodeks cywilny, traktujące o czynnościach prawnych (art. 56 i następne) oraz dotyczące wad oświadczenia woli (art. 82 kc i następne), które mają zastosowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 14). Podstawą stwierdzenia nieważności oferty na podstawie odrębnych przepisów może być również złożenie oferty bez umocowania lub z jego przekroczeniem (art. 104 kc). Podstawą zaś do stwierdzenia nieważności umowy mogą być przesłanki z art. 143 ustawy Pzp ale również przesłanki nieważności wskazane w odrębnych przepisach w tym w przepisy kc, wśród których można wskazać właśnie art. 387 §1 kc.

Po drugie Odwołujący podnosi, że jeżeli nawet przyjąć, że odesłanie z art. 89 ust. 1 pkt 8 dotyczy art. 387 kc, to wskazać należy, że w przedmiotowej sytuacji przepis ten i tak nie może mieć zastosowania. Nie stanowi bowiem świadczenie niemożliwego, w rozumieniu przepisów o pierwotniej niemożności świadczenia, zadeklarowane w ofercie Odwołującego wykonanie robót pomiarowych po cenach jak pisze Zamawiający kilkusetkrotnie wyższych niż ich wartość. Wynika to z faktu, że dla zakwalifikowania świadczenia, jako niemożliwego w rozumieniu art. 387 kc konieczne jest odniesienie się do całości świadczenia nie zaś do jego elementu, a ponad to niemożliwość świadczenia, również rozumiana jako niemożliwość gospodarcza czy ekonomiczna musi mieć charakter obiektywny.

Przez świadczenie, zgodnie z art. 353 kc rozumieć należy wskazane treścią zobowiązania zachowanie się dłużnika na rzecz wierzyciela. Przedmiotem zobowiązania Odwołującego, zaciągniętego w stosunku do Zamawiającego w wyniku zawarcia umowy o zamówienie publiczne, jest wykonanie robót budowlanych polegających na rozbudowie drogi wojewódzkiej NR 826 Markuszów - Nałęczów na odcinku od km 0+010 do km 10+930 o dł. 10,920 km. Jeżeli rozważać należy w zaistniałej sytuacji niemożliwość świadczenia, wynikającego z zawartej umowy, to przedmiotem takich rozważań powinno być przeanalizowanie możliwości wykonania całości robót składających się na przedmiot zamówienia (stanowiących świadczenie dłużnika) na wymaganych i zaoferowanych warunkach tj. m.in. tak jak w tym przypadku za zaoferowaną cenę. Nie zaś analizowanie możliwości wykonania robót pomiarowych,

jako jednego z elementów objętych zakresem przyszłej umowy, za cenę wskazana w kosztorysie ofertowym. Tu jeszcze raz odnieść należy się do zestawienia cen ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, z którego jasno wynika, że cena zaproponowana przez Odwołującego jest ceną realną. Za cenę zbliżoną do zaoferowanej przez Odwołującego, świadczenie objęte przedmiotem przyszłej umowy są bowiem w stanie spełnić również inni wykonawcy działający na rynku budowlanym. Sprzeczne w przyjętym w umowie wynagrodzeniem ryczałtowym jest twierdzenie Zamawiającego, iż „(...) wykonawca nie może oczekiwać od Zamawiającego, że zobowiąże się do zapłaty wynagrodzenia przekraczającego kilkaset razy wartość realnie wykonanego zadania (...)”. Cena zaproponowana w ofercie Odwołującego jest najkorzystniejsza na tle pozostałych ofert. Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest zaś zobowiązanie się Zamawiającego do zapłaty za wykonanie całości przedmiotu umowy ściśle oznaczonej kwoty. I dla oceny realności świadczenia Wykonawcy odnieść należy się do możliwości jego spełnienia za zaproponowaną cenę.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, że w oparciu o definicję zawartą w art. 3 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U z 2003, Nr 153, poz. 1503 ze zmianami) uznał działanie Odwołującego za sprzeczne z dobrym obyczajem. Jak wynika z treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty „ (...) Roboty pomiarowe zostały wycenione na kwoty kilkaset razy wyższe niż wynikałoby to z Biuletynu Cen Robót Drogowych i mostowych BCD opracowanym przez Sekocenbud (...) ”.

