

WYROK
z dnia 5 marca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lutego 2020 r. przez wykonawcę **ROKOM Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Karnickiej 20 (03-162 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Stołeczny Zarząd Infrastruktury** z siedzibą w Warszawie przy Alejach Jerozolimskich 97 (00-909 Warszawa)

przy udziale wykonawcy **DELTA S.A.** z siedzibą w Warszawie przy ul. Dzielnej 21/47 (01-029 Warszawa), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutu podniesionego w pkt 5 *petitum* odwołania z powodu uwzględnienia odwołania w tej części przez zamawiającego oraz wobec niewniesienia sprzeciwu przez uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego;
2. Uwzględnia odwołanie w części dotyczącej nieuwzględnienia w kosztorysie ofertowym przez wykonawcę Delta S.A. z siedzibą w Warszawie narzutu – kosztu zakupu oraz zaoferowania i wyceny materiału dotyczącego zbrojenia niezgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (poz. nr 36 w kosztorysie dotyczącym branży drogowej) i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, odrzucenie oferty wykonawcy Delta S.A. z siedzibą w Warszawie jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu;
3. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;
4. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Stołeczny Zarząd Infrastruktury** z siedzibą w Warszawie i:

- 4.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **ROKOM Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;
- 4.2. zasądza od zamawiającego **Stołecznego Zarządu Infrastruktury** z siedzibą w Warszawie na rzecz wykonawcy **ROKOM Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) 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

Stołeczny Zarząd Infrastruktury z siedzibą w Warszawie zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „Pzp” *na wykonanie robót budowlanych wraz z konserwacją i serwisowaniem zainstalowanych urządzeń dla zadania: Przebudowa placu postojowego warsztatów, budowa przyłącza kanalizacyjnego (sanitarnego i deszczowego) wraz z urządzeniami towarzyszącymi przy ul. Gdańskiej 6 w Warszawie* (numer sprawy: 82/2019), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 28 listopada 2019 r., pod numerem 627464-N-2019.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 19 lutego 2020 r. wykonawca ROKOM Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy - DELTA S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej zwanego jako: „Delta”);
- negocjowaniu i dokonaniu zmiany treści oferty wykonawcy Delta po terminie składania ofert w postępowaniu;
- zaniechaniu odrzucenia z postępowania oferty wykonawcy Delta pomimo, że oferta ta podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”);
- zaniechaniu odrzucenia z postępowania oferty wykonawcy Delta pomimo, że oferta ta jest ofertą niezgodną z ustawą, zawiera błędy w obliczeniu ceny, a ponadto jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zaskarżonym czynnościami i zaniechaniami odwołujący zarzucił naruszenie:

- 1) art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Delta pomimo, że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ;
- 2) art. 87 ust 1 Pzp przez nadużycie procedury wyjaśniania oferty Delta i dopuszczenie negocjacji treści oferty przez zamawiającego prowadzących do jej zmian;

- 3) art. 87 ust 2 pkt 1 Pzp przez poprawienie jako oczywistych omyłek pisarskich w ofercie Delta niezgodności treści oferty z treścią SIWZ;
- 4) art. 89 ust 1 pkt 1 Pzp, art. 89 ust 1 pkt 6 oraz 89 ust 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Delta pomimo, że jest ofertą niezgodną z ustawą, zawiera błędy w obliczeniu ceny, a ponadto jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 5) art. 7 art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 Pzp przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

W oparciu o przedstawione zarzuty odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obciążonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania;
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy Delta z postępowania;
- 3) powtórzenia czynności oceny ofert w postępowaniu, co spowoduje wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż jego oferta zgodnie z rankingiem ofert zawartym w treści zawiadomienia o rozstrzygnięciu postępowania została uplasowana na drugiej pozycji. W sytuacji zatem eliminacji kwestionowanej oferty wykonawcy Delta, kolejną zgodnie z rankingiem ofert według przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert a jednocześnie ważną ofertą, będzie oferta odwołującego. W konsekwencji w ocenie odwołującego nie budziło wątpliwości, że jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia w tym postępowaniu doznał uszczerbku, bowiem gdyby nie zaskarżone czynności i zaniechania zamawiającego, to on uzyskałby zamówienie, tym samym może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z zamawiającym.

Odwołujący wskazał, że z treści SIWZ niewątpliwie wynikało, iż w postępowaniu przyjęto dla potrzeb rozliczenia robót metodę rozliczenia kosztorysowego i konsekwentnie na potrzeby wyceny oferty obowiązkiem wykonawców było obliczenie ceny oferty przy zastosowaniu kosztorysu ofertowego sporządzonego metodą kalkulacji szczegółowej. Zamawiający poinstruował wykonawców w sposób precyzyjny, w jaki sposób należy wypełnić kosztorys ofertowy, w szczególności oczekując uwzględnienia w nim cen jednostkowych (wartości robocizny, bezpośredniej pracy sprzętu oraz wartość materiałów powiększone o koszty ogólne, zysk oraz koszty zakupu materiałów). Każda pozycja wyceniana w oparciu o dokumentację winna zawierać: podstawę jej wyceny, opis robót, jednostkę miary, ilość jednostek miary, cenę jednostkową z narzutami i kosztami pośrednimi,

kosztami zakupu materiałów i zyskiem. W ocenie odwołującego, zamawiający w treści SIWZ podkreślał charakter i znaczenie kosztorysu wskazując, że wartość robót określona w oparciu o kosztorysy ofertowe i tabelę elementów do fakturowania przejściowego jest wynagrodzeniem kosztorysowym, a przedłożona oferta a w szczególności kosztorysy ofertowe i tabela elementów do fakturowania przejściowego podlegać będzie analizie i ocenie przez komisję przetargową zamawiającego pod kątem jej wiarygodności, kompletności i poprawności opracowania, w tym również zgodności z załączonym do SIWZ przedmiarami robót oraz ewentualnymi uzupełnieniami. W tym zakresie odwołujący zwrócił uwagę na postanowienia rozdziału XV SIWZ.

Podsumowując, zdaniem odwołującego nie ulegało wątpliwości, że mając na względzie przyjęty kosztorysowy sposób obliczenia ceny oferty, a także rozliczenia robót objętych przedmiotem zamówienia, również kosztorysowy, złożony wraz z ofertą wykonawcy kosztorys ofertowy stanowił ofertę *sensu stricte*.

Następnie odwołujący przedstawił uzasadnienie wobec niezgodności treści oferty wykonawcy Delta z treścią SIWZ. W tym zakresie odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że w postępowaniu wykonawca Delta złożył ofertę załączając do niej wymagany kosztorys ofertowy, a odwołujący przed rozstrzygnięciem postępowania przez zamawiającego, przekazał zamawiającemu zawiadomienie o stwierdzonych po własnej analizie oferty Delta niezgodnościach z SIWZ w zakresie złożonego kosztorysu ofertowego. Jak wynika z treści uzasadnienia wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 14 lutego 2020 r., zamawiający przekazał wykonawcy Delta zastrzeżenia odwołującego, a Delta przedstawiła swoje wyjaśnienia w tej sprawie. Odwołujący prezentując poszczególne zarzuty dotyczące treści oferty Delta, przedstawił zarówno: treść samej oferty wykonawcy Delta, wyjaśnienia Delta, jak i ocenę zamawiającego tych wyjaśnień zawartą w zawiadomieniu o rozstrzygnięciu postępowania.

Pierwszy zarzut wobec treści oferty wykonawcy Delta dotyczył nieuwzględnienia w złożonym kosztorysie ofertowym narzutu – kosztu zakupu. Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią rozdziału XV ust. 3 SIWZ (treść w ramce) wszystkie pozycje kosztorysowe w kosztorysach wykonawcy Delta zawierają narzuty typu koszty pośrednie i zysk, i są one różne dla każdej branży, natomiast żadna pozycja nie zawiera narzutu kosztu zakupu, pomimo takiego wymogu określonego przez zamawiającego, w jaki sposób winien być sporządzony szczegółowy kosztorys ofertowy i jakie koszty oraz narzuty zawierać i prezentować.

