

WYROK
z dnia 27 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak
Członkowie: Honorata Łopianowska
Jolanta Markowska

Protokolant: Radosław Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 marca 2013 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2013 r. przez **odwołującego – Mostostal Warszawa S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A**, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Pomorska Kolej Metropolitalna S.A., 80-560 Gdańsk, ul. Żaglowa 11 / II p.**, przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego – Konsorcjum: Budimex S.A., Ferrovial Agroman S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **odwołującego – Mostostal Warszawa S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **odwołującego – Mostostal Warszawa S.A., 02-673 Warszawa, ul. Konstruktorska 11A**, 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 **Gdańsku**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu ograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*zaprojektowanie i budowa Pomorskiej Kolei Metropolitalnej Etap I - rewitalizacja <<Kolei Kokoszkowskiej>>*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 4 lipca 2012 r. pod numerem 2012/S 126-208517.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia: (1) Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie oraz (2) Ferrovial Agraman S.A. z siedzibą w Madrycie (Królestwo Hiszpanii) (dalej „Konsorcjum Budimex”), zarzucając Zamawiającemu obrazę przepisów art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie, polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Budimex oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie, polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Wobec powyższego Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny oferty Konsorcjum Budimex i odrzucenie oferty Konsorcjum Budimex oraz wybór oferty Odwołującego, jak również zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że Zamawiający załącznikiem do oferty uczynił m.in. Wykaz Wartości Elementów Wyceny Oferty (jako Załącznik nr 1 do oferty). Wraz z ofertą wykonawcy obowiązani byli złożyć również Wykaz C (Wykaz Urządzeń i Materiałów - klauzula 14.5.).

Zdaniem Odwołującego, z treści oferty Konsorcjum Budimex wynika, iż wykonawca ten podał dwie ceny na ten sam element robót. W Załączniku nr 1 do oferty (tj. w Wykazie Wartości Elementów Wyceny oferty) w poz. od 4.8.1. - 4.8.28 zostały podane ceny za ekrany akustyczne sprzeczne z cenami za ten sam element robót, podanymi w Wykazie C (Wykaz Urządzeń i Materiałów - Klauzula 14.5.).

Jak podaje Odwołujący, rolę Wykazu Wartości Elementów Wyceny Oferty określił Zamawiający w Klauzuli 14.4 [*Plan płatności*] Warunków Szczególnych Kontraktu.

Odwołujący podkreśla, że jak z powyższego wynika, Wykaz Wartości Elementów Wyceny oferty determinuje również treść Planu Płatności, który jest tworzony na podstawie Wykazu Wartości Elementów Rozliczeniowych, zaś ten dokument musi być zgodny z Wykazem Wartości Elementów Wyceny Oferty, który stanowi Załącznik nr 1 do Oferty.

Wykaz Wartości Elementów Wyceny Oferty, wedle postanowień SIWZ, nie jest zatem kalkulacją ceny oferty (czyli ceny kontraktowej), ale wiążącym Wykonawcę zobowiązaniem w zakresie wyceny poszczególnych elementów przedmiotu świadczenia wykonawcy, jako elementów cenotwórczych, tworzących Zatwierdzoną Kwotę Kontraktową.

Odwołujący zwraca uwagę, że Zamawiający jednoznacznie określił, iż Wykaz Wartości Elementów Rozliczeniowych jest tworzony dla celów podpunktu (a) klauzuli 14.3 [*Występowanie o Przejściowe Świadcstwo Płatności*], czyli dla określania wysokości zapłaty za płatności częściowe. Z kolei Wykaz C służy celom rozliczeń w oparciu o postanowienia klauzuli 14.5. [*Urządzenia i Materiały przeznaczone do Robót*] Warunków Ogólnych Kontraktu. Cena podana w przedmiotowym Wykazie stanowi cenę za materiały dostarczone na teren budowy. Cena ta, zdaniem Odwołującego, nie może być wyższa niż cena za roboty ujmujące te materiały, a tak jest w ofercie Konsorcjum Budimex.

De iure jest to zatem złożenie dwóch ofert, co jest sprzeczne z postanowieniami art. 82 ust. 1 ustawy Pzp, który nakazuje złożenie tylko jednej oferty. Odwołujący podkreśla, iż nie można w tym przypadku mówić o podaniu odrębnej wyceny za robociznę (w Wykazie Wartości Elementów Wyceny Oferty) oraz za materiał (w Wykazie C), bowiem na mocy postanowień klauzuli 14.5. [*Urządzenia i Materiały przeznaczone do Robót*] Warunków Ogólnych Kontraktu wartość materiałów powinna być ujęta w wycenie za roboty, których dotyczą materiały z Wykazu C.

Odwołujący zwraca uwagę, że Wykonawca, biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przedmiotem swojej oferty czyni nie tylko wykonanie świadczenia rzeczowego (niepieniężnego) na rzecz Zamawiającego, ale także sposób spełnienia przez Zamawiającego świadczenia pieniężnego (zapłaty wynagrodzenia) na swoją rzecz. Umowa w sprawie zamówienia publicznego odpowiada bowiem kodeksowemu modelowi umowy wzajemnej, uregulowanej w art. 487 § 2 k.c. Obie jej strony zobowiązane są w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej.

Wykonawca składając swoją ofertę nie oferuje zatem tylko świadczenia w postaci wykonania Robót, ale także wskazuje, w jaki sposób oczekuje zapłaty za wykonane Roboty. W przypadku umowy, która ma być zawarta w wyniku rozstrzygnięcia niniejszego postępowania ma to dodatkowy wymiar prawny, gdyż jest to umowa o roboty budowlane (art. 647 i nast. k.c.). Kodeks cywilny stanowi jednoznacznie, iż o ile strony umowy o roboty budowlane nie umówiły się inaczej, to inwestor (Zamawiający) powinien dokonywać płatności częściowych (art. 654 k.c.). Sposób określania wysokości płatności częściowej stanowi

zatem *essentialiae negotii* (element istotny przedmiotowo) umowy o roboty budowlane. Jest to zresztą konsekwencja normatywnych postanowień art. 647 k.c.

W przypadku niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak wskazuje Odwołujący, Zamawiający (w opisanej powyżej klauzuli 14.3 [*Występowanie o Przejściowe Świadczenie Płatności*] Warunków Szczególnych Kontraktu) także przyjął zasadę dokonywania płatności częściowych. W konsekwencji, wyceny zawarte w Wykazie Wartości Elementów Wyceny Oferty, jako służące podstawie do określenia kwot przyjmowanych do Przejściowych Świadczeń Płatności stanowią istotny przedmiotowo element oferty wykonawcy. Określają bowiem treść zobowiązania wzajemnego Zamawiającego w zakresie jednego z *essentialiae negotii* umowy o roboty budowlane, tj. zapłaty wynagrodzenia.

Dalej Odwołujący podniósł, że Zamawiający w § 21 pkt 6 *in fine* Instrukcji dla Wykonawców wskazał, że w sytuacji wydania przez Zamawiającego polecenia Zmiany polegającej na rezygnacji z jednego lub więcej powyżej wskazanych elementów, Cena Kontraktowa ulegnie zmniejszeniu o wartości elementów objętych rezygnacją, podaną w Załączniku nr 1 do Oferty. Analogicznej treści zapis został powtórzony przez Zamawiającego w postanowieniach Klauzuli 13.1 [*Prawo do zmian*] Warunków Szczególnych Kontraktu.

Jednoznaczne określenie w Klauzuli 13.1 [*Prawo do zmian*] Warunków Szczególnych Kontraktu, że w sytuacji wydania przez Zamawiającego polecenia Zmiany polegającej na rezygnacji z jednego lub więcej powyżej wskazanych elementów, Cena Kontraktowa ulegnie zmniejszeniu o wartości elementów objętych rezygnacją, podaną w Załączniku nr 1 do Oferty, wyraźnie i jednoznacznie wskazuje jak będzie zmieniała się Cena Kontraktowa w takich przypadkach. Spójność postanowień Kontraktu w tej mierze podkreśla dodatkowo Klauzula 14.1 [*Cena Kontraktowa*] Warunków Szczególnych Kontraktu, która stanowi, że w przypadku Zmian wprowadzonych na podstawie Klauzuli 13 [*Zmiany i Korekty*] Inżynier ustali zmianę wartości odpowiedniego elementu ryczałtowego określonego w Planie Płatności.

Odwołujący wskazuje z ostrożności procesowej, iż opisana wadliwość oferty Konsorcjum Budimex nie może być sanowana w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej ukształtowało jednolite poglądy w przedmiocie desygnatów pojęcia oczywistej omyłki pisarskiej (wyrok z dnia 29 marca 2012 r., sygn. akt KIO 533/12, wyrok z dnia 11 marca 2011 r., sygn. akt KIO 404/11), a zaistniała wada oferty Konsorcjum Budimex nie spełnia kryteriów oczywistej omyłki pisarskiej wypracowanych w orzecznictwie KIO. Nie jest to niezamierzona niedokładność, błąd pisarski lub inna podobna usterka, czy też niezamierzone przekręcenie, opuszczenie wyrazu, błąd logiczny, pisarski lub mający postać innej niedokładności przypadkowej. Trudno też uznać omawianą wadliwość za oczywistą omyłkę pisarską z tego powodu, iż nie spełnia ona wymogu

oczywistości.

W omawianym przypadku żadną miarą nie można mówić o oczywistej omyłce pisarskiej. Cena ekranów akustycznych w Wykazie C nie odpowiada cenie z Wykazu Wartości Elementów Wyceny Oferty. Nie istnieje przy tym żadna reguła interpretacyjna, która nakazywałaby dać pierwszeństwo którejkolwiek z tych cen. Reguły takiej nie sformułował Zamawiający w postanowieniach SIWZ, jak również reguła taka nie wynika z Warunków Kontraktowych FIDIC. Poprawienie omawianej wadliwości oferty Konsorcjum Budimex musiałoby polegać albo na poprawieniu ceny zaoferowanej w Wykazie C albo poprawieniu ceny z Wykazu Wartości Elementów Wyceny Oferty. Nie wiadomo jednakże, która z tych cen miałaby być poprawiona. W tym stanie faktycznym trudno omawianą wadę oferty uznawać za omyłkę oczywistą. Nie istnieje bowiem żaden obiektywny mechanizm (skutkujący oczywistością dokonywanej poprawki) wskazujący, w jaki sposób Zamawiający miałby usunąć wskazaną wadę.

Odwołujący z ostrożności procesowej podnosi także, iż opisana wadliwość oferty Konsorcjum Budimex nie może być sanowana w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący podnosi, iż przepis ten nie dotyczy sytuacji sprzeczności oferty z ustawą. Zaś zaoferowanie różnych cen w Wykazie Wartości Elementów Wyceny Oferty oraz w Wykazie C stanowi *de iure* złożenie dwóch ofert na ten sam zakres Robót. Działanie takie jest sprzeczne z postanowieniami ustawy, bowiem art. 82 ust. 1 ustawy Pzp nakazując składanie tylko jednej oferty, wyklucza złożenie większej ilości ofert. Sankcją za złożenie dwóch ofert jest ich odrzucenie, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jako ofert sprzecznych z ustawą, przy czym wadliwość taka nie jest możliwa do sanowania poprzez instytucję poprawienia omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy. Hipoteza art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp dotyczy tylko sytuacji sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ, co jasno i jednoznacznie wynika z treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Analogicznego zastrzeżenia nie ma już w przypadku podstawy odrzucenia oferty, określonej w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, co jest widowym znakiem ustawodawcy, iż nie było jego intencją sanować w tym trybie ofert sprzecznych z ustawą.

