

**WYROK**  
**z dnia 23 stycznia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Magdalena Grabarczyk</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Dagmara Gałczewska-Romek</b> <b>Ewa Jankowska</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Magdalena Pazura</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Budimex Dromex S.A., ul. Stawki 40, 01-140 Warszawa** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie, ul. Centralna 53, 31-586 Kraków** protestu z dnia 23 grudnia 2008 r.

przy udziale **POLIMEX - MOSTOSTAL S.A., ul. Czackiego 15/17, 00-950 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Budimex Dromex S.A., ul. Stawki 40, 01-140 Warszawa** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Budimex Dromex S.A., ul. Stawki 40, 01-140 Warszawa,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty 15 426 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Budimex Dromex S.A., ul. Stawki 40, 01-140 Warszawa.**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na "Budowę stadionu piłkarskiego Wisła Kraków - budowa trybuny wschodniej wraz z narożnikami, rozbiorca istniejącej trybuny zachodniej, wykonanie ścianki szczelinowej przy trybunie zachodniej". Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2008/6 212-281615 w dniu 31.10.2008 r.

W dniu 16.12.2008 r. Zamawiający powiadomił za pośrednictwem poczty elektronicznej o wyborze oferty Polimex-Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie jako najkorzystniejszej. Na drugiej pozycji sklasyfikowana została oferta złożona przez Mostostal – Warszawa S.A. z siedzibą w Warszawie, na trzeciej - oferta Budimex Dromex S.A. z siedzibą w Warszawie. Wobec powyższych ustaleń odwołanie poprzedzone protestem wniósł Budimex Dromex S.A. Protest został wniesiony w dniu 23.12.2008 r. (prezentata Zamawiającego), odwołanie nadane w placówce pocztowej operatora publicznego w dniu 12.01.2009 r., a jego kopia jednocześnie przekazana Zamawiającemu.

Odwołujący się zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 87 ust. 2 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz.1655 ze zm.). Wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Polimex - Mostostal S.A.;
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania oceny ofert a w konsekwencji:
  - a) odrzucenie oferty Polimer - Mostostal S.A. jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – dalej: siwz;
  - b) poprawienie oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie Polimex - Mostostal S.A. z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek i w

konsekwencji stwierdzenie, iż oferta Polimex - Mostostal S.A. nie jest ofertą najkorzystniejszą;

- c) poprawienie oczywistych omyłek rachunkowych w ofercie Mostostal - Warszawa S.A. z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek;
- d) wykluczenie Mostostal - Warszawa S.A. z prowadzonego postępowania i uznanie złożonej przez niego oferty za odrzuconą;

4. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego się jako najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący się wskazał, że oferta Polimex - Mostostal S.A. nie odpowiada treści siwz oraz zawiera błąd rachunkowy podlegający obligatoryjnemu poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Polimex - Mostostal S.A. zamieścił w ofercie kosztorys na roboty wyburzeniowe, jednak w tym kosztorysie nie wskazano ilości robót w poszczególnych pozycjach kosztorysowych. Za pozbawioną oparcia w treści siwz uznał Odwołujący się możliwość uznania, że brak ten wystąpił w wyniku pomyłkowego nazwania kolumn tej części kosztorysu. Jako omyłkę rachunkową Odwołujący się wskazał brak w wymienionych w odwołaniu pozycjach kosztorysu pomnożenia wszystkich składników, t.j. krotności, ilości oraz ceny jednostkowej. Odwołujący się nie zakwestionował prawidłowości podania wszystkich elementów pozycji kosztorysowej, jednak podniósł, że ich iloczyn jest inny, niż podana w ofercie wartość spornych pozycji. Konsekwencją takiego działania Polimex - Mostostal S.A jest dokonanie przez Zamawiającego wyboru jako najkorzystniejszej oferty zawierającej ceny jednostkowe wyższe, niż w ofertach złożonych przez innych wykonawców, w tym w ofercie Odwołującego się. Odwołujący się podniósł, że gdyby Zamawiający prawidłowo dokonał czynności poprawienia omyłki rachunkowej z uwzględnieniem, jak nakazuje art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp konsekwencji rachunkowych dokonanej poprawy, a więc przeliczenia ceny oferty Polimex - Mostostal S.A., to oferty tego wykonawcy stałaby się wyższa od ceny oferty Odwołującego się. Odwołujący się podkreślił "bezwzględny obowiązek poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych" oraz kosztorysowy charakter wynagrodzenia przewidziany przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego się krotność jest elementem przedmiaru, a ewentualne zawarcie krotności w cenie jednostkowej prowadziłyby do nieporównywalności ofert złożonych w postępowaniu oraz skutkowałyby oceną ofert złożonych przez wykonawców według różnych zasad. Odwołujący się wywiódł również, że skoro sposób rozliczania wykonanych robót jest taki sam dla wszystkich wykonawców (§ 3 ust. 1 wzoru umowy) i nie może zostać zmieniony po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, to w przypadku wyboru oferty Polimex - Mostostal S.A., Zamawiający za wykonane roboty zmuszony będzie zapłacić więcej (bo po wyższych cenach jednostkowych), niż w przypadku wyboru oferty Odwołującego się. Powołał się również na brak wykazania, że w spornych pozycjach cena jednostkowa

zawiera krotność. W ocenie Odwołującego się Zamawiający w istocie dopuścił do ustalenia wysokości ceny jednostkowej po otwarciu ofert, co narusza zasadę równego traktowania wykonawców. Powołanie się na specyfikę programu kosztorysowego również nie stanowi usprawiedliwienia dla dokonania wskazanego ustalenia po otwarciu ofert.

Odwołujący się podniósł również, że Zamawiający w siwz nie dopuszczał możliwości dokonywania jakichkolwiek zmian w treści przedmiaru, a wykonawcy zobowiązani byli do podania wyłącznie cen jednostkowych wartości poszczególnych pozycji przedmiaru. Pominięcie jakiegokolwiek pozycji lub jej niezgodność z przedmiarem powoduje, w myśl postanowień siwz odrzucenie oferty. Zatem adekwatnym działaniem Zamawiającego winno być albo odrzucenie oferty Polimex - Mostostal S.A. albo dokonanie poprawienia zawartych w niej oczywistych omyłek rachunkowych. Wskazał również na wewnętrzną sprzeczność w stanowisku Zamawiającego, gdyż jeśli w ofercie Polimex - Mostostal S.A. krotność jest uwzględniona w cenie jednostkowej, to nie może być ta sama krotność jednocześnie uwzględniona w przedmiarze, a to oznacza, że przedmiar z oferty nie zawiera tej krotności i jest niezgodny z przedmiarem załączonym do siwz oraz na fakt, że ofertę zawierająca błąd w przedmiarze złożoną przez Konsorcjum Lider Chemobudowa - Kraków S.A. Zamawiający odrzucił. Odwołujący się podniósł również, że cena jednostkowa nie może zawierać w sobie krotności, gdyż jest to sprzeczne również z definicją ceny jednostkowej zawartej w ustawie z dnia 5 lipca 2001 roku o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1 050).

Analogiczny zarzut podniesiony został w stosunku do oferty złożonej przez Mostostal Warszawa S.A. a dodatkowo Odwołujący się wskazał, że w gwarancji wadium złożonej przez tego wykonawcę brak jest przesłanki zatrzymania wadium wskazanej w art. 46 ust. 4a Pzp, co oznacza, że wadium nie zostało wniesione prawidłowo. W związku z powyższym Mostostal - Warszawa S.A. podlegać powinien wykluczeniu na podstawie art. 24 ust.2 pkt 4 Pzp, a jego oferta winna zostać uznana za odrzuconą. Odwołujący się podniósł, że wadium musi być w pełni skuteczne podczas całego postępowania, w odniesieniu do wszystkich sytuacji zatrzymania wadium, a jego ocena nie może następować już po wyborze najkorzystniejszej oferty w zależności od tego, czy sytuacja, dla której wadium miało stanowić zabezpieczenie wystąpiła, czy nie. Przyjęcie poglądu przeciwnego prowadziłoby do nierównego traktowania wykonawców.

Odwołujący się zarzucił również Zamawiającemu nierówne traktowanie wykonawców przez uznanie, że ceny jednostkowe Polimex - Mostostal S.A. i Mostostal Warszawa S.A. zawierają krotności, a ceny jednostkowe Odwołującego się krotności nie zawierają, a także w zakresie poprawności przedmiarów, uznając że błąd w podaniu krotności powoduje odrzucenie oferty Konsorcjum Lider Chemobudowa - Kraków S.A., a nie skutkuje odrzuceniem ofert Polimex - Mostostal S.A. i Mostostal Warszawa S.A. oraz w zakresie

wadium, uznając że wadium wniesione przez Mostostal Warszawa S.A. może być niezgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych bez konsekwencji wykluczenia z przetargu. Podkreślił również, że brak poprawienia wskazanych w odwołaniu pomyłek rachunkowych prowadzi w konsekwencji nie tylko do tego, że Zamawiający może udzielić zamówienia wykonawcy z naruszeniem art. 7 ust. 3 Pzp ale przede wszystkim do tego, że zamówienie zostałoby udzielone wykonawcy, którego ceny jednostkowe są wyższe od cen jednostkowych Odwołującego się, a jego oferta nie jest najkorzystniejsza.

Zamawiający pismem z dnia 2.01.2008 r. oddalił protest i tego dnia przekazał rozstrzygnięcie Odwołującemu się. Zarzuty protestu Zamawiający uznał za nieuzasadnione. Stwierdził, że sposób obliczenia ceny w przypadku wykonywania kosztorysu w wersji uproszczonej jest prawidłowy zarówno w przypadku, gdy przy wystąpieniu krotności w danej pozycji kosztorysowej, cena jednostkowa dla danej pozycji zawiera krotność (świadczy o tym opis pozycji przedmiaru lub osobna rubryka kosztorysu wykazująca krotność i wartość samej ceny jednostkowej dla danej pozycji kosztorysu), jak i w przypadku, gdy wykazane jest działanie matematyczne polegające na mnożeniu krotności i ceny jednostkowej dla jednostkowej ilości danej pozycji kosztorysu (jak zastosował Odwołujący się). Brak jest podstawy do narzucania innym wykonawcom jednego sposobu wykonania kosztorysu, zwłaszcza że sposób wykonania kosztorysu zależy od wykorzystanego programu kosztorysowego. Program Norma zastosowany przez Polimex – Mostostal S.A. uwzględnia krotności już w cenach jednostkowych, zatem kosztorys ofertowy Polimex - Mostostal S.A. odpowiada siwz i nie zawiera oczywistych omyłek rachunkowych. Wskazał również, że kosztorys na roboty rozbiórkowe trybuny zachodniej Polimex – Mostostal S.A. ma wskazane ilości robót, nastąpiło jedynie przestawienie kolumn tabeli lub pomyłkowe nazwanie kolumn "ilość" i "krotność" - taka pomyłka nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty.

Stanowisko Zamawiającego co do naruszenia art. 89 ust. 2 pkt 2 Pzp (dotyczące wliczenia krotności w cenę jednostkową) ponowione zostało odniesieniu do oferty Mostostal – Warszawa S.A.

Zarzut zaniechania wykluczenia Mostostal Warszawa S.A. z powodu nie zamieszczenia w treści gwarancji bankowej zapisu określonego w art. 46 ust. 4a Pzp Zamawiający uznał za nieuzasadniony. Wyjaśnił, że oferta złożona przez Mostostal Warszawa S.A. spełnia wszystkie wymagane warunki określone w siwz a art. 26 ust. 3 Pzp nie ma zastosowania, gdyż wraz z ofertą zostały złożone wszystkie wymagane oświadczenia i dokumenty i w konsekwencji nie ma zastosowania również art. 46 ust. 4a Pzp.

Polimex – Mostostal S.A. przystąpił do postępowania odwoławczego uczestnicząc

uprzednio w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Wskazując na swój interes prawny w zgłoszeniu przystąpienia poparł argumentację Zamawiającego a na jej wzmocnienie wskazał postanowienia siwz oraz Rozporządzeń Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 roku w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego i z dnia 2 września 2004 roku w sprawie określenia szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno - użytkowego (Dz. U. nr 202, poz. 2072). Powołał się również na praktykę istniejącą w obrocie.

Po ustaleniu na posiedzeniu, że nie zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania Izba przeprowadziła rozprawę, na której strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego (Przystępujący) podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia za pomocą specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz dokumentacji projektowej uwzględniającej przedmiar robót Przedmiary robót - Załącznik Nr 6 do siwz przewidują: postawę nakładu, opis pozycji, wyliczenie ilości robót, ilość, krotność oraz jednostkę.

W części VIII siwz Zamawiający wskazał, że:

- Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie załączonych do niniejszej siwz przedmiarów robót (zał. nr 6 do nin. SIWZ), podając cenę jednostkową i wartość dla każdej pozycji kosztorysu". - pkt 4;
- Dopuszcza się wykonanie kosztorysu ofertowego metoda uproszczoną wraz z wykazem nośników cen, na podstawie których został opracowany kosztorys ofertowy (kosztorysy ofertowe) – pkt 5;
- Pominięcie jakiegokolwiek pozycji lub jej niezgodność z przedmiarem robót spowoduje odrzucenie oferty, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 Pzp – pkt 6.

Zgodnie z § 3 ust. 1 wzoru umowy (Załącznik Nr 2 do siwz) (...) zamawiający zapłaci wynagrodzenie ustalone na podstawie cen jednostkowych, wyszczególnionych w kosztorysie ofertowym wykonawcy oraz ilości rzeczywiście wykonanych i odebranych robót. Odwołujący się zakwestionował pozycje kosztorysów ofertowych Polimex - Mostostal S.A. oraz Mostostal – Warszawa S.A. zawierające wskazana krotność inną niż 1. W następujących pozycjach kosztorysowych liczba podana w kolumnie wartość nie stanowi iloczynu wielkości zawartych w kolumnie cena jednostkowa oraz kolumnie krotność:

- 1) w części: Konstrukcja - roboty ziemne - poz.1.1. 7;
- 2)w części: Konstrukcja - konstrukcje żelbetowe wylewane - fundamenty - poz. 2.2.9.; 2.2.12.; 2.2.15; 2.2.17;

- 3) w części: Konstrukcja - konstrukcje żelbetowe wylewane - stan surowy - poz. 3.1.2; 3.1.5.; 3.1.8; 3.1.10; 3.1.12; 3.1.14; 3.1.16; 3.4.2.; 3.4.4.; 3.5.2.; 3.5.4;
- 4) w części: Architektura - roboty wykończeniowe wewnętrzne - poz.2.2.1, 2.2.11.; 2.2.15.; 2.6.4;
- 5)w części: Demontaż masztów oświetleniowych - poz. 1.11;
- 6)w części: Instalacje elektryczne - poz. 253.

W kosztorysie ofertowym Polimex – Mostostal S.A. na „roboty wyburzeniowe” zawarte w kolumnie „krotność” ilości odpowiadają wymaganiom Zamawiającego określonym w Załączniku Nr 6 do siwz.

Treść dokumentu wadium – gwarancji bankowej o numerze 591000000031810 wystawionej przez Bank BGŻ nie przewiduje możliwości zatrzymania wadium w razie zaistnienia przesłanki wskazanej w art. 26 ust. 4a Pzp.

W skazane wyżej okoliczności faktyczne są bezsporne między stronami.

Zamawiający odrzucił ofertę Konsorcjum Lider Chemobudowa - Kraków S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w uzasadnieniu faktycznym wskazując brak podania cen jednostkowych oraz błędy zakresie ilości m.in. poz. 39,rotność była 2, podczas gdy powinna być 1.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie dowodów ze znajdującej się w oryginalnej dokumentacji postępowania: siwz z załącznikami, ofert Odwołującego się, Przystępującego oraz Mostostal Warszawa S.A., Protokołu ZP-19 oraz pisma z dnia 16.12.2008 r. informującego o odrzuceniu oferty Konsorcjum Chemobudowa - Kraków S.A. (lider konsorcjum) oraz oświadczeń złożonych przez pełnomocników stron i Przystępującego na rozprawie.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Potwierdzenie zarzutów podniesionych w stosunku do obu ofert poprzedzających go w klasyfikacji, da mu możliwość uzyskania zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, mimo, że jeden z podnoszonych zarzutów znalazł potwierdzenie.

Zamawiający nie dopuścił się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego. Przywołany przepis nakazuje odrzucić ofertę, której treść nie odpowiada treści siwz. Interpretacja art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ukształtowana w orzecznictwie oraz znajdująca odzwierciedlenie w stanowisku doktryny, nakazuje odniesienie normy art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności,

co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Zatem *de lege lata* o niezgodności treści oferty z treścią siwz można mówić w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego realizacji w sposób opisany przez Zamawiającego w siwz. W okolicznościach sprawy brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta Przystępującego nie odpowiada treści siwz.

Skoro bezsporna jest między stronami zgodność ilości robót wskazanych w kolumnie „krotność” kosztorysu ofertowego Przystępującego na „roboty wyburzeniowe” z oczekiwaniami Zamawiającego to niezamierzone zamienienie tytułów kolumn przedmiaru należy traktować jako uchybienie o charakterze formalnym, omyłkę. Stanowi ono niedokładność przypadkową i jest możliwe do poprawy bez konieczności odwoływania się do innych dokumentów. Powstała omyłka nie wpływa na treść zaoferowanego świadczenia.

Treść spornych pozycji kosztorysowych w ofertach Przystępującego oraz Mostostal – Warszawa S.A. również nie powoduje, wbrew alternatywnemu, w stosunku do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, wniosкови wynikającemu z odwołania, niezgodności ofert Przystępującego i Mostostal - Warszawa S.A. z treścią siwz. Izba za wiarygodne i mające oparcie w treści siwz oraz kosztorysów ofertowych Przystępującego oraz Mostostal – Warszawa S.A. uznała wyjaśnienia Zamawiającego i Przystępującego.

Na rozprawie Zamawiający i Przystępujący wykazali, że różnice w sposobie prezentacji kosztorysu wynikają wyłącznie z zastosowanych programów kosztorysujących, a sposób polegający na kumulowaniu krotności w cenie jednostkowej jest powszechnie stosowany jako równorzędny. Ma on umocowanie w treści § 2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 roku w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz. U. Nr 130, poz. 1380). Twierdzenia te nie zostały zaprzeczone przez Odwołującego się. Zatem ewentualne ograniczenie nałożone wykonawcom przez wymagania Zamawiającego przedstawienia kosztorysów wyłącznie w jednej formie, takiej jak uczynił to Odwołujący się, byłoby żądaniem nieuzasadnionym prawnie oraz dyskryminującym w stosunku do wykonawców, zwłaszcza, jeżeli sprowadzać by się miało do zastosowania wskazanego programu kosztorysującego. Całkowicie chybiony jest pogląd Odwołującego się o konieczności wskazania w siwz przez Zamawiającego przywołanego wyżej § 2 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 roku. Stanowisko to kwestionuje profesjonalizm Odwołującego się, któremu przepisy dotyczące branży, w której działa, powinny być bezwzględnie znane.



Z opisu pozycji przedmiaru lub osobnej rubryki kosztorysu wykazującej krotność i wysokość ceny jednostkowej, dla danej pozycji kosztorysu zawartych w ofertach Przystępującego i Mostostal - Warszawa S.A., wynika wysokość ceny jednostkowej oraz wartość danej pozycji przedmiaru, również w przypadku zastosowania krotności innej niż jeden. Jeśli Odwołujący się twierdzi, że w cenach jednostkowych Przystępującego oraz Mostostal – Warszawa S.A. nie jest zawarta krotność, to winien przedłożyć dowody na tę okoliczność (art. 188 ust. 3 Pzp oraz art. 6 k.c. w związku z art. 14 Pzp), czego nie uczynił.

Zamawiający zastrzegł, że pominięcie jakiegokolwiek pozycji przedmiaru lub jej niezgodność z przedmiotem robót spowoduje odrzucenie oferty, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 Pzp a podanie w ofertach Przystępującego oraz Mostostal – Warszawa S.A. poszczególnych składników kwestionowanych pozycji kosztorysu: krotności, ilości oraz ceny jednostkowej, jest bezsporne między stronami. Zarzut Odwołującego się nie dotyczy pominięcia którejś z pozycji kosztorysu.

W granicach określonych zarzutami protestu (art. 191 ust. 3 Pzp) sporna jest możliwość ujęcia krotności w cenie jednostkowej. W ocenie Izby z dokumentacji postępowania, w szczególności z postanowień siwz, nie wynika obowiązek podania odrębnie ceny jednostkowej. Część VIII pkt 4 siwz zobowiązuje wykonawców do podania ceny jednostkowej nie zobowiązuje natomiast do podania jej w określony sposób, w szczególności do jej podania odrębnie od innych pozycji kosztorysu. Obowiązku tego nie można wywieść również z Załącznika Nr 6 do siwz przedmiarów robót.

Nietrafny jest również argument dotyczący braku możliwości prawidłowego rozliczenia wykonanych prac. Niezaprzeczone pozostało twierdzenie Przystępującego i Zamawiającego o generowaniu przez program kosztorysujący ceny jednostkowej w przypadku przeliczenia wynikającego z ewentualnych różnic między przedmiotem a obmiarem powykonawczym.

Wywodzenie na podstawie użycia w § 3 ust. 1 wzoru umowy sformułowania „cen jednostkowych, wyszczególnionych w kosztorysie ofertowym” zakazu kumulowania krotności i ceny jednostkowej nie jest trafne. Określenia „wyszczególnionych” należy interpretować zgodnie z pozostałymi postanowieniami siwz, w których wskazany ma być sposób przygotowania ofert i sposób obliczenia ceny oferty (arg. z art. 36 ust. 1 pkt 10 i 12 Pzp).

W kosztorysach Przystępującego oraz Mostostal – Warszawa S.A. podana została cena jednostkowa, zatem w ocenie Izby, brak jest również sprzeczności z art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o cenach, mimo, iż w spornych pozycjach cena ta nie została wyszczególniona.

Brak jest podstaw do potwierdzenia podnoszonego zarzutu niezgodności ofert Przystępującego oraz Mostostal – Warszawa S.A. z treścią siwz. Zarzut naruszenia art. 89m ust. 1 pkt 2 Pzp nie znalazł potwierdzenia.

Nie potwierdził się również wspólny zarzut kierowany pod adresem oferty Przystępującego oraz oferty Mostostal – Warszawa S.A. – zaniechania przez Zamawiającego poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Zarzut ten jest całkowicie bezzasadny i nie ma podstaw, w okolicznościach faktycznych sprawy, ani w treści dokumentów postępowania. Norma art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp nie została naruszona. Przywołany przepis nakazuje zamawiającemu dokonania poprawienia oczywistych omyłek rachunkowych. Zatem do jego zastosowania niezbędne jest kumulatywne spełnienie dwóch przesłanek: popełnienia omyłek rachunkowych oraz oczywistość dokonanych omyłek. W doktrynie i orzecznictwie dotyczącym zamówień publicznych ukształtował się pogląd, że omyłka rachunkowa stanowi wynik błędnego działania na liczbach, działania arytmetycznego (*vide*: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8.08.2008 r oraz cytowane w nim stanowisko doktryny i orzecznictwo). Sporne pozycje kosztorysów są pod względem matematycznym prawidłowe (nie został złożony dowód na twierdzenie przeciwne). W ocenie Izby Odwołujący się domaga się w istocie przeprowadzenia przez Zamawiającego dodatkowego działania matematycznego polegającego na mnożeniu pozycji kosztorysu „cena jednostkowa” i „krotność”, mimo że działanie te zostało już przez wykonawców wykonane. Zadośćuczynienie żądaniu Odwołującego się narzucałoby innym wykonawcom przyjętej przez niego metody kosztorysowania, do czego brak jest podstaw prawnych. Zamawiający nie narzucił wykonawcom sposobu, metodologii sporządzania kosztorysu metodą uproszczoną, ani też konieczności uzyskania wartości robót poszczególnych pozycji przedmiaru wyłącznie w drodze działania matematycznego - iloczynu ilości i krotności wskazanych jako składniki danej pozycji przedmiaru. Przystępujący oraz Mostostal – Warszawa S.A. złożyli kosztorysy sporządzone metodą uproszczoną, a wobec wymagań Zamawiającego sformułowanych w siwz, sposób obliczenia ceny w przypadku wykonywania kosztorysu w wersji uproszczonej jest prawidłowy zarówno w przypadku, gdy przy wystąpieniu krotności w danej pozycji kosztorysowej, cena jednostkowa dla danej pozycji zawiera krotność (co wynika z opisu pozycji przedmiaru lub osobnej rubryki kosztorysu „krotność” i wartości samej ceny jednostkowej dla danej pozycji kosztorysu), jak i wtedy, gdy wykonane zostało działanie matematyczne polegające na mnożeniu krotności i ceny jednostkowej dla ilości wskazanej w danej pozycji kosztorysu.

W tym też kontekście nie istnieją żadne wątpliwości, ani co do faktu zamieszczenia ceny jednostkowej, ani też co do poprawności jej obliczenia. Jeśli oferta Odwołującego się nie zawiera błędu rachunkowego, to nie zachodzi konieczność jej poprawiania.

Nie spełniona została również druga przesłanka pozwalająca na zastosowanie normy z art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp. Wskazać należy, że pojęcie „oczywistej omyłki rachunkowej” jest na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych pojęciem nowym wprowadzonym nowelizacją

z dnia 4 września 2008r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008r. Nr 171 poz. 1058), która weszła w życie od 24 października 2008r, przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu sprzed nowelizacji posługiwał się pojęciem „omyłki rachunkowej”. W ocenie Izby dla zdefiniowania pojęcia „oczywistości” omyłki rachunkowej znajdzie odpowiednie zastosowanie stanowisko orzecznictwa i doktryny w zakresie oczywistej omyłki pisarskiej. Omyłka może być zatem uznana za oczywistą, gdy jest widoczna na pierwszy rzut oka, bezsporna, nie budząca wątpliwości. Określenie tych nie sposób odnieść do sposobu prezentacji ceny jednostkowej w kosztorysach ofertowych Przystępującego i Mostostal Warszawa S.A.. Izba podziela również stanowisko Przystępującego, że konieczność odwołania się do wiadomości specjalnych oraz posłużenie się przy wyjaśnianiu istoty problemu specjalistami w zakresie kosztorysowania, wyklucza możliwości uznania ewentualnej omyłki rachunkowej za oczywistą.

Skumulowanie ceny jednostkowej i krotności w jednej rubryce kosztorysu, które nastąpiło w ramach istniejącego porządku prawnego, nie stanowi oczywistej omyłki rachunkowej i nie pociąga za sobą konieczności, w okolicznościach sprawy, przeliczenia ceny ofert Przystępującego i Mostostal – Warszawa S.A. Zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp nie potwierdził się.

Nietrafnie podnosi Odwołujący się, że obowiązkiem Zamawiającego jest wybór oferty wykonawcy, który zaoferował najniższe ceny jednostkowe. Zgodnie z Częścią IX siwz jedynym kryterium oceny ofert jest cena. Nietrafna jest również argumentacja dotycząca nieporównywalności złożonych ofert. Cena jednostkowa nie jest kryterium oceny, a złożone oferty różni jedynie metodologia obliczenia wartości poszczególnych pozycji kosztorysu, zatem są one porównywalne. Odwołujący się nie udowodnił na rozprawie, że ceny ofert Przystępującego i Mostostal – Warszawa S.A. byłyby wyższe, niż jego oferty w przypadku potwierdzenia podnoszonych zarzutów, mimo, że na nim spoczywa ciężar dowodu (art. 188 ust. 3 Pzp, art. 6 k.c w zw. z art. 14 Pzp).

Zamawiający nie dopuścił się ustalenia ceny jednostkowej po otwarciu ofert, gdyż ceny jednostkowe zostały wskazane przez Przystępującego i Mostostal – Warszawa S.A..

Czynności Zamawiającego badania i oceny złożonych ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej są prawidłowe.

W konsekwencji nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający na równych zasadach ocenił ofertę Odwołującego się oraz Przystępującego i Mostostal – Warszawa S.A. trafnie przyjmując, że różnice w opisie pozycji kosztorysu wynikające z przyjętej metodologii nie uniemożliwiają prawidłowego porównania ofert w jedynym kryterium ceny.

Odrzucenie oferty Konsorcjum Chemobudowa – Kraków S.A. nastąpiło na podstawie innych okoliczności faktycznych, skutkujących zgodnie z postanowieniami siwz odrzuceniem oferty. Fakt podania cen jednostkowych oraz krotności zgodnych z wymaganiami Zamawiającego w ofercie nie są sporne między stronami i również w tym kontekście Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 1 Pzp.

Na uwzględnienie zasługuje natomiast zarzut dotyczący niezgodności z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych wadium wniesionego przez Mostostal – Warszawa S.A.

Art. 46 ust. 4a Pzp wskazuje, że zatrzymanie wadium wraz z odsetkami następuje, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp lub pełnomocnictw, chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

Art. 81 ust. 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe. (Dz. U. z 2002 r., Nr 72 poz. 665 ze zm.) stanowi, że gwarancja bankowa to jednostronne zobowiązanie banku - gwaranta, polegające na tym, jeśli podmiot uprawniony (beneficjent gwarancji) spełni określone warunki zapłaty, bank wykona świadczenie pieniężne na jego rzecz - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku.

Złożenie wadium w formie gwarancji bankowej jest czynnością jednostronnie zobowiązującą, zatem istotne jest, aby przesłanki zaspokojenia się z gwarancji zostały wskazane w treści dokumentu. Art. 46 ust. 4 a Pzp został wprowadzony nowelizacją z dnia 4 września 2008r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008r. Nr 171 poz. 1058), która weszła w życie od 24 października 2008r. Postępowanie o zamówienie publiczne zostało wszczęte po tej dacie. W tej sytuacji warunki realizacji świadczenia z gwarancji powinny obejmować także sytuację określoną w przepisie art. 46 ust. 4a Pzp.

Nie budzi wątpliwości Izby, że dla uznania wadium za wniesione prawidłowo, nie jest niezbędne cytowanie wprost przepisów art. 46 ust. 4 a oraz 46 ust. 5 Pzp. Niemniej jednak wskazanie warunków w treści gwarancji musi nastąpić w taki sposób, aby możliwość zaspokojenia się z gwarancji nie była kwestionowana. Treść gwarancji nie może być poddawana wykładni elastycznej i liberalnej (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 października 1995 roku, II CRN 123/95, OSNC, z. 2 z 1996 roku, poz. 29). Wadium wniesione w formie gwarancji ubezpieczeniowej, czy bankowej musi mieć taką samą płynność jak wadium wniesione w pieniądzu, co oznacza, że dochodzenie roszczenia z tytułu zapłaty wadium nie może być utrudnione (*vide*: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17.06.2008 r. sygn. akt KIO/UZP/537/08).

Bezsporne jest pomiędzy stronami, że z literalnego brzmienia gwarancji o numerze 591000000031810 nie wynika zobowiązanie banku do zapłaty wadium w sytuacji określonej w art. 46 ust. 4a Pzp.

Ustawodawca wprowadzając art. 46 ust. 4 a Pzp odmiennie ukształtował sytuację wykonawcy w czasie od złożenia oferty do wyboru oferty najkorzystniejszej i po dokonaniu tej czynności. Odpowiadają temu dwa odrębne przepisy dotyczące zatrzymania wadium; art. 46 ust. 4 a Pzp odpowiada etapowi postępowania przed wyborem oferty najkorzystniejszej, zaś art. 46 ust. 5 Pzp dotyczy sytuacji po wyborze oferty najkorzystniejszej. Ponadto należy zauważyć, że art. 46 ust. 4 a Pzp odnosi się do wszystkich wykonawców, którzy nie złożyli dokumentów lub oświadczeń na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, bez względu na ich szansę na uzyskanie zamówienia, natomiast dyspozycja art. 46 ust. 5 Pzp dotyczy wyłącznie wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą (*vide*: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20.01.2008 r. sygn. akt KIO/UZP/19/09). Przesłanki zatrzymania wadium wskazane w art. 46 ust. 5 Pzp mają charakter bezwzględny a przewidziana w art. 46 ust. 4 a Pzp możliwość zatrzymania wadium następuje jedynie w braku udowodnienia przez wykonawcę, że niezłożenie dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 Pzp lub pełnomocnictw, nastąpiło bez jego winy, ma zatem charakter względny. Jednak ze sformułowań zawartych w przywołanych przepisach nie należy wywodzić, tak jak uczynił to Zamawiający, uzależnienia oceny skuteczności wniesienia wadium od okoliczności faktycznych postępowania. Należy rozróżnić bowiem czynność wniesienia wadium od zaistnienia przesłanek zatrzymania wadium.

Wadium jest wniesione skutecznie wtedy, gdy odpowiada wszystkim wymaganiom zawartym w przepisach Prawa zamówień publicznych. Uznanie stanowiska zamawiającego, że wadium jest wniesione skutecznie, bo w postępowaniu nie ziszczyły się przesłanki zatrzymania wadium, prowadziłoby do relatywizmu w ocenie treści gwarancji wadium przez uzależnienia skuteczności jego wniesienia od okoliczności faktycznych postępowania. Przyjęcie takiego poglądu godziłoby w wynikający z art. 45 ust. 3 Pzp oraz art. 70<sup>4</sup> k.c. wymóg zabezpieczenia oferty począwszy od daty jej złożenia, a więc w sposób odpowiadający wszystkim wymaganiom ustawy, oraz stanowiłoby niekorzystną z racji ochrony interesów zamawiających praktykę w obrocie gospodarczym.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp potwierdził się. Norma zawarta w przywołanym przepisie ma charakter imperatywny, przez użycie sformułowania „Zamawiający wyklucza”. Zatem Zamawiający wadliwie zaniechał wykluczenia Mostostal - Warszawa S.A. z postępowania. W konsekwencji naruszył również art. 24 ust. 4 Pzp nakazujący uznanie *ex lege* oferty wykonawcy wykluczonego za odrzuconą. W badanym postępowaniu Zamawiający dokonał badania i oceny oferty Mostostal - Warszawa S.A. zarówno pod względem formalnym, jak i merytorycznym, co uchybia również art. 7 ust. 1 Pzp.

Wskazać należy, że art. 7 ust. 3 Pzp, odnosi się do czynności zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, zatem wykracza poza granice rozpatrywanego stanu faktycznego, którym jest ocena czynności badania i oceny ofert poprzedzających zawarcie umowy.

Art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp nie ma zastosowania w okolicznościach sprawy. Norma w nim zawarta znajduje zastosowanie do czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty, w przypadku wykluczenia skutek odrzucenia następuje na mocy samego przepisu art. 24 ust. 4 Pzp bez konieczności dokonywania czynności. Zamawiający nie naruszył art. 7 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Reasumując zarzuty kierowane pod adresem oferty Przystępującego i Mostostal - Warszawa S.,A. nie znalazły potwierdzenia. Potwierdził się zarzut zaniechania wykluczenia Mostostal – Warszawa S.A z powodu wadliwości wadium. Nie skutkuje to jednak uwzględnieniem odwołania.

Art. 191 ust. 1 a Pzp, który został prowadzony nowelizacją z dnia 4 września 2008r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008r. Nr 171 poz. 1058) i obowiązuje od 24 października 2008r., pozwala na uwzględnienie odwołania jedynie w sytuacji, gdy Izba stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Ustawodawca wyłączył tym samym w sposób nie budzący wątpliwości możliwość powtarzania mocą wyroku Izby czynności w postępowaniu, w sytuacji, gdy ich ponowne dokonanie nie wpływa bezpośrednio (wybór najkorzystniejszej oferty), ani hipotetycznie (czynności poprzedzające wybór najkorzystniejszej oferty, których rezultat kształtuje krąg podmiotów biorących udział w postępowaniu) na wynik postępowania, czyli na wskazanie wykonawcy, którego oferta została wybrana. Norma art. 191 ust. 1 a realizuje postulat efektywności, szybkości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stwierdzone naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4 oraz art. 7 ust. 1 Pzp dotyczą wykonawcy, który złożył ofertę ocenioną jako druga w kolejności, pozostają zatem bez wpływu na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, czyli na wynik postępowania. A skoro potwierdzenie zarzutów nie niesie za sobą możliwości zmiany wyniku postępowania, nie ma podstaw do uwzględnienia odwołania (*arg. a contrario* z art. 191 ust. 1 a Pzp).

Mając powyższe na uwadze Izba na podstawie art. 191 ust. 1 zdanie 1 Pzp oddaliła odwołanie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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 **Krakowie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*