Jak słusznie zwrócił uwagę Zamawiający u.z.n.k. nie zawiera zamkniętego katalogu czynów nieuczciwej konkurencji. Definicja czynu nieuczciwej konkurencji zawarta w art. 3 ust 1 u.z.n.k. odsyła do systemu norm i ocen pozaprawnych tj. do klauzuli dobrych obyczajów, wymuszając niejako konieczność indywidualnego kwalifikowania określonych zachowań, jako stanowiących, bądź nie, czyn nieuczciwej konkurencji. Ocena ta jednak wymaga wykazania wyczerpania przez określone zachowanie znamion czynu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest: działanie lub zaniechanie (i) podjęte w związku z prowadzoną działalnością gospodarczą (ii) o charakterze szkodliwym, bo zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (iii) jeżeli jednocześnie jest bezprawne, jako sprzeczne z prawem lub dobrym obyczajem (iv).

Zgodnie z obowiązującymi zasadami rozkładu ciężaru dowodów, to na Zamawiającym, jako podmiocie który twierdzi, że złożenie oferty przez Odwołującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji ciąży wykazanie, że w zaistniałej sytuacji spełnione zostały opisane wyżej przesłanki. W tym również wykazanie, kluczowego dla oceny, dobrego obyczaju, którego naruszenia dopuścił się Odwołujący. Odrzucając ofertę Odwołującego Zamawiający zarzuca, że ceny za prace pomiarowe są kilkaset razy wyższe niż wynikające z Sekocenbud. Co *a contrario* oznacza, że dobrym obyczajem byłoby skalkulowanie prac pomiarowych według cen Sekocenbud. W praktyce,

nie można wskazać, że kalkulując ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy zobowiązani są posłużyć się wskaźnikami Sekocenbud. Wymóg taki nie został również wprowadzony w tym konkretnym postępowaniu. Zamawiający nie wymagał, aby ceny podane w kosztorysach ofertowych ustalone zostały w odniesieniu (np. jako nie wyższe od średnich) do cen Sekocenbud. W sytuacji, więc gdy nie istnieje w stosunkach handlowych zwyczaj nakazujący kalkulowanie ceny oferty w odniesieniu do uśrednionych cen wynikających z publikatorów tj. Sekocenbud, trudno jest przyznać rację Zamawiającemu, że kalkulowanie przez Odwołującego cen w oparciu o własne założenia jest sprzeczne z dobrym obyczajem.

