

Sygn. akt: KIO 283/13

Sygn. akt: KIO 284/13

## WYROK

z dnia 25 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Bogdan Artymowicz**

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2013 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 8 lutego 2013 r. przez **wykonawcę Strabag Sp. z o. o., 05-800 Pruszków, ul. Parzniewska 10,**

B. w dniu 8 lutego 2013 r. przez **wykonawcę Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Trakt” Sp. z o. o., 26-065 Piekoszów, Górki Szczukowskie 1,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zarząd Dróg w Kielcach 25-384 Kielce, ul. Prendowskiej 7,**

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. Konsorcjum firm: **Fart Sp. z o. o. 25-116 Kielce, ul. Ściegiennego 268a (lider) i Kieleckiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o. o. 25-670 Kielce, ul. Przęsłowa 21** oraz wykonawcy **Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Trakt” Sp. z o. o., 26-065 Piekoszów, Górki Szczukowskie 1,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 283/13 po stronie zamawiającego,

B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. Konsorcjum firm: **Fart Sp. z o. o. 25-116 Kielce, ul. Ściegiennego 268a (lider) i Kieleckiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o. o. 25-670 Kielce, ul. Przęsłowa 21** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 284/13 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**A. sygn. akt KIO 283/13**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert i odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. Konsorcjum firm: **Fart Sp. z o. o. 25-116 Kielce, ul. Ściegiennego 268a (lider) i Kieleckiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o. o. 25-670 Kielce, ul. Przęsłowa 21,**
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Miejski Zarząd Dróg w Kielcach 25-384 Kielce, ul. Prendowskiej 7, i :**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Strabag Sp. z o. o., 05-800 Pruszków, ul. Parzniewska 10,** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od zamawiającego **Miejskiego Zarząd Dróg w Kielcach 25-384 Kielce, ul. Prendowskiej 7** na rzecz wykonawcy **Strabag Sp. z o. o., 05-800 Pruszków, ul. Parzniewska 10,** kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

**B. sygn. akt KIO 284/13**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Trakt” Sp. z o. o., 26-065 Piekoszków, Górki Szczukowskie 1, i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Trakt” Sp. z o. o., 26-065 Piekoszków, Górki Szczukowskie 1,** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

**Przewodniczący:** .....

**KIO 283/13**  
**KIO 284/13**

## **Uzasadnienie**

**KIO 283/13**

Zamawiający – Miejski Zarząd Dróg w Kielcach prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest rozbudowa ulicy Ściegiennego w ciągu drogi krajowej nr 73 w Kielcach.

Pismem z dnia 30 stycznia 2013 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując, jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart” Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach oraz Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o. o. z siedzibą w Kielcach [dalej także, jako Konsorcjum „Fart”]. Jednocześnie zamawiający poinformował, iż nie odrzucił żadnej oferty, jak też żaden z wykonawców nie został wykluczony z przedmiotowego postępowania.

Wobec takich działań zamawiającego w dniu 8 lutego 2013 r., odwołanie złożył wykonawca Strabag Sp .z o. o. z siedzibą w Pruszkowie zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r., Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., nr 113, poz. 759 ze zm.) [dalej także jako ustawa „Pzp”]:

- 1) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie tj. wezwanie firmy Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart” Sp. z o.o. [dalej także jako PRI Fart Sp. z o. o.], do udzielenia wyjaśnień zamawiającemu co do zmian w składzie konsorcjum, podczas gdy przepis art. 87 ust 1 ustawy Pzp odnosi się do możliwości wyjaśnienia —treści oferty, a więc elementów przedmiotowych,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „Fart” Sp. z o. o. pomimo, że oferta ta została złożona przez wykonawcę nie zaproszonego do składania ofert tj. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart” Sp. z o. o. podczas gdy do złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu zaproszone zostało konsorcjum firm w składzie Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart” Sp. z o. o., (Lider) oraz Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. o. o. (Partner),

ewentualnie, na wypadek uznania, że ofertę złożyło Konsorcjum zaproszone do udziału w postępowaniu

- 3) art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty z dn. 18 grudnia 2012 r. podpisanej przez Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart” Sp. z o. o.

- pomimo, że oferta jest niezgodna z SIWZ tj. nie zawiera wymaganych SIWZ wskaźników kosztowych tj. Robocizny, Kosztów Ogólnych, Kosztów zakupu. Zysku,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Świętokrzyskiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Trakt Sp. z o.o. [dalej także jako Trakt Sp. z o. o.], pomimo, że oferta złożona przez tego wykonawcę jest niezgodna z SIWZ tj. zawiera deklaracje udzielenia gwarancji na przedmiot zamówienia na okres 3 lat z wyłączeniem oznakowania poziomego cienkowarstwowego podczas gdy zamawiający wymagał udzielenia 3 lat gwarancji na przedmiot zamówienia z wyłączeniem oznakowania poziomego cienkowarstwowego, na które wykonawca miał udzielić gwarancji i rękojmi na 6 miesięcy,
  - 5) art. 89 ust 1 pkt 4 z art. 90 ust 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Świętokrzyskiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Trakt Sp. z o.o., pomimo, że cena zaoferowana przez tego wykonawcę ma charakter rażąco niskiej,
  - 6) art. 89 ust 1 pkt 6 oraz art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Świętokrzyskiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Trakt Sp. z o.o. pomimo, że zawiera ona w poz. 10d.1. formularza 3.11 kosztorysu ofertowego błąd skutkujący błędem w obliczaniu ceny i niezgodnością oferty z SIWZ,
  - 7) art. 7 ustawy Pzp poprzez naruszenie przez zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegające na przeprowadzeniu oceny i klasyfikacji oferty odwołującego wraz z ofertami złożonymi przez Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart” Sp. z o.o. oraz Świętokrzyskiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Trakt Sp. z o.o. pomimo, że podlegały one odrzuceniu.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny i wyboru ofert, dokonania powtórnej oceny ofert, odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Fart Sp. z o. o. oraz wykonawcę Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Trakt sp. z o. o., oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako o najkorzystniejszej. W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, iż Zamawiający nie był uprawniony do wyjaśniania w trybie art. 87 ust 1 ustawy Pzp jaki podmiot złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Z treści oferty z 18 grudnia 2012 r. wynika bowiem jednoznacznie, że oferta złożona została przez Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych FART Sp. z o.o. nie zaś przez podmiot zaproszony do składania oferta tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych FART Sp. z o.o. i Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. Jako wykonawca w ofercie z dnia 18 grudnia 2012 r. wskazana została tylko firma Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych FART Sp. z o.o. Ponadto, osoba składająca oświadczenie woli jakim jest oferta, tj. p. Mirosław Szczukiewicz wskazała, że oferując