Drugi zarzut wobec treści oferty wykonawcy Delta dotyczył zaoferowania i wyceny w złożonym kosztorysie ofertowym materiału niezgodnego z SIWZ – warstwa mrozoochronna. Odwołujący wyjaśnił, że w kosztorysie branży drogowej w pozycjach 26 i 27 należało wykonać warstwę mrozoochronną jako mieszankę związaną cementem o parametrach C

1,5/2 <4,0 MPa, wg dokumentacji i Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót dowiedzoną jako gotową mieszankę oraz wykonawca winien również uwzględnić wyjaśnienia przesłane przez zamawiającego w dniu 12 października 2019 r., szczególnie dotyczące odpowiedzi na pytanie nr 8 do treści SIWZ. W ocenie odwołującego, zamawiający w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości interpretacyjnych wyjaśnił, że dla tych pozycji niedopuszczalne jest wykonanie warstwy mrozoochronnej jako wykonanie stabilizacji kruszywa cementem poprzez mieszanie na budowie kruszywa i cementu na placu budowy, a potwierdził konieczność wykonania tej warstwy z gotowej mieszanki dowiedzonej na miejsce wbudowania, zgodnie z zapisami w dokumentacji. Odwołujący wskazał, że wykonawca Delta dla powyższych pozycji nie zastosował się do jednoznacznie określonej technologii wykonania określonej w dokumentacji, jak również nie uwzględnił, a wręcz pominął dodatkowe wyjaśnienia SIWZ i zastosował w ofercie oraz wycenie technologię mieszania cementu i kruszywa w miejscu wbudowania, o czym świadczą wyszczególnione w kosztorysie materiałowe nakłady rzeczowe, tj. osobno cement i kruszywo (pospółka i piasek). Tym samym w opinii odwołującego dla pozycji kosztorysowych 26 i 27 kosztorysu drogowego w ofercie Delta mieliśmy do czynienia z ofertą wariantową - odmiennym i niezgodnym wprost z SIWZ sposobem wykonania przedmiotu zamówienia: osobno dostarcza się cement na budowę i osobno kruszywo (pospółka i piasek), zamiast gotowej mieszanki kruszywa związanego cementem o wymaganym parametrze wytrzymałości C 1.5/2 - mieszanka o tych parametrach technicznych musi zostać przed wbudowaniem zatwierdzona przez zamawiającego, jako materiał zgodny z wymogami dokumentacji i specyfikacji technicznej. Ten fakt jednoznacznie wskazuje na zastosowaną technologię wykonania poprzez zmieszanie tych materiałów w miejscu wbudowania, czego nie dopuszczała Specyfikacja Techniczna i jasno sprecyzowana odpowiedź zamawiającego z dnia 12 października 2019 r. Ponadto poza niezgodnością z SIWZ odwołujący wskazał, że gotowa mieszanka ma wyższą cenę o co najmniej 10%, ponieważ jest ponoszony dodatkowy koszt wymieszania tych materiałów na wytwórni (betoniarni), aby otrzymać jednorodną mieszankę kruszywa związanego cementem o zagwarantowanych parametrach wytrzymałościowych potwierdzonych badaniami laboratoryjnymi. Powyższe zdaniem odwołującego stanowiło wprost niezgodność treści oferty wykonawcy z treścią SIWZ i skutkować winno odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp. W ocenie odwołującego treść oferty Delta pozostaje wprost niezgodna z treścią SIWZ i wiążących wyjaśnień specyfikacji dokonanych przez zamawiającego i nie została w żaden sposób skorygowana/zmieniona. Samo zapewnienie Delta o zgodności ze specyfikacją zawarte w treści wyjaśnień złożonych na wezwanie zamawiającego nie zastępuje oświadczenia woli wykonawcy, które winno być zawarte w samej treści oferty. Zdaniem odwołującego należy wyraźnie podkreślić granice

procedury wyjaśniania treści oferty wynikające z art. 87 ust 1 Pzp. Procedura ta nie może prowadzić do zmiany treści oferty, podczas gdy w sprawie taka właśnie sytuacja ma miejsce. W opinii odwołującego w przedmiotowej sprawie doszło w istocie do zmiany treści oferty wykonawcy Delta po jej złożeniu w drodze wyjaśnień. Treść oferty wykonawcy potwierdza, że zaoferowany i wyceniony przedmiot świadczenia nie jest zgodny z SIWZ, a samo zapewnienia wykonawcy, że faktycznie jest odmiennie, nie mogły sanować wady oferty. Wręcz przeciwnie, wyjaśnienia Delta z dnia 27 stycznia 2020 r. potwierdzają zasadność zastrzeżeń i ustaleń odwołującego – oferta faktycznie nie uwzględnia wymagań SIWZ.

Trzeci zarzut wobec treści oferty wykonawcy Delta dotyczył pozycji nr 36 określonej w kosztorysie branży drogowej i polegał na zaoferowaniu i wycenie materiału niezgodnego z SIWZ – zbrojenie niezgodne z wymaganiami. Odwołujący wskazał w tym zakresie na rozdział II ust. 2 SIWZ w części dotyczącej fundamentów pod podnośnik oraz pytanie do treści SIWZ i odpowiedź na nie oznaczone nr 2. Zdaniem odwołującego wykonawca Delta dla tej pozycji uwzględnił tylko zbrojenie rozdzielcze, tj. pręty pomocnicze służące tylko do ukształtowania szkieletu zbrojenia, o średnicy do 7 mm w ilości 16 kg (0,016 tony), które samo w sobie jest niewystarczające do wykonania właściwego zbrojenia tych elementów. Powyższe jego zdaniem oznaczało wprost niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, przy czym niezgodność ta nie mogła zostać usunięta przez uzupełnienie kosztorysu - jako elementu treści oferty nieuzupełnialnego na podstawie art. 26 ust 3 Pzp. Nie istniała także możliwość sanowania powyższej niezgodności za pomocą przepisów dotyczących poprawiania omyłek treści oferty, w szczególności na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp bowiem konieczne stałoby się dokonanie zmiany podstawy wyceny, a precyzyjniej, jej ponownego ustalenia podczas gdy podstawy te nie wynikają z oferty, co skutkuje zakazaną na podstawie art. 87 ust 1 Pzp negocjacją treści oferty. Następnie odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający poprawił wskazaną w kosztorysie średnicę pręta drutu żebrowanego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp na prośbę wykonawcy Delta i wskazał, iż w sprawie nie może być mowy o oczywistej omyłce pisarskiej, gdyż po pierwsze ustalenie, że w ogóle jest to omyłka, miało nastąpić w wyniku wezwania do udzielenia wyjaśnień przez zamawiającego, co powoduje, że poprawienie omyłki na zasadzie oczywistej pisarskiej nie jest możliwe. Brak jest bowiem elementu koniecznego takiej omyłki w postaci oczywistości dla zamawiającego. Gdyby faktycznie omyłka była oczywista, to sam zamawiający ustaliłby, że treść oferty taką omyłkę w ogóle zawiera. Po drugie zaś w opinii odwołującego potrafiłby samodzielnie taką omyłkę poprawić. Dodatkowo odwołujący stwierdził, że podkreślenia wymaga niezgodna z Pzp procedura inicjowania poprawiania omyłki - zgodnie z ustawą to zamawiający samodzielnie ustala czy w ogóle mamy do czynienia z omyłką, następnie bada czy omyłka ma charakter oczywisty i stwierdzając to, sam poprawia ją, tymczasem w postępowaniu

zamawiający poprawił omyłkę na prośbę wykonawcy. Odwołujący wskazał, że kierując się stanowiskiem zamawiającego z treści decyzji o rozstrzygnięciu postępowania – zamienić należałoby opis materiału niezgodnego z SIWZ, a zawartego w ofercie Delta:

„...pręty żebrowane ośr. do 7 mm...” na właściwy w brzmieniu:

„...pręty żebrowane o średnicy 12 mm odgiętych w kształt litery C. Zbrojenie rozdzielcze wykonane strzemionami średnicy 6 mm...”