Nie można również przyznać racji twierdzeniom Zamawiającego, iż sposób ukształtowania treści oferty Odwołującego tj. zaproponowanie prac pomiarowych po cenach wyższych niż spodziewane przez Zamawiającego (średnie ceny rynkowe) narusza interes Zamawiającego ponieważ „(...) zgodnie z proponowaną umową przewiduje zapłatą wynagrodzenia nie odpowiadającego wartości wykonanych robót (...)”. Zgodnie z umową wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy. Oceniając więc wartość wykonanych robót odnieść należy się nie po poszczególnych pozycji kosztorysowych ale do całości zaoferowanej ceny. Jeżeli chodzi o proponowany w umowie sposób rozliczeń to również nie odsyła on do wartości z kosztorysów ofertowych. Zgodnie z 7.3.1. Warunków szczególnych wszystkie płatności dokonywane mają być na podstawie świadectw płatności wystawionych zgodnie z pkt 7.2. Zgodnie z pkt 7.2. „Wszystkie rozliczenia za wykonane roboty odbywają się na podstawie świadectw płatności wystawionych przez Inżyniera”. Zgodnie z definicją zawartą z pkt. 1.1.16 przez Świadectwo płatności rozumieć należy „(...) dokument wystawiony przez Inżyniera w celu bieżącego rozliczenia wykonanych robót na podstawie dokonanych odbiorów robót”. Umowa, zgodnie z pkt 6.3. przewiduje odbiory częściowe dokonywane w celu dokonywania częściowych rozliczeń. Przy czym dokonanie odbioru częściowego następuje na podstawie sporządzonego przez Wykonawcę protokołu wykonanych elementów, potwierdzonego przez Inspektora Nadzoru i Przedstawiciela Inżyniera. Protokół ten z kolei sporządzony ma być na podstawie stopnia zaawansowania robót wycenionych w wykazie elementów rozliczeniowych (tabeli wartości elementów scalonych, składanej wraz z ofertą). W przywołanych postanowieniach umowy wynika więc jasno, że cena ma charakter ryczałtowy, a umowa rozliczana ma być w oparciu o procentowe zaawansowanie elementów robót wycenionych w wykazie elementów rozliczeniowych (tabeli elementów scalonych). Nigdzie w umowie Zamawiający nie odsyła przy dokonywaniu rozliczeń do kosztorysów ofertowych. Co więc w treści SIWZ (pkt X) stwierdza, że przedmiar ma charakter pomocniczy w celu ułatwienia obliczenia ceny. Nie jest to więc dokument wiążący. Przyjęty sposób kalkulacji nie uzasadnia również twierdzenia o ograniczeniu dostępu do rynku innym podmiotom - konsekwencją bowiem przyjęcia, że pozycje jednostkowe w ofercie Odwołującego są zawyżone powinno być odpowiednie zawyżenie ceny całości oferty, podczas gdy oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 roku, tj. po wejściu w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „dużej nowelizacji” do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacjami, które weszły w życie odpowiednio dnia 22 grudnia 2009 roku oraz 29 stycznia 2010 roku.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Po trzecie ustalono, iż Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w złożeniu odwołania, gdyż potwierdzenie się zarzutów niewłaściwego odrzucenia jego oferty oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania zamówienia ze względu na złożenie oferty najkorzystniejszej w postępowaniu pod względem wyznaczonego kryterium wyboru ofert. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający Zarząd Dróg Wojewódzkich w Lublinie prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest rozbudowa drogi wojewódzkiej nr 826 Markuszów – Nałęczów o długości 10,920 km. Zgodnie z punktem III SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia – zakres robót obejmuje między innymi: rozbudowę wskazywanej powyżej drogi, remont mostu przez rzekę Kurówkę, przebudowę i budowę przepustów, przebudowę i zabezpieczenie urządzeń wodno-kanalizacyjnych, budowę kanalizacji deszczowej, przebudowę sieci gazowej średniego ciśnienia, przebudowę i zabezpieczenie urządzeń elektrycznych, przebudowę i zabezpieczenie sieci teletechnicznej. Szczegółowy zakres robót został ujęty w projektach budowlanych i wykonawczych w Szczegółowych Specyfikacjach Technicznych oraz przedmiarze robót, który stanowi część pomocniczą określenia ilości robót. Zgodnie z ppkt 3 pkt III SIWZ wykonawca zobowiązany był do przedstawienia wraz z ofertą wstępnego harmonogramu robót, natomiast szczegółowy

harmonogram rzeczowo-finansowy i harmonogram płatności wykonawca ma złożyć w terminie 21 dni od daty podpisania umowy. Termin wykonania zamówienia określono na 20 października 2011 roku.

Cenę oferty należało obliczyć na podstawie opisu przedmiotu zamówienia zawartego w pkt III SIWZ, załączonego przedmiaru robót, projektów budowlanych i wykonawczych oraz szczegółowych specyfikacji technicznych stanowiących materiał do sporządzenia oferty wraz z podaniem założeń wyjściowych do kosztorysowania wskazanych przez Zamawiającego. Cena zawarta w ofercie jest ceną ryczałtową. Zamawiający wskazywał, że przedmiary załączone do SIWZ mają charakter pomocniczy w celu ułatwienia wykonawcy obliczenia ceny oferty.