wykonanie zamówienia pn. „Rozbudowa ul. Ściegiennego w ciągu drogi krajowej nr 73 w Kielcach” działa w imieniu i na rzecz jednego tylko podmiotu tj. Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „Fart” Sp. z o.o., a więc w imieniu podmiotu nieuprawnionego do złożenia oferty. Ponadto odwołujący podnosił, iż Zamawiający nie miał jakichkolwiek podstaw do powzięcia wątpliwości, kto (jaki wykonawca) złożył ofertę. Zgodnie bowiem z art. 66 kc w zw. z art. 14 Pzp oferta jest to złożone drugiej stronie oświadczenie woli zawarcia umowy na określonych warunkach. Analizując więc ofertę złożoną w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie mógł mieć wątpliwości, że jest to oświadczenie woli zawarcia umowy z Zamawiającym złożone przez firmę Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Fart Sp. z o.o. na co wskazują wszystkie elementy oferty. Co do zarzutu nieuprawnionego zastosowania przez Zamawiającego art. 87 ust 1 ustawy Pzp Odwołujący wskazywał, że przepis ten dotyczy wyjaśniania elementów przedmiotowych oferty podczas gdy w rozpatrywanym stanie faktycznym Zamawiający zastosował go w celu określenia, a w konsekwencji zmiany, wykonawcy nie zaś jego oferty. Odnośnie niezgodności treści oferty Konsorcjum Fart z treścią SIWZ odwołujący wskazywał, iż Zamawiający wymagał podania wskaźników kosztowych tj. R (robocizny), Ko (Kosztów Ogólnych), Kz (Kosztów zakupu), Z (Zysku) jakie zostały zawarte w kosztorysach ofertowych wymaganych wraz z ofertą. W ofercie złożonej przez Konsorcjum Fart wskaźniki nie zostały podane. Natomiast wskaźniki kosztowe stanowią bardzo istotny element oferty złożonej w przedmiotowym postępowaniu z uwagi na przewidziane w umowie wynagrodzenie obmiarowe jak również sposób rozliczenia prac wymienionych w §4 Warunków Szczególnych oraz robót dodatkowych (art. 12 ust 4 Kontraktu/Umowy na roboty budowlane). Oznacza to, że wymogi podania czynników cenotwórczych: robocizny, kosztów ogólnych, kosztów zakupu oraz zysku odnosiły się do istotnych składników czynności prawnej. Odnośnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Świętokrzyskiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Trakt Sp. z o. o. odwołujący podnosił, iż wykonawca ten zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z wymaganiami zamawiającego bo z wyłączeniem z okresu gwarancji oznakowania cienkowarstwowego. W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Trakt Sp. z o. o. odwołujący wskazywał, iż złożone przez tego wykonawcę wyjaśnienia nie obalają domniemania, że cena zaproponowana przez Trakt jest ceną rażąco niską. W ocenie odwołującego treść złożonych wyjaśnień w żaden sposób nie uzasadnia wysokości zaoferowanej przez niego ceny. Wyjaśnienia mają bowiem charakter czysto opisowy, w dużej mierze dotyczą wspólnych dla wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia okoliczności związanych z wykonaniem umowy oraz odnoszą się in abstracto do pozycji rynkowej wykonawcy i jego kontaktów handlowych nie ukazując w istocie jaki ma to rzeczywisty, realny wpływ na zaproponowaną przez niego

cenę. W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Trakt Sp. z o. o. pomimo że zawiera ona w poz. 10d.1. formularza 3.11 kosztorysu ofertowego błąd skutkujący błędem w obliczeniu ceny odwołujący wskazywał, iż intencją zamawiającego było aby pozycja „odzysk płyt drogowych” pomniejszyła wartość oferty podczas gdy wykonawca Trakt Sp. z o. o. wstawiając ujemną cenę sam zmodyfikował kosztorys poprzez usunięcie tej pozycji kosztorysowej i w konsekwencji dodając pozycję „wartość płyt” co stanowi niedopuszczalną zmianę w kosztorysie ofertowym oraz błędnym zrozumieniu asortymentów robót składających się na tą cenę.