Zdaniem odwołującego prosta analiza i porównanie brzmienia i zawartości obydwu opisów wyklucza możliwość poprawienia omyłki jako oczywistej pisarskiej.

Następnie odwołujący wyjaśnił, że jak wskazuje się w orzecznictwie KIO – instytucja poprawiania „oczywistych omyłek pisarskich” dotyczy wyłącznie takich, które są widoczne gołym okiem, nastąpiły wbrew zamierzeniom wykonawcy (np. niewłaściwie użyte wyrazy, widocznie myląca pisownia). Przyjmuje się, że oczywistość omyłki należy wiązać z jej niebudzącym wątpliwości charakterem, bezspornością i pewnością. Oczywista omyłka pisarska powinna być możliwa do poprawy bez odwoływania się do innych dokumentów. Zgodnie z utrwaloną definicją omyłki pisarskiej dotyczy ona takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość” omyłki, rozumianej jako określona niedokładność, nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy też ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenia lub inna niedokładność, która nasuwa się sama przez się każdemu, a przez dokonanie poprawki tej omyłki właściwy sens oświadczenia pozostaje bez zmian. Odwołujący zaznaczył, że w przedmiotowej sprawie nie może być mowy o omyłce oczywistej, stąd nie było dopuszczalne jej poprawienie na zasadzie art. 87 ust 2 pkt 1 Pzp. Dodatkowo wskazał należy że sam fakt, że w wyniku poprawienia omyłki nie doszło, jak wskazuje zamawiający do zmiany ceny oferty wykonawcy, nie ma w sprawie znaczenia, ponieważ to nieneutralny charakter poprawienia omyłki na wartość zamówienia jest podstawą uznania omyłki za oczywistą. Należy wziąć pod uwagę, że nazwa pozycji kosztorysu szczegółowego w ofercie Delta jest sprzeczna również z zakresem robót – treść pozycji dotyczyła tylko zbrojenia o średnicy do 7 cm i takie nakłady rzeczowe przewidywała, a ujęte ilości nakładów sprzętu wg przyjętej podstawy KNRu są stosowane pod średnicę prętów do 7 mm. Po drugie, choćby uznać tą poprawę omyłki pisarskiej za zasadną, to przyjęta w tej pozycji ilość tego materiału w ofercie Deltę jest niewystarczająca na prawidłowe zbrojenie tych fundamentów. Dla dokładniejszego obliczenia tego wymogu SIWZ i wyjaśnień zamawiającego odwołujący wyjaśnił, że zbrojenie główne stanowią pręty odgięte w kształcie litery C o średnicy 12 mm, które wymagane było w ilości czterech prętów na każdy element fundamentu, co dawało pręt o łącznej długości: 44+44+44cm (dla elementów odgiętych w kształcie litery C o wymiarach 50x50x50cm nie jest to długość 50 cm, ponieważ konieczna jest tzw. odsadzka/odstęp od każdej krawędzi

elementu o wymiarach 2,5-krotności średnicy zbrojenia), co daje długość jednego pręta 132 cm, a dla czterech prętów łączną długość 528 cm. Dla 4 sztuk fundamentów żelbetowych daje to długość 21,12 m (528 cm x 4). Zgodnie z wagą stali dla tej średnicy (0,888 kg/m) wyliczona niezbędna ilość zbrojenia głównego o średnicy 12 cm to 18,7545 kg (21,12 m x 0,888 kg/m). Natomiast pręty rozdzielcze o średnicy 6 mm mają długość dla każdego elementu w przybliżeniu 4 x 100 cm (4 sztuki dla poprawnego ukształtowania całego zbrojenia), co daje dla jednego elementu fundamentu żelbetowego daje 400 cm, a dla 4 sztuk 1 600 cm, tj. 16,0 m. Przy ciężarze stali dla tej średnicy wynoszącym 0,222 kg/m otrzymujemy ilość tego zbrojenia 3,552 kg (16,0 x 0,222). Łącznie minimalna ilość prętów zbrojeniowych to 18,7545 kg + 3,552 kg tj. 22,307 kg. Oferta Delty przewidywała zastosowanie 16 kg zbrojenia. W ocenie odwołującego treść oferty Delta w zakresie wycenionego i zaoferowanego świadczenia jest niezgodna z treścią SIWZ i winna skutkować odrzuceniem na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp.

Czwarty zarzut wobec treści oferty wykonawcy Delta dotyczył pozycji nr 51 i 53 określonej w kosztorysie branży kanalizacyjnej i polegał na zaoferowaniu i wycenie fundamentu bez zbrojenia stalowego. Odwołujący w tym aspekcie wskazał, że dla pozycji 51 i 53 kosztorysu branży kanalizacyjnej wymagane było wykonanie płyt fundamentowych żelbetowych pod elementy kanalizacji deszczowej, tj. wykonanie fundamentu z mieszanki betonowej zbrojonej prętami stalowymi. Nakłady zbrojenia stalowego nie zostały przez wykonawcę Delta uwzględnione w kosztorysie.

Następnie odwołujący zwrócił uwagę, że dla pozycji 51 i 53 w kosztorysie nie sposób się zgodzić z informacją zamawiającego i wyjaśnieniem Delty, że pozycje te zawierają zbrojenie stalowe, skoro takie nakłady rzeczowe nie są wyszczególnione w szczegółowym kosztorysie. W ocenie odwołującego mamy do czynienia w sprawie z wynagrodzeniem kosztorysowym i z wymogiem przedstawienia szczegółowego kosztorysu ofertowego, tak więc nie może być mowy o porównywalności ofert, skoro jedna z ofert nie zawierała wymaganego materiału, a jednocześnie zamawiający twierdził, że ta pozycja uwzględnia kompleksowe wykonanie danego elementu z pominięciem wskazania podstaw wyceny. Tego rodzaju podejście do wyceny zawartej w kosztorysie ofertowym sporządzonym metodą kalkulacji szczegółowej pozwalałoby w istocie na dowolne zmiany materiałów, czy też pomijanie ich w poszczególnych pozycjach i twierdzenie, że wycena tych pozycji nie uwzględniała. Tymczasem ponownie mamy do czynienia z oświadczeniem i zapewnieniem wykonawcy Delta o fakcie wyceny w ramach pozycji wskazanych zbrojeń stalowych, jednak z kosztorysu powyższe nie wynika. Nie wiadomo zatem, gdzie miałyby być ujęte te materiały nieuwzględnione w kosztorysie (czy może np. w robociźnie - co byłoby niedozwolone). Tego jednak wykonawca Delta już nie wyjaśnia. W ocenie odwołującego treść oferty Delta w

zakresie wycenionego i zaoferowanego świadczenia jest niezgodna z treścią SIWZ i winna skutkować odrzuceniem na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zaniżonej stawki roboczogodziny odwołujący w pierwszej kolejności wskazał, że wykonawca Delta zastosował w wycenie kosztorysu branży drogowej stawkę roboczogodziny personelu R wynoszącą 20 zł. W ocenie odwołującego stawka ta powinna wynosić minimum 21,65 zł/godz. i odwołujący taką właśnie stawkę zastosował w swojej kalkulacji ofertowej. Jego zdaniem stawka roboczogodziny personelu wykonawcy miała bardzo istotne znaczenie dla kalkulacji cenowej i będzie podstawą do rozliczenia robót przez wykonawcę w trakcie wykonania zamówienia. Zgodnie z art. 2 ust. 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2018 r. poz. 2177 oraz z 2019 r. poz. 1564) Rada Ministrów ustala wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej. Zgodnie z Rozporządzeniem z dnia 10 września 2019 r. (Dz. U. 2019 Poz. 1778) w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 r.:

§ 1. Od dnia 1 stycznia 2020 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 2 600 zł.