W załączniku E do SIWZ zawierającym Szczególne warunki do umowy znajdowały się zapisy, iż wszystkie rozliczenia za wykonane roboty odbywać się będą na podstawie świadectw płatności wystawianych przez Inżyniera (pkt. 7.2) a wszystkie płatności częściowe do odbioru ostatecznego nie mogą przekroczyć 80% ceny umownej brutto (pkt 7.3.6). Jednocześnie odpowiadając na pytania wykonawców Zamawiający zmodyfikował treść wzoru umowy w pkt 7.3.7 wprowadzając zapis o następującym brzmieniu: „Wartość płatności częściowych ogółem w 2010 roku ustala się na kwotę 10 651 000,00 zł brutto. Wykonawca zobowiązany jest wykonać w 2010 roku roboty o tej wartości”. Zamawiający wprowadził również do wzoru umowy zapis odnoszący się do kar umownych w pkt 4.13.1 o treści: i) za niewykonanie w 2010 roku robót na kwotę 10 651 000,00 zł brutto – 5% od kwoty stanowiącej różnicę pomiędzy kwotą 10 651 000,00 zł a wartością brutto wykonanych i zafakturowanych robót.

W terminie wyznaczonym przez Zamawiającego wpłynęły 4 oferty.

Na etapie oceny ofert Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał wykonawców (w tym obecnie Odwołującego się) do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie harmonogramu robót, które pozycje z kosztorysu ofertowego i jakiej wartości wykonane zostaną w 2010 roku w ramach robót wskazanych w harmonogramie. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca (Odwołujący się) przedłożył szczegółowe rozpisanie pozycji zawartych w kosztorysie ofertowym. W tak zaistniałej sytuacji oferta wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3, 6, 8 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje:

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie.

Uzasadniając odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Zamawiający napisał, że „(...) błąd w ustaleniu ceny polega na rażącym zawyżeniu wartości prac pomiarowych, co w efekcie miało istotny wpływ na końcową wartość oferty”.

Błędem w obliczeniu ceny, w rozumieniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jest błąd co

do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, nie zaś wadliwe od strony technicznej wykonanie czynności arytmetycznych składających się na obliczenie ceny. Za błąd w obliczeniu ceny uznaje się w doktrynie zastosowanie niewłaściwych jednostek miar, niewłaściwych ilości lub zakresu czynności, czy też zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT. Błędy w obliczeniu ceny charakteryzują się tym, że nie można ich w żaden sposób poprawić.

O błędzie w obliczeniu ceny będziemy mogli mówić w sytuacji, gdy cena została skalkulowana w sposób, który nie uwzględnia cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji. Oznacza to, że wykonawca przyjął mylne założenia, bowiem punktem wyjścia do skalkulowania ceny jest inny stan faktyczny niż wynika ze SIWZ. Powyższe wskazuje, że chodzi o błąd, który każdy z wykonawców może popełnić, czyniąc podstawą wyceny zamówienie, które nie odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia, a więc temu, czego oczekuje zamawiający. Tymczasem, w niniejszym stanie faktycznym, z sytuacją taką nie mamy do czynienia. Sposób kalkulacji ceny i kształtowanie czynników cenotwórczych przez wykonawcę, ich ustalenie a następnie jednostkowa wycena każdego z elementów tej ceny (w tym wypadku wycena poszczególnych kategorii prac) stanowi strategię budowania ceny jego oferty i przekłada się bezpośrednio na konkurencyjność. W tych okolicznościach nie sposób się zgodzić, iż przyjęcie przez Odwołującego się takiej stawki za roboty pomiarowo-geodezyjne stanowi błąd w obliczeniu ceny. Wykonawca w sposób świadomy kalkulował cenę oferty przyjmując jako bazowe wartości poszczególnych rodzajów prac elementy samodzielnie przez siebie wycenione, w sposób uwzględniający wytyczne ustalone przez Zamawiającego, a jednym ze sposobów jej skonstruowania było przyjęcie wskazanego rozwiązania. Ocena legalności zastosowanego rozwiązania pozostaje bez wpływu na stwierdzenie błędu w obliczeniu ceny.

