

**WYROK**

**z dnia 9 lutego 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lutego 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 29 stycznia 2015 r. przez wykonawcę TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie (01-977), przy ul. Marymonckiej 42, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (01-232), przy ul. Siedmiogrodzkiej 20, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Balzola Polska sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie (00-124), przy Al. Jana Pawła II 12, Construcciones y Promociones Balzola S.A., Avenida Sabino Arana nr 20 3, 48013 Bilbao, Hiszpania zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp. k. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp. k. tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. 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 Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Tramwaje Warszawskie sp. z o.o. prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa hal postojowych i zadaszania torów oraz zaprojektowanie i wykonanie przebudowy infrastruktury tramwajowej na terenie zakładu realizacji przewozów „Żoliborz” w Warszawie” (znak sprawy: DNZ/149/2014), zwane dalej „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 listopada 2014 r., pod nr 2014/S 213-377971.

W dniu 19 stycznia 2015 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Balzola Polska sp. z o. o., Construcciones y Promociones Balzola S.A. (dalej: „Konsorcjum Balzola”).

W dniu 29 stycznia 2015 r. do Prezesa Izby wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę TOR-KAR-SSON sp. z o.o. sp. k., zwanego dalej „Odwołującym”, w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 oraz art. 91 ust. 1 Pzp przez:

1. nieprawidłową ocenę wyjaśnień treści oferty Konsorcjum Balzola i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”), gdyż nie uwzględniła ustawienia tymczasowych konstrukcji wsporczych w ramach zadania nr 1, roboty branży – sieć trakcyjna,
2. nieprawidłową ocenę wyjaśnień treści oferty Konsorcjum Balzola i w konsekwencji zaniechanie jej odrzucenia jako nieodpowiadającej treści SIWZ przez przyjęcie, że ujęło ono w ofercie roboty polegające na ustawieniu tymczasowych konstrukcji wsporczych i wyceniło je w pozycji 7 – Demontaż sieci trakcyjnej, roboty rozbiórkowe, roboty trakcyjne, branża sieć trakcyjna, zadanie nr 1, choć zgodnie z SIWZ Zamawiający zastrzegł, iż wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać żadnych zmian w stosunku do przedmiarów robót, a przy obliczaniu ceny oferty należało uwzględnić w kosztorysach ofertowych wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w przedmiarach robót,
3. nieprawidłową ocenę wyjaśnień treści oferty Konsorcjum Balzola i w konsekwencji

zaniechanie odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ przez przyjęcie, że zawiera ona cenę jednostkową ustawienia tymczasowych konstrukcji wsporczych dla zadania nr 1, branża – sieć trakcyjna, niezbędną z uwagi na rozliczenie kosztorysem powykonawczym tego zadania; uwzględnienie wyjaśnień Konsorcjum Balzola prowadziło *de facto* do nieuprawnionego uzupełnienia jego oferty po upływie terminu składania ofert o elementy niezbędne do realizacji zamówienia z uwagi na etapową realizację przedmiotu zamówienia, choć nieznana jest cena jednostkowa ustawienia tymczasowych konstrukcji wsporczych, w oparciu o którą element ten zostanie rozliczony,

4. zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Balzola jako zawierającej błędy w obliczeniu ceny, gdyż sporządzone przez nie kosztorysy ofertowe dla zadania nr 1 nie zostały wykonane w oparciu o dane wynikające z wykazu składników cenotwórczych, tj. stawki roboczogodziny, zysku i kosztów pośrednich załączonego przez Konsorcjum Balzola do oferty, którego to przedłożenia wraz z kosztorysami Zamawiający wymagał,
5. wybór oferty Konsorcjum Balzola, jako najkorzystniejszej, pomimo iż oferta ta winna była być odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ oraz zawierająca błędy w obliczeniu ceny,
6. zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród ofert ważnych w świetle określonych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
2. unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Balzola,
3. dokonania powtórnego badania i oceny ofert,
4. odrzucenia oferty Konsorcjum Balzola,
5. wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,
6. zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wyjaśnił, że w wyniku dokonania przez Zamawiającego niezgodnych z przepisami Pzp czynności i zaniechań utracił możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia. Prawidłowa ocena oferty Konsorcjum Balzola winna prowadzić do jej odrzucenia i w konsekwencji uznania za najkorzystniejszą oferty Odwołującego. Tym samym, w ocenie Odwołującego, posiada on interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w rozumieniu art 179 ust. 1 Pzp. Jednocześnie, w wyniku naruszenia przepisów Pzp, narażono go na szkodę, która polega na nieuzyskaniu zamówienia, a w konsekwencji – także spodziewanych dochodów.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący podał, że zgodnie z postanowieniami Rozdziału II, pkt 2 SIWZ przedmiot zamówienia podzielony został na dwa zadania:

1. zadanie nr 1: wykonanie robót budowlanych związanych z budową hal postojowych i zadaszenia torów na terenie Zakładu Realizacji Przewozów „Żoliborz”,
2. zadanie nr 2: Zaprojektowanie i wykonanie przebudowy infrastruktury tramwajowej na terenie Zakładu Realizacji Przewozów „Żoliborz”.

W ramach zadania nr 1 wykonawcy zobowiązani byli objąć swoją ofertą m.in. wykonanie robót polegających na „Demontażu sieci trakcyjnej tramwajowej”. Wymagania dotyczące wykonania i odbioru robót związanych z demontażem sieci trakcyjnej tramwajowej ujęte zostały w Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych (dalej: „STWiORB”), T.07.01.00 – „Demontaż Sieci Trakcyjnej Tramwajowej” oraz T.00.00.00 – „Warunki Ogólne”. Treść powyższych dokumentów ustalona została przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do „Wyjaśnień i zmiany SIWZ nr 3” z dnia 3 grudnia 2014 r. Zgodnie z treścią odpowiedzi na pytanie nr 93 do ww. wyjaśnień Zamawiający załączył zmieniony przedmiar robót branży sieć trakcyjna i ujednolicił jednostki miar w stosunku STWiORB. Zamienny przedmiar robót branży sieć trakcyjna stanowił załącznik nr 4 do przedmiotowych wyjaśnień. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł, iż przedmiotowe wyjaśnienia stanowią integralną część SIWZ. Zmieniony przedmiar robót branży sieć trakcyjna (STWiORB T.07.01.00) w zakresie robót rozbiórkowych obejmował:

1. demontaż słupów trakcyjnych – 28 sztuk,
2. demontaż fundamentów słupów kratowych – 28 sztuk,
3. demontaż punktów zasilających – 2 sztuki,
4. demontaż zwieracza sieciowego – 1 sztuka,
5. demontaż sieci trakcyjnej – 3.000 metrów.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie dopuszczał całkowitego wyłączenia Zakładu Realizacji Przewozów „Żoliborz” z eksploatacji (odpowiedź na pytanie nr 40) i wymagał utrzymania ciągłości funkcjonowania ruchu na zajezdni zgodnie z postanowieniami pkt 6.1.3) Rozdziału II SIWZ.

