

Sygn. akt: KIO/UZP 826/08

WYROK
z dnia 25 sierpnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Małgorzata Stręciwilk
Członkowie:	Klaudia Szczytowska - Maziarz
	Ryszard Tetzlaff
Protokolant:	Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe DROMOS Sp. z o.o., ul. Gdańska 26, 83-300 Kartuzy** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gmina Kartuzy, ul. gen. Józefa Hallera 1, 83-300 Kartuzy**, protestu z dnia 29 lipca 2008 r.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Kartuzy** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe DROMOS Sp. z o.o., ul. Gdańska 26, 83-300 Kartuzy**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Gminę Kartuzy** na rzecz **Przedsiębiorstwa Drogowo – Mostowego DROMOS Sp. z o.o., ul. Gdańska 26, 83-300 Kartuzy**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zwrotu kosztów postępowania odwoławczego zaliczonych z kwoty wpisu od odwołania;

- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe DROMOS Sp. z o.o., ul. Gdańska 26, 83-300 Kartuzy.**

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Przebudowę dróg gminnych: ul. Prokowskiej i ul. Mickiewicza (I etap) w Kartuzach oraz ul. Osiedlowej w Grzybnie”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe DROMOS Sp. z o.o. z siedzibą w Kartuzach, zwane dalej „*Odwołującym*”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego, poprzez publikację ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 czerwca 2008 r. (pozycja: 129801). Postępowanie to prowadzi Gmina Kartuzy, zwana dalej: „*Zamawiającym*”, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „*ustawą*”.

Zamawiający w piśmie z dnia 23 lipca 2008 r., doręczonym Odwołującemu w dniu 24 lipca 2008 r., poinformował wykonawców, którzy złożyli swoje oferty w postępowaniu o jego wynikach, w tym o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. firmy Eurovia Polska S.A. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „*Eurovia*”) oraz o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, a w efekcie odrzuceniu jego oferty. Zamawiający wskazał bowiem, że Odwołujący nie złożył w postępowaniu wadium w wymaganej formie. Z treści załączonej do oferty gwarancji przetargowej wystawionej w dniu 18 czerwca 2008 r. przez Bank Gospodarki Żywnościowej S.A. w Warszawie wynika, że gwarant zobowiązuje się do zapłacenia Zamawiającemu wymaganej kwoty w przypadku otrzymania od Zamawiającego oświadczenia, że *Odwołujący pomimo wygrania przetargu: „odmówiło podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie lub wniosło zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy”*. Zamawiający wskazał, że w treści gwarancji brak jest dyspozycji, która dawałaby Zamawiającemu prawo żądania od Gwaranta kwoty gwarancji, w przypadku gdy wykonawca nie wniósłby wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Na tę czynność Zamawiającego Odwołujący w piśmie z dnia 29 lipca 2008 r. (w tej samej dacie doręczenie Zamawiającemu) złożył protest, w którym zaskarżył dwie czynności Zamawiającego:

- 1) wybór oferty złożonej przez Eurovia jako oferty najkorzystniejszej oraz
- 2) odrzucenie oferty Odwołującego i wykluczenie go z udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący podniósł, że oferta firmy Eurovia powinna być przez Zamawiającego odrzucona jako niezgodna z SIWZ w części dotyczącej kosztorysów ofertowych. Zgodnie z wymogami SIWZ (pkt 11 w wersji ustalonej odpowiedzi na pytania do SIWZ z dnia 2 lipca 2007 r.) Zamawiający wymagał, aby do oferty wykonawcy dołączyli kosztorysy ofertowe w wersji szczegółowej. Wykonawca Eurovia popełnił następujące nieprawidłowości w swoim kosztorysie ofertowym:

- zmienił materiały występujące w KNR-W2-20 0113 03; zgodnie z katalogiem winny być rury stalowe przewodowe czarne w średnicach nominalnych 400 mm, tlen techniczny sprężony, acetylen techniczny rozpuszczony w materiały pomocnicze, natomiast w ofercie Eurovia wskazane są tuleje ochronne PVC 200 mm oraz materiały pomocnicze (poz. 19 kosztorysu ofertowego);
- w poz. 66 i 68 kosztorysu ofertowego (dotyczy ul. Prokowskiej) wskazano nakład samochodu samowładowczego 5 t na 1 km, a zgodnie z opisem winno być – na 14 km;
- w poz. 22 kosztorysu ofertowego (dotyczy ul. Prokowskiej) zgodnie z KNNR 4 1209-01 winny być rury stalowe przewodowe gładkie o śr. nominalnej 100-300 mm, podpory stalowe ślizgowe, elektrody stalowe do spawania stali węglowych lub niskostopowych śr. 2,5 -6 mm oraz materiały pomocnicze, w kosztorysie Eurovia natomiast brak rur stalowych;
- według przedmiaru robót w poz. 51 i 52 zapisano 23 znaki i 23 słupki, jednoczenie w odpowiedzi na pytania do SIWZ (nr 24 z dnia 2 lipca 2008 r.) Zamawiający zmienił ilość słupków na 28 szt., zaś ilość znaków pozostała bez zmian, czyli 23 szt., natomiast w kosztorysie ofertowym firma Eurovia wykazała i przyjęła 28 szt. znaków w poz. 52.

Odnosząc się do odrzucenia oferty Odwołującego oraz wykluczenia go z udziału w postępowaniu Odwołujący w proteście podniósł, że błąd w gwarancji w postaci braku wyrazu: „nie” przed wyrazami: „wniosło zabezpieczenia” w części precyzującej warunki, pod którymi Zamawiający był uprawniony do żądania zapłaty, w żadnym wypadku nie zmieniło jego zabezpieczenia z tytułu tak wystawionej gwarancji. W ocenie Odwołującego należało w tym przypadku odwołać się do postanowień SIWZ pkt 28.1, w którym jasno zostało określone, iż w przypadku wygrania przetargu, gdy wybrany wykonawca nie wniesie zabezpieczenia

należytego wykonania umowy, Zamawiający odstąpi od podpisania umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Odwołujący uznał, że we wskazanym przypadku mieliśmy do czynienia z błędem pisarskim (oczywistą omyłką pisarką), a to nie uzasadniało odrzucenia oferty. Dodatkowo podniósł, że w treści gwarancji po wyrazie: „wniosło” użyto słowa „zabezpieczenia”, a nie „zabezpieczenie” co wskazuje, że zgodnie z zasadami deklinacji pominięto wyraz „nie”. W ocenie Odwołującego Zamawiający powinien był wystąpić do niego z wnioskiem o wyjaśnienie treści złożonej oferty.

Zamawiający przedmiotowy protest rozstrzygnął pismem z dnia 30 lipca 2008 r. (doręczenie Odwołującemu w tej samej dacie), oddalając go w całości jako niezasadny. W treści rozstrzygnięcia protestu brak jest merytorycznego uzasadnienia stanowiska Zamawiającego.

Od tego rozstrzygnięcia protestu Odwołujący w piśmie z dnia 4 sierpnia 2008 r., złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołanie w tej samej dacie zostało nadane w urzędzie pocztowym operatora publicznego, jak wynika z wyjaśnień Urzędu Pocztowego nr 1 w Kartuzach z dnia 11 sierpnia 2008 r. załączonych do akt sprawy. Kopia odwołania, jednocześnie, tj. w tej samej dacie, została przekazana Zamawiającemu.

W treści odwołania Odwołujący podtrzymał wszystkie zarzuty i żądania zawarte w proteście, jak też prezentowaną tam argumentację. Dodatkowo przywołał przepisy, których naruszenia – w jego ocenie dopuścił się Zamawiający – mianowicie: art. 7 ust. 1 i 3 art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, art. 87 ust. 1 i 2 ustawy art. 89 ust. 1 pkt 2 art. 91 ust. 1 i art. 183 ust. 4 ustawy. Odwołujący podniósł jednocześnie, że Zamawiający w swoim rozstrzygnięciu protestu nie zawarł uzasadnienia wbrew przepisowi art. 183 ust. 4 ustawy. Odwołujący potrzywał swoją argumentację odnośnie oczywistej omyłki pisarskiej w treści gwarancji załączonej do jego oferty, powołując się jednocześnie na analogiczną sytuację opisaną w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 10 grudnia 2002 r. (sygn. akt: V Ca 1514/02). Odwołujący wskazał również na treść przepisu art. 876 i nast. Kc, mających zastosowanie do poręczeń oraz art. 80-83 ustawy Prawo bankowe, mających zastosowanie do gwarancji bankowej. W ocenie Odwołującego gwarant nie dokonał świadomej czynności pominięcia wyrazu „nie”, bowiem naraziłby się w świetle przywołanych przepisów na roszczenie ze strony wykonawcy, dla którego wystawił gwarancję. Tym samym w żadnym przypadku nie uchylił się on od wykonania dyspozycji ustawowych. Odwołujący wskazał również na to, że Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej o ponad 217 tys. zł droższej, tym samym twierdzenie Zamawiającego dotyczące obaw przed zaniechaniem założenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, sytuacji gdy zgodnie z obowiązującym

stanem prawnym umowę w sprawie zamówienia publicznego można zawrzeć po terminie związania ofertą i upływie ważności wadium, nie znosi krytyki i zdaje się być jedynie pozornym tłumaczeniem wyboru oferty droższej.