Odwołujący obliczył cenę oferty w oparciu o założenia zawarte w SIWZ, przedmiarach robót oraz w Szczegółowych Specyfikacjach Technicznych biorąc pod uwagę własne założenia dotyczące kalkulacji cen poszczególnych pozycji kosztorysowych. Izba nie dopatrzyła się, aby takie działanie można było uznać za błąd w obliczeniu ceny. Przywołane dokumenty nie zawierały żadnych szczególnych regulacji na temat kalkulacji ceny, nie było w nich z pewnością odwołania do publikatora SECOCENBUD, na który powołuje się Zamawiający. Jedynym zastrzeżeniem była podana wysokość, za jaką wykonawcy wykonać muszą roboty w 2010 roku. Zamawiający nie określił jakiego rodzaju mają to być roboty, nie nałożył także na wykonawców obowiązku uwzględnienia dodatkowych okoliczności, w tym takiego czy innego rozłożenia ceny w czasie czy za poszczególne rodzaje prac. Brak bowiem w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz innych dokumentach dotyczących analizowanego postępowania regulacji, które nakładałyby na wykonawców jakiegokolwiek reguły co do rozłożenia ceny, przypisania jej w odpowiedniej wysokości do poszczególnych prac bądź terminów, innych aniżeli zapis wskazujący na konieczność zaplanowania i wykonania prac do końca roku 2010 w wysokości 10 651 000,00 zł. Tym samym wykonawcy posiadali w pozostałym zakresie swobodę co do wyceny wartości poszczególnych prac,

w tym również do oszacowania niektórych z nich w wysokości wyższej aniżeli oczekiwał Zamawiający, czy wyższej aniżeli przeciętnie stosowane w obrocie tego rodzaju. Kryterium oceny ofert w tym postępowaniu jest cena ryczałtowa za wykonanie całości prac, a nie poszczególnych ich rodzajów, ani też takie czy inne jej rozłożenie w czasie. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zastrzegł instrumentów, które pozwalałyby analizować ceny jednostkowe za odpowiedniego rodzaju roboty, albo które by nakazywały odpowiednio, zgodnie z jego intencjami, według ustalonych reguł wyceniać wartości tych prac. Brak takich reguł determinuje wniosek o swobodzie wykonawców co do wyceny poszczególnych robót. W toku prowadzonej rozprawy Zamawiający złożył oświadczenie, iż oczywistym było dla niego, że w zakresie pojęcia robót miał na myśli roboty budowlane. Zgodnie z definicją zawartą w Szczególnych warunkach umowy będących załącznikiem do SIWZ, podana została definicja robót budowlanych, za które to roboty uważał Zamawiający roboty w zakresie podanym w umowie. Nie sposób odmówić pracom pomiarowo-geodezyjnym przymiotu robót, które w umowie nie byłyby wymienione. Jeżeli zaś prace takie znajdują się w zakresie wymaganym do wykonania zadania określonym przez Zamawiającego, to wykonawca miał prawo wycenić je według własnego, swobodnego uznania i nie może tym stanie być mowy o błędnej ocenie stanu faktycznego prowadzącej do błędu w obliczeniu ceny. Wykonawca wycenił roboty opisane w dokumentacji postępowania. Nie można zatem twierdzić, że Odwołujący nie miał świadomości jakie roboty wycenia i jaką ich wartość zamierza podać. Wycena natomiast oferty jest wynikiem indywidualnie przyjętej przez wykonawcę kalkulacji cenowej.