### **KIO 284/13**

Zamawiający – Miejski Zarząd Dróg w Kielcach prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest rozbudowa ulicy Ściegiennego w ciągu drogi krajowej nr 73 w Kielcach.

Pismem z dnia 30 stycznia 2013 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. konsorcjum firm w składzie: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart” Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach oraz Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o. o. z siedzibą w Kielcach. Jednocześnie zamawiający poinformował, iż nie odrzucił żadnej oferty, jak też żaden z wykonawców nie został wykluczony z przedmiotowego postępowania.

Wobec powyższego w dniu 8 lutego 2013 r., odwołanie złożył wykonawca Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Trakt” Sp. z o. o. z siedzibą w Górkach Szczukowskich zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp :

- 1) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez bezzasadne zwrócenie się do Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych Fart Sp. z o.o. o wyjaśnienie treści złożonej oferty i dopuszczenie do zmiany treści złożonej oferty w drodze przyjęcia wyjaśnień Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych Fart Sp. z o.o.;
- 2) art. 82 ust. 1 ustawy Pzp przez dopuszczenie do złożenia przez Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Fart Sp. z o. o. w istocie dwóch ofert: jednej z dnia 18.12.2012r., w której Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Fart Sp. z o. o. złożyło samo ofertę, a drugiej w drodze wyjaśnień z dnia 11.01.2013 r., w których Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Fart Sp. z o. o. oświadczyło, że złożyło ofertę razem z Kieleckim Przedsiębiorstwem Robót Drogowych Sp. z o. o.;
- 3) art. 82 ust. 2 ustawy Pzp przez pominięcie, że ofertę składa się w formie pisemnej pod rygorem nieważności, skutkiem tego jest niemożność uzupełnienia treści oferty o

dodanie do niej drugiego wykonawcy w drodze wyjaśnień złożonych na podstawie art. 87 ust. Pzp.;

- 4) art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp przez nieodrzućenie oferty Konsorcjum Fart sprzecznej z ustawą z powodu naruszenia wyżej wskazanych przepisów;
- 5) art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 90 ust. 2 i 3 ustawy Pzp przez nieodrzućenie oferty Konsorcjum Fart mimo niewykazania przez nich w wyjaśnieniach, że ich oferta nie zawierała rażąco niskiej ceny.

Odwołujący wnosil o nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzućenie oferty Konsorcjum Fart.

W uzasadnieniu swego stanowiska odwołujący podnosil, iż zamawiający winien był odrzućić ofertę Konsorcjum Fart ponieważ oferta ta została zmieniona po otwarciu ofert. W ocenie odwołującego zmiana oferty polegała na tym, że ofertę z dnia 18 grudnia 2012 r., złożyło Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Fart Sp. z o. o. a po wyjaśnieniach zamawiający uznał, że oferta została złożona przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. Konsorcjum Fart. Odwołujący wskazywał, iż wezwanie Konsorcjum Fart z dnia 9 stycznia 2013 r., do wyjaśnienia kto złożył ofertę stanowiło naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem odwołującego przy wykładni oświadczenia woli, złożonego w formie pisemnej pod rygorem nieważności nie można uznać aby wola osoby składającej oświadczenie mogła być w drodze wykładni uzupełniona o części, których w pisemnym oświadczeniu nie ma. W ocenie odwołującego wbrew powyższemu zamawiający bezpodstawnie uznał, że oferta wykonawcy Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych Fart Sp. z o. o. z dnia 18 stycznia 2013 r., została złożona przez Konsorcjum Fart, tyle że w sposób wymagający usunięcia wątpliwości w drodze wyjaśnień. Zdaniem odwołującego zwróćenie się do Konsorcjum Fart o złożenie wyjaśnień było zaproszeniem do dokonania jej zmiany. Odwołujący podnosil, iż w ofercie Konsorcjum Fart brak było wyrażenia woli złożenia jej przez Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o. o. Brak jest jakiegokolwiek wzmianki o tym, że oferta została złożona przez Konsorcjum Fart. W ocenie Odwołującego z treści oferty jednoznacznie wynika, że oferta została złożona wyłącznie przez Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Fart Sp. z o. o. i nie było uzasadnione kierowanie wezwania z zapytaniem w czyim imieniu oferta została złożona. Zdaniem odwołującego to nie treść oferty lecz decyzja zamawiającego wykreowała niejednoznaczność dotyczącą tożsamości oferenta. Wobec wymogu zachowania formy pisemnej pod rygorem nieważności niedopuszczalne było uzupełnienie oświadczenia woli zawartego w ofercie z dnia 18 grudnia 2012 r., przez dodanie do niego elementu, który w dokumencie oferty nie występował wyraźnie ani nawet nieprecyzyjnie. W zakresie zarzutu zaniechania odrzućenia oferty Konsorcjum Fart mimo nie wykazania w wyjaśnieniach, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny odwołujący podnosil, iż złożone wyjaśnienia nie

prowadzą do wyjaśnienia rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia tym samym uniemożliwiając ocenę, czy zaoferowana cena nie jest rażąco niska. Odwołujący wskazywał, że złożone przez Konsorcjum Fart wyjaśnienia nie pozwalają ustalić jaki będzie rzeczywisty koszt realizacji zamówienia przez Konsorcjum i czy wykonanie zamówienia przyniesie Konsorcjum zysk. Zdaniem odwołującego złożone wyjaśnienia są ogólnikowe i uniemożliwiają odpowiedź na pytanie, czy Konsorcjum skalkulowało cenę rzetelnie, w sposób przynoszący zysk.