Odwołujący podtrzymał również w odwołaniu argumentację z protestu, dotyczącą zasadności odrzucenia oferty Eurovia z powodu błędów w kosztorysie ofertowym tej firmy, podnosząc dodatkowe niezgodności w tym kosztorysie z postanowieniami SIWZ.

Odwołujący wniósł jednocześnie o:

1. nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego dotyczących odrzucenia oferty Odwołującego i wykluczenia go z udziału w postępowaniu oraz wyboru oferty Eurovia oferty najkorzystniejszej i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej
2. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym na rzecz Odwołującego według norm przepisanych.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ oraz treść ofert Odwołującego oraz Eurovia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że Odwołujący posiadał interes prawny w złożeniu przedmiotowego odwołania. W niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożone zostały dwie oferty: Odwołującego oraz kwestionowana przez niego oferta firmy Eurovia. Uznanie za słuszne zarzutów, podnoszonych w proteście i odwołaniu, a dotyczących zaniechania odrzucenia oferty najkorzystniejszej i bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, skutkowałyby uznaniem oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Tym samym Odwołujący w takiej sytuacji miałby szansę na uzyskanie niniejszego zamówienia publicznego, co potwierdza wypełnienie przesłanki materialnoprawnej do rozpatrzenia odwołania, wynikającej z treści art. 179 ust. 1 ustawy.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Co do zarzutu bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu z powodu nie przedłożenia właściwego dokumentu gwarancji

zabezpieczającej ofertę Odwołującego skład orzekający ustalił, że Zamawiający w SIWZ – Część I pkt 10.3 oraz pkt 20 – 20.7 - dopuścił możliwość złożenia wadium w formach przewidzianych w ustawie, w tym również w formie gwarancji bankowej.

Odwołujący dołączył do swojej oferty na str. 149 gwarancję wadialną z dnia 18 czerwca 2008 r., wystawioną przez Bank Gospodarki Żywnościowej S.A. W treści gwarancji w zakresie warunków wypłaty kwoty objętej gwarancją, wskazano, że zostanie ona wypłacona, jeżeli Przedsiębiorstwo Drogowo – Mostowe DROMOST Sp. z o.o.: *„pomimo wygrania Przetargu, odmówiło podpisania umowy na warunkach określonych w ofercie lub wniosło zabezpieczenia należytego wykonania umowy lub, gdy zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy”*.

Zamawiający uznając, iż gwarancja ta nie zabezpiecza oferty Odwołującego w sytuacji, gdyby ten nie wniósł zabezpieczenia należytego wykonania umowy, postanowił, że wykonawcę należy wykluczyć z udziału w postępowaniu. Zgodzić należy się z Zamawiającym, że gwarancja wadialna (w tym przypadku gwarancja bankowa) jest jednostronnym oświadczeniem woli gwaranta, tj. w tym przypadku banku, który zobowiązuje się do wypłaty gwarantowanej kwoty w przypadkach określonych w treści gwarancji i że w treść gwarancji nie ma prawa ingerować ani Zamawiający, ani Odwołujący. Jednakże dokonując oceny treści gwarancji pod kątem zaistnienia sytuacji, w której Zamawiający będzie musiał się z niej zabezpieczyć, skład orzekający Izby uznał, że treść tej gwarancji pozwala Zamawiającemu na skorzystanie z niej również w sytuacji, w której Odwołujący nie wniósłby zabezpieczenia należytego wykonania umowy. Do gwarancji bankowej, stosownie do treści art. 84 ustawy Prawo bankowe, mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. Zgodnie zaś z treścią art. 65 § 1 Kc oświadczenie woli należy tłumaczyć tak, jak tego wymagają, ze względu na okoliczności, w których zostało złożone, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W niniejszej sprawie ewidentną jest okoliczność, że w treści gwarancji słowo: „nie” przed słowami „zabezpieczenia należytego wykonania umowy” zostało pominięte wyłącznie technicznie z uwagi na błąd pisarski. O powyższym świadczy dalsza treść gwarancji – słowa: „zabezpieczania”, a nie „zabezpieczenie”. Odmiana rzeczownika „zabezpieczenie” w sytuacji wprowadzenia zaprzeczenia „nie” występuje w dopełniaczu: „zabezpieczenia”. Gdyby natomiast przyjąć, że w treści gwarancji świadomie gwarant pominął przeczenie „nie” odmiana rzeczownika „zabezpieczenie” winna być w bierniku: „zabezpieczenie”. Błąd pisarski potwierdza również treść przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z którymi to przepisami, gwarancja ta została wystawiona przez Bank. Powyższe potwierdza również kolejna gwarancja bankowa wystawiona przez ten sam Bank i przedłożona przez Odwołującego jako przedłużenie jej ważności w związku trwającym postępowaniem protestacyjnym.