Co więcej, istotny z punktu widzenia oceny zasadności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp jest również fakt, że przepis ten dotyczy, błędów w obliczaniu ceny w rozumianej jako wartość całości świadczenia. W rozpatrywanej sytuacji pozycja uznana przez Zamawiającego za błąd dotyczy jedynie jednej z pozycji kosztorysowych, a więc elementu ceny, nie zaś ceny za całość zamówienia. Rzekomy błąd nie ma również wpływu na ostateczną cenę oferty, na co wskazuje porównanie cen wszystkich ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu ponieważ Odwołujący pomimo takiego skalkulowania złożył ofertę z najkorzystniejszą ceną.

Reasumując, skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż w przedmiotowym postępowaniu, nie doszło do ziszczenia się przesłanek, które pozwoliłyby Zamawiającemu na odrzucenie oferty Odwołującego się wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie.

Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający napisał, że „(...) w przypadku oferty Odwołującego zastosowanie znajduje art. 387 §1

kc, zgodnie z którym umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna (...)".

Art. 387 Kodeksu cywilnego stanowi o nieważności umowy z tego powodu, iż świadczenie nie jest możliwe do spełnienia. Według poglądów doktryny niemożliwość świadczenia powinna być po pierwsze obiektywna (danego świadczenia nie jest w stanie spełnić nie tylko dłużnik, ale również nikt inny), po drugie pierwotna (musi istnieć w chwili zawarcia umowy) i w ostateczności nieprzemijająca. Istnieje także tak zwana niemożliwość gospodarcza, która oznacza, że wprawdzie wykonanie świadczenia jest możliwe, ale pociągałoby takie koszty, nakłady i starania, jakich w konkretnej sytuacji nie można od dłużnika wymagać. Sytuacja taka uzasadnia kwalifikowanie świadczenia jako niemożliwe. Przepisem tym objęte są więc także sytuacje podyktowane względami racjonalności ekonomicznej.

Za świadczenie, według Kodeksu cywilnego, uważa się takie zachowanie dłużnika, które odpowiada treści konkretnego stosunku zobowiązaniowego. Powinno ono zostać oznaczone w momencie powstania zobowiązania. Za zobowiązanie zaś uważa się taki stosunek prawny, | w którym jedna osoba (wierzyciel) jest uprawniona do żądania spełnienia świadczenia, natomiast druga (dłużnik) obowiązana jest to świadczenie spełnić.

W odniesieniu do tak poczynionych ustaleń, Izba pragnie wskazać, iż po pierwsze art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp pozwala na odrzucenie oferty, w sytuacji gdy na podstawie przepisów odrębnych oferta ta jest nieważna. Ustawa nie wskazuje w porównaniu z jakimi przepisami oferta może być nieważna, nie zawiera również w tym zakresie żadnego ograniczenia. Izba przyjęła więc koncepcję, iż w przepisie tym mowa o przepisach prawa powszechnie obowiązujących, nie przyjmując jakichkolwiek ograniczeń. Zamawiający jako przepis odrębny wskazuje art. 387 §1 Kodeksu cywilnego. Skład orzekający Izby zauważa, iż wskazywany jednak przepis jest podstawą do stwierdzenia nieważności umowy, nie zaś oferty. Jednakże nawet gdy przyjęć założenie, które zapewne przyświecało Zamawiającemu, iż wybór oferty prowadzi w ostatecznym rozrachunku do podpisania umowy, a więc wybór oferty ze świadczeniem niemożliwym do spełnienia prowadzi do nieważności umowy ze względu na niemożliwość świadczenia, to i w takim przypadku teoria przyjęta przez Zamawiającego nie może się ostać jako prawidłowa.