### **Izba ustaliła, co następuje:**

Zamawiający – Miejski Zarząd Dróg w Kielcach prowadzi postępowanie, w trybie przetargu ograniczonego którego przedmiotem jest rozbudowa ulicy Ściegiennego w ciągu drogi krajowej nr 73 w Kielcach.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 kwietnia 2012 r., pod numerem 2012/S 83-136012.

Zgodnie z protokołem postępowania wartość zamówienia ustalona została na kwotę 181.244.418,06 zł w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających na kwotę 60.414.806,02 zł.

Do upływu terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu wnioski złożyli:

- 1) Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów Sp. z o.o. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim,
- 2) Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego ENERGOPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (lider) oraz REMOST s.c. M..... D....., J..... D....., A..... D..... Budowa i remonty mostów, projekty, ekspertyzy z siedzibą w Czernichowie (partner),
- 3) Budimex S.A., z siedzibą w Warszawie,
- 4) Konsorcjum firm: Berger Bau Polska Sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu (lider) oraz Berger Bau GmbH, Aussere Spitalhofstrasse, Passau, Niemcy (partner),
- 5) Konsorcjum firm: BÓGL a KRYSL k.s., Praha Zbraslav,(lider) oraz BÓGL a KRYSL Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Cieszynie (partner),
- 6) Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A.,
- 7) Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych! POL-AQUA S.A., z siedzibą w Warszawie (lider) oraz DRAGADOS S.A., Madryt (partner),
- 8) Eurovia Polska S.A., z siedzibą w Bielanych Wrocławskich,
- 9) Konsorcjum firm: ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie (lider), RUBAU POLSKA Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie (partner), CONSTRUCCIONES RUBAU S.A., Hiszpania (partner),



- 10) Polimex – Mostostal S.A., z siedzibą w Warszawie,
- 11) Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A., z siedzibą w Warszawie (lider) oraz ACCIONA INFRAESTRUCTRAS S.A, Hiszpania (partner),
- 12) Konsorcjum firm: BUNTE Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie (lider) oraz JOHANN BUNTE Baunternehmung GmbH & Co. KG, (partner),
- 13) Konsorcjum firm: : MSF ENGENHARIA S.A. z siedziba w Lizbonie, (lider), oraz MSF Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, (partner),
- 14) Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych TRAKT Sp. z o.o. z siedzibą w Górkach Szczukowskich,
- 15) Mota- Engil Central Europe S.A., z siedzibą w Krakowie,
- 16) STRABAG Sp. z o.o., z siedzibą w Pruszkowie,
- 17) SKANSKA S.A. z siedzibą w Warszawie,
- 18) Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „FART” Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (lider) oraz Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (partner),
- 19) Bilfinger Berger Budownictwo S.A., z siedzibą w Warszawie.

W wyniku badania i oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w przedmiotowym postępowaniu zamawiający pismem z dnia 21 sierpnia 2012 r., zaprosił do składania ofert wszystkich 19 wykonawców. Termin składania ofert wyznaczono na dzień 18 grudnia 2012 r. Zgodnie z treścią przekazanej wraz z zaproszeniem SIWZ zamawiający wskazał, iż wynagrodzenie jest wynagrodzeniem kosztorysowym. Cena oferowana winna obejmować całość czynności i prac oraz innych kosztów koniecznych do wykonania zamówienia w tym również pełną obsługę geodezyjną, organizację ruchu oraz obowiązujący podatek od towarów i usług VAT. Elementem składowym ceny powinny być zbiorcze zestawienie wartości robót – ZZWR oraz kosztorysy ofertowe sporządzone metodą kalkulacji uproszczonej, które należy opracować na bazie przekazanych przez Zamawiającego formularzy ZZWR i kosztorysów ofertowych z zachowaniem kolejności pozycji. Zgodnie z rozdz. XIV pkt 14.1. SIWZ jako kryterium oceny ofert zamawiający określił najniższą cenę. Zgodnie z formularzem ofertowym stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ w pkt 8 wykonawcy zobowiązani byli do podania wskaźników kosztowych zawartych w kosztorysach ofertowych, tj. robocizny, kosztów ogólnych, kosztów zakupu oraz zysku. W § 3 ust. 6 wzoru umowy szczegółowej stanowiącej załącznik nr 2b do SIWZ zamawiający wskazał, iż „Wynagrodzenie Wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 stanowić będzie iloczyn ilości wykonanych robót i cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym, stanowiącym załącznik do oferty Wykonawcy lub cen jednostkowych wyliczonych zgodnie postanowieniami § 5 niniejszej umowy.”. Zgodnie z § 5 ust. 2 wzoru umowy szczegółowej

„(...) Jeżeli roboty wynikające z poleceń wprowadzonych zgodnie z postanowieniami § 4 ust. 1 oraz zmian wprowadzonych na podstawie § 4 ust. 2 niniejszej umowy, nie odpowiadają opisowi pozycji w kosztorysie ofertowym, Wykonawca przedłoży do akceptacji zamawiającego kalkulację ceny jednostkowej tych robót z uwzględnieniem średnich stawek wskaźników narzutu i cen dla województwa świętokrzyskiego publikowanych w wydawnictwie „SEKOCENBUD” dla kwartału, poprzedzającego sporządzenie kalkulacji, a w przypadku „robót dla których nie określono cen w wydawnictwie „SEKOCENBUD”, wg innych ogólnie stosowanych katalogów lub nakładów własnych Wykonawcy zaakceptowanych przez Zamawiającego.”. Zgodnie z § 6 ust. 1 wzoru umowy szczegółowej zamawiający oczekiwał udzielenia przez wykonawcę na przedmiot umowy 3 lat gwarancji jakości i rękojmi za wady wykonanych robót oraz wszelkich użytych do wykonania przedmiotowej umowy materiałów z wyłączeniem oznakowania poziomego cienkowarstwowego, na które gwarancja i rękojmia wynosi 6 miesięcy.

Do upływu terminu składania ofert, oferty złożyli następujący wykonawcy:

- 1) Konsorcjum firm: ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie (lider), RUBAU POLSKA Sp. z o.o., z siedzibą w Krakowie (partner), CONSTRUCCIONES RUBAU S.A., Hiszpania (partner) na kwotę 89 347 875,71 zł,
- 2) Przedsiębiorstwo Budowy Dróg i Mostów KOBYLARNIA S.A. na kwotę 97 870 442,81 zł,
- 3) STRABAG Sp. z o.o., z siedzibą w Pruszkowie na kwotę 84 444 458,18 zł,
- 4) Mota- Engil Central Europe S.A., z siedzibą w Krakowie na kwotę 84 692 344,79 zł,
- 5) Konsorcjum firm: BÓGL a KRYSL k.s., Praha Zbraslav,(lider) oraz BÓGL a KRYSL Polska Sp. z o.o., z siedzibą w Cieszynie (partner) na kwotę 99 228 897,66 zł,
- 6) Budimex S.A., z siedzibą w Warszawie, na kwotę 88 388 994,77 zł,
- 7) Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Budownictwa Inżynieryjnego ENERGOPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (lider) oraz REMOST s.c. M..... D....., J..... D....., A..... D..... Budowa i remonty mostów, projekty, ekspertyzy z siedzibą w Czernichowie (partner) na kwotę 88 900 016,06 zł,
- 8) Konsorcjum firm: : MSF ENGENHARIA S.A. z siedziba w Lizbonie, (lider), oraz MSF Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, (partner), na kwotę 136 716 495,54 zł,
- 9) Konsorcjum firm: Mostostal Warszawa S.A., z siedzibą w Warszawie (lider) oraz ACCIONA INFRAESTRUCTRAS S.A, Hiszpania (partner) na kwotę 89 677 977,53 zł,
- 10) Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych TRAKT Sp. z o.o. z siedzibą w Górkach Szczukowskich na kwotę 73 945 898,95 zł,
- 11) Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „FART” Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (lider) oraz Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (partner) na kwotę 65 771 704,58 zł.

Ponadto Izba ustaliła, iż wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonym przez Konsorcjum Fart złożono pełnomocnictwo z dnia 20 czerwca 2012 r., udzielone przez Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o. o. z siedzibą w Kielcach dla Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych „Fart” Sp. z o. o. z siedzibą w Kielcach do pełnienia funkcji lidera konsorcjum składającego się z tych dwóch wykonawców mającego na celu wspólne złożenie wniosku i oferty, zawarcia i wykonania umowy w przedmiotowym postępowaniu. Zgodnie z treścią pełnomocnictwa strony upoważniły lidera konsorcjum do m.in. podpisania wniosku i oferty, wszystkich załączników i dokumentów towarzyszących oraz do złożenia tych dokumentów zamawiającemu. Izba ustaliła również, iż w treści formularza ofertowego jako składający ofertę wskazany został Pan M..... S..... – Prezes Zarządu reprezentujący Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart” Sp. z o. o. z siedzibą w Kielcach. Ponadto Izba ustaliła również, iż pkt 8 formularza ofertowego wykonawca pozostawił nie wypełniony. Do formularza ofertowego załączono również: zbiorcze zestawienie wartości robót, kosztorysy ofertowe oraz dokument wadialny – gwarancję bankową definiującą jako wykonawcę: wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w przedmiotowym postępowaniu: Kieleckie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o. o. oraz Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart” Sp. z o. o.

Ponadto ustalono, iż wykonawca Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Trakt” Sp. z o. o. w pkt. 4 formularza ofertowego wskazał, iż „na przedmiot zamówienia udzielamy 3 (lata z wyłączeniem oznakowania poziomego cienkwarstwowego) lat gwarancji od daty odbioru końcowego robót.”. Izba ustaliła również, iż na stronie 41 oferty wykonawca Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Trakt” Sp. z o. o. w kosztorysie ofertowym w poz. 10 d.1 „Odzysk płyt drogowych” podał kwotę dodatnią 1.135,60 zł.

Izba ustaliła również, iż w dniu 9 stycznia 2013 r., zamawiający zwrócił się do wykonawcy Trakt Sp. z o. o. o wyjaśnienie ceny pozycji 10d.1 w formularzu ofertowym 3.11 w związku z ujemną ilością w tej pozycji. W odpowiedzi wykonawca ten wskazał, iż skalkulowany przez niego rzeczywisty koszt odzysku płyt drogowych, w tym załadunku transportu i składowania według jego oceny przekracza rzeczywistą wartość tych płyt. Z uwagi na to, że w sporządzonym przez Zamawiającego Formularzu 3.11 w pozycji 10 d.1 występowała ujemna ilość m<sup>2</sup> płyt ( - 340) w sporządzonym przez niego kosztorysie niezbędne było wstawienie ujemnej wartości ceny jednostkowej (-3,34).