Tym samym zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy znalazł potwierdzenie w zgromadzonym materiale dowodowym i skład orzekający uznał, że Odwołujący nie powinien być wykluczony przez Zamawiającego z udziału w postępowaniu, a jego oferta odrzucona.

Co do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Eurovia z powodu błędów w kosztorysie ofertowym skład orzekający ustalił, że Zamawiający w postanowieniach SIWZ – Część II w pkt 10.3, opisującym sposób obliczenia ceny oferty – wskazał na cenę kosztorysową w rozumieniu art. 629 Kc. Wynagrodzenie kosztorysowe zostało również określone w sposób wyraźny w § 6 ust. 2 wzoru umowy, załączonego do SIWZ. Uwzględniając powyższe, dla oceny prawidłowości złożenia oferty pod kątem zgodności z SIWZ, istotne znaczenie ma treść kosztorysu ofertowego, na podstawie którego nastąpi rozliczenie wykonania prac z wybranym w postępowaniu wykonawcą.

Zaskarżone nieprawidłowości w kosztorysie ofertowym Eurovia dotyczą następujących pozycji tego kosztorysu: poz. 19, poz. 22, poz. 51 i 52 oraz poz. 66 i 68.

W poz. 19 kosztorysu ofertowego, dotyczącym ul. Prokowskiej (str. 104 oferty), firma Eurovia w kolumnie opis w zakresie wyszczególnionych materiałów wskazała: „*tuleja ochronna PVC 200 mm 1 szt./szt. * 23,10 zł/szt. materiały pomocnicze 1,5%(od M)*”. W treści przedmiaru robót w zakresie wymaganych materiałów Zamawiający określił natomiast: „*rury stalowe przewodowe czarne o śr. nominalnej 400 mm 0,17 m/szt., tlen techniczny sprężony 0,222 m³/szt., acetylon techniczny rozpuszczony 0,0367 kg/szt. Materiały pomocnicze 1,5% (od M)*”.

Skład orzekający Izby, dokonując oceny zgodności tej pozycji kosztorysowej z postanowieniami SIWZ (przedmiar robót), oparł się na wyjaśnieniach Zamawiającego do SIWZ z dnia 2 lipca 2008 r. – odpowiedź na pytanie nr 39. W pytaniu tym jeden z wykonawców wskazywał na wymóg Zamawiającego opisany w części II SIWZ pkt 11 co do formy wymaganego kosztorysu – uproszczony lub szczegółowy, wymagając jednocześnie, że musi on zawierać ilość nakładów (R,M,S). Zadający pytanie wykonawca zwracał uwagę, że wymóg ten nie będzie możliwy do spełnienia przy formie uproszczonej kosztorysu, dlatego też zwrócił się do Zamawiającego o jednoznaczne określenie formy, w jakiej należy przygotować kosztorys. Udzielając odpowiedzi na to pytanie Zamawiający wprowadził modyfikację SIWZ, wymagając, aby min. dla ul. Prokowskiej (ulica, do której odnoszą się zapisy kosztorysu oferowanego Eurovia, kwestowane w proteście i odwołaniu) wykonawcy składali kosztorysy w formie szczegółowej (za wyjątkiem robót drogowych). Zamawiający określił też, co na to minimum kosztorysu szczegółowego składa się:

1. określenie pozycji (podstawy)

2. jednostki miary
3. ilość nakładów (R, M, S)
4. ceny jednostkowe
5. wartości
- 6 zestawienie materiałów, sprzętu i robocizny

Zamawiający wprowadził też do zapisów SIWZ uwagę, że co do pierwszych trzech elementów: określenia pozycji (podstawy), jednostek miary, ilości nakładów (R, M, S), wymaga zgodności z przedmiarem robót przekazany przez Zamawiającego, a ewentualna rozbieżność w tym zakresie skutkować będzie uznaniem oferty za niegodną z postanowieniami SIWZ i oferta taka będzie przez niego odrzucona.