Nie stanowi bowiem świadczenia niemożliwego, w rozumieniu przepisów Kodeksu cywilnego niemożność świadczenia za zadeklarowane w ofercie Odwołującego wykonanie robót pomiarowych po cenach przez niego wskazanych. Jak już zauważono, dla zakwalifikowania świadczenia, jako niemożliwego w rozumieniu art. 387 Kodeksu cywilnego konieczne jest odniesienie się do całości świadczenia nie zaś do poszczególnych jego elementów, a ponad to niemożliwość świadczenia, nawet rozumiana jako niemożliwość gospodarcza czy ekonomiczna, musi mieć charakter obiektywny, nieprzemijający i pierwotny. W przedmiotowym postępowaniu nie zachodzi żadna z powyższych okoliczności. Po pierwsze z pewnością niemożliwość świadczenia nie ma charakteru obiektywnego i jest możliwa do wykonania nie tylko przez Odwołującego się, ale również innych wykonawców. Po drugie Zamawiający nie udowodnił pierwotnego charakteru

niemożliwości świadczenia i tym samym brak jest uznania takiej niemożliwości za nieprzemijającą.

Odnosząc się do wskazywanej przez Zamawiającego teorii niemożliwości gospodarczej, to Izba po raz kolejny wskazuje, że Zamawiający w żadnym punkcie SIWZ nie wskazał szczegółowych zasad wyceny poszczególnych pozycji i w rezultacie kalkulacji ceny oferty, które nie pozwalałyby tak ukształtować wykonawcy swoją ofertę. Sam więc Zamawiający doprowadził do sytuacji, w której otrzymał oferty co prawda zgodne z założeniami SIWZ, jednakże których przyjęcie może być postrzegane jako nieracjonalne gospodarczo. Nie jest to jednak sytuacja, która pozwalałaby na odrzucenie oferty z powodu jej sprzeczności z innymi przepisami.

Ponadto, słusznie zauważył Odwołujący, iż przedmiotem zobowiązania zaciąganego w stosunku do Zamawiającego w wyniku zawarcia umowy o zamówienie publiczne, jest wykonanie robót budowlanych polegających na rozbudowie drogi wojewódzkiej NR 826 Markuszów - Nałęczów na odcinku od km 0+010 do km 10+930 o dł. 10,920 km. Jeżeli nawet rozważyć niemożliwość świadczenia, wynikającą z w przyszłości zawieranej umowy, to przedmiotem takich rozważań powinno być przeanalizowanie możliwości wykonania całości robót składających się na przedmiot zamówienia na wymaganych i zaoferowanych przez wykonawcę warunkach za konkretnie zaoferowaną cenę. Niewłaściwe jest w ocenie składu orzekającego Izby odnoszenie się do jednej pozycji kosztorysu ofertowego wykonawcy, to jest robót pomiarowo-geodezyjnych. Izba wskazuje, że nawet biorąc pod uwagę tę jedną pozycję, nadal cena zaproponowana przez Odwołującego jest ceną realną, najniższą i zbliżoną do ceny oferty obecnie uznanej za najkorzystniejszą.

Reasumując, skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż w przedmiotowym postępowaniu, nie doszło do ziszczenia się przesłanek, które pozwoliłyby Zamawiającemu na odrzucenie oferty Odwołującego się wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie.

Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, że w oparciu o definicję zawartą w art. 3 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz.U z 2003, Nr 153, poz. 1503 ze zmianami) uznał działanie Odwołującego za sprzeczne z dobrym obyczajem. Jak wynika z treści uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty „(...) Roboty pomiarowe zostały wycenione na kwoty kilkaset razy wyższe niż wynikałoby to z Biuletynu Cen Robót Drogowych i mostowych BCD opracowanym przez Sekocenbud (...)”.

Zgodnie z art. 3 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub naraża interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Czynami takimi są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów lub usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług,

naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby spełniającej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama oraz organizowanie systemu sprzedaży lawinowej.

W art. 5 do 17d ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zostały doprecyzowane i uszczegółowione zachowania przedsiębiorców, które wyczerpują znamiona czynu nieuczciwej konkurencji. Stwierdzenie, czy konkretne zachowanie przedsiębiorcy stanowi taki czyn, wymaga w każdym przypadku szczegółowej analizy znamion czynu wykonawcy. Biorąc powyższe pod uwagę, w opinii Krajowej Izby Odwoławczej, brak podstaw do stwierdzenia, iż działania Odwołującego stanowią czyn nieuczciwej konkurencji. Nie sposób przyjąć, że zaoferowanie wykonania przedmiotu zamówienia za podaną cenę spowoduje skutek w postaci utrudniania prowadzenia działalności gospodarczej przez innych przedsiębiorców czy dostępu do tego konkretnego zamówienia. Tym bardziej, że chodzi o jeden z elementów palety robót objętych zamówieniem. Zastosowana metoda wyceny poszczególnych rodzajów robót stanowi czynnik przesądzający o konkurencyjności przedmiotowej oferty i wynika z przyjętej strategii budowania ceny oferty. Co więcej, Zamawiający nie udowodnił i nie przedstawił żadnych dowodów, które mogłyby potwierdzić, że takie ukształtowanie cen przez Odwołującego jest czynem nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający nie wykazał, że mamy tu do czynienia z działaniem sprzecznym z prawem, czy dobrymi obyczajami, a jeżeli tak, to jakimi, które narusza lub zagraża interesowi innego przedsiębiorcy lub klienta. Nie dokonano również żadnej analizy oferty Odwołującego, dlatego ceny ukształtowano na takim poziomie.

Każdy z wykonawców miał możliwość przyjęcia takiego sposobu kalkulacji ceny oferty, aby przy uwzględnieniu różnych determinantów (rodzaj zamówienia, kryterium wagi oceny ofert), sporządzić ofertę konkurencyjną. Ponadto, złożenie oferty na takich warunkach jedynie w jednym postępowaniu (jednorazowa czynność), trudno uznać za utrudnianie prowadzonej działalności gospodarczej i ograniczanie dostępu do rynku.

Nie sposób przyjąć, że jej zaoferowanie doprowadzi do eliminacji z rynku innych przedsiębiorców. Stwierdzić można jedynie, iż wycena spornych robót spowodowała utratę możliwości uzyskania tego, konkretnego zamówienia. Nie oznacza to wcale, że ich działalność z tego powodu ustanie. Ponadto, oferta Odwołującego się jest ofertą najkorzystniejszą cenowo w prowadzonym postępowaniu, nawet przy tak przyjętej kalkulacji poszczególnych jej elementów, dlatego też tym bardziej trudno wyobrazić sobie, iż jej złożenie wypełnia przesłanki czynu nieuczciwej konkurencji.

Wobec braku sprecyzowania i udowodnienia przez Zamawiającego, w jaki sposób działania Odwołującego Strabag Sp. z o.o. podjęte w postępowaniu, utrudniają innym przedsiębiorcom dostęp do rynku lub godzą w dobre obyczaje i stanowią czyn nieuczciwej konkurencji, skład orzekający Izby postanowił powyższy zarzut uwzględnić.

Reasumując, skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż w przedmiotowym postępowaniu, nie doszło do ziszczenia się przesłanek, które pozwoliłyby Zamawiającemu na odrzucenie oferty Odwołującego się wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Tym samym, decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego się w przedmiotowym postępowaniu nie była uzasadniona. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż Zamawiający naruszył swoim działaniem przepisy art. 89 ust. 1 pkt 3, 6, 8 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 7 ustawy Pzp prowadząc postępowanie z naruszeniem zasady dotyczącej zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołanie, na podstawie art. 192 ust. 2 wskazanej ustawy podlegało więc uwzględnieniu. W ocenie Izby zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego potwierdziły się i podjęte decyzje miały wpływ na wyniki postępowania o udzielenie zamówienia.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust 3 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania uwzględniając uzasadnione koszty stron postępowania, w tym koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego się w maksymalnej wysokości tj. 3 600 zł.

Przewodniczący:

.....