

Sygn. akt: KIO/UZP 473/08

WYROK
z dnia 30 maja 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Małgorzata Stręciwiłk
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30.05.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Budromost-Starachowice Sp. z o.o., Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Trakt” Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „Fart” Sp. z o.o., 27-215 Wąchock, ul. Św. Rocha 31** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach, 25-950 Kielce, ul. I. Paderewskiego 43/45** protestu z dnia 30.04.2008 r.

przy udziale **Przedsiębiorstwa Robót Drogowo-Mostowych Sp. z o.o., ul. Południowa 17/19, 97-300 Piotrków Trybunalski**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **oddala odwołanie**
2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum: Budromost-Starachowice Sp. z o.o., Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Trakt” Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „Fart” Sp. z o.o., 27-215 Wąchock, ul. Św. Rocha 31** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote, zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Budromost-Starachowice Sp. z o.o., Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Trakt” Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „Fart” Sp. z o.o., 27-215 Wąchock, ul. Św. Rocha 31;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Konsorcjum: Budromost-Starachowice Sp. z o.o., Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Trakt” Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „Fart” Sp. z o.o., 27-215 Wąchock, ul. Św. Rocha 31** na rzecz **Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Kielcach, 25-950 Kielce, ul. I. Paderewskiego 43/45** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 0 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych, zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum: Budromost-Starachowice Sp. z o.o., Świętokrzyskie Przedsiębiorstwo Robót Drogowych „Trakt” Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich „Fart” Sp. z o.o., 27-215 Wąchock, ul. Św. Rocha 31.**

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na "Remont drogi krajowej Nr 42 – przejście przez miejscowość Końskie w km 211+845-215+724,5 wraz z remontem mostu w miejscowości Czerwony Most i przebudową sygnalizacji świetlnej", opublikowanym w dniu 18.03.2008r. w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 1 pozycja 55013, Odwołujący w dniu 24.04.2008r., został poinformowany o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowo – Mostowych Sp. z o.o.

Pismem z dnia 30.04.2008r., doręczonym Zamawiającemu w tym samym dniu, Odwołujący złożył protest, zarzucając Zamawiającemu naruszenie **art. 7 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 6** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) - zwanej dalej ustawą Pzp oraz żądając:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
3. odrzucenia oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych Sp. z o.o. ,
4. dokonania wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu protestu w zakresie naruszenia przez Zamawiającego **art. 7 ust. 1** oraz **89 ust. 1 pkt 2** ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami pkt 11 (11.1,11.2, 11.3., 11.5) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) wykonawcy mieli obowiązek:

- podać w Kosztorysie ofertowym ceny jednostkowe dla wszystkich pozycji wymienionych w Przedmiarze robót,
- uwzględnić w Kosztorysie ofertowym wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w Przedmiarze robót,
- ująć w cenach poszczególnych pozycji tylko te koszty towarzyszące wykonaniu, których nie ujęto w odrębnych pozycjach w Przedmiarze robót i kosztorysie ofertowym .

Podniósł, że w ofercie najkorzystniejszej w dziale C Sygnalizacja świetlna punkt Roboty Elektryczno – Montażowe w pozycji 34 Montaż wysięgników rurowych mocowanych na słupie, podano jako jednostkę 4 sztuki wysięgników, jednak nie podano ceny jednostkowej, a wartość pozycji określono jako „0”.

W ocenie Odwołującego brak wyceny jednej z pozycji wymienionej zarówno w Przedmiarze robót, jak i wzorze Kosztorysu ofertowego (formularz 2.1.) oznacza, że nie zaoferowano wysięgników rurowych (wraz z montażem), a w konsekwencji, że treść oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowo – Mostowych Sp. z o.o. jest niezgodna z treścią SIWZ i oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Treść tej oferty nie odpowiada także wymaganiom Zamawiającego dotyczącym sposobu obliczenia ceny, co także oznacza konieczność jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Fakt, że Zamawiający nie odrzucił oferty Przedsiębiorstwa Robót Drogowo – Mostowych Sp. z o.o. stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Na potwierdzenie swojego stanowiska Odwołujący przywołał wyroki Zespołów Arbitrów o sygnaturach: UZP/ZO/0-2179/06, UZP/ZO/0-205/07.

W zakresie naruszenia przez Zamawiającego **art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp** Odwołujący podniósł, że gdyby przyjąć, że wykonawca oferty najkorzystniejszej zaoferował wysięgniki rurowe, a jedynie ich cena wynosi zero złotych, to oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Ceny były niezbędne Zamawiającemu do późniejszych rozliczeń; zgodnie bowiem z § 6 ust. 4 istotnych postanowień umowy: „Wynagrodzenie Wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 i ust. 3 stanowić będzie wynik iloczynu ilości wykonanych robót i cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym stanowiącym załącznik nr 2.1. do Oferty Wykonawcy (...)”

W ocenie Odwołującego oferowanie usługi za „0” zł stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący przywołał wyrok Zespołu Arbitrów UZP/ZO/0-925/06.

W zakresie naruszenia przez Zamawiającego **art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp** Odwołujący podniósł, że ponieważ cena oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą nie została obliczona w sposób wyraźnie wskazany przez Zamawiającego w SIWZ, to oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny i tym samym winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Interes prawny Odwołującego wyraża się w tym, iż to jego oferta byłaby uznana za najkorzystniejszą, gdyby Zamawiający prowadził postępowanie zgodnie z przepisami ustawy Pzp i odrzucił ofertę Przedsiębiorstwa Robót Drogowo – Mostowych Sp. z o.o.

W terminie ustawowym, pismem z dnia 12.05.2008r., które doręczono Odwołującemu 12.05.2008r., Zamawiający protest rozstrzygnął poprzez jego oddalenie.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu Zamawiający podniósł, co następuje:

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp:

Celem regulacji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie jest stworzenie podstawy prawnej umożliwiającej odrzucenie oferty w przypadku jakiegokolwiek niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a raczej niedopuszczenie do możliwości uzyskania zamówienia przez wykonawcę, który oferuje Zamawiającemu przedmiot zamówienia nie odpowiadający jego wymaganiom określonym w warunkach przetargu. W ocenie Zamawiającego przesłanką do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowić może wyłącznie ustalenie zaistnienia takiego rodzaju sprzeczności pomiędzy treścią oferty, a treścią SIWZ, z której wynika, iż wykonawca oferuje realizację przedmiotu zamówienia na warunkach odmiennych od określonych przez Zamawiającego.

Na potwierdzenie swojego stanowiska Zamawiający przywołał wyrok Zespołu Arbitrów UZP/ZO/0-82/05.

Zamawiający stwierdził, że na treść SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp składają się przede wszystkim te jej postanowienia, które dotyczą „opisu przedmiotu zamówienia” oraz „terminu wykonania zamówienia”, te zaś mają określać wymagania co do zakresu i sposobu realizacji zamówienia.

Zamawiający wskazał, że określił swoje wymagania co do zakresu zamówienia w dokumentach składających się na opis przedmiotu zamówienia, a jednym z nich był przedmiar robót. Dla uzyskania potwierdzenia akceptacji przez wykonawców wymagań SIWZ co do realizacji zamówienia, określonych w przedmiarze robót, Zamawiający zobowiązał wykonawców do załączenia do oferty kosztorysu ofertowego. Jedną z pozycji tego kosztorysu (nr 34) był „montaż wysięgników rurowych mocowanych na słupie”.

Zdaniem Zamawiającego Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych Sp. z o.o. uwzględniło w swojej ofercie w pozycji 34 również montaż wysięgników rurowych mocowanych na słupie, ponieważ praca ta nie została przez tego wykonawcę wykreślona, a jednocześnie jednoznacznie ujęta w treści formularza ofertowego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp:

Z zaistnieniem błędu w obliczeniu ceny będziemy mieli do czynienia w sytuacji, gdy wykonawca obliczy cenę swojej oferty w sposób nie odpowiadający wymaganiom Zamawiającego określonym w SIWZ. Stosownie do pkt. 11.1 SIWZ za podstawę obliczenia ceny oferty wykonawcy winni przyjąć przedmiar robót, przy czym Zamawiający wymagał, aby uwzględnione zostały wszystkie pozycje przedmiarowe. Wykonawcy zobowiązani zostali do podania w kosztorysie ofertowym cen jednostkowych netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji przedmiarowych, a następnie do wyliczenia ceny oferty brutto.

Zamawiający stwierdził, że Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych Sp. z o.o. uwzględniło wszystkie pozycje przedmiarowe, natomiast dla pozycji nr 34 wykonawca ten określił cenę jako 0 zł. Zamawiający, opierając się na treści przystąpienia do postępowania protestacyjnego Przedsiębiorstwa Robót Drogowo – Mostowych Sp. z o.o., wskazał, że koszt pozycji nr 34 został ujęty w pozycji nr 33, tj. „montaż i stawianie słupów do wysięgników sygnalizacji 7,5 m”, ponieważ oferuje on produkt firmy EMPRIEC S.A., w którym maszt z wysięgnikiem rurowym w komplecie stanowi jedną całość.

Zamawiający potwierdził, że wprowadził ujął w przedmiarze robót w odrębnych pozycjach i rozdzielił „montaż i stawianie słupów do wysięgników sygnalizacji 7,5 m” oraz „montaż wysięgników rurowych mocowanych na słupie”, co mogło wskazywać, że wymaga dostarczenia słupów i wysięgników stanowiących oddzielne od siebie elementy, jednakże okoliczność ta nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy, który oferuje dostępny na rynku produkt, w którym maszt z wysięgnikiem rurowym w komplecie stanowią

jedną całość, a w konsekwencji wycena tych pozycji nie może być dokonana oddzielnie. Dla Zamawiającego istotne jest to, że zaoferowany produkt spełnia wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia zawarte w dokumentacji projektowej. Zamawiający wskazał także, że stosownie do pkt. 11.4 SIWZ dopuścił zaoferowanie rozwiązań równoważnych w każdym przypadku, gdy w dokumentacji projektowej wskazana została „z góry” technologia wykonania zamówienia.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający stwierdził, że nie jest podmiotem uprawnionym do orzekania czy dane działanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz nadto, że nie stanowi czynu nieuczciwej konkurencji działanie, w którym wykonawca z przyczyn obiektywnych i niezależnych od siebie wycenił jedną z pozycji przedmiaru robót w innej pozycji, która jest w sposób integralny z nią związana, a w szczególności nie zagraża i nie narusza interesu innego wykonawcy, w tym Odwołującego, którego oferta jest o ponad 700 tysięcy złotych droższa.

W dniu 16.05.2008r. pismem z tego samego dnia, z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 184 ust. 2 ustawy Pzp, Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych poprzez jego nadanie w placówce pocztowej operatora publicznego, podtrzymując zarzuty i argumentację zawartą uprzednio w proteście.

W uzasadnieniu Odwołania Odwołujący nie zgodził się z argumentacją Zamawiającego, tj. jakoby na treść SIWZ, a zatem również na treść oferty, składały się głównie postanowienia dotyczące opisu przedmiotu zamówienia czy terminu jego wykonania. Wskazał, że elementem obligatoryjnym jest także „opis sposobu obliczenia ceny”. Obliczenie ceny będzie tym samym stanowiło treść oferty, w szczególności w postępowaniach, w których cena za realizację zamówienia nie będzie miała charakteru ceny ryczałtowej.

Odwołujący podniósł, że w celu prawidłowego rozliczenia umowy i zapłaty ceny niezbędne było podaniem w ofercie wszystkich cen w pozycjach wyszczególnionych przez Zamawiającego, a te stanowią treść oferty.

W ocenie Odwołującego zaoferowanie zamiast „słupów do wysięgników sygnalizacji 7,5 m” oraz „wysięgników rurowych mocowanych na słupie”, masztu z wysięgnikiem rurowym w komplecie” oznacza sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ. Zmiana oferowanego urządzenia wiąże się z koniecznością dokonania zmiany projektu, do której wykonawca nie jest samodzielnie uprawniony.

Odwołujący podniósł także, że zastosowanie postanowienia pkt. 11.4 SIWZ dotyczy wyłącznie sytuacji, w których w przedmiarze robót wskazano pochodzenie, markę, znak towarowy, producenta lub dostawcę, a w pozycjach 33 i 34 kosztorysu ofertowego Zamawiający nie wskazał takich danych.

Odwołujący stwierdził, że to Zamawiający jest podmiotem uprawnionym do odrzucenia ofert, zatem również w kompetencji Zamawiającego leży ocena, czy złożenie takiej oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Brak ponadto uzasadnienia do powoływania się na postanowienie pkt. 11.5 SIWZ, ponieważ koszty dotyczące słupów i wysięgników miały być ujęte w pozycji 33 i 34, brak tych kosztów stanowi błąd w obliczeniu ceny.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. dokumentacji postępowania oraz stanowisk i oświadczeń stron, złożonych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił, co następuje:

Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania, ponieważ jego oferta byłaby uznana za najkorzystniejszą, gdyby potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy Pzp.

W Przedmiarze robót i wzorze Kosztorysu ofertowego w jednej z kwestionowanych przez Odwołującego pozycji, tj. 33 Zamawiający zażądał wyceny słupów do wysięgników o długości 7,5 m.

Opis sposobu obliczenia ceny Zamawiający zawarł w pkt. 11.1 - 11.7 SIWZ, przy czym postanowienia istotne dla oceny zgodności treści oferty Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych Sp. z o.o. z treścią SIWZ w świetle stawianych przez Odwołującego zarzutów są następujące:

„11.1.

Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o kosztorys ofertowy sporządzony na formularzu, którego wzór stanowi Formularz 2.1. Podstawą obliczenia ceny oferty jest Przedmiar robót zamieszczony w Tomie V niniejszej SIWZ

11.2.

Kosztorys ofertowy, o którym mowa w pkt 11.1. należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w Przedmiarze robót. Wykonawca określi w Kosztorysie ofertowym ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w Przedmiarze robót oraz wyliczy cenę oferty brutto.

11.3

Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysie ofertowym wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w Przedmiarze robót. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzić zmian do Przedmiaru Robót. Wszystkie błędy ujawnione w Dokumentacji projektowej (na rysunkach), w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz w Przedmiarach robót Wykonawca powinien zgłosić Zamawiającemu przed terminem określonym w pkt. 10.2. niniejszej Instrukcji dla Wykonawców.

11.4.

Tam, gdzie na rysunkach, w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych oraz w Przedmiarze Robót, zostało wskazane pochodzenie (marka, znak towarowy, producent, dostawca) materiałów lub normy, aprobaty, specyfikacje i systemy, o których mowa w art. 30 ust. 1 – 3 ustawy Pzp, Zamawiający dopuszcza oferowanie materiałów lub rozwiązań równoważnych pod warunkiem, że zagwarantują one realizację robót w zgodzie z wydanym pozwoleniem na budowę oraz zapewnią uzyskanie parametrów technicznych nie gorszych od założonych w wyżej wymienionych dokumentach.

11.5

Cena oferty powinna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia w tym również wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa w Tomach II – V niniejszej SIWZ. Koszty towarzyszące wykonaniu przedmiotu zamówienia, których w Przedmiarach robót i Kosztorysie Ofertowym nie ujęto w odrębnych pozycjach, Wykonawca powinien ująć w cenach jednostkowych pozycji opisanych w Przedmiarze robót.”

W Formularzu 2.1. Kosztorys Ofertowy na str. 4 Zamawiający wprowadził w pozycjach 33 i 34 następujące roboty elektryczno – montażowe:

33 - Montaż i stawianie słupów do wysięgników sygnalizacji 7,5m – szt. 4,

34 - Montaż wysięgników rurowych mocowanych na słupie – szt. 4.

Zostały one w takim samym brzmieniu powtórzone w Przedmiarze robót dotyczącym sygnalizacji świetlnej.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych Sp. z o.o. w swojej ofercie w Kosztorysie Ofertowym na str. 7 w pozycjach 33 – 34 ujął następujące roboty elektryczno – montażowe:

33 - Montaż i stawianie słupów do wysięgników sygnalizacji 7,5m – szt. 4, 5 850,00 (cena jednostkowa w PLN) 23 400,00 (wartość w PLN).

34 - Montaż wysięgników rurowych mocowanych na słupie – szt. 4, puste miejsce w przypadku kolumny ceny jednostkowej w PLN oraz w przypadku kolumny wartość w PLN.

Zgodnie z par. 6 ust. 4 Istotnych postanowień umowy wynagrodzenie Wykonawcy stanowić będzie wynik iloczynu ilości wykonanych robót i cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym stanowiącym załącznik nr 2.1. do Oferty Wykonawcy .

Skład orzekający Izby zważył, co następuje:

W ocenie składu orzekającego Izby z dokumentów stanowiących SIWZ nie wynika, aby wysokość słupa miała być mierzona od stopy fundamentowej. Sam fakt, że stopa taka ma być wykonana i wyceniona, nie przesądza jeszcze o tym, że jest to poziom zero dla mierzenia długości słupa. Innymi słowy postanowienia SIWZ nie zawierały zastrzeżenia, że jakaś część konstrukcji nie może znajdować się pod stopą fundamentową.

Przyjęcie takiego założenia oznacza, że maszt, który Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych Sp. z o.o., zaoferuje – wedle oświadczenia i rysunku załączonego do przystąpienia do protestu i odwołania, a nie wymaganego postanowieniami SIWZ, pełniący rolę słupa, którego część „podziemna” wynosi 2 m, zaś „nadziemna” 5,65 m spełnia wymagania minimalne Zamawiającego.

Istotnym jest także postanowienie zawarte na stronie 10 Dokumentacji Projektowej sygnalizacji świetlnej, tj., że typ i rodzaj wysięgnika będzie podlegał uzgodnieniom z wybranym wykonawcom na etapie wykonania przedmiotu umowy. Powyższe wskazuje zatem, że Zamawiający dopiero na etapie realizacji umowy doprecyzuje z wybranym wykonawcom szczegółowe wymogi co do typu i rodzaju wysięgników. Odrzucenie na tym etapie oferty Przystępującego, który w swojej ofercie określił się co do konstrukcji oferowanego produktu zgodnie z parametrami technicznymi wymaganymi w SIWZ, z tego właśnie powodu byłoby sprzeczne z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby nie dopatrył się zatem sprzeczności treści oferty tego Wykonawcy z treścią SIWZ.

Celem obowiązku nałożonego na Zamawiającego na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, polegającego na opisanu sposobu obliczenia ceny jest spowodowanie, aby oferty sporządzone przez wszystkich wykonawców obejmowały wykonanie całości przedmiotu zamówienia i w konsekwencji były porównywalne oraz aby sporządzone oferty dawały możliwość dokonania rozliczeń między stronami, zgodnie z warunkami wynagrodzenia, przewidzianymi przez Zamawiającego w SIWZ.

Przez pryzmat tego celu należy rozpatrywać szczegółowe wymagania Zamawiającego co do obliczenia ceny oferty.

W przedmiotowej sprawie Wykonawca - Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych Sp. z o.o. spełnił wszystkie wymagania Zamawiającego w zakresie obliczenia wartości przedmiotu zamówienia, a wskazane w pkt. 11.1. – 11. 5 SIWZ, ponieważ:

odnośnie pkt. 11.1. - Wykonawca wyliczył cenę opierając się o wzór kosztorysu ofertowego, przygotowany przez Zamawiającego, tj. w oparciu o Formularz 2.1. i na podstawie Przedmiaru robót zamieszczonego w Tomie V SIWZ.

Skład orzekający Izby nie dopatrył się, aby pomiędzy wzorem Kosztorysu Ofertowego i Przedmiarem Robót, a Kosztorysem Ofertowym tego Wykonawcy wystąpiły różnice w opisie elementów rozliczeniowych i ich ilościach;

odnośnie pkt. 11.2. - Wykonawca sporządził kosztorys ofertowy metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w Przedmiarze robót, określił także ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w Przedmiarze robót oraz wyliczył cenę oferty brutto.

Skład orzekający Izby nie dopatrył się, aby kolejność którejkolwiek z pozycji przedmiarowych została przez Wykonawcę zmieniona, zaś fakt, że w przypadku pozycji 34 cena oferowanej tam roboty została uwzględniona w pozycji 33 postrzegać można jedynie w kategoriach uchybienia formalnego, technicznego, nie zaś merytorycznego, ponieważ Wykonawca zagwarantował w pozycjach 33 i 34 łącznie wykonanie żądanej przez Zamawiającego roboty, tj. zaoferował montaż i postawienie zarówno słupów do wysięgników sygnalizacji 7,5m, jak i wysięgników w ilości 4 sztuk. Rozbieżność taka może być rozprawiana jedynie w kategoriach niezgodności co do formy, a nie treści oferty, o czym stanowi art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp.

odnośnie pkt. 11.3. - Wykonawca obliczając cenę oferty uwzględnił w kosztorysie ofertowym wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w Przedmiarze robót, nie wprowadził zmian do Przedmiaru Robót.

Fakt, że w przypadku pozycji 34 cena oferowanej tam roboty została uwzględniona w pozycji 33 postrzegać można jedynie, jak już wskazano powyżej, jedynie w kategoriach uchybienia formalnego, technicznego, nie prowadzącego do uszczerbku w zakresie przedmiotu zamówienia oraz nie prowadzącego do nieporównywalności oferty tego Wykonawcy z innymi ofertami;

odnośnie pkt. 11.4. – dopuszczony w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp sposób opisu przedmiotu zamówienia, tj. przy użyciu znaków towarowych, patentów, czy pochodzenia jest

wyjątkiem od reguły opisywania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, ale bez tychże znaków towarowych, patentów, pochodzenia; regułą zatem winno być, aby opis elementów, czy części zamówienia był pozbawiony tego rodzaju wskazań, tak, aby sami wykonawcy zdecydowali, jaki produkt odpowiadający cechom produktu żądanego przez Zamawiającego zaoferować - oferowany produkt w ogóle nie podlega wówczas analizie pod kątem jego równoważności, bo też nie ma go z jakim przykładowym produktem „równoważyć”, a podlega jedynie analizie pod kątem spełnienia parametrów, funkcji, czy celu żądanego przez Zamawiającego.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający, odnośnie opisu spornych pozycji 33 i 34 wzoru Kosztorysu Ofertowego, nie posłużył się żadnym znakiem towarowym, patentem, czy pochodzeniem.

W ocenie składu orzekającego Izby, biorąc pod uwagę specyfikę oferowanego przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych Sp. z o.o. produktu, zaoferowanie masztu z wysięgnikiem rurowym w komplecie stanowi wypełnienie żądania Zamawiającego, którego celem było uzyskanie sygnalizacji (słup + wysięgnik) w ilości 4 sztuk.

Skład orzekający Izby za niedopuszczalną uznaje sytuację, w której weryfikacja oferowanego produktu, opisanego przez Zamawiającego zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, byłaby dokonywana przez przyzmat rygorów, właściwych dla opisu zgodnie z art. 29 ust. 3 ustawy Pzp (równoważność). Istotne bowiem w tym przypadku jest to, że oferowany produkt spełnia warunki techniczne, żądane przez Zamawiającego.

Skład orzekający Izby stanął także na stanowisku, że sposób obliczenia ceny dla pozycji 33 i 34 Kosztorysu Ofertowego Przedsiębiorstwa Robót Drogowo – Mostowych Sp. z o.o. zapewnia możliwość dokonania rozliczeń między stronami, zgodnie z warunkami wynagrodzenia, przewidzianymi przez Zamawiającego w SIWZ, tj. w szczególności z par. 6 ust. 4 Istotnych postanowień umowy.

Wykonanie montażu i postawienie słupów do wysięgników sygnalizacji (pozycja 33) bez montażu wysięgników rurowych mocowanych na słupie (pozycja 34) byłaby pozbawiona sensu i nie przyniosłaby oczekiwanego rezultatu, należy zatem założyć, że obie te pozycje zostaną rozliczone w takich samych ilościach.

Oznacza to, że rozliczenie dotyczyć może jedynie „całości”, tj. słupów z wysięgnikami, a w przypadku Przedsiębiorstwa Robót Drogowo – Mostowych Sp. z o.o. masztów z wysięgnikami rurowymi w ilości 4 sztuk za cenę jednostkową wynoszącą 5 850,00 zł.

Wobec powyższego skład orzekający Izby uznał zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp za nieuzasadniony.

W konsekwencji uznania, że wycena pozycji 34 nie wynosi 0 zł oraz, jak wskazano wcześniej, że możliwe jest dokonanie rozliczeń między stronami umowy na podstawie Kosztorysu Ofertowego Przedsiębiorstwa Robót Drogowo – Mostowych Sp. z o.o., zgodnie z wymaganiami Istotnych postanowień umowy, skład orzekający Izby za niezasadny uznał zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby nie uwzględnił wniosku Odwołującego o powołanie biegłego z zakresu techniki drogowej, ponieważ dokumentacja sprawy i stanowiska Zamawiającego i Przystępującego oraz Odwołującego były wystarczające do wydania orzeczenia.

Z tych względów orzeczono jak w sentencji.

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

Jednocześnie też skład orzekający Izby, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886), uznał za uzasadnione koszty Zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*