Z najdalej idącej ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje, iż nawet gdyby uznać, iż wada oferty Konsorcjum Budimex nie jest podstawą do odrzucenia oferty opisaną w przepisie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, lecz wskazaną w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, to i tak nie ma prawnej możliwości zastosowania instytucji poprawienia w ofercie innej omyłki, polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Zarówno cena z Wykazu C, jak i cena z Wykazu Wartości Elementów Wyceny Oferty stanowi istotny element oferty Konsorcjum Budimex.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z § 8 ust. 1 SIWZ „oferta powinna zostać sporządzona według wzoru formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 do IDW, w tym również Załącznikami nr 1 i 2 do oferty i Wykazem A, B, i C.”

„Cena Kontraktowa będzie stanowiła ryczałtową Zatwierdzoną Cenę Kontraktową i będzie podlegała korektom zgodnie z Kontraktem” (klauzula 14.1 lit. a Warunków Szczególnych Kontraktu).

„Wynagrodzenie Wykonawcy podane w jego Ofercie jest wynagrodzeniem ryczałtowym w rozumieniu art. 632 Kodeksu Cywilnego, uwzględniającym wszystkie elementy ceny, w tym w szczególności ryzyka związane z nieprzewidzianą przez Strony, rzeczywistą ilością i zakresem potrzebnych do wykonania prac i poniesionych kosztów, a także wszystkie należności publicznoprawne w tym w szczególności podatek od towarów i usług. Jeżeli Zamawiający zgodnie z art. 144 Prawo zamówień publicznych przewiduje możliwość Zmiany Umowy w stosunku do treści Oferty, na podstawie, której dokonano wyboru Wykonawcy, nie wyłączając Zamian mających wpływ na: 1. Zwiększenie/Zmniejszenie Ceny Kontraktowej, 2. Przedłużenie/Skrócenie Czasu na Wykonanie, 3. Zwiększenie/zmniejszenie zakresu Robót (...). Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmiany polegającej na rezygnacji z następujących elementów Robót: a) Organizacja i urządzenia bezpieczeństwa, w tym ekrany akustyczne według zestawienia (...) Ekran nr 1 (lokalizacja wg projektu), Ekran nr 2 (lokalizacja wg projektu) (...)” (klauzula 13.1 Warunków Szczególnych Kontraktu).

„Jeżeli przed poleceniem Zmiany Inżynier zażąda oferty, to Wykonawca winien tak szybko jak to będzie możliwe odpowiedzieć na piśmie, składając: (a) opis proponowanej roboty oraz program jej wykonania, (b) propozycje Wykonawcy koniecznych zmian w programie stosownie do klauzuli 8.3 [Program] i Czasu na Wykonanie oraz (c) ofertę Wykonawcy odnośnie do wyceny Zmiany, przy czym wycena ta musi być zgodna z cenami przyjętymi do ustalenia Wykazu Wartości Elementów Rozliczeniowych, a jeżeli dane elementy nie zostały wyszczególnione w tym Wykazie w sposób umożliwiający dokonanie wyceny na ich podstawie, wówczas, roboty zostaną wycenione zgodnie z klauzulą 13.6 (...), (d) uzasadnienie Zmiany pod kątem przesłanek art. 144 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych” (klauzula 13.3 Warunków Szczególnych Kontraktu).

„Po zakończeniu każdego miesiąca Wykonawca winien przedłożyć Inżynierowi wniosek o rozliczenie przejściowe wraz z Rozliczeniem (...). Rozliczenie winno obejmować następujące pozycje, stosownie do przypadku, które winny być wyrażone w walutach, w jakich jest płaćta Cena Kontraktowa, uszeregowane w następującej kolejności: a) raty zgodne z Planem Płaćtności; b) wszelkie kwoty, które należy dodać lub odjąć z tytułu zaliczki i

jej spłaty zgodnie z klauzulą 14.2 [Zaliczka]; c) wszelkie inne dodatki lub potrącenia, które mogły stać się należne na mocy Kontraktu lub z innego tytułu, włącznie z tymi, które wynikną ze stosowania klauzuli 20 [Roszczenia, spory i arbitraż], oraz d) odjęcie kwot poświadczonych we wcześniejszych Świadectwach Płatności, e) wszelkie Kwoty Zatrzymane, jeżeli mają zastosowanie do danego Rozliczenia” (klauzula 14.3 Warunków Szczególnych Kontraktu).

„Plan płatności ustala raty, w jakich ma zostać zapłacona Cena Kontraktowa. Raty wymienione w tym wykazie płatności powiązane są z Wykazem Wartości Elementów Rozliczeniowych i służą do celów pkt (a) klauzuli 14.3 [Wnioski o Przejściowe Świadectwa Płatności]. W terminie 28 dni od podpisania Umowy Wykonawca przedstawi Inżynierowi do akceptacji Wykaz Wartości Elementów Rozliczeniowych pokazujący rozbić Ceny Kontraktowej w sposób zgodny z Wykazem Wartości Elementów Wyceny Oferty” (klauzula 14.4 Warunków Szczególnych Kontraktu).

Zgodnie z klauzulą 14.5 Ogólnych Warunków Kontraktu, „jeżeli niniejsza Subklauzula ma zastosowanie, to Przejściowe Świadectwa Płatności będą zawierać według podpunktu (e) Subklauzuli 14.3: (i) kwotę za Urządzenia i Materiały, które zostały wysłane na Plac Budowy do wbudowania w Roboty Stałe oraz (ii) potrącenie, kiedy wartość kontraktowa takich Urządzeń i Materiałów jest już włączona jako część Robót Stałych według podpunktu (a) Subklauzuli 14.3 [Występowanie o Przejściowe Świadectwa Płatności]”.

W Formularzu ofertowym w pkt 3 znajduje się zapis, iż „rozbić ceny, którą wskazano w pkt 2 powyżej na elementy składowe, ujęto w Załączniku nr 1 do Oferty „Wykaz wartości elementów wyceny oferty.”

Do oferty Konsorcjum Budimex został dołączony Załącznik nr 1 do Oferty, stanowiący Wykaz Wartości Elementów Wyceny Oferty. W rzeczonym Wykazie, w części 4.8 zostały wycenione ekrany akustyczne nr 1-28, każdy odrębnie, przy uwzględnieniu lokalizacji według projektu.

Załącznikiem do oferty uczyniono również Wykaz C Urządzenia i Materiały, który dotyczy klauzuli 14.5. W ofercie Konsorcjum Budimex ekrany akustyczne wyceniono na poziomie 400,00 zł/m². Jednocześnie w treści przedmiotowego Wykazu znajduje się następujące zastrzeżenie: „wartość urządzeń i materiałów wg faktur zakupu.”

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Odwołujący niezgodności z ustawą upatruje w przekroczeniu normy zawartej w przepisie art. 82 ust. 1 ustawy Pzp, jednakże z dokonaną oceną nie sposób się godzić.

W pierwszej kolejności podnieść należy, że spór koncentruje się wokół zagadnienia, czy podanie dwóch różnych cen za ten sam element robót – ekrany akustyczne, powoduje, że mamy do czynienia z dwoma ofertami. Zdaniem Izby, ryczałtowy charakter ceny oraz wskazanie w pkt 2 Formularza ofertowego na jedną cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia powoduje, że brak podstaw do przyjęcia, że w okolicznościach niniejszej sprawy złożono dwie oferty, opiewające na dwie różne ceny.

Nadto, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, że w istocie mamy do czynienia z dwoma różnymi cenami. Zauważyć należy, że Odwołujący oparł swoją kalkulację, odnoszącą się do pozycji 4.8.1-4.8.28, zawartych w Wykazie Wartości Elementów Wyceny Oferty, przyjmując dane z Wykazu C w zakresie ekranów akustycznych oraz określoną powierzchnię dla każdego ekranu. Zabieg ten nie może być jednak uznany za prawidłowy z tej przyczyny, że Wykaz C nie służy wycenie elementów oferty a jego zastosowanie dotyczy wyłącznie klauzuli 14.5 Warunków Ogólnych Kontraktu. Nadto, brak uzasadnienia dla przyjęcia wskazanych przez Odwołującego powierzchni. Po pierwsze bowiem, Odwołujący nie wykazał, że ustalona przez niego powierzchnia ekranów akustycznych odpowiada wytycznym Zamawiającego w tym przedmiocie. Po drugie, Odwołujący nie udowodnił również, że przyjęty sposób kalkulacji spornych pozycji w Wykazie winien zostać oparty na założeniach przyjętych przez Odwołującego.

Podkreślenia wymaga, że przyjęciu, iż w okolicznościach niniejszej sprawy Konsorcjum Budimex zaoferowało dwie ceny, stoi na przeszkodzie również okoliczność, że cena oferty stanowi składową elementów wycenionych w Wykazie Wartości Elementów Wyceny Oferty (pkt 3 Formularza ofertowego). Oznacza to, że Wykaz C nie miał żadnego znaczenia dla określenia ceny oferty.

Konsekwentnie rzeczony Wykaz Wartości Elementów Wyceny Oferty stanowi podstawę do sporządzenia Wykazu Wartości Elementów Rozliczeniowych, który z kolei determinuje treść Planu Płatności, mającego istotne znaczenie dla sporządzenia i występowania o Przejściowe Świadczenie Płatności.

W Planie Płatności ustala się raty, w jakich ma zostać zapłacona Cena Kontraktowa, co więcej przedmiotowe raty winny mieć swoje źródło w Wykazie Wartości Elementów Rozliczeniowych. Z kolei rozliczenie zawarte we wniosku o Przejściowe Świadczenie Płatności winno być oparte na Planie Płatności, a w konsekwencji powiązane z Wykazem Wartości Elementów Rozliczeniowych.

Warto również zauważyć, że zmiany Ceny Kontraktowej, niezależnie, czy dotyczą jej zmniejszenia czy też jej zwiększenia dokonywane są z uwzględnieniem cen, wynikających z Wykazu Wartości Elementów Rozliczeniowych.

Powyższe pokazuje, że cena oferty jest wynikiem kalkulacji elementów oferty, wyszczególnionych w Wykazie Wartości Elementów Wyceny Oferty, nie pozostaje zaś w powiązaniu z Wykazem C. Rola przedmiotowego Wykazu została ograniczona przez Zamawiającego jedynie do klauzuli 14.5 Warunków Ogólnych Kontraktu.

Co więcej, zauważyć należy, iż znaczenie Wykazu C nawet w świetle klauzuli 14.5 Warunków Ogólnych Kontraktu budzi wątpliwości, zważywszy na fakt, że klauzula 14.3 Warunków Szczególnych Kontraktu nie odwołuje się do klauzuli 14.5, tak jak ma to miejsce w odniesieniu do Ogólnych Warunków Kontraktu.

Zdaniem Izby, zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp również okazał się chybiony. Odwołujący nie wykazał, w czym przejawia się owo naruszenie. Nie podał postanowień SIWZ z treścią, których oferta Konsorcjum Budimex byłaby niezgodna. Wręcz przeciwnie, zwrócił uwagę na obowiązek załączenia do oferty Wykazu Wartości Elementów Wyceny Oferty oraz Wykazu C, któremu Przystępujący zadośćuczynił. Zważywszy zaś na fakt, iż Zamawiający w SIWZ nie wskazał na relacje, w jakich pozostają oba Wykazy, nie sposób przyjąć, że są powiązane w sposób, który podał Odwołujący, a tym samym brak podstaw do stwierdzenia niezgodności w tym przedmiocie.

Brak uzasadnienia dla stwierdzenia naruszenia powołanych wyżej przepisów czyni w konsekwencji zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp bezprzedmiotowym.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 20.000,00 zł.

Przewodniczący:

.....

.....