Również w dniu 9 stycznia 2013 r., zamawiający zwrócił się do wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „Fart” Sp. z o. o. o wyjaśnienie czy oferta z dnia 18 grudnia 2012 r., została złożona w imieniu Konsorcjum wymienionego we wniosku z dnia 26 czerwca 2012 r. W odpowiedzi wykonawca ten wskazał, iż „(...) oferta z dnia 18.12.2012 r. na podstawie udzielonego naszej Spółce pełnomocnictwa z dnia 20.06.2012 r. została złożona w imieniu Konsorcjum w składzie: PRI „FART” Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum, KPRD

Sp. z o.o.- Partner Konsorcjum, zgodnie ze złożonym wnioskiem o dopuszczenie do udziału w w/w postępowaniu z dnia 26.06.2012 i zgodnie ze złożonym przez Konsorcjum oryginałem wadium z dnia 11.12.2012 r.”.

Ponadto pismem z dnia 15 stycznia 2013 r., zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do wykonawcy Konsorcjum Fart o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W zakreślonym terminie konsorcjum Fart złożyło wyjaśnienia wraz z dowodami na poparcie twierdzeń zawartych w wyjaśnieniach.

Również w dniu 15 stycznia 2013 r., zamawiający działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zwrócił się do wykonawcy Świętokrzyskiego Przedsiębiorstwa Robót Drogowych Sp. z o. o., o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. W zakreślonym terminie wykonawca ten złożył wyjaśnienia.

Pismem z dnia 30 stycznia 2013 r., zamawiający poinformował o wyborze oferty wskazując jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Konsorcjum Fart. Jednocześnie zamawiający poinformował, iż nie odrzucił żadnej oferty, jak też żaden z wykonawców nie został wykluczony z przedmiotowego postępowania.

Czynności te oraz zaniechania zamawiającego leżą u podstaw zarówno odwołania wniesionego przez wykonawcę Strabag Sp. z o. o. z siedzibą w Pruszkowie jak i odwołania wniesionego przez wykonawcę Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Trakt Sp. z o. o. z siedzibą w Górkach Szczukowskich.

Powyższe ustalenia Izba uznaje za wiążące zarówno w zakresie postępowania o sygn. akt KIO 283/13 jak i postępowania o sygn. akt 284/13.

Izba ustaliła również, iż w dniu 8 lutego 2013 r., zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem wniesionym przez wykonawcę Strabag Sp. z o. o. z siedzibą w Pruszkowie jak też do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem wniesionym przez wykonawcę Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Trakt Sp. z o. o. z siedzibą w Górkach Szczukowskich. W terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp swoje przystąpienie po stronie zamawiającego do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem wniesionym przez wykonawcę Strabag Sp. z o. o. z siedzibą w Pruszkowie zgłosili: wykonawca Trakt Sp. z o. o. z siedzibą w Górkach Szczukowskich oraz konsorcjum Fart z siedzibą dla lidera w Kielcach, stając się uczestnikami przedmiotowego postępowania odwoławczego. W ustawowym terminie swoje przystąpienie po stronie zamawiającego do postępowania odwoławczego wywołanego odwołaniem wniesionym przez wykonawcę Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Trakt Sp. z o. o. z siedzibą w Górkach Szczukowskich zgłosiło Konsorcjum Fart, stając się uczestnikiem przedmiotowego postępowania odwoławczego.

## **KIO 283/13**

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treści oferty złożonej przez Konsorcjum Fart. Oraz treść oferty złożonej przez wykonawcę Trakt Sp. z o. o., jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron i uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:**

### **Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jak i naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp należy wskazać, iż zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Z powyższego należy wnioskować, iż w zakres oferty wchodzi również określenie podmiotu składającego ofertę. Wszystkie przesłanki odrzucenia oferty określone w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp jak np. zgodność z ustawą, z treścią SIWZ czy też w końcu ustalenie że oferta złożona została przez podmiot niezaproszony mogą być wyjaśniane przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym nie potwierdził się w ocenie Izby zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Ustalając czy istnieją podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum Fart, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający prawidłowo w niniejszym stanie faktycznym zastosował dyspozycję art. 87 ust. 1 ustawy wyjaśniając wątpliwości czy oferta została złożona przez podmiot zaproszony do składania ofert tj. Konsorcjum Fart. Jednocześnie należało stwierdzić, iż zamawiający prawidłowo ocenił złożone wyjaśnienia. Niewątpliwie w przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający badając podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum Fart na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, winien był oprzeć się nie tylko wyłącznie na treści formularza ofertowego jak wywodził odwołujący ale na całej dokumentacji postępowania prowadzonego w trybie

przetargu ograniczonego. Z dokumentacji postępowania, załączonego do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu pełnomocnictwa, treści samego wniosku zamawiający miał możliwość stwierdzenia, iż wolą podmiotów składających wnioski było nie tylko złożenie wspólnego wniosku o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu ale również złożenie wspólnej oferty do czego zgodnie z treścią udzielonego liderowi pełnomocnictwa uprawniony był PRI Fart Sp. z o. o. W ocenie Izby prawidłowa wykładnia oświadczenia woli w postaci złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu musiała prowadzić do przyjęcia złożenia oferty w imieniu Konsorcjum a nie wyłącznie w imieniu wykonawcy PRI Fart Sp. z o. o. na co wskazywał odwołujący. Tym samym nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Izba podzieliła stanowisko prezentowane przez odwołującego. Bezsprzecznie w ocenie Izby zamawiający wymagał podania w formularzu ofertowym wskaźników kosztowych, których to Konsorcjum Fart nie podało. Niezgodność ta niewątpliwie nie może być usunięta na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp gdyż de facto prowadziłyby do nieuprawnionej zmiany treści oferty Konsorcjum Fart. Braku wskazania jakie wskaźniki kosztowe zawarte zostały w kosztorysach ofertowych nie można zastąpić w przedmiotowej sprawie ogólnym oświadczeniem wykonawcy z pkt 10 czy pkt 11 formularza ofertowego gdyż wymaga podania konkretnych zindywidualizowanych, przyjętych przez wykonawcę dla tej konkretnej oferty wskaźników. Brak oświadczenia woli wykonawcy podczas jednoznacznego w tym zakresie wymogu SIWZ winno było prowadzić do odrzucenia oferty Konsorcjum Fart z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ.

Odnosnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Trakt Sp. z o. o. odmiennie niż w przypadku oferty Konsorcjum Fart zamawiający dokonał prawidłowej oceny zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Podstawą takiego ustalenia mogło być łączne odczytanie zarówno oświadczenia złożonego w pkt 4 jak i w pkt 11 formularza ofertowego. O ile w przypadku oferty Konsorcjum Fart niezgodność wynikała z braku podania wskaźników kosztowych, co do których zamawiający nie poczynił żadnych założeń i musiały być one wyłącznie wyrażone przez wykonawców tak w przypadku oferty złożonej przez wykonawcę Trakt Sp. z o. o. zamawiający biorąc pod uwagę nie tylko oświadczenie z pkt 4 ale i z pkt 11 formularza uprawniony był do przyjęcia że na oznakowanie poziome cienkowarstwowe zaoferowano gwarancję 6 miesięcy tj. zgodnie z wymogiem postawionym w SIWZ, gdyż wykonawca zobowiązał się do zawarcia umowy na warunkach zgodnych z jego ofertą i określonych w SIWZ. Z treści oświadczenia zawartego w pkt 4 wbrew twierdzeniom odwołującego nie wynika w sposób nie budzący wątpliwości, że oznakowania poziomego cienkowarstwowego w ogóle nie objęto żadną gwarancją. W ocenie Izby zamawiający prawidłowo stosując zasady wykładni oświadczeń woli przyjął, iż oznakowanie poziome

cienkowarstwowe objęto gwarancją 6 miesięczną zgodnie z wymogiem § 6 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 2b do SIWZ.

Odnośnie zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Trakt Sp. z o. o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. 90 ust. 3 ustawy Pzp Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego. Bezspoornie wykonawca Trakt Sp. z o. o. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego złożył wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zdaniem Izby zamawiający dokonał prawidłowej oceny złożonych wyjaśnień uznając, iż wyjaśnienia te obaliły domniemanie wystąpienia rażąco niskiej ceny. W ocenie Izby w złożonych wyjaśnieniach wykonawca Trakt Sp. z o. o. zawarł obiektywne czynniki dostępne dla tego wykonawcy, które pozwoliły mu skalkulować ofertę na takim poziomie. Za takim stanowiskiem przemawiają m.in. wchodzące w zakres robót drogowych koszty robót bitumicznych a w szczególności zakup mas bitumicznych. Wykonawca wskazał na dostępną dla niego cenę mas bitumicznych odbiegającą od cen przyjętych przez wykonawców sklasyfikowanych na wyższych pozycjach. Ponadto powołał się na dostępne dla niego ceny zakupu materiałów brukarskich oraz kosztów robocizny co wpłynęło na obniżenie ceny oferty w tym zakresie w stosunku do ofert droższych. Nie bez znaczenia są również takie czynniki jak lokalizacja firmy, własne laboratorium drogowe czy wreszcie fakt, iż wykonawca ten jest jedynym w regionie producentem emulsji asfaltowej. Reasumując w złożonych wyjaśnieniach wykonawca Trakt Sp. z o. o. zawarł szereg obiektywnych dostępnych dla niego czynników, które pozwoliły mu skalkulować cenę swojej oferty na takim poziomie tym samym brak było przesłanek do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Trakt Sp. z o. o. pomimo, że zawiera ona w kosztorysie ofertowym błąd skutkujący błędem w obliczaniu ceny Izba nie podzieliła w tym zakresie argumentacji prezentowanej przez odwołującego. Wbrew twierdzeniom odwołującego z treści SIWZ, a w szczególności z treści kosztorysów przekazanych przez zamawiającego nie wynika, iż koszt odzysku płyt drogowych winien być wyrażony kwotą ujemną obniżającą wartość oferty wykonawcy. Izba wskazuje, iż sposób kalkulacji ceny oferty, jej elementów składowych, przyjmowany zysk, koszty, itp. są domeną każdego wykonawcy. O ile w przedmiotowym postępowaniu w pozycji 10d.1 kosztorysu ofertowego złożonego na formularzu nr 3.11 wykonawca uznał, iż koszty odzysku płyt drogowych przewyższać będą koszty pozyskanego w ten sposób materiału (czy to samych płyt czy też gruzu) to takie skalkulowanie tej pozycji nie stoi w sprzeczności z postanowieniami rozdziału XIII SIWZ – opis sposobu obliczenia ceny, jak też nie może być uznane za błąd w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W ocenie Izby brak jest argumentów, które pozwalałyby na stwierdzenie takiego błędu.

Wobec potwierdzenia się zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Fart z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ zasadnym jest również uznanie w takim zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

### **KIO 284/13**

**Uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treści oferty złożonej przez Konsorcjum Fart, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zważył, co następuje:**

#### **Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, jak również Izba uznała, iż odwołujący posiada interes w złożeniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku uwzględnienia odwołania jego oferta może być uznana za najkorzystniejszą.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 82 ust. 1 i 2, art. 84 ust. 1, 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba nie podzieliła stanowiska prezentowanego przez odwołującego. W ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia, iż oferta Konsorcjum Fart została zmieniona po otwarciu ofert. Za taką zmianę nie sposób uznać wyjaśnień złożonych przez Konsorcjum Fart w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby zamawiający badając ewentualne przesłanki do odrzucenia oferty uprawniony był w przedmiotowym postępowaniu w drodze wyjaśnień do zbadania czy nie zachodzą przesłanki o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Należy wskazać, iż wszystkie przesłanki odrzucenia oferty określone w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp jak np.



zgodność oferty z ustawą, z treścią SIWZ czy też w końcu ustalenie czy oferta złożona została przez podmiot niezaproszony mogą być wyjaśniane przez zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym nie potwierdził się w ocenie Izby zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Ustalając czy istnieją podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum Fart, o których mowa w art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający prawidłowo w niniejszym stanie faktycznym zastosował dyspozycję art. 87 ust. 1 ustawy wyjaśniając wątpliwości czy oferta została złożona przez podmiot zaproszony do składania ofert tj. Konsorcjum Fart. Jednocześnie należało stwierdzić, iż zamawiający prawidłowo ocenił złożone wyjaśnienia. Niewątpliwie w przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający badając podstawy do odrzucenia oferty Konsorcjum Fart na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, winien był oprzeć się nie tylko wyłącznie na treści formularza ofertowego ale na całej dokumentacji postępowania prowadzonego w trybie przetargu ograniczonego. Z dokumentacji postępowania, załączonego do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu pełnomocnictwa, treści samego wniosku, zamawiający miał możliwość stwierdzenia, iż wolą podmiotów składających wnioski było nie tylko złożenie wspólnego wniosku o dopuszczeniu do udziału w postępowaniu ale również złożenie wspólnej oferty do czego zgodnie z treścią udzielonego liderowi pełnomocnictwa uprawniony był PRI Fart Sp. z o. o. W ocenie Izby prawidłowa wykładnia oświadczenia woli w postaci złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu musiała prowadzić do przyjęcia złożenia oferty w imieniu Konsorcjum a nie wyłącznie w imieniu wykonawcy PRI Fart Sp. z o. o. Nie sposób również uznać, iż zamawiający dopuścił się naruszenia art. 82 ust. 1 i 2 ustawy Pzp gdyż Konsorcjum Fart w przedmiotowym postępowaniu złożyło wyłącznie jedną ofertę z zachowaniem formy pisemnej. O zasadności tego zarzutu nie może w ocenie Izby świadczyć udzielenie przez Konsorcjum Fart wyjaśnień co do podmiotu składającego ofertę. W ocenie Izby w niniejszej sprawie nie sposób uznać, iż na etapie badania i oceny ofert doszło do rozszerzenia kręgu wykonawców składających ofertę wspólną co do zasady byłoby nieuprawnione. Tym samym nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 84 ust. 1 ustawy Pzp gdyż Konsorcjum Fart nie dokonywało zmiany treści oferty po upływie terminu do składania ofert. Powyższe przesądza również o brak podstaw do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp gdyż niewątpliwie oferta ta zgodna jest z ustawą.

Odnośnie zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Fart na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. 90 ust. 3 ustawy Pzp Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego. Bezsprornie Konsorcjum Fart w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego złożył wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny. Zdaniem Izby zamawiający dokonał prawidłowej oceny złożonych wyjaśnień uznając, iż wyjaśnienia te obaliły domniemanie wystąpienia rażąco niskiej ceny. W ocenie Izby w złożonych wyjaśnieniach Konsorcjum Fart zawarło obiektywne czynniki dostępne dla tego wykonawcy, które pozwoliły mu skalkulować

ofertę na przyjętym poziomie. W złożonych wyjaśnieniach Konsorcjum Fart wskazało, iż przyjęty sposób kalkulacji ceny wynikał m.in. z faktu posiadania dwóch kopalni i wynikającej z tego dostępności materiałów po cenach znacznie niższych od cen dostawców zewnętrznych, posiadanie własnego węzła betoniarskiego co przy dostępności własnych kruszyw obniża koszty wyprodukowania materiału stabilizującego. Konsorcjum Fart wskazywało również na lokalizację zarówno wytwórni masy bitumicznej jak i węzła betoniarskiego przy przebudowywanej drodze co wpływa na zminimalizowanie kosztów transportu. Ponadto do złożonych wyjaśnień konsorcjum Fart załączyło oferty uzyskane od podwykonawców uzasadniające możliwość skalkulowania ceny oferty na przyjętym poziomie. Reasumując w złożonych wyjaśnieniach Konsorcjum Fart zawarło szereg obiektywnych dostępnych dla niego czynników, które pozwoliły mu skalkulować cenę swojej oferty na przyjętym przez niego poziomie. Tym samym brak jest argumentów, które wskazywałyby na dokonanie przez zamawiającego nieprawidłowej oceny złożonych wyjaśnień. W konsekwencji brak było podstaw do uznania, że oferta Konsorcjum Fart zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....