Pismem z dnia 9 grudnia 2014 r. Zamawiający – odpowiadając na pytanie nr 162 „[...]prosimy o załączenie w przedmiarze pozycji „Ustawienie tymczasowych konstrukcji wsporczych” niezbędnych do etapowej realizacji przedmiotu zamówienia oraz określenie tymczasowych konstrukcji wsporczych[...]” – wskazał, iż „[...]ilość tymczasowych konstrukcji wsporczych będzie uzależniona od sposobu prowadzenia przez Wykonawcę prac i ich etapowania[...]”. Jednocześnie podał, że „[...]w celu rozliczenia tego rodzaju prac Zamawiający wprowadza dodatkową pozycję nr 8 z ilością 10 szt. do zamiennego przedmiaru

robót branży sieć trakcyjna, stanowiącego załącznik nr 4 do pisma TW/NZ/261-149/4875/2014 z dnia 03.12.2014 r., co należy uwzględnić przy wycenie robót:

Lp	STWiORB	Opis robót	j.m.	Obmiar	Cena jedn.	Wartość
8	T.07.01.00	Ustawienie tymczasowych konstrukcji wsporczych	szt.	10		

Z uwagi na rozliczenie kosztorysowe zadania nr 1 ilość tymczasowych konstrukcji wsporczych zostanie rozliczona kosztorysem powykonawczym[...].

Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z postanowieniem § 10 ust. 2 istotnych postanowień umowy (Rozdział III SIWZ) „[...]Wynagrodzenie za należyte wykonanie zadania 1 określonego w par. 1 ust 2 pkt 1 stanowić będzie wynik iloczynu ilości wykonanych robót i cen jednostkowych określonych w kosztorysach uproszczonych[...]”. Zapis ten Zamawiający potwierdził w piśmie z dnia 1 grudnia 2014 r. – „Wyjaśnienia i zmiany SIWZ nr 1”, wskazując w odpowiedzi na pytanie nr 50, iż „[...]wynagrodzenie za wykonanie zadania 1 stanowić będzie wynik iloczynu wykonanych robót i cen jednostkowych określonych w kosztorysach uproszczonych[...]”.

Odwołujący stwierdził, że z uwagi na przedstawione wymogi dotyczące treści ofert, Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny oferty Konsorcjum Balzola, która nie uwzględnia niezbędnego elementu, tj. ustawienia tymczasowych konstrukcji wsporczych i jako nieodpowiadająca treści SIWZ winna być odrzucona. Bezspornie załączony na str. 30 oferty Konsorcjum Balzola kosztorys (branża sieć trakcyjna) nie uwzględnia wyceny ustawienia tymczasowych konstrukcji wsporczych wprowadzonych do wymogów SIWZ w związku z odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 162. Brak ten stanowi o niezgodności treści oferty Konsorcjum Balzola z treścią SIWZ, co powinno skutkować odrzuceniem oferty. Odwołujący wskazał również, że oceny tej nie mogą zmieniać wyjaśnienia Konsorcjum Balzola zawarte w piśmie z dnia 8 stycznia 2015 r., w którym podało ono, jakoby roboty związane z ustawieniem tymczasowych konstrukcji wsporczych, w ilości niezbędnej dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, zostały ujęte w ofercie i wycenione w pozycji Przedmiar robót – branża sieć trakcyjna, I. Roboty trakcyjne, 1: Roboty rozbiórkowe, Lp. 7 Demontaż sieci trakcyjnej. Wyjaśnienia te należało, w ocenie Odwołującego, uznać co najwyżej za próbę naprawienia swojej oferty przez Konsorcjum Balzola przez niedopuszczalną zmianę jej treści. Prawidłowa ocena wyjaśnień prowadzić może tylko do potwierdzenia faktu, iż treść oferty Konsorcjum Balzola nie odpowiada treści SIWZ. Odwołujący podkreślił, że zgodnie z postanowieniem pkt 13.4.7. SIWZ „[...]przy obliczaniu ceny oferty należy uwzględnić w kosztorysach ofertowych wszystkie pozycje przedmiarowe opisane

w przedmiarach robót (...) poza wskazanymi przypadkami Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać żadnych zmian w stosunku do przedmiarów robót[...]. Wobec tego Konsorcjum Balzola nie mogło ująć i wycenić pozycji dotyczącej ustawienia tymczasowych konstrukcji wsporczych w pozycji demontaż sieci trakcyjnej, gdyż stoi to w sprzeczności z wyżej cytowanymi postanowieniami SIWZ. Dla zadania 1 Zamawiający określił wynagrodzenie kosztorysowe rozumiane jako wynik iloczynu wykonanych robót i cen jednostkowych określonych w kosztorysach uproszczonych. Bezspoornie oferta Konsorcjum Balzola nie zawiera wyceny ustawienia tymczasowych konstrukcji wsporczych, a tym bardziej ceny jednostkowej ustawienia jednej tymczasowej konstrukcji wsporczej, w oparciu o którą Zamawiający byłby w stanie ustalić wynagrodzenie Konsorcjum Balzola za ten element niezbędnych robót. Ponadto Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 13.7 SIWZ „[...]ceny jednostkowe netto nie mogą być podwyższone w trakcie realizacji zamówienia[...]”, podczas gdy cena jednostkowa za ustawienie tymczasowej konstrukcji wsporczej w ofercie Konsorcjum Balzola nie została wskazana, gdyż pominięto ono zakres robót „ustawienie tymczasowych konstrukcji wsporczych”, co potwierdza str. 30 oferty. Nie sposób przyjąć za wyjaśnieniami Konsorcjum Balzola, iż ustawienie konstrukcji wsporczych zostało ujęte w pozycji dotyczącej demontażu sieci trakcyjnej. Z prostego pomnożenia ceny demontażu jednego metra sieci trakcyjnej zaoferowanej przez Konsorcjum Balzola przez określoną przez Zamawiającego ilość metrów sieci (3000) wynika, iż pozycja ta nie zawiera w sobie wyceny ustawienia tymczasowych konstrukcji wsporczych. Nie bez znaczenia dla takiej oceny jest również fakt, iż dla demontażu sieci trakcyjnej jednostki obmiarowe zostały określone w metrach, podczas gdy dla ustawienia tymczasowych konstrukcji wsporczych w sztukach. Zgodnie z pkt 1.9.1 STWiORB (T.00.00.00 – „Wymagania Ogólne”) podstawą płatności jest cena jednostkowa skalkulowana przez wykonawcę za jednostkę obmiarową ustaloną dla danej pozycji kosztorysu. Oferta Konsorcjum Balzola nie zawiera natomiast wyceny ustawienia tymczasowych konstrukcji wsporczych, która mogłaby być podstawą rozliczenia tego rodzaju robót, wskazując jednocześnie na niezgodność treści tej oferty z treścią SIWZ.

Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z omyłką, którą Zamawiający mógłby poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ponieważ w takiej sytuacji byłoby to równoznaczne z nieuprawnioną zmianą istotnych elementów treści oferty po upływie terminu składania ofert, a wycena ustawienia tymczasowych konstrukcji wsporczych musiałby skutkować prowadzeniem przez Zamawiającego niedopuszczalnych negocjacji z Konsorcjum.

Reasumując, dokonując prawidłowej oceny oferty Konsorcjum Balzola, jak i złożonych przez nie wyjaśnień, Zamawiający winien był odrzucić ofertę jako niezgodną z treścią SIWZ

i w konsekwencji dokonać wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący zauważył, że przyjęcie poglądu, iż możliwym jest dokonanie takiej zmiany kosztorysu ofertowego, jaka miała miejsce w przypadku oferty Konsorcjum Bazola prowadziłoby do wypaczenia sensu narzucenia rozliczenia kosztorysowego po wykonaniu zamówienia. W skrajnym przypadku wystarczyłoby podanie jednej zbiorczej wyceny, co *de facto* prowadziłoby do zmiany wynagrodzenia z kosztorysowego na ryczałtowe. W ocenie Odwołującego brak wymaganej pozycji kosztorysowej w ofercie Konsorcjum Bazola uniemożliwia zawarcie z ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż nie dojdzie do złożenia zgodnych oświadczeń woli stron umowy.

Odnośnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Balzola jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny Odwołujący stwierdził, że zgodnie z postanowieniami pkt 10.7.4) SIWZ do oferty należało dołączyć m.in. kosztorysy ofertowe dla zadania 1 wykonane metodą uproszczoną, z podaniem składników cenotwórczych, tj. roboczogodziny, zysku i kosztów pośrednich. Zgodnie z pkt. 13.4.3. SIWZ cenę oferty należało wyliczyć i podać w oparciu o kosztorysy ofertowe sporządzone przez wykonawcę na podstawie przedmiaru robót. Zgodnie z pkt 13.4.4. SIWZ kosztorysy ofertowe należało sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w przedmiarach robót, należało określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w przedmiarach robót. Ponadto Zamawiający, odpowiadając na pytanie nr 12, wskazał, iż nie narzuca zasad sporządzania poszczególnych kosztorysów ofertowych w zakresie kształtowania cen czynników cenotwórczych i stawek narzutów. Natomiast do każdego z kosztorysów ofertowych należało załączyć wykaz składników cenotwórczych, tj. stawki roboczogodziny, zysku i kosztów pośrednich wraz z zestawieniem materiałów, robocizny i sprzętu. Konsorcjum Balzola na str. 41 oferty załączyło wykaz składników cenotwórczych. Tym samym należało przyjąć, iż wskazany wykaz składników cenotwórczych jest właściwy do sporządzenia wszystkich kosztorysów ofertowych dla zadania 1 przedłożonych przez nie.

Odwołujący wyjaśnił, iż wykonanie kosztorysów metodą uproszczoną polega na obliczeniu ceny kosztorysowej jako sumy iloczynów ustalonych jednostek przedmiarowych i ich cen jednostkowych. Na cenę jednostkową składają się robocizna, materiał, sprzęt, narzut kosztów pośrednich, narzut zysku i ewentualnie inne narzuty. Skoro Zamawiający wymagał przedstawienia wszystkich elementów cenotwórczych składających się na ceny jednostkowe w postaci zestawień i wykazu, to w ofercie winna występować spójność pomiędzy wartością poszczególnych kosztorysów, a wartościami zestawień i zastosowanych składników cenotwórczych. Z przeliczenia poszczególnych kosztorysów przedłożonych przez Konsorcjum Balzola, z uwzględnieniem składników cenotwórczych wyszczególnionych

w załączonym do oferty wykazie, wynika, iż nie ustaliło ono cen robót w poszczególnych branżach z zastosowaniem składników cenotwórczych wskazanych w ofercie. Różnice w wyliczeniach, przy zastosowaniu składników cenotwórczych wyszczególnionych w załączonym do oferty wykazie, Odwołujący zaprezentował w tabeli załączonej do odwołania. Obliczenie cen robót w poszczególnych branżach z pominięciem składników cenotwórczych określonych przez wykonawcę w wykazie, którego złożenia Zamawiający wymagał, stoi w sprzeczności ze sposobem obliczenia ceny określonym przez Zamawiającego w SIWZ, stanowiąc jednocześnie błąd w obliczeniu ceny.

Reasumując oferta Konsorcjum Balzola, jako zawierająca błąd w obliczeniu ceny, winna była być odrzucona.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w oparciu o niżej wskazaną argumentację.

W zakresie zarzutu dotyczącego niezgodności oferty Konsorcjum Balzola z SIWZ Zamawiający podał, że w ust. 6.1 pkt 3 Rozdziału II SIWZ określił warunki prowadzenia robót budowlanych, tj. wskazał, że prace budowlane będą prowadzone na czynnej zajezdni i określił możliwości wyłączeń torów z bieżącej eksploatacji. Takie warunki wiążą się z koniecznością sukcesywnego demontażu i przewieszania sieci trakcyjnej oraz ustawiania tymczasowych słupów do podwieszenia sieci trakcyjnej. Zgodnie z postanowieniem ust. 6.1 pkt 5 Rozdziału II SIWZ „[...]W ramach prac na torach, których dotyczy wyłączenie należy zrealizować wszystkie roboty przewidziane dokumentacją w zakresie zadań nr 1 i 2 oraz prace tymczasowe (np. ustawienie słupów tymczasowych, czy zmiana mocowania sieci trakcyjnej), tak aby po zakończeniu prac możliwe było użytkowanie torów podlegających wyłączeniu, i zapewniona była ich przejezdność[...]”.

Zgodnie z ww. postanowieniami SIWZ wykonawcy zobowiązani byli ująć w swojej ofercie m.in. wykonanie robót polegających na „Demontażu sieci trakcyjnej tramwajowej” i ustawieniu konstrukcji wsporczych. Zamawiający wskazał, że ilość tymczasowych konstrukcji wsporczych będzie uzależniona od sposobu prowadzenia przez wykonawcę prac i ich etapowania. Prace te bowiem nie stanowią zasadniczego przedmiotu zamówienia, a jedynie są pomocnicze i tymczasowe przy jego realizacji.

Zamawiający przyznał, że Konsorcjum Balzola w zakresie Zadania 1 w przedmiarze „Sieć trakcyjna” nic wyceniło dodatkowej pozycji uzupełnionej pismem TW/NZ/261-149/4937/2014 z dnia 9 grudnia 2014 r. – „Wyjaśnienia i zmiany SIWZ nr 4”, odpowiedź na pytanie 162, tj. ustawienia 10 szt. tymczasowych konstrukcji wsporczych i zostało wezwane przez Zamawiającego do wyjaśnienia, czy ww. roboty zostały ujęte w ofercie i jeśli tak, to w której pozycji. Składając wyjaśnienia Konsorcjum Balzola stwierdziło, że ustawienie tymczasowych konstrukcji



wsporczych jest ściśle powiązane z demontażem sieci trakcyjnej i ich koszt w ilości niezbędnej do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia został uwzględniony w jego ofercie i wyceniony w poz. 7 „Demontaż sieci trakcyjnej” przedmiaru robót branży sieć trakcyjna. Zamawiający podkreślił, że nie miał żadnych wątpliwości uznając wyjaśnienia za prawidłowe, gdyż konstrukcje wsporcze będzie można rozliczyć poprzez wskazaną powyżej pozycję kosztorysu ofertowego. W świetle powyższego ujęcie kosztu ustawienia konstrukcji tymczasowych w innej pozycji niż wskazana w wyjaśnieniach udzielonych w piśmie TW/DNZ/261-149/4937/2014 z dnia 9 grudnia 2014 r. nie stanowi, w ocenie Zamawiającego, niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

W zakresie zarzutu dotyczącego błędu w obliczeniu ceny oferty Konsorcjum Balzola Zamawiający podał, że w piśmie TW/DNZ/261-149/4833/2014 z dnia 1 grudnia 2014 r. (odpowieź na pytanie 12) stwierdził, iż nie narzuca zasad sporządzania poszczególnych kosztorysów ofertowych w zakresie kształtowania cen czynników cenotwórczych i stawek narzutów (kosztów pośrednich), kosztów zakupu, zysku. Wykonawca w trakcie przygotowania oferty mógł stosować inne narzuty niż koszty pośrednie, koszty zakupu, czy zysk. Natomiast do każdego z kosztorysów ofertowych należało załączyć wykaz składników cenotwórczych, tj. stawki roboczogodziny, zysku i kosztów pośrednich wraz z zestawieniem materiałów, robocizny i sprzętu. Zamawiający dodał, że wykonawca w trakcie przygotowania oferty mógł więc stosować również inne składniki cenotwórcze niż koszty stawki roboczogodziny, zysk i koszty pośrednie, a zgodnie z ust. 10 pkt 7.4 Rozdziału I SIWZ do każdego z kosztorysów ofertowych należało załączyć wykaz składników cenotwórczych, tj. stawki roboczogodziny, zysku i kosztów pośrednich wraz z zestawieniem materiałów, robocizny i sprzętu.

Na str. 41 oferty Konsorcjum Balzola, w pkt 3 tabeli pn.: „Wykaz składników cenotwórczych”, wskazało, że poza wymagającymi ujawnienia składnikami cenotwórczymi, tj. stawką roboczogodziny, zyskiem i kosztami pośrednimi zastosował dodatkowy składnik cenotwórczy – „Koszty ogólne”. W związku z tym Zamawiający uznał, że Konsorcjum Balzola skalkulowało wykonanie robót budowlanych niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia z zastosowaniem dodatkowo innych składników cenotwórczych niż stawka roboczogodziny, zysk i koszty pośrednie. Odwołujący nie wziął pod uwagę faktu, że wykonawcy mogli dowolnie kształtować ceny i czynniki cenotwórcze, a tym samym Konsorcjum Balzola mogło w swojej kalkulacji uwzględnić dodatkowe składniki cenotwórcze, w tym np. koszty ogólne.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie zgłosiło Konsorcjum Balzola, wnosząc o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym z dnia 9 lutego 2015 r. przedstawiło następującą argumentację na uzasadnienie ww. wniosku.

Odnosząc się do zarzutu nieprawidłowej oceny oferty oraz złożonych wyjaśnień Konsorcjum Balzola podało, że zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 162 Zamawiający wprowadził do kosztorysu ofertowego dodatkową pozycję kosztorysową dotyczącą TKW, przy czym wyraźnie zaznaczył, iż ilość TKW będzie uzależniona od sposobu prowadzenia przez wykonawcę prac i ich etapowania. Podkreśliło, iż zgodnie z wymaganiami Zamawiającego (pkt 6.1.3 Rozdziału II SIWZ) roboty budowlane dotyczące zajezdni tramwajowej mają być prowadzone „pod ruchem”, tj. podczas prowadzenia prac w ruchu będą mogły zostać wyłączone maksymalnie 3 tory tramwajowe. Mając na względzie powyższe wykonawca musi wykonywać roboty etapowo, tak aby w trakcie ich realizacji zapewnione było normalne funkcjonowanie zajezdni tramwajowej. Etapowanie wykonywania robót wymaga z kolei zastosowania konstrukcji wsporczych dla sieci trakcyjnej zapewniającej normalny ruch tramwajów podczas prowadzonego remontu.

Przystępujący zasygnalizował, że zgodnie z zakładaną technologią wykonania i etapowania prac, stanowiącą jego know-how, zastosowanie konstrukcji wsporczych zostało ograniczone do minimum, co pozwoliło Przystępującemu na wycenienie i ujęcie kosztów związanych z TKW w ofercie w pozycji „Przedmiar robót – branża sieć trakcyjna. I. Roboty trakcyjne. 1. Roboty rozbiórkowe L.p. 7. Demontaż sieci trakcyjnej” (str. 30 oferty Przystępującego). Zakładana przez niego technologia wykonania robót przewiduje bowiem zapewnienie przejezdności i ruchu tramwajów, a tym samym prowadzenie prac „pod ruchem” w związku z wykonywaniem robót w ramach pozycji „Demontaż sieci trakcyjnej” kosztorysu. Przystępujący zaznaczył, że kwestia ta wyjaśniona została w piśmie z dnia 8 stycznia 2015 r., w której wyraźnie oświadczył, iż koszt związane z TKW zostały wycenione i ujęte w ofercie Przystępującego oraz jednoznacznie potwierdził, że cena oferty obejmuje wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ.

W kontekście powyższej argumentacji za błędne, w ocenie Przystępującego, należy uznać twierdzenie Odwołującego, iż wyjaśnienia w zakresie wyceny TKW mogą stanowić nieuprawnione uzupełnienie oferty. Co więcej, podkreślenia wymaga okoliczność, że TKW mają charakter konstrukcji wyłącznie tymczasowych, a ich zastosowanie uzależnione jest tylko od stosowanej przez wykonawcę technologii robót, co do których Zamawiający nie określił swoich specyficznych wymagań. TKW nie stanowią zatem stałego elementu robót składającego się na przedmiot zamówienia, a mają wyłącznie charakter pomocniczy podczas prowadzonych prac związanych z wykonaniem zamówienia właściwego. TKW będą bowiem ustawiane wyłącznie w celu zapewnienia ruchu tramwajów, a następnie usunięte, nie stanowią zatem elementu robót stałych objętych przedmiotem zamówienia. Pomocniczy charakter TKW przesądza tym samym, że nieuzasadnione jest twierdzenie Odwołującego, iż w trybie wyjaśnienia treści oferty doszło do jej uzupełnienia lub zmiany. O niezgodności treści oferty

z wymaganiami SIWZ polegających na pominięciu wykonania określonego typu prac lub nieuprawnionych negocjacjach przedmiotu oferty pomiędzy wykonawcą a zamawiającym można mówić jedynie wówczas, gdy dotyczą one elementu robót stałych stanowiących przedmiot zamówienia, a więc ostatecznego zakresu zamówienia, który chce otrzymać Zamawiający.

W odpowiedzi na zarzut dotyczący rzekomego błędu w obliczeniu ceny oferty Przystępujący stwierdził, że istotne znaczenie ma przywołany przez Odwołującego pkt 10.7.1 ppkt 4) SIWZ dotyczący sposobu kalkulacji oferty, zgodnie z którym załączone do oferty kosztorysy powinny zawierać składniki cenotwórcze, tj. roboczogodziny, zysku i kosztów pośrednich wraz zestawieniem materiałów, robocizny i sprzętu. Dodatkowo, powyższe postanowienie SIWZ było przedmiotem wyjaśnień Zamawiającego, który w odpowiedzi na pytanie nr 12 do SIWZ (pismo Zamawiającego z dnia 1 grudnia 2014 r. – „Wyjaśnienia i zmiany SIWZ nr 1”) wskazał: „[...]Zamawiający nie narzuca zasad sporządzenia poszczególnych kosztorysów ofertowych w zakresie kształtowania cen czynników cenotwórczych i stawek narzutów (kosztów pośrednich, kosztów zakupu, zysku). Wykonawca w trakcie przygotowania oferty może stosować inne narzuty niż koszty pośrednie, koszty zakupu czy zysk. Natomiast do każdego z kosztorysów ofertowych należy załączyć wykaz składników cenotwórczych tj.: stawki roboczogodziny, zysku i kosztów pośrednich wraz zestawieniem materiałów, robocizny i sprzętu.[...]”.

Przystępujący podkreślił, że w kontekście powyższej odpowiedzi oraz zarzutów stawianych przez Odwołującego kluczowe znaczenia mają również okoliczności, iż zgodnie z pkt. 13.4.1 SIWZ „[...]Cena oferty musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia, wynikające z zapisów SIWZ, w tym dokumentacji technicznej i specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót.[...]”. Natomiast w świetle pkt 13.4.2 SIWZ wykonawca winien był przewidzieć wszelkie okoliczności mające wpływ na cenę oferty, a zgodnie z pkt 13.4.3 SIWZ wycena powinna obejmować nie tylko oszacowanie wszelkich prac wynikających nie tylko z kosztorysów ofertowych, ale również z pozycji wskazanych w formularzu oferty, który obejmuje m.in. oświadczenie wykonawcy o tym, że uwzględnił wszystkie koszty wykonania zamówienia, w tym elementy takie jak maksymalny deklarowany czas na realizację zamówienia, czy kwestie związane z udzieloną przez wykonawcę gwarancją na roboty budowlane. Innymi słowy, cena ofertowa winna obejmować nie tylko pozycje wskazane wprost w kosztorysie ofertowym i ich składniki cenotwórcze, ale również wszelkich inne, niewyszczególnione przez Zamawiającego prace, jak również ryzyka związane, zgodnie z wiedzą i doświadczeniem wykonawcy, z prowadzeniem procesu inwestycyjnego, które w ocenie wykonawcy będą niezbędne lub mogą zaistnieć w związku z wykonywaniem przedmiotu zamówienia.

Reasumując, wykonawca powinien był dołączyć do oferty wykaz składników cenotwórczych, tj. stawki roboczogodziny, zysku, i kosztów pośrednich wraz z zestawieniem materiałów, robocizny i sprzętu (R, M, S), przy jednoczesnej dowolności co do kształtowania pozostałych narzutów czy kosztów towarzyszących wykonaniu zamówienia. Zdaniem Przystępującego oznacza to, iż takie dodatkowe narzuty czy koszty związane z wykonaniem zamówienia muszą być uwzględnione w cenach poszczególnych pozycji kosztorysowych, a Zamawiający pozostawił wykonawcy dowolność w ich kształtowaniu, nie wymagając przy tym wyszczególnienia takich kosztów w zestawieniu materiałów, robocizny i sprzętu (R, M, S). Powyższe zaś prowadzi do konkluzji, iż wartość kwotowa danej pozycji kosztorysu, w której uwzględniono dodatkowe koszty związane z realizacją zamówienia może się różnić od wyceny wynikającej z zestawienia materiałów, robocizny i sprzętu (R, M, S).

Przystępujący, wyjaśnił, że opierając się na własnym doświadczeniu uwzględnił i wycenił wszelkie inne, nieokreślone wyraźnie w SIWZ koszty i ryzyka związane z prowadzeniem procesu budowlanego, jako koszty ogólne. Do innych narzutów uwzględnionych w ofercie Przystępującego w ofercie należą m.in.:

1. Inne narzuty (koszty) uwzględnione w pozycji „branża torowa”:
  - a) koszt ryzyk kursowych (w skład konsorcjum wchodzi spółka hiszpańska, wobec czego Przystępujący uwzględnił koszty finansowania projektu w EUR) – 300.000,00 zł,
  - b) rezerwa kosztowa w zakresie napraw gwarancyjnych (zgodnie z pkt 13.4.3 SIWZ i formularzem ofertowym) – 85.186,51 zł,
  - c) rezerwa kosztowa w zakresie wzrostu cen materiałów – 100.000,00 zł,
  - d) koszty związane z utrzymaniem ruchu tramwajowego na odcinkach torów związanych z przebudową – 160.000,00 zł,
  - e) koszty związane z pracą w warunkach zimowych – 200.000,00 zł,
  - f) koszty związane z etapowaniem robót – 300.000,00 zł,
  - g) rezerwa kosztowa na ryzyka związane z uzgodnieniem harmonogramu prac na czynnej zajezdni tramwajowej – 340.000,00 zł.
2. Inne narzuty uwzględnione w branży „Architektury etap 1”:
  - a) rezerwa kosztowa na kary umowne za ewentualne opóźnienie w wykonaniu przedmiotu zamówienia w określonym skróconym terminie wykonania (42 tygodnie, zgodnie z pkt 13.4.3 SIWZ i formularzem ofertowym) – 331.091,18 zł,
  - b) rezerwa kosztowa na ryzyka związane z uszkodzeniem taboru tramwajowego (roboty prowadzone „pod ruchem”) – 104.635,49 zł.

3. Inne narzuty uwzględnione w pozycji „branża trakcyjna”:

- a) rezerwa kosztowa związana z etapowaniem prac trakcyjnych – 11.367,79 zł.

Rozbieżność w wartościach kwotowych wskazanych w kosztorysie ofertowym, a zestawieniem materiałów, robocizny i sprzętu (R, M, S), na którą zwraca uwagę Odwołujący, wynika zatem z faktu, iż cena danej pozycji kosztorysowej uwzględnia nie tylko koszty materiałów, robocizny i sprzętu, ale również wycenę wszelkich innych elementów prac czy ryzyk, co do których Zamawiający nie oczekiwał aby zostały one uwzględnione w zestawieniu materiałów, robocizny i sprzętu (R, M, S). Przystępujący zauważył, że nie tylko on dokonał kalkulacji w taki sposób, iż wartości z kosztorysu nie pokrywają się dokładnie z wartościami zestawienia materiałów, robocizny i sprzętu (R, M, S). Konieczność ujęcia innych narzutów w cenie oferty dostrzegł również inny uczestnik Postępowania, który sporządził kosztorys oraz zestawienie analogicznie do Przystępującego. Przykładowo, w ofercie Wykonawcy Budimex różnica pomiędzy wartościami netto z kosztorysu uproszczonego a wartościami w zestawieniu materiałów, robocizny i sprzętu (R, M, S) wynosi 3.277.365,16 zł. Przystępujący zasygnalizował, że jeżeli pozycje w kosztorysie Odwołującego odpowiadają dokładnie wartościom wykazany w zestawieniu materiałów, robocizny i sprzętu (R, M, S) oznacza to, że to sam Odwołujący nie przewidział wszystkich okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę składanej oferty i nie zastosował się do wymagań pkt. 13.4.1 – 13.4.3 SIWZ.

Przystępujący wyjaśnił ponadto, że inne narzuty nie zostały uwzględnione w rozbiu kosztorysowym równomiernie, ale uwzględniono je w najistotniejszych z punktu oceny Przystępującego branżach, stąd w tabeli załączonej przez Odwołującego do odwołania w niektórych pozycjach wykazu pojawiają się wartości ujemne. Podkreślił, że takie rozmieszczenie narzutów nie stoi jednak w żaden sposób w sprzeczności z wymaganiami SIWZ, ponieważ nie zawierała ona żadnych wytycznych czy obostrzeń w tym zakresie. Sposób rozłożenia kosztów w kosztorysie Przystępującego jest powszechnie stosowaną praktyką rynkową i wynika z faktu realizacji tych prac w pierwszej kolejności, albowiem intencją Przystępującego jest aby pierwsza płatność uwzględniała nie tylko koszty pośrednie, koszty zakupu, zysk, ale również część kosztów ogólnych i ryzyk wyszczególnionych powyżej. Dodatkowo, największa zagregowana kwota związana z wyceną ryzyk dotyczy pozycji „Branża torowa”, ponieważ w tej pozycji Przystępujący zidentyfikował najwięcej potencjalnych ryzyk, tj. np. konieczność dokonania uzgodnień harmonogramu zamknięć torowych z Zamawiającym – konieczność uzgodnienia prowadzenia prac i etapowania robót z upoważnionym przedstawicielem Zamawiającego ZRP/R4 (pkt 6 ppkt 3 SIWZ, str. 28). Z uwagi na znaczące ryzyko związane z etapowaniem prac i harmonogramem robót Przystępujący założył rezerwy w ramach kosztów ogólnych z tytułu kar umownych za opóźnienie w wykonaniu zamówienia w deklarowanym terminie 42 tygodni, czy koszty ryzyk

związanych z utrzymaniem ruchu tramwajowego i prowadzenia robót pod ruchem i zagregował je w pozycji „Branża torowa”.

Na rozprawie strony i uczestnik podtrzymali argumentację zawartą w pismach procesowych.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym Konsorcjum Balzola, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba, wobec spełnienia przez Konsorcjum Balzola (dalej również „Przystępujący”) przesłanek określonych przepisem art. 185 ust. 2 Pzp, dopuściła ww. do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępującego po stronie Odwołującego.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

#### **I. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na okoliczność, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ**

W zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia o zarzucie odwołania Izba ustaliła, że w następstwie odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ nr 93 Zamawiający załączył do dokumentacji Postępowania zamienny przedmiar robót branży sieć trakcyjna oraz zamienną STWiORB odnoszące się do zadania nr 1 (pismo z dnia 3 grudnia 2014 r.). Następnie, odpowiadając na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ nr 162 (pismo z dnia 9 grudnia 2014 r.) Zamawiający uzupełnił ww. przedmiar o dodatkową pozycję (nr 8), dotyczącą ustawienia tymczasowych konstrukcji wsporczych (TKW) w ilości 10 szt., zaznaczając jednocześnie, że ilość TKW będzie uzależniona od sposobu prowadzenia przez wykonawcę prac i ich etapowania, a nadto, że z uwagi na rozliczenie kosztorysowe zadania nr 1 faktyczna ilość TKW zostanie rozliczona kosztorysem powykonawczym.

Ponadto, w pkt 13.4.4 SIWZ Zamawiający przewidział, że w kosztorysach ofertowych należy określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w przedmiarach robót.

Konsorcjum Balzola złożyło ofertę, w której nie wyceniło wspomnianej powyżej poz. 8, wobec czego zostało wezwane – pismem z dnia 2 stycznia 2015 r. – do wyjaśnienia czy objęte nią roboty zostały ujęte w ofercie, a jeśli tak, to w której pozycji.

W odpowiedzi (pismo Przystępującego z dnia 8 stycznia 2015 r.) wyjaśniono, że roboty

związane z ustawieniem TKW zostały ujęte w ofercie i wycenione w poz. 7 przedmiaru robót dotyczącego sieci trakcyjnej – „Demontaż sieci trakcyjnej” (str. 30 oferty Konsorcjum Balzola). Przystępujący potwierdził również i zapewnił, że wspomniana pozycja kosztorysu oraz wynikająca z niej cena obejmuje zastosowanie niezbędnych dla prowadzenia i etapowania robót konstrukcji wsporczych mających charakter tymczasowy, a samo zagregowanie kosztu wykonania danego elementu prac w ramach innej pozycji kosztorysowej nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, będącej przesłanką odrzucenia oferty.

Zarzut nie potwierdził się w ustalonym stanie faktycznym.

W pierwszeństwie Izba podkreśla, że kosztorys ofertowy, niezależnie od tego, czy jest on sporządzany w formie uproszczonej, czy też szczegółowej, nie może stanowić wystarczającej podstawy służącej ustaleniu zakresu prac, do których wykonania zobowiązuje się wykonawca składając ofertę. Trzeba mieć bowiem na względzie, że skoro przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, to – zgodnie z przepisem art. 31 ust. 1 Pzp – opisuje się je za pomocą dokumentacji projektowej i STWiORB. Szczegółowe wyliczenie elementów składowych dokumentacji projektowej zawarte zostało w § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz.U.2013.1129 j.t.), wydanego na podstawie art. 31 ust. 4 Pzp. Zgodnie z powołanym przepisem rozporządzenia w jej skład wchodzi m.in. projekt budowlany w zakresie uwzględniającym specyfikę robót budowlanych oraz przedmiar robót, który *de facto* stanowi podstawę sporządzenia kosztorysu ofertowego. Trzeba mieć przy tym na względzie, że przedmiar robót jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu budowlanego, czy STWiORB i pełniącym odmienną rolę niż wspomniane dokumenty. Na podstawie § 6 ww. aktu wykonawczego należy przyjąć, że istotą przedmiaru jest przedstawienie zakresu niezbędnych do wykonania prac (ze wskazaniem jednostek przedmiarowych), co ma pomóc wykonawcom w oszacowaniu pracochłonności, a przede wszystkim kosztów wykonania ujętych w nim robót budowlanych. *Ergo*, przedmiar robót, a w konsekwencji także kosztorys sporządzony na jego podstawie mają jedynie pomocnicze znaczenie w ustaleniu treści zobowiązania wykonawcy, bowiem ich głównym celem jest skalkulowanie ceny oferty, nie zaś zobrazowanie jej zakresu.

W świetle poczynionych uwag nie sposób zgodzić się, w ocenie Izby, z argumentacją, że jeżeli wykonawca pominie w złożonym kosztorysie ofertowym, nawet wbrew wyraźnemu oczekiwaniu zamawiającego, określoną pozycję kosztorysową konieczne jest niejako automatyczne odrzucenie złożonej przez niego oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. Nie przekreśla to jednak, zdaniem Izby, zobowiązania wykonawcy do wykonania robót budowlanych zgodnie z projektem, czy zasadami wiedzy technicznej, co wynika z istoty

umowy o roboty budowlane (por. przepis art. 647 K.c.), ani takiemu zobowiązaniu nie przeczy. W kontekście kwestionowanej przez Odwołującego możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego należy natomiast zwrócić uwagę na przepis art. 649 K.c., zgodnie z którym w razie wątpliwości poczytuje się, że wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy. Ustawodawca nie przesądził co ma być źródłem owych wątpliwości, należy zatem dopuścić sytuację, że ich mogą one wynikać z kosztorysu ofertowego stanowiącego załącznik do umowy (pozbawionego *ad casum* istotnego znaczenia także z tego względu, że podstawę ustalenia wynagrodzenia wykonawcy, zgodnie z postanowieniami SIWZ, stanowią będą kosztorysy powykonawcze). W takiej sytuacji trzeba jednak przyjąć, że obowiązkiem wykonawcy jest realizacja umowy na podstawie dokumentacji projektowej, nie zaś kosztorysu sporządzonego w oparciu o jej fragment, bowiem – jak wskazano – to dokumentacja projektowa opisuje przedmiot zamówienia, a kosztorys co najwyżej opisuje wynagrodzenie za jego wykonanie, bądź podstawy ustalenia tego wynagrodzenia. Nie może on zatem zastępować dokumentacji projektowej i być traktowany na równi z nią.

Z opisaną powyżej sytuacją Zamawiający zetknął się w przedmiotowej sprawie. Mając na względzie postanowienia SIWZ (w szczególności pkt 13.4.4) zasadnie wezwał Konsorcjum Balzola do wyjaśnienia treści oferty w zakresie pominiętej w kosztorysie pozycji przedmiaru i prawidłowo ocenił złożone przez Przystępującego wyjaśnienia stwierdzając, że złożona przez niego oferta koresponduje z treścią SIWZ. Nie sposób przy tym podzielić stanowiska Odwołującego, że Zamawiający w istocie przeprowadził z Przystępującym niedozwolone negocjacje w zakresie treści jego oferty, skutkujące niedopuszczalnym jej uzupełnieniem o element niezbędny do realizacji zamówienia. W złożonych wyjaśnieniach Przystępujący wskazał jedynie w której części kosztorysu ujął brakującą pozycję przedmiaru, co nie nosi znamion negocjowania treści oferty, rozumianego jako ustalanie warunków, na jakich została ona złożona.

Chybione było również zarzucanie Zamawiającemu poprawienia w następstwie wyjaśnień Przystępującego omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ponieważ na taki wniosek nie pozwala dokumentacja Postępowania, chociażby z uwagi na fakt, że brakuje w niej wymaganego tym przepisem zawiadomienia Konsorcjum Balzola o dokonaniu takiej czynności (*vide* art. 87 ust. 2 pkt 3 *in fine* Pzp). Okoliczności sprawy wskazują natomiast, że Zamawiający – po zapoznaniu się z wyjaśnieniami Konsorcjum Balzola – uznał jego ofertę za zgodną z SIWZ i Izba taką ocenę podziela.