§ 2. Od dnia 1 stycznia 2020 r. ustala się minimalną stawkę godzinową w wysokości 17 zł.

Jako wartość wyjściową do wyliczenia minimalnej kalkulacyjnej stawki w budownictwie dla robót budowlano-montażowych odwołujący przyjął:

- obowiązujące minimalne wynagrodzenie miesięczne w gospodarce narodowej w 2020 roku tj. 2 600,00 zł brutto;
- średni miesięczny czas pracy dla 2020 roku wynoszący 169 godzin.

Po podzieleniu ww. kwoty przez średni miesięczny czas pracy, wyjściowa stawka za roboczo-godzinę wynosi 15,3846 zł. Powyższą stawkę uzupełnia się o narzuty podstawowe, m.in. składki na ubezpieczenia społeczne (łącznie 3,8677 zł) oraz narzuty uzupełniające do jednej roboczogodziny przy miesięcznym czasie pracy wynoszącym 169 godzin (2,3964 zł), co daje łącznie minimalną kalkulacyjną stawkę godzinową dla robót budowlano-montażowych w 2020 roku wynosi: 21,6487 zł = 15,3846 + 6,2641, w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku jest to wartość: 21,65 zł. W ocenie odwołującego w postępowaniu wykonawca Delta posłużył się w celu kalkulacji oferty stawką godzinową wprost niezgodną z powołaną powyżej ustawą i określonym na jej podstawie wynagrodzeniu, które ma charakter minimalnego, a sytuacja taka przez KIO jest uznawana za przesłankę bezwzględnego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp jako złożenie oferty niezgodnej z ustawą. Dodatkowo odwołujący wyjaśnił, że na aktualnym etapie postępowania - tj. po terminie składania ofert, ew. korygowanie wysokości wynagrodzenia kosztorysowego

wykonawcy w celu uzyskania wartości zgodnej z obowiązującymi przepisami KIO uznaje wprost za niedozwolone.

W dalszej kolejności odwołujący stanął na stanowisku, że złożenie oferty – sporządzenie kosztorysu ofertowego z przyjęciem stawek niezgodnych z przepisami o których mowa w art. 90 ust. 1 pkt 1 Pzp stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji i powinno skutkować odrzuceniem takiej oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. W tym zakresie odwołujący wyjaśnił, że wycena przez wykonawcę w ofercie kosztów pracy poniżej wynikających z obowiązujących przepisów narusza interesy innych wykonawców, którzy dokonując wyceny z ich uwzględnieniem, ponoszą wyższe i realne tj. zgodne z obowiązującymi przepisami koszty działalności, co z kolei w sposób bezpośredni wpływa na konkurencyjność firm na rynku. Przedsiębiorca, wobec którego stosuje się podwyższony miernik staranności w działaniu, przy wykonywaniu działalności gospodarczej, ma obowiązek uwzględniać obowiązujące przepisy, w tym w szczególności dotyczące sposobu kształtowania wynagrodzenia personelu, z udziałem którego zamierza wykonać zamówienie. Działanie wybranego wykonawcy zaburzyło konkurencję, jako że stanowiło odstępstwo od zasad rzetelnego kalkulowania ceny oferty, której oczekiwać należy od każdego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący zwrócił także uwagę, że wybór oferty wykonawcy, który nie uwzględnia obowiązujących przepisów przy kalkulacji ceny ofertowej, to także sankcjonowanie przez zamawiającego działań wprost niezgodnych z obowiązującymi przepisami – i w dodatku przy pełnej tego faktu świadomości – zamawiający wymagał szczegółowej kalkulacji oferty w kosztorysie i ma w takim wypadku obowiązek jego weryfikacji także pod kątem jego zgodności z obowiązującymi przepisami powszechnie obowiązującymi.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca DELTA S.A. z siedzibą w Warszawie.

Zamawiający na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania złożył oryginał odpowiedzi na odwołanie, w której oświadczył że uwzględnia odwołanie w części dotyczącej zrzutu podniesionego w pkt 5 *petitum* odwołania tj. naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp. Ponadto zamawiający wniósł o:

- oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutów zawartych w pkt 1, 2, 4 *petitum* odwołania – naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 87 ust. 1 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

- odrzucenie odwołania w części dotyczącej zarzutu wskazanego w pkt 3 *petitum* odwołania tj. naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, jako niedopuszczalnego w związku z brakiem interesu prawnego odwołującego.

Mając powyższe na uwadze zamawiający wniósł o uwzględnienie wniosku odwołującego unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (pkt 1 wniosków), uwzględnienie wniosku nakazania powtórzenia czynności oceny ofert w postępowaniu (pkt 3 wniosków), jednocześnie wniósł o oddalenie wniosku odwołującego odrzucenia oferty wykonawcy Delta (pkt 2 wniosków). Zamawiający wniósł także o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Na wstępie zamawiający wskazał, że odwołujący błędnie zarzucił mu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a także art. 89 ust. 1 pkt 3 i 6 Pzp. Zamawiający wyjaśnił, że oferta Delta nie podlegała i nie podlega odrzuceniu. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zastrzeżenie to miało dla niego w sprawie istotne znaczenie, bowiem właśnie ze względu na konieczność zastosowania w sprawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp oferta Delta nie może być na tym etapie odrzucona. W ocenie zamawiającego doszło o nieprawidłowości polegającej na zastosowaniu w celu usunięcia omyłki kosztorysowej w ofercie Delta (punkt 36 kosztorysu branży drogowej) przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp zamiast art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający wyjaśnił dalej, że usuwając omyłkę w zakresie grubości pręta żebrowanego z grubości 7 mm na 12 mm powinien zwrócić się do Delta w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Różnica co do grubości pręta zbrojeniowego jest jednak w zakresie całego zamówienia sprawą niepowodującą istotnych zmian w treści oferty i dopuszczalną. Niezastosowanie prawidłowego przepisu usuwania omyłki jest jedynym naruszeniem procedury przez zamawiającego. Nie było tutaj jednak – zdaniem zamawiającego – podstaw do odrzucenia oferty Delta tym bardziej że odwołujący opisał pręt zbrojeniowy w kosztorysie nie wskazując w ogóle jego średnicy.

Dalej zamawiający zauważył, że ze zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odrzuceniu podlegają tylko oferty których treść nie odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym w SIWZ, rozumianym jako materialna niezgodność zobowiązania wykonawcy z wymogami zamawiającego. W niniejszej sprawie doszło do drobnego formalnego uchybienia, mogącego być jednak w ocenie zamawiającego usuniętym poprzez zastosowanie art. 87 ust. 3 Pzp, nie natomiast do odrzucenia oferty spółki Delta. Przyjmując tok rozumowania odwołującego to zdaniem zamawiającego do odrzucenia byłaby również oferta odwołującego – kosztorys tego wykonawcy jest również wadliwy, nie ma bowiem wskazanej w nim średnicy pręt zbrojonych, co stanowi przecież zarzut odwołującego wobec, niego i oferty Delty.

Następnie zamawiający podniósł, że istotną kwestią do rozważenia w zakresie odwołania jest interes prawny gravamen – zaskarżalność. W jego ocenie zarzut, że poprawił w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp a nie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie przysługuje, odwołującemu, a spółce Delta. Skutkiem bowiem poprawienia w trybie art. 87 ust. 2 pkt. 1 Pzp a nie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, jest brak wyrażenia zgody na dokonanie poprawy omyłki przez oferenta. Brak zgody Delta w niniejszej sprawie nie występuje, bowiem spółka zapytała o to w piśmie do zamawiającego, a w piśmie z dnia 27 stycznia 2020 r. wyraziła zgodę na poprawki. Dokonanie samej poprawy omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp byłoby dopuszczalne w niniejszej sprawie, ze względu na znikomy wpływ średnicy pręta zbrojeniowego na całą ofertę. Stąd zdaniem zamawiającego spółka Delta powinna mieć prawo wyrażenia zgody (co w piśmie Delta miało miejsce) na zastosowaną zmianę, jednak nie jest to zarzut przysługujący odwołującemu, nie ma bowiem ona gravamen do postawienia takiego zarzutu. W tym zakresie – zdaniem zamawiającego – zarzut odwołującego winien zostać odrzucony. W ocenie zamawiającego jest w procesie cywilnym utrwaloną zasadą, że środek zaskarżenia może skutecznie wnieść jedynie ta strona, która posiada interes prawny (gravamen) w zaskarżeniu orzeczenia sądu niższej instancji. Ukształtowały się jednak dwie praktyki rozstrzygania o środku wniesionym przez osobę, która stosownym interesem prawnym się nie legitymuje. W uchwale 7 sędziów Sądu Najwyższego do sygn. akt III CZP 88/13, której nadano moc zasady prawnej, opowiedziano się za stanowiskiem, iż gravamen stanowi warunek dopuszczalności środka zaskarżenia, z tym jednak zastrzeżeniem, że środek zaskarżenia, mimo braku interesu prawnego skarżącego w jego wniesieniu, podlegać powinien merytorycznemu rozpoznaniu, jeżeli przemawia za tym interes publiczny.

Tym samym zamawiający zgodził się z odwołującym, że do wyboru Delta doszło na skutek badania kosztorysu obu spółek w sposób dopuszczający pewne nieścisłości jakkolwiek nieznaczące, jednak stanowiło to naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp, bowiem nieprawidłowo zamawiający dokonał sprostowania omyłki Delta, nie wyjaśnił również uchybienia odwołującego w zakresie niewprowadzenia do kosztorysu średnicy pręta żebrowanego.

Przechodząc do szczegółowych zarzutów z uzasadnienia odwołania w zakresie prowadzonych wyjaśnień ofert zamawiający wskazał, że nie prowadził z wykonawcą Delta żadnych negocjacji. W tym miejscu przywołał treść wyroku KIO z 17 kwietnia 2015 r. (o sygn. akt KIO 674/15), w którym wprost stwierdzono, że przed dokonaniem poprawek omyłki w ofercie nieodzowne czasem jest uzyskanie stanowiska wykonawcy.

Dalej zamawiający stwierdził, że zarzut nr 1 uzasadnienia odwołującego do kosztorysu ofertowego Delta, polegający na braku wskazania narzutu kosztów zakupu materiałów, nie jest zasadny. W jego ocenie kosztorysy Delta zawierają wszystkie koszty pośrednie i zysk, zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie

określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów prac budowlanych... Zgodnie z tym przepisem oraz zgodnie z zaleceniem w SIWZ wszystkie pozycje winny zawierać wskazane podpozycje wpływające na wartość, co ma miejsce w niniejszych kosztorysach spółki Delta. W ocenie zamawiającego zarzut, jak w odwołaniu można byłoby postawić, gdyby wartości kosztorysowe miały być jeszcze powiększone o narzuty lub inne składowe, tak jednak nie jest, a zatem kosztorysy są zgodne z SIWZ, co także wynika z informacji uzyskanej od wykonawcy Delta z dnia 27 stycznia 2020 r.

Podobnie w ocenie zamawiającego zarzut nr 2 uzasadnienia odwołującego – zaoferowanie i wycena materiału niezgodnego z SIWZ – warstwa mrozoochronna, jest niezasadny. Zdaniem zamawiającego zgodnie z wymogami wyjaśnieniami z dnia 12 października 2019 r. mieszanie kruszywa i cementu miało być wytworzone w wytwórniach stacjonarnych lub mobilnych. W ocenie zamawiającego nie ma nigdzie w kosztorysie informacji, że Delta nie zastosuje się do powyższego wymogu. Pozycja kosztorysowa nr 27 w kosztorysie Delta to warstwa mrozoochronna – mieszanka. Wywody odwołującego, jakoby z kosztorysu wynikało, że Delta zastosuje inną od wymaganej metodę mieszania warstwy mrozoochronnej nie odnajdują potwierdzenia w kosztorysie. Zamawiający wskazał dalej, że w kosztorysie odwołującego też jest wymieniona np. woda (pozycja 27 kosztorysu odwołującego). Mogłoby to na pierwszy rzut oka świadczyć, że odwołujący chce dokonywać mieszania przy użyciu wody na placu budowy. Takie jednak dywagacje są nieuprawnione i fakt, że w kosztorysie wymieniono składniki mieszanki nie oznacza, że ma być ona wykonana wbrew wymogom zamawiającego.

W zakresie zarzutu nr 3 uzasadnienia odwołującego tj. co do zbrojenia niezgodnego z wymogami zamawiający potwierdził, że grubość pręta określona przez Delta w kosztorysie jest określona w tablicy KNNR 7 mm. Jednak w tytule pozycji czytamy, że podane jest to „w odpowiedzi na pytania”, co potwierdza że jest to pozycja dodatkowa nie ujęta w przedmiarach zamawiającego. Zamawiający wyjaśnił, że powinien usunąć tę omyłkę jako inną omyłkę, polegającą na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Zamawiający wyjaśnił, że przeważająca linia orzecznicza wskazuje, że błędnie określony w kosztorysie parametr technologiczny może być poprawiony w trybie art., 87 ust. 2 pkt 3 Pzp – jako omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. W ocenie zamawiającego w niniejszej sprawie wprowadzenie zmian w zakresie średnicy pręta żebrowanego określonej wartości 2 940 zł/t możliwe, że nie wpłynie w ogóle. a jeśli wpłynie to w znikomym stopniu na wartość kontraktu. Jest to niezgodność błaha nie mogąca w

ocenie zamawiającego skutkować odrzuceniem oferty, a błąd który popełnił zamawiający poprzez zastosowanie nieprawidłowego ustępu art. 87 jest na obecnym etapie do poprawienia. Z analizy orzecznictwa wynika, że tryb poprawiania omyłek określony w art 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wykorzystywany jest bardzo często do korygowania nieprawidłowości w kosztorysach ofertowych. Poprawieniu mogą podlegać podane elementy kalkulacyjne, w tym ilości lub wymiary dla poszczególnych pozycji kosztorysowych – zarówno niemające wpływu, jak również mające wpływ na cenę całkowitą oferty, czy cenę jednostkową, nie powodujące istotnych zmian w treści oferty, z ewentualnym uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W wyroku z dnia 5 maja 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza za uzasadnione uznała poprawienie omyłki w oznaczeniu jednostki miary w jednej pozycji kosztorysu ofertowego (metr kwadratowy zamiast metr sześcienny) nie wpływające ani na cenę jednostkową ani na wartość elementu robót. Izba uwzględniła fakt, że numer KNR-u 1 0313-01 jaki podany był w kosztorysie ofertowym jednoznacznie wskazywał, iż właściwą jednostką dla tej pozycji był m². W ocenie składu orzekającego, uzasadnione było również dokonanie w oparciu o powołany wyżej przepis poprawienia omyłki polegającej na nieuwzględnieniu przez wykonawcę, przy wartości pozycji wskazanej w przedmiarze, krotności „2” (zamawiający poprawił z 300 m na 600 m). Konsekwencją powyższego była zmiana wartości tej pozycji z kwoty 3 456 zł na kwotę 912 zł. W tym miejscu Izba zaznaczyła, że stanowisko odwołującego, że poprawienie omyłek na podstawie art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp nie może prowadzić do zmiany ceny, gdyż zmiany takie są dopuszczalne jedynie w razie poprawiania omyłek rachunkowych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp, nie jest uzasadnione. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie zawiera takiego ograniczenia, gdyż jedynym ograniczeniem zakresu poprawiania omyłek jest skutek w postaci zmiany treści oferty, która nie jest zmianą istotną. W konsekwencji Izba wskazała, że również przyjęcie w postępowaniu kosztorysowej formy wynagrodzenia nie stanowi przeszkody do zastosowania procedur poprawienia omyłek oferty na podstawie art. 87 ust. 2 Pzp. Zdaniem Izby spełnione zostały przesłanki poprawienia wskazanych omyłek, bowiem nie doszło do istotnej zmiany treści oferty (sygn. akt KIO 822/11). Podobnie Sąd Okręgowy w Gliwicach uznał iż odstępstwo w zakresie ilości stanowiące różnicę wynoszącą 5 m³ ziemi, co w efekcie wpłynęło na podwyższenie ceny oferty wykonawcy o kwotę 399,56 zł, przy oferowanej cenie 1 894 462,42 zł, nie przesądza to, iż wskazana rozbieżność powodowała nieporównywalność ofert. Sąd stwierdził, że niewielka rozbieżność w sposób oczywisty nie wpływała na możliwość porównania ofert (sygn. akt X GA 231/07).

W ocenie zamawiającego bezzasadny był zarzut dotyczący dokonania wyceny przez Delta w poz. 51 i 53 kosztorysu branży kanalizacyjnej z pominięciem zbrojenia prętami stalowymi. Zgodnie z wyjaśnieniami Delta (punkt IV pisma z dnia 27 stycznia 2020 r.) koszty

określone poprzez ceny jednostkowe (wg analizy indywidualnej) przedmiotowej pozycji uwzględniają kompleksowe wykonanie płyty fundamentowej żelbetowej, w tym zbrojenia stalowego zgodnie z SIWZ i Przedmiarami. Podobnie jeśli chodzi o zarzut dotyczący punktu 54 w kosztorysie sanitarnym, Delta wyjaśniła w tym samym piśmie, że pozycja ta zawiera kompleksowe wykonanie zbiornika żelbetowego. Sama nazwa zresztą wskazuje, że jest to płyta żelbetowa.

Zamawiający stwierdził także, że odwołujący niezasadnie wskazał, że naruszył on art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W ocenie zamawiającego zarzuty odwołującego, co do zastosowania przez Delta stawki za roboczogodzinę poniżej minimalnego wynagrodzenia za pracę są bezzasadne. Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2020 (Dz. U. z 2018 r. poz. 1778) minimalne wynagrodzenie za pracę ustalono w wysokości 2 600 zł miesięcznie, stawkę godzinową ustalono w wysokości 17 zł. W kosztorysie branży drogowej spółki Delta wynagrodzenie stawki roboczogodziny określono na 20 zł, co jest zgodne z ww. rozporządzeniem. Nie ma zatem w niniejszej sprawie naruszenia przepisów o nieuczciwej konkurencji, a zatem nie ma podstawy do odrzucenia oferty Delta.

Dodatkowo na posiedzeniu zamawiający podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego – Delta S.A. z siedzibą w Warszawie – już w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia wniósł o oddalenie odwołania i zawarł argumentację na poparcie swojego wniosku.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ww. wykonawca stwierdził, że na podstawie tego przepisu zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp zamawiający poprawia w ofercie: inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Wskazał przy tym, że jego oferta jest zgodna z SIWZ i nie było żadnych podstaw do jej odrzucenia przez zamawiającego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce wtedy, kiedy treść oferty nie odpowiada wymaganiom zamawiającego określonym w SIWZ w odniesieniu do przedmiotu zamówienia. Niezgodność treści oferty z SIWZ zachodzi w przypadku materialnej niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem oczekiwanym przez zamawiającego, opisanym w SIWZ. Taka sytuacja w niniejszej sprawie nie wystąpiła, gdyż jego oferta, w tym kosztorys ofertowy, są zgodne z SIWZ. Następnie

wykonawca ten podniósł, iż doktrynie wskazuje się, że *„Tylko niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, rozumiana jako materialna niezgodność zobowiązania wykonawcy z wymaganiami zamawiającego, skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PrZamPubl. Sporządzenie oferty w sposób niezgodny z wytycznymi zawartymi w SIWZ, dotyczącymi sposobu jej wyrażenia stanowi jedynie uchybienie o charakterze formalnym, niewiążące się z jakimikolwiek negatywnymi skutkami dla wykonawcy.”* [Prawo zamówień publicznych. Komentarz, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Janicka, Agnieszka Matusiak, 2020]. Ponadto wykonawca Delta wyjaśnił, że okoliczność, iż odwołujący odmiennie od niego opisał pewne elementy kosztorysu ofertowego nie oznacza, że jego kosztorys jest niezgodny z SIWZ. Zwrócił uwagę, że zamawiający nie zamieścił szczegółowych przedmiarów robót uwzględniających nakłady R, M i S, a w branży sanitarnej dodatkowo bez podstawy wyceny (KNR, KNNR). Nie zostały zatem jednoznacznie narzucone wielkości i rodzaje nakładów kosztorysowych. Zwrócił przy tym uwagę, że jego kosztorysy ofertowe – drogowy i sanitarny uwzględniają wszystkie koszty tj. R, M, S, KP, Kz i Z potrzebne do kompleksowego i zgodnego z dokumentacją projektową wykonania robót, co zostało zawarte w cenach jednostkowych. Wykonawca Delta na potwierdzenie swojej argumentacji przywołał fragmenty orzeczeń Izby z 21 marca 2017 r. o sygn. akt KIO 401/17 oraz z 2 sierpnia 2019 r. sygn. akt KIO 1374/19.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp wykonawca Delta wyjaśnił, że zamawiający zwrócił się do niego o odniesienie się do zarzutów odwołującego zawartych w piśmie z dnia 3 stycznia 2020 r., co przemawia za uznaniem, że zamawiający przed otrzymaniem ww. pisma nie powziął wątpliwości co do treści oferty złożonej przez niego. Wykonawca Delta wskazał, że odniósł się do zarzutów odwołującego potwierdzając, że jego oferta jest zgodna z SIWZ i rozwiewając ewentualne wątpliwości zamawiającego. Zwrócił uwagę, że nie wymienił z zamawiającym żadnej dodatkowej korespondencji w zakresie wyjaśnienia treści oferty. W jego ocenie nie sposób uznać za negocjacje przedstawienia przez niego stanowiska w odpowiedzi na zarzuty odwołującego, które stanowiło potwierdzenie złożonego już w ofercie oświadczenia woli, a nie jego zmianę. Wykonawca Delta stwierdził, że nie dokonał żadnych zmian w ofercie, potwierdził jedynie, że zaoferował świadczenie zgodne z wymogami zamawiającego określonymi w SIWZ. Ponadto niezależnie od powyższego na mocy art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dopuszczalne jest poprawienie przez zamawiającego omyłek w ofercie, nawet tych, które prowadzą do jej zmiany, oby tylko nie była to zmiana istotna. Wobec tego powyższy zarzut odwołującego był jego zdaniem chybiony, wykonawca Delta stwierdził, że ustosunkował się do zarzutów odwołującego przedstawionych w piśmie z dnia 3 stycznia 2020 r. i wyjaśnił także ewentualne wątpliwości zamawiającego, nie toczyły się natomiast żadne negocjacje między nim a zamawiającym.

Jeśli chodzi o zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 wykonawca Delta wskazał, że zamawiający był nie tylko uprawniony, ale i zobowiązany do zastosowania art. 87 ust. 2 Pzp, jeśli stwierdził występowanie w ofercie omyłek. Błędny opis określonego elementu zawarty w kosztorysie mógł zostać poprawiony przez zamawiającego jako oczywista omyłka pisarska.

Wyjaśnił, że nie prosił zamawiającego o poprawienie omyłek, w piśmie z dnia 27 stycznia 2020 r. podniósł, że oferta jest zgodna z SIWZ, natomiast gdyby w ocenie zamawiającego zawierała omyłki wskazał na treść art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. W konsekwencji również powyższy zarzut odwołującego był nieuzasadniony.

Co do zarzutów dotyczących zastosowania przez Delta stawki za roboczogodzinę poniżej minimalnego wynagrodzenia za pracę, wykonawca ten stwierdził, że pozostają one w sprzeczności z obowiązującymi aktami prawnymi, na które powołuje się sam odwołujący. Zwrócił uwagę, że przyjęcie w kosztorysie ofertowym branży drogowej stawki roboczogodziny personelu R w wysokości 20 zł oczywiście przewyższa wysokość minimalnej stawki godzinowej wynoszącej w 2020 roku 17 zł. Także dzieląc wysokość miesięcznego minimalnego wynagrodzenia za pracę przez średnią liczbę dni pracy w miesiącu otrzymamy stawkę znacznie niższą od przyjętej przez Delta, tj. $2600/169 = 15,38$ zł. Powyższy sposób wyliczenia stawki minimalnej potwierdza orzecznictwo KIO, przykładowo: *za podstawę do wyliczeń należało przyjąć stawkę zgodną z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 11 września 2015 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2016 r., tj. stawkę minimalną wnikającą z ustalonego na rok 2016 minimalnego wynagrodzenia za pracę w wysokości 1.850 zł podzielonego przez średnią ilość godzin w miesiącu, czyli 168, co w efekcie daje 11,01 zł. Reasumując, każdy z wykonawców powinien zatem przyjąć do kalkulacji stawki roboczogodziny za prace awaryjne i eksploatacyjne co najmniej tak rozumiane minimalne wynagrodzenie za pracę (wyrok z 21 kwietnia 2017 r. o sygn. akt KIO 680/17).* Ponadto wykonawca Delta wyjaśnił, że również uwzględnienie wraz z minimalnym wynagrodzeniem za pracę obciążeń pracodawcy z tytułu składek odprowadzanych do ZUS, a obciążających pracodawcę dowodzi, że zastosował on stawkę za roboczogodzinę przewyższającą stawkę minimalną określoną obowiązującymi przepisami prawa. Zwrócił uwagę, że w 2020 roku łączny koszt zatrudnienia pracownika otrzymującego minimalne wynagrodzenie za pracę wynosi 3 132,48 zł, na co składa się kwota minimalnego wynagrodzenia za pracę (2 600,00 zł) oraz kwota składek ZUS (532,48 zł). Dzieląc 3 132,48 zł przez 169 otrzymujemy wynik 18,53 zł. Niewątpliwie zatem przyjęcie przez wykonawcę Delta stawki za roboczogodzinę nie tylko nie jest niższe co błędnie zarzucił odwołujący – od minimalnego wynagrodzenia za pracę, ale je przewyższa. Tym samym jego oferta jest zgodna zarówno z ustawą o minimalnym wynagrodzeniu za pracę i wydanym na jej podstawie rozporządzeniem, jak i z SIWZ, w której zamawiający wymagał, aby cena oferty

uwzględniała obowiązującą wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokość minimalnej stawki godzinowej. Fakt, iż odwołujący przyjął wyższą stawkę za roboczogodzinę nie mógł zdaniem wykonawcy Delta stanowić zarzutu wobec jego oferty, która jest zgodna z obowiązującymi przepisami prawa. Z uwagi na powyższe zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji były zdaniem wykonawcy Delta bezpodstawne.

Co do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 Pzp wykonawca Delta wskazał, że zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Kryteria te były jasne i na ich podstawie zamawiający przyznał punkty poszczególnym wykonawcom. Zamawiający nie naruszył też art. 7 ust. 1 Pzp, gdyż przygotował i przeprowadził postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Mając powyższe na uwadze Wykonawca Delta uznał, że zamawiający nie miał podstaw prawnych, aby odrzucić jego ofertę, nie nadużył procedury wyjaśnienia treści jego oferty, nie prowadził z nim negocjacji dotyczących treści oferty i był uprawniony do poprawienia w ofercie omyłek. Zamawiający nie naruszył przepisów Pzp, prawidłowo dokonał oceny ofert i wybrał jego ofertę jako najkorzystniejszą.

W piśmie procesowym z dnia 2 marca 2020 r. wykonawca Delta podtrzymał wnioski oraz rozwinął argumentację zawartą w piśmie zawierającym informację o zgłoszonym przystąpieniu.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, dowodów złożonych na rozprawie przez odwołującego oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba nie uwzględniła w związku z tym wniosku zamawiającego o odrzucenie odwołania w części dotyczącej zarzutu wskazanego w pkt 3 *petitum* odwołania tj. naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, jako niedopuszczalnego w związku z brakiem interesu prawnego

odwołującego. W pierwszej kolejności należy wskazać, że brak interesu prawnego nie jest przesłanką odrzucenia odwołania. Katalog przesłanek odrzucenia odwołania został określony w art. 189 ust. 2 Pzp i ma charakter zamknięty. Żadna z przesłanek odrzucenia odwołania wymieniona w tym przepisie nie odnosi się do zagadnienia interesu prawnego zatem z tego powodu wniosek zamawiającego nie zasługiwał na uwzględnienie. Następnie Izba stwierdziła, że zamawiający w swojej argumentacji w zakresie przedmiotowego wniosku odnosił się do kwestii interesu prawnego, natomiast art. 179 ust. 1 Pzp posługuje się określeniem interesu w uzyskaniu danego zamówienia. Mając na uwadze okoliczności sprawy Izba uznała, że odwołujący prawidłowo powiązał czynność zamawiającego z postawionym zarzutem naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1, ponieważ nie mogło podlegać żadnej wątpliwości, iż zamawiający zastosował ten przepis poprawiając treść oferty wykonawcy Delta oraz pomimo tego, że *de facto* przyznał błędne zastosowanie tego przepisu to jednak nie uwzględnił przedmiotowego zarzutu, zatem na moment rozpoznania odwołania w zakresie przedmiotowego zarzutu Izba nie znalazła podstaw, aby formalnie go kwestionować.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego, jako uczestnika wykonawcę – Delta S.A. z siedzibą w Warszawie (zwanego dalej: „przystępującym” lub nadal: „Delta”).

Izba dopuściła w przedmiotowej sprawie dowody z:

- 1) dokumentacji przekazanej po części w postaci papierowej, a po części w postaci elektronicznej zapisanej na płycie CD, nadesłanej do akt sprawy w dniu 24 lutego 2020 r. przez zamawiającego, w tym w szczególności z treści:
 - SIWZ wraz z załącznikami;
 - pytań do treści SIWZ wraz z odpowiedziami z dnia 10 grudnia 2019 r.;
 - szczegółowych kosztorysów ofertowych złożonych przez przystępującego;
 - pisma z dnia 3 stycznia 2020 r. skierowanego przez odwołującego do zamawiającego, zawierającego zastrzeżenia wobec oferty przystępującego;
 - pisma z dnia 17 stycznia 2020 r. skierowanego przez zamawiającego do przystępującego, zawierającego wezwanie do złożenia wyjaśnień w związku z zastrzeżeniami odwołującego podniesionymi piśmie z dnia 3 stycznia 2020 r.;
 - pisma przystępującego z dnia 27 stycznia 2020 r. stanowiącego odpowiedź na ww. pismo zamawiającego;
 - pisma zamawiającego z dnia 30 stycznia 2020 r., w którym zawarta została informacja o poprawieniu omyłki w treści oferty przystępującego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp;

- informacji z rozstrzygnięcia postępowania opublikowanej i przekazanej wykonawcom w dniu 14 lutego 2020 r.;

2) złożonych na rozprawie przez odwołującego:

- informacji wskazującej sposób „liczenia” materiałów bez kosztu zakupu oraz z kosztami zakupu z odniesieniem się, jako przykładu do pozycji 54 kosztorysu dotyczącej branży sanitarnej wskazując na ofertę przystępującego oraz odwołującego w tej pozycji;
- przykładowej oferty handlowej, która miała uwzględniać wymagane narzuty;
- zestawienia pozycji nr 26 i 27 kosztorysu dla oferty odwołującego oraz przystępującego;
- informacji uwzględniającej wycenę prętów żebrowanych z odniesieniem się do informacji podanej przez przystępującego w swoim kosztorysie;
- wyliczenia minimalnej kalkulacyjnej stawki wynagrodzenia w budownictwie dla robót budowlano-montażowych oraz usług w zakresie gospodarowania nieruchomościami w Polsce w 2020 r.

Jak wskazano powyżej zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył że uwzględni odwołanie w części dotyczącej zarzutu podniesionego w pkt 5 *petitum* odwołania tj. naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp. Przedmiotowe oświadczenie zostało podtrzymane przez zamawiającego na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron. Przystępujący nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia ww. zarzutu przez zamawiającego z tego powodu Izba na podstawie art. 186 ust. 4a Pzp umorzyła postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutu podniesionego w pkt 5 *petitum* odwołania oraz rozpoznała odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.

Izba ustaliła co następuje

Zgodnie z rozdziałem IX ust. 5 pkt 10 SIWZ wykonawcy zostali zobowiązani do załączenia do oferty m. in. szczegółowych kosztorysów ofertowych.

W rozdziale XV SIWZ zamawiający określił opis sposobu obliczenia ceny. Zgodnie z ust. 1 rozdziału XV SIWZ – *Obliczenie ceny oferty należy dokonać poprzez opracowanie szczegółowego kosztorysu ofertowego, który winien zawierać ceny jednostkowe (tzn. wartość robocizny bezpośredniej, pracy sprzętu oraz wartość materiałów powiększone o koszty ogólne, zysk oraz koszty zakupu materiałów) - natomiast bez podatku od towarów i usług VAT - w ilościach wynikających z przedmiaru robót, projektów budowlanych i wykonawczych przy uwzględnieniu ewentualnych uzupełnień przesłanych przez Zamawiającego.*

Z treści SIWZ wynika, że zamawiający przyjął kosztorysowy sposób obliczenia ceny (m. in. rozdział XV ust. 2 i 9 SIWZ).

W ust. 3 ww. rozdziału SIWZ w informacji zawartej w ramce po zwrocie uwaga, zamawiający wymagał, aby: *Kosztorysy ofertowe opracowane metodą szczegółową mogą być sporządzone w dowolnym programie komputerowym (np. Norma), spełniającym powyższe wymogi. Każda pozycja (wyceniana w oparciu o dokumentację) winna zawierać: podstawę jej wyceny, opis robót, jednostkę miary, ilość jednostek miary, cenę jednostkową z narzutami — tj. kosztami pośrednimi, kosztami zakupu materiałów i zyskiem. Wyżej wymienione narzuty winny być takie same (wartości procentowe) dla każdej pozycji kosztorysowej w danej branży.*

Zgodnie z rozdziałem XV ust. 5, 6, 8 i 10 SIWZ:

5. Cena proponowana przez Wykonawcę winna obejmować całość robót określonych w dokumentacji przetargowej, wraz z ewentualnymi uzupełnieniami przesłanymi przez Zamawiającego, włącznie z uwzględnieniem wszystkich składowych kosztów niezbędnych do należytego wykonania przedmiotu umowy.

6. Cena oferty musi uwzględniać obowiązującą wysokość minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokość minimalnej stawki godzinowej, ustalonej na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę.

8. W przypadku stwierdzenia przez Wykonawcę nieścisłości w przedmiarze robót, w tym również (zdaniem Wykonawcy) przyjętej podstawy wyceny robót, Wykonawca jest zobowiązany, stwierdzone nieścisłości lub uwagi zgłosić na piśmie do Zamawiającego niezwłocznie - nie później jednak niż w terminie określonym w art. 38 ust. 1 ustawy PZP. Zamawiający w przypadku uznania rzeczywistych rozbieżności, może je uwzględnić i po uwzględnieniu powiadomi wszystkich Wykonawców, w tym przypadku zmiany te należy uwzględnić w kalkulacji wyceny ofertowej. Nieuwzględnienie zmian (uzupełnień) przesłanych przez Zamawiającego może spowodować odrzucenie oferty.

10. W przypadku nie sporządzenia kosztorysu ofertowego metodą szczegółową oferta Wykonawcy zostanie odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy PZP.

Z przedmiaru dla branży drogowej z pozycji 26 i 27 wynikało, że należało wykonać warstwę mrozoochronną, przy użyciu mieszanki związanej cementem C 1.5/2<4.0 MPa. Zgodnie ze specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót dla branży drogowej pkt 5.6 str. 42 – *Mieszankę kruszywa związanej cementem o ściśle określonym składzie zawartym w recepcie laboratoryjnej należy wytwarzać w wytwórniach (mieszarkach) stacjonarnych lub mobilnych zapewniających ciągłość produkcji i gwarantujących otrzymanie jednorodnej mieszanki. Mieszarka powinna być wyposażona w urządzenia do wagowego dozowania kruszywa i cementu oraz objętościowego dozowania wody.*

Przy produkcji mieszanek należy prowadzić kontrolę produkcji zgodnie z WT-5 [25] część 5.

Mieszanka po wyprodukowaniu powinna być od razu transportowana na miejsce wbudowania, w sposób zabezpieczony przed segregacją i nadmiernym wysychaniem.

Mieszanka dowieziona z wytwórni powinna być układana przy pomocy układarek lub równiarek (...)

Ww. pozycje SIWZ były przedmiotem jednego z pytań zadanych do SIWZ o treści: *Dot. przedmiaru drogowego poz. 26, 27: w związku z gęstą istniejącą/projektowaną gęstą siecią infrastruktury podziemnej, czy należy zastosować mieszankę betonową dowiezioną z betoniarni?*

Zamawiający w dniu 10 grudnia 2019 udzielił następującej odpowiedzi na powyższe pytanie (pytanie i odpowiedź zostały oznaczone nr 8): *Mieszankę kruszywa związanego cementem należy wytwarzać w wytwórniach (mieszarkach) stacjonarnych lub mobilnych, zapewniających ciągłość produkcji i gwarantujących otrzymanie jednorodnej mieszanki. Zgodnie z zapisami w dokumentacji.*

Z rozdziału II ust. 2 SIWZ dotyczącego zakresu robót w części obejmującej fundamenty pod podnośnik wynika, że *W miejscu gdzie planuje się ustawić nowy podnośnik naziemny czterokolumnowy (zakup i montaż podnośnika nie jest elementem opracowania) należy wykonać 4 fundamenty żelbetonowe o wymiarach 50x50x100cm z betonu B30W8. Zbrojenie fundamentów wykonać z 4 prętów Ø12mm odgiętych w kształt litery C. Zbrojenie rozdzielcze wykonać strzemionami Ø 6mm. Fundamenty należy zagłębić z posadowieniem w gruncie rodzimym i wykonać w poziomie nawierzchni z zachowaniem jednego poziomu.*

Sporządzony przez zamawiającego przedmiar nie zawierał pozycji dotyczącej wykonania fundamentu pod podnośnik.

Jeden z wykonawców (zgodnie z dokumentacją przekazaną Izbie był to przystępujący) zadał pytanie dotyczące ww. kwestii o treści: *Prosimy o uzupełnienie przedmiaru o poz. dot. wykonania fundamentu pod podnośnik.*

Zamawiający w dniu 10 grudnia 2019 udzielił następującej odpowiedzi na powyższe pytanie (pytanie i odpowiedź zostały oznaczone nr 2): *W wycenie prac należy uwzględnić wykonanie 4 fundamentów żelbetonowych o wymiarach 50x50x100cm z betonu B30W8. Zbrojenie fundamentów wykonać z 4 prętów Ø12mm odgiętych w kształt litery C. Zbrojenie rozdzielcze wykonać strzemionami Ø6mm. Zgodnie z zapisami w dokumentacji.*

Z przedmiaru dla branży kanalizacyjnej z pozycji 51 i 53 wynikało, że należało wykonać pod elementy kanalizacji deszczowej płