

Warszawa, 21.05.2008 r.

UZP/10846/08

Sąd Okręgowy w Gdańsku
III Wydział Cywilny - Odwoławczy
ul. Nowe Ogrody 30/34, 80-803 Gdańsk

Skarżący:

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych
00-522 Warszawa, Al. Szucha 2/4.

Strona przeciwna skargi:

1. Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku,
80-778 Gdańsk, ul. Mostowa 11A.
2. Konsorcjum Spółek:
 - WAKOZ Sp. z o.o. (lider konsorcjum)
Gen. Sikorskiego 3, 84-242 Luzino
 - Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe
Spółka z o.o.
ul. Fabryczna 1, 76-200 Słupsk
3. SKANSKA S.A.,
01-518 Warszawa, ul. Gen. Zajęczka 9

Skarga na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej
z dnia 30 kwietnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 362/08

Działając na podstawie art. 195 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą”,

zaskarżam niniejszym w całości wyrok **Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 kwietnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 362/08)**, oddalający odwołanie wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne na „Budowę obwodnicy Pelplina (droga wojewódzka nr 229)”, to jest Konsorcjum Spółek: WAKOZ Spółka z o.o. z siedzibą w Luzinie oraz Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego Sp. z o.o. z siedzibą w Słupsku, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego, to jest Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, protestu z dnia 4 kwietnia 2008 r.

Wyrokowi powyższemu zarzucam:

- I. sprzeczność ustaleń faktycznych, na których oparto rozstrzygnięcie, z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez bezpodstawne przyjęcie, że treść oferty złożonej przez Konsorcjum Spółek: WAKOZ Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego Sp. z o.o. nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków przedmiotowego zamówienia publicznego,**

- II. sprzeczność ustaleń faktycznych, na których oparto rozstrzygnięcie, z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego poprzez bezpodstawne przyjęcie, że z poz. 392, kol. 6 kosztorysu ofertowego złożonego przez Konsorcjum Spółek: WAKOZ Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego Sp. z o.o. nie wynika cena jednostkowa za ustawienie pylonu odbłaskowego typ U-5b wraz z przymocowaniem tarczy typ C-9,**

- III. błąd w ustaleniach faktycznych, na których oparto rozstrzygnięcie, poprzez bezpodstawne przyjęcie, że dokonanie rozliczenia robót z zastosowaniem cen jednostkowych jest niemożliwe w sytuacji, gdy podana została cena łączna za te roboty oraz ilość jednostek, które owa cena łączna dotyczy,**

IV. naruszenie prawa materialnego, tj. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, poprzez niewłaściwe jego zastosowanie polegające na bezpodstawnym uznaniu, iż oferta złożona przez Konsorcjum Spółek: WAKOZ Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego Sp. z o.o. podlega odrzuceniu z powołaniem się na ów przepis.

Wskazując na powyższe, na podstawie art. 196 ust. 1 w zw. z art. 198 ust. 2 zd. 2 ustawy wnoszę o:

- 1) uchylenie zaskarżonego wyroku w całości,**
- 2) uwzględnienie odwołania Konsorcjum Spółek: WAKOZ Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego Sp. z o.o. i unieważnienie czynności odrzucenia oferty rzeczzonego Konsorcjum przez Zamawiającego,**
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny złożonych ofert i wybór najkorzystniejszej z nich z uwzględnieniem oferty Konsorcjum Spółek: WAKOZ Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego Sp. z o.o.,**

a nadto wnoszę o zasądzenie kosztów procesowych za postępowanie skargowe oraz postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą.

UZASADNIENIE

I. Wyrokiem z dnia 30 kwietnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 362/08) Krajowa Izba Odwoławcza (dalej – KIO) oddaliła odwołanie złożone przez Konsorcjum Spółek: WAKOZ Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego Sp. z o.o., zwane dalej „Konsorcjum”, w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę obwodnicy Pelplina (droga wojewódzka nr 229)”.

KIO nie podzieliła żadnego z zarzutów wspomnianego odwołania, mających na celu wykazanie braku podstaw do odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum.

Zdaniem KIO, „jak wynika z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym treści opisu sposobu obliczenia ceny w pkt 18.2 Instrukcji dla Wykonawców wymogiem nałożonym na Wykonawców było określenie cen

jednostkowych netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji ściśle wg kolejności pozycji wymienionych w Formularzu Kosztorysu ofertowego. Ponadto z treści § 9 ust. 2 Istotnych postanowień umowy wynika, że w przypadku różnicy ilości robót przewidzianych w kosztorysie ofertowym, rozliczenie nastąpi na podstawie kosztorysu zamiennego mającego charakter powykonawczy, przy zastosowaniu cen jednostkowych robót ustalonych w kosztorysie ofertowym. Powyższy opis oznacza, że w niniejszym postępowaniu stosuje się wynagrodzenie kosztorysowe w rozumieniu art. 629 kodeksu cywilnego. W sytuacji braku ceny jednostkowej pominięciu jakiegokolwiek pozycji powoduje, że rozliczenie wykonanych robót zostanie uniemożliwione.

W rozpatrywanej sprawie niesporny jest stan faktyczny polegający na pominięciu przez Odwołującego w kosztorysie ofertowym dokonania wpisu w poz. 392 jednej kolumny 6 – „cena jednostkowa” przy jednoczesnym wypełnieniu wartością 0,00 zł kolumny 7 – „cena łączna”. W tej sytuacji dokonanie rozliczenia robót z zastosowaniem cen jednostkowych staje się niemożliwe (...).

KIO analizując treść oferty Odwołującego oraz postanowień siwz stwierdza, że „kosztorys załączony do oferty stanowi jej integralną część. W konsekwencji oznacza to, że treść kosztorysu stanowiącego część treści oferty musi odpowiadać treści specyfikacji”.

Powyższe oznacza, zdaniem KIO, iż Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Konsorcjum jako nie odpowiadającą treści specyfikacji istotnych warunków przedmiotowego zamówienia (dalej – siwz).

Z powyższym stanowiskiem KIO nie można się zgodzić.

II.1. Przede wszystkim wskazać należy, iż – stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Podstawą treści oświadczenia woli wykonawcy jest treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Konsekwencją przyjęcia, że oferta to oświadczenie woli

zawarcia umowy, zawierające istotne postanowienia przyszłej umowy, należy uznać, iż o niespełnieniu wymogów w zakresie opisanym w art. 82 ust. 3 ustawy (treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia) można mówić jedynie wtedy, gdy wykonawca, wbrew stosownym zapisom siwz, wskazuje odmienny niż wymagany przez zamawiającego termin wykonania zamówienia, przedmiot zamówienia zawierający inne parametry lub przewidujący użycie przy jego realizacji innych materiałów niż wskazane przez zamawiającego czy krótszy od wymaganego termin gwarancji.

Częstokroć podejmowane czynności zamawiającego, polegające na odrzuceniu ofert wykonawców w oparciu właśnie o tę przesłankę spowodowane są pewnymi zaszłościami w tym zakresie. Poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz. U. z 2002 r., Nr 72, poz. 664, z późn. zm.) zawierała zapis nakazujący zamawiającemu odrzucenie oferty w sytuacji, gdy oferta nie spełniała wymagań zamawiającego zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (a następnie także oferty sprzecznej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia). Wymagania te mogły dotyczyć również wymagań w zakresie formy oferty. Ustawa Prawo zamówień publicznych sankcję w postaci odrzucenia oferty ograniczyła jedynie do sytuacji, gdy treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie spełniają natomiast powołanej wyżej przesłanki wszelkie braki w zakresie formy złożonej oferty.

Nieprawidłowe jest również zbyt dosłowne rozumienie przez zamawiających kwestii zgodności treści oferty z treścią specyfikacji. Otóż owa zgodność nie musi polegać na dosłownym powtórzeniu brzmienia zapisów specyfikacji w złożonych ofertach. Istotne jest bowiem, aby sens wyrażen składających się na treść oferty odpowiadał zamierzeniom zamawiającego (za: W. M. Stodolak, w: W. Hartung, P. Laudański, W. M. Stodolak, M. Stręciwilk, M. Winiarz – Zamówienia Publiczne po nowelizacji, Unimex Oficyna Wydawnicza, Wrocław 2007, str. 299, 313-314).

Przywołać w tym miejscu należy dotychczasowe orzecznictwo Zespołów Arbitrów, poprzednika KIO. Na przykład, w wyroku z dnia 27 marca 2007 r. (sygn.

akt UZP/ZO/0-305/07, LEX nr 288603) Zespół Arbitrów stwierdził m.in., iż *niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy nie odpowiada opisanemu w SIWZ przedmiotowi zamówienia. Ta sprzeczność oferty z SIWZ musi mieć charakter materialny, a nie formalny. Charakter materialny sprzeczności przejawia się w tym, iż oferta nie spełnia oczekiwań zamawiającego, nie zawiera wszystkich elementów koniecznych do wykonania zamówienia.*

Nie może zatem budzić wątpliwości fakt, iż w istniejącym stanie prawnym nie każda rozbieżność między postanowieniami siwz a zawartością oferty skutkuje powstaniem obowiązku odrzucenia takiej oferty. Dla odrzucenia oferty z powołaniem się na okoliczność wymienioną w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy konieczne jest nie budzące wątpliwości stwierdzenie, że treść owej oferty nie odpowiada treści siwz. Odrzucenie oferty z powołaniem się na uchybienia natury formalnej jest niedopuszczalne.

W tym zakresie należy podzielić pogląd prezentowany przez KIO w wyroku z dnia 9 maja 2008 r., sygn. akt KIO/UZP/08. Izba wskazała w nim wprost, iż jej ocenie brak w formularzu cenowym ceny jednostkowej w ustalonych okolicznościach faktycznych: gdy brak ceny jednostkowej jest bezsporny i nie budzący wątpliwości, gdyż wypełnione zostały pozostałe kolumny formularza, a wykonawcy nie była pozostawiona dowolność w tym zakresie a błąd jest widoczny na pierwszy rzut oka oraz możliwy do skorygowania bez prowadzenia jakichkolwiek wyjaśnień, gdyż istnieje oczywisty i jedyny możliwy arytmetyczny sposób wyliczenia wysokości stawki jednostkowej w oparciu o pozostałe dane - stanowi oczywistą omyłkę pisarską. Zdaniem Izby, omyłka ta jest możliwa do sprostowania bez zmiany treści oferty, *gdyż wykonawca zaoferował wykonanie całego przedmiotu zamówienia i wskazał cenę oferty oraz ceny cząstkowe wszystkich składników oferty a pominął jedynie jeden z elementów kalkulacyjnych jednego z nich.* Jeśli zaś pominięcie ceny jednostkowej w formularzu cenowym jest oczywistą omyłką pisarską, to dopuszczalne jest jego poprawienie w trybie art. 87 ust. 2 ustawy. KIO w przywołanym wyroku zauważyła także, iż *do odmiennych wniosków nie prowadzi odwołanie się do definicji oferty*

zawartej w przepisach kodeksu cywilnego, zgodnie z art. 14 ustawy, wobec braku w ustawie odrębnej definicji oferty. Zgodnie z art. 66 §1 kodeksu cywilnego oferta winna zawierać wszystkie elementy istotne niezbędne do zawarcia umowy (essentialia negotii). Zgodnie z doktryną prawa cywilnego elementami tymi są cena oraz postanowienia charakterystyczne i niezbędne dla danej umowy. Elementy te oferta Odwołującego się zawiera, gdyż deklaruje wykonanie umowy zgodnie z SIWZ, w wymaganym terminie oraz wskazuje cenę.

Prezentowane wyżej stanowisko w pełni zasługuje na aprobatę.

II.2. Zgodnie z pkt 8.3.3 Instrukcji dla Wykonawców (Rozdział I siwz), oferty składane w przedmiotowej sprawie powinny zawierać wypełniony formularz „Oferta” zamieszczony w Rozdziale III siwz oraz – między innymi – kosztorys ofertowy na formularzu zgodnym z treścią załącznika nr 1 do Rozdziału III.

W myśl pkt 18.1 wspomnianej Instrukcji, cena oferty miała zostać obliczona przez Wykonawcę w oparciu o Formularz Kosztorysu Ofertowego, o którym mowa w Rozdziale III siwz. W kolumnie 3 owego Formularza wyszczególnione zostały elementy rozliczeniowe, w kolumnie 4 – nazwa jednostki miary, w kolumnie 5 – ilość jednostek, w kolumnie 6 – cena jednostkowa kolejnych elementów, w kolumnie 7 zaś – cena łączna poszczególnych grup elementów, przy czym dwie ostatnie kolumny pozostawione zostały puste, do odpowiedniego wypełnienia przez Wykonawcę.

Z § 1 ust. 1 Rozdziału V siwz (Istotne dla stron postanowienia umowy) wynika, iż Wykonawca zobowiązuje się zrealizować na rzecz Zamawiającego roboty budowlane polegające na „Budowie obwodnicy Pelplina (droga wojewódzka nr 229)” zgodnie z ofertą. Przedmiot umowy, o którym mowa powyżej, obejmuje – stosownie do ust. 2 wymienionego paragrafu – wykonanie robót budowlanych w rozumieniu ustawy Prawo budowlane na podstawie dokumentacji projektowej, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w Rozdziale IV siwz.

Zgodnie z § 9 ust. 1 Rozdziału V siwz, z tytułu należytego wykonania przedmiotu umowy, o którym mowa § 1 tegoż Rozdziału, Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie określone na podstawie – ustalonych w kosztorysie

ofertowym Wykonawcy – cen jednostkowych robót, w odniesieniu do ilości rzeczywiście wykonanych i odebranych robót. Ust. 2 powołanego paragrafu nadmienia, iż w przypadku wystąpienia mniejszej lub większej ilości robót niż to pierwotnie przewidziano w kosztorysie ofertowym, rozliczenie nastąpi na podstawie zatwierdzonych przez inspektora nadzoru kosztorysu zamiennego, sporządzonego przez Wykonawcę metodą uproszczonej kalkulacji kosztorysowej, przy zastosowaniu cen jednostkowych robót ustalonych w kosztorysie ofertowym przemnożonych przez ilości robót, które zostały udokumentowane jako wykonane i odebrane w książce obmiaru.

Z powyższego wynika zatem, iż obowiązkiem wykonawców było załączenie do składanych ofert odpowiednio wypełnionego Formularza Kosztorysu Ofertowego, zawierającego ceny jednostkowe i łączne poszczególnych elementów rozliczeniowych. Wysokość podanych w ten sposób cen nie powinna budzić – wobec przyjętego w Rozdziale V siwz sposobu ostatecznego rozliczenia przedmiotowego zadania – wątpliwości; sposób (forma) podania owych cen (treść oferty) pozostawał jednak, w świetle dyspozycji art. 82 ust. 3 ustawy, bez wpływu na ważność oferty.

Wymóg zawarty w pkt 8.3.3. Instrukcji dla Wykonawców uznać zatem należało za spełniony, jeśli na podstawie danych przedstawionych przez Wykonawcę w Formularzu Kosztorysu Ofertowego możliwe było ustalenie w sposób nie budzący wątpliwości co do intencji wykonawcy cen jednostkowych poszczególnych elementów rozliczeniowych. Nie wywiązanie się zatem z wymagań Zamawiającego co do sposobu przedstawienia propozycji cenowych (w tym konkretnym przypadku – wymagania te polegały na zobowiązaniu wykonawców do wypełnienia wszystkich pustych miejsc w kolumnach 6 i 7 wspomnianego Formularza) pozostanie obojętne dla kwestii ważności oferty, o ile na podstawie całokształtu informacji udzielonych w owej ofercie możliwe będzie ustalenie wszystkich istotnych elementów oferty.

Dokonanie takich ustaleń w zakresie cen poszczególnych elementów oferty możliwe będzie – wprost – w oparciu o ceny jednostkowe, wpisane przez Wykonawcę w odpowiednie rubryki kolumny 6 Formularza Kosztorysu Ofertowego lub –

pośrednio, po dokonaniu odpowiednich, nieskomplikowanych obliczeń – w oparciu o ceny łączne z kolumny 7 i dane z kolumn 4-5 wspomnianego Formularza.

W konsekwencji nie może zatem budzić wątpliwości, iż dla zgodności treści oferty z treścią siwz wystarczające jest w tym wypadku podanie przez Wykonawcę jednej z cen – czy to jednostkowej, czy też łącznej – poszczególnych elementów rozliczeniowych. Nie wpisanie jednej z owych cen, przy jednoczesnym wpisaniu drugiej, stanowi jedynie brak zgodności formy złożonej oferty z formą oferty wymaganą przez siwz, a co za tym idzie – nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty z powołaniem się na art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

II.3. Jak wynika z kosztorysu ofertowego załączonego do oferty złożonej przez Konsorcjum Formularza, cena za ustawienie łącznie 16 pylonów odblaskowych typ U-5b wraz z przymocowaniem tarczy typ C-9 na drodze wojewódzkiej nr 299 wynosić miała 0,00 zł. W rubryce w miejscu przecięcia poz. 392 z kolumną 6 („cena jednostkowa”) pozostawiono puste pole. Nie oznacza to jednak w żadnym wypadku, iż Konsorcjum nie podało owej ceny jednostkowej. Cena ta wynosi mianowicie:

$$0,00 \text{ zł} : 16 = 0,00 \text{ zł}$$

Oznacza to, że KIO błędnie ustaliła, iż Konsorcjum nie podało w swej ofercie ceny za ustawienie łącznie 16 pylonów odblaskowych typ U-5b wraz z przymocowaniem tarczy typ C-9, a co za tym idzie – że treść oferty złożonej przez Konsorcjum nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków przedmiotowego zamówienia publicznego. Nie wpisanie w poz. 392 Formularza kosztorysu ofertowego ceny jednostkowej może zostać uznane jedynie za uchybienie natury formalnej, pozostające obojętne dla ważności oferty.

Podkreślić należy, iż – wbrew zaprezentowanemu przez KIO stanowisku, jakoby „w tej sytuacji dokonanie rozliczenia robót z zastosowaniem cen jednostkowych staje się niemożliwe” – bez względu na ostateczną ilość ustawionych pylonów odblaskowych typ U-5b wraz z przymocowaniem tarczy typ C-9 możliwe

będzie ustalenie wynagrodzenia Konsorcjum w tej części. Wynagrodzenie to wynosić będzie: $p \times 0,00 \text{ zł} = 0,00 \text{ zł}$, gdzie p – ilość ustawionych pylonów.

W konsekwencji stwierdzić należy, iż przesłanka wskazana w skarżonym wyroku KIO, mająca stanowić – w przekonaniu KIO – podstawę do odrzucenia oferty Konsorcjum, za podstawę do takiego odrzucenia uznana być nie może, a co za tym idzie – odrzucenie tej oferty jest niedopuszczalne. KIO w sposób rażący naruszyła zatem dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Powyższe oznacza, że oddalenie przez KIO odwołania Konsorcjum z przyczyn wskazanych w skarżonym wyroku nie znajduje oparcia w obowiązującym prawie. Konieczne jest zatem uchylenie skarżonego wyroku KIO, nakazanie Zamawiającemu dokonanie powtórnej oceny złożonych ofert i wybór najkorzystniejszej z nich z uwzględnieniem oferty Konsorcjum Spółek: WAKOZ Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwa Drogowo-Mostowego Sp. z o.o.

II.4. Jedynie na marginesie powyższych rozważań podkreślić należy, iż zastosowanie stawki „0,00 zł” w jednej z kilkuset pozycji kosztorysowych nie stanowi naruszenia ani przepisów ustawy, ani ustawy z dnia 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz. U. Nr 97, poz. 1050, z późn. zm.). Na cenę przedmiotowego zadania składają się różnorodne opłaty i stawki. Zaoferowanie stawki „0,00 zł”, za jeden ze składników owego zadania, nie wpływających w sposób istotny na jego ogólną cenę, nie powoduje, że umowa na realizację tego zadania traci walor odpłatności, a co za tym idzie – że będzie niezgodna z definicją zamówienia publicznego określoną w art. 2 pkt 13 ustawy.

Analogiczne stanowisko zaprezentowała KIO w wyroku z dnia 7 stycznia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 34/07), zgodnie z którym zaoferowanie stawki „0” w niektórych pozycjach oferty nie stanowi naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o cenach.

Zaproponowanie przez Konsorcjum stawki „0,00 zł” za wykonanie jednego z elementów przyszłego zadania nie może zatem zostać uznane za naruszenie zasady

odpłatności umów o zamówienie publiczne, pozostaje więc bez wpływu na ważność złożonej przez Konsorcjum oferty.

Reasumując powyższe stwierdzić należy, iż wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 kwietnia 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 362/08) wydany został niezgodnie z treścią zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz z rażącym naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a co za tym idzie – niniejsza skarga jest konieczna i zasadna.

P R E Z E S
Urzędu Zamówień Publicznych

Jacek Sadowy

Załączniki:

- a) dowody przekazania odpisów niniejszej skargi stronom przeciwnym skargi:
- zamawiającemu – Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Gdańsku,
 - WAKOZ Sp. z o.o. w Luzinie,
 - Przedsiębiorstwu Drogowo-Mostowemu Spółka z o.o. w Słupsku
 - SKANSKA S.A. w Warszawie
- b) odpis aktu powołania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych Jacka Sadowego na zajmowane stanowisko

KIO
21.05.08