Z kolei argumentacja Odwołującego dotycząca braku możliwości wycenienia pozycji obejmującej ustawienie TKW łącznie z demontażem sieci trakcyjnej zawarta na str. 6 odwołania potwierdzać może wyłącznie okoliczność, że Przystępujący zaoferował w istocie



nieodpłatne wykonanie tego elementu świadczenia, co nie przeczy odpłatności całego zamówienia publicznego (por. art. 2 pkt 13 Pzp). Można oczywiście prowadzić rozważania, czy z formalnego punktu widzenia bardziej poprawnym nie byłoby wyodrębnienie tej pozycji w kosztorysie uproszczonym i dokonanie jej wyceny na „0 zł”, tym niemniej trzeba mieć na względzie, że formalizm nie jest samoistnym celem, do którego osiągnięcia zmierzać ma postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Niezależnie od powyższego nie bez znaczenia jest również i ta okoliczność, że rzekomo pominięty fragment robót stanowiących przedmiot zamówienia był wyłącznie elementem pomocniczym, zapewniającym wprowadzenie prawidłową realizację zamówienia, ale nie stanowiącym celu samego w sobie, do którego osiągnięcia zmierzał Zamawiający wszczynając Postępowanie. W konsekwencji nieuprawnione było poczynione przez Odwołującego założenie, że skoro Przystępujący nie wyodrębnił tej pozycji (nie mającej również – co warto zaznaczyć – istotnego znaczenia kosztowego w stosunku do ceny całkowitej oferty, jako – przyjmując wartość maksymalną z kosztorysu ofertowego innego wykonawcy: IDS-BUD S.A. – wyrażającej się stosunkiem kwoty 106.892,15 zł netto do kwoty 23.699.421,28 zł netto, stanowiącej cenę zaoferowaną przez Przystępującego) w kosztorysie, to jego zamiarem było odstępianie od wymagań Zamawiającego określonych w SIWZ i załączonej do niej dokumentacji projektowej. Sprzeczności oferty z SIWZ należy upatrywać w takich sytuacjach, w których treść oświadczenia woli wykonawcy wyraża *expressis verbis* zamiar odstępstwa w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia od wymagań opisanych w dokumentacji projektowej, czego nie można zakładać wyłącznie na podstawie odmiennej od oczekiwanej przez zamawiającego konstrukcji kosztorysu ofertowego.

Reasumując, Izba uznała, że zarzut Odwołującego sprowadzał się w istocie do zakwestionowania formy sporządzonego przez Przystępującego kosztorysu ofertowego. Odstępstwo od wymagań SIWZ w tym zakresie nie może skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, wobec czego zarzut Odwołującego był nieuzasadniony.

## **II. Zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na okoliczność, że zawiera błąd w obliczeniu ceny**

W zakresie tego zarzutu Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 13.4.1 SIWZ cena oferty musi uwzględniać wszystkie koszty niezbędne do realizacji zamówienia, wynikające z postanowień SIWZ, w tym dokumentacji projektowej i STWiOR. Ponadto, koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których nie ujęto w odrębnych pozycjach w przedmiarach robót oraz formularzu oferty powinny zostać ujęte w cenach jednostkowych dla pozycji opisanych w przedmiarach robót. Z kolei w świetle pkt 13.4.2 SIWZ wykonawca powinien przewidzieć

wszelkie okoliczności mające wpływ na skalkulowanie ceny oferty, którą należało wyliczyć i podać w oparciu o kosztorysy ofertowe sporządzone na podstawie przedmiarów robót oraz wycenić dodatkowe pozycje wynikające z formularza oferty (patrz pkt 13.4.3 SIWZ). Ponadto, z odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ nr 12 (pismo Zamawiającego z dnia 1 grudnia 2014 r.) wynika, że Zamawiający nie narzucił wykonawcom zasad sporządzania kosztorysów ofertowych w zakresie kształtowania cen czynników cenotwórczych i stawek narzutów (kosztów pośrednich, kosztów zakupu, zysku). Wykonawca w trakcie przygotowania oferty może stosować inne narzuty niż koszty pośrednie, koszty zakupu czy zysk. Natomiast do każdego z kosztorysów ofertowych należy załączyć wykaz składników cenotwórczych, tj. stawki roboczogodziny, zysku i kosztów pośrednich wraz z zestawieniem robocizny, materiałów i sprzętu (RMS), co wynikało także z postanowienia pkt 10.7.4) SIWZ.

Przystępujący złożył ofertę, do której załączył wykaz składników cenotwórczych, w którego treści wskazał m.in. na koszty ogólne. W konsekwencji wartości kwotowe z poszczególnych kosztorysów nie odpowiadały wartościom wynikającym z załączonych do oferty zestawień RMS.

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie w ustalonym stanie faktycznym.

Izba oceniła, że zarzut Odwołującego opierał się w istocie na założeniu, że kwoty wynikające z zestawień RMS powinny bilansować się z wartościami kosztorysów sporządzonych metodą uproszczoną. Jest to jednak założenie błędne, jako że nie wynika z postanowień SIWZ. Analiza jej treści dostarcza natomiast argumentów przemawiających za przyjęciem wniosku przeciwnego. Zamawiający przewidując w pkt 13.4.1 SIWZ możliwość ujęcia innych kosztów, nie tylko pozostawił wykonawcom swobodę w konstruowaniu kosztorysów (co *nota bene* potwierdził we wspomnianej powyżej odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ), ale wręcz założył, że mogą wystąpić sytuacje, w których wartości wynikające z kosztorysów różnić się będą od tych wynikających z zestawień RMS. Na gruncie postanowień SIWZ obowiązkiem wykonawców było złożenie wraz z ofertą tych dokumentów, co Konsorcjum Balzola niewątpliwie uczyniło, tym niemniej brak jest podstaw do przyjęcia, aby musiały one wykazywać związek z kosztorysami, którego istnienia dopatrywał się Odwołujący.

Co więcej, odnosząc się do postanowienia pkt 13.4.3 SIWZ, mając jednocześnie na względzie treść wzoru formularza oferty należało stwierdzić, że na cenę, za którą wykonawcy oferowali zrealizowanie zamówienia wpływ mogły mieć również inne elementy niż koszty robocizny, materiałów i sprzętu, chociażby w postaci ryzyk kontraktowych związanych z przyjętym terminem realizacji zamówienia, czy zobowiązaniem do prowadzenia robót budowlanych w sposób, który nie spowoduje wyłączenia ruchu całego zakładu. Wobec tego

nie można było odmówić wykonawcom uprawnienia do skalkulowania ceny oferty w oparciu o inne niż przewidziane przez Zamawiającego czynniki i przedstawienia jej w kosztorysach, skoro to one – jak wspomniano – stanowią podstawę wyliczenia wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia.

Izba miała ponadto na względzie okoliczność, że Przystępujący przedstawił szczegółowe wyliczenie ujętych w ofercie kosztów ogólnych związanych z realizacją zamówienia (str. 7-8 pisma procesowego Konsorcjum Balzola), zaś Odwołujący – poza arytmetycznym porównaniem kwot z kosztorysów i zestawień RMS – nie podjął polemiki z przedstawionym wyliczeniem. Dodatkowa argumentacja Odwołującego, zgodnie z którą jeżeli wykonawca kalkuluje cenę oferty w oparciu o inne niż przewidziane przez Zamawiającego czynniki, to powinien przedstawić w ofercie ich szczegółowe wyliczenie nie mogła się ostać wobec faktu, że SIWZ nie zawierała w tym zakresie żadnych wytycznych.

Mając na uwadze powyższe orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania rozstrzygnięto stosownie do jego wyniku, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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.2010.41.238).

**Przewodniczący:** .....