W kwestionowanej poz. nr 19 kosztorysu ofertowego Eurovia w kolumnie opis zastosowano identyczne określenie pozycji (podstawy) co w przedmiarze. Jednak przy określeniu jednostek miary, zamiast wymaganych metrów (m oraz m³), zastosowano inną jednostkę - mianowicie sztuki, wyceniając w tym zakresie zamiast rur stalowych (wymóg w m), tlenu technicznego sprężonego (wymóg w m³) oraz acetyleny technicznego rozpuszczonego (wymóg kg) – tuleje ochronne PVC w sztukach, nie wskazując jednocześnie długości tulei.

Tym samym zarzut niezgodności poz. 19 kosztorysu ofertowego Eurovia z postanowieniami SIWZ potwierdził się i oferta w tym zakresie nie jest zgodna z wymogami SIWZ.

W poz. 22 kosztorysu ofertowego, dotyczącym ul. Prokowskiej (str. 105 oferty), firma Eurovia w kolumnie opis w zakresie wyszczególnionych materiałów wskazała: „*podpory stalowe ślizgowe 0,8 szt./m * 45,00 zł/szt., elektrody stalowe do spawania stali węglowych lub niskostopowych śr. 2,5-6 mm 31 szt./m * 0,80 zł/szt., materiały pomocnicze 3,5% (od M)*”. W treści przedmiaru robót w zakresie wymaganych materiałów Zamawiający określił natomiast: „*rury stalowe przewodowe gładkie o śr. nominalnej 100 – 300 mm 1,02 m/m, podpory stalowe ślizgowe 0,8 szt./m, elektrody stalowe do spawania stali węglowych lub niskostopowych śr. 2,5-6 mm 31 szt., materiały pomocnicze 3,5% (od M)*”.

Podobnie jak przy ocenie zgodności zapisów poz. 19 kosztorysu ofertowego Eurovia skład orzekający Izby, oceniając zgodność zapisów poz. 22 kosztorysu, oparł się na wyjaśnieniach treści SIWZ zawartych w piśmie z dnia 2 lipca 2008 r. – odpowiedź na pytanie nr 39.

W kwestionowanej poz. nr 22 kosztorysu ofertowego Eurovia w kolumnie opis zastosowano identyczne określenie pozycji (podstawy), co w przedmiarze. Jednak przy określeniu jednostek miary, zamiast wymaganych metrów (m), nie zastosowano żadnej jednostki miary, nie wyceniając w ogóle wymaganych rur stalowych. Argumentacja

Zamawiającego, iż wymagane rury stalowe zostały wycenione w poz. 23 kosztorysu nie zasługuje na uwzględnienie bowiem w tej pozycji wyceniono rury PVC kanalizacji zewnętrznej kielichowe o innych wymiarach niż wymagane w poz. 22 (poz. 22 - rury stalowe o śr. 100-300 mm, a poz. 23 rury PVC o śr. 250 mm).

Tym samym zarzut niezgodności poz. 22 kosztorysu ofertowego Eurovia z postanowieniami SIWZ potwierdził się i oferta w tym zakresie nie jest zgodna z wymogami SIWZ.

W poz. 51 i 52 kosztorysu ofertowego, dotyczącym ul. Prokowskiej (str. 87 oferty), firma Eurovia w kolumnie opis określiła, a następnie wyceniła 28 szt. słupków do znaków drogowych (poz. 51) oraz 28 szt. znaków drogowych (poz. 52). W przedmiarze robót ustalonym w ostatecznej wersji w drodze odpowiedzi na zapytania do SIWZ (pismo z dnia 2 lipca 2008 r., odpowiedź na pytanie nr 24) Zamawiający określił wymaganą ilość słupków na 28 szt. Treść odpowiedzi na pytanie nr 24 brzmiała: „*Winno być 28 szt. słupków*”. Zamawiający na rozprawie wyjaśnił, że treść odpowiedzi na zapytania do SIWZ należy interpretować łącznie z treścią samego zapytania. W związku z tym, że zapytanie dotyczyło zarówno słupków, jak i znaków, odpowiedź na pytanie należy interpretować łącznie z zapytaniem i odczytać jako wymóg Zamawiającego zaoferowania zarówno 28 słupków, jak i znaków.

W ocenie składu orzekającego Izby w zakresie pozycji kosztorysowej dotyczącej znaków, nawet gdyby uznać, że odpowiedź Zamawiającego z dnia 2 lipca 2008 r. dotyczyła wyłącznie słupków, nie zmieniając ilości znaków stwierdzić należy, że wykonawca Eurovia wycenił większą ilość znaków (o 5 szt.), niż wymagana w SIWZ. Uwzględniając tę okoliczność, nie można mówić o sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ. W zakresie wyceny dokonanej przez firmę Eurovia mieści się bowiem wymagana przez Zamawiającego liczba 23 znaków. Wycena 5 ewentualnych dodatkowych znaków, powstała na skutek pomyłki wykonawcy, który zasugerował się modyfikacją SIWZ, co do słupków do tych znaków (wymagane 28 szt.), nie może świadczyć o sprzeczności w tym zakresie kosztorysu ofertowego z przedmiarem robót. W żaden bowiem sposób Eurovia w treści oferty nie neguje tego, że w jej wycenie mieści się wymóg treści przedmiaru robót (23 znaki). Rozliczenie wykonanych robót w niniejszym postępowaniu nastąpi na podstawie kosztorysu powykonawczego, zatem Zamawiający zapłaci wykonawcy wyłącznie za wykonane prace i użyte materiały, zgodnie z jego wymogami określonymi w SIWZ, zaoferowanie dodatkowej ilości materiałów w treści oferty i wycenienie ich przez wykonawcę może jedynie wpływać niekorzystnie na ofertę finansową wykonawcy bowiem podraża ją. Wykonanie umowy natomiast nastąpi w graniach świadczenia wykonawcy z oferty, które jest zgodne z SIWZ (art. 140 ust. 1 ustawy).

Tym samym zarzut niezgodności poz. 51 i 52 kosztorysu ofertowego Eurovia z postanowieniami SIWZ nie potwierdził się.

W poz. 66 i 68 kosztorysu ofertowego Eurovia, dotyczącym ul. Prokowskiej (str. 90-91 oferty), w tabeli opis wykazano wywóz materiałów z rozbiórki na odległość 14 km samochodem samowyładowczym 5 t. W przedmiarze Zamawiający określił jedynie konieczność wyceny wywozu gruzu z terenu rozbiórki przy mechanicznym załadunku i wyładunku samochodem samowyładowczym – dodatek za każdy następny rozpoczęty 1 km. Odwołujący zarzuca, że wykonawca Eurovia wskazał nakład z podstawą wyceny na 1 km bez wskazania krotności 14 km.

Skład orzekający Izby, odnosząc się do tej argumentacji uznał, że wobec braku określenia w sposób szczegółowy przez Zamawiającego wymogów wyceny wywozu gruzu z terenu rozbiórki wycenę dokonaną przez firmę Eurovia należy uznać za prawidłową. Eurovia bowiem wyceniła wywóz gruzu na odległość łącznie 14 km, wskazując jednocześnie na cenę jednostkową w treści kosztorysu. Opis poz. 66 i 68 kosztorysu Eurovia wskazuje również na odległość wywozu tj. 14 km (wskazywana przez Odwołującego krotność).

Tym samym zarzut niezgodności poz. 66 i 68 kosztorysu ofertowego Eurovia z postanowieniami SIWZ nie potwierdził się.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Skład orzekający Izby nie odnosił się do zarzutu niezgodności treści oferty Eurovia z postanowieniami SIWZ w zakresie dodatkowej pozycji kosztorysu z uwagi na to, że zarzut ten nie był podnoszony przez Odwołującego na etapie protestu. Zgodnie z art. 191 ust. 3 zdanie pierwsze ustawy skład orzekający Izby rozpatruje odwołanie w granicach zarzutów zawartych w proteście. Podobna sytuacja miała miejsce w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 183 ust. 4 ustawy. Jednocześnie skład orzekający Izby uznał, że brak uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu nie miał dla sytuacji Odwołującego żadnego znaczenia. Rozstrzygnięcie protestu było bowiem jasne i precyzyjne – Zamawiający oddalił protest, nie zgadzając się z argumentami Odwołującego zawartymi w proteście, a tym samym podtrzymując argumentację zawartą w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu.

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

Stosownie do art. 194 i 195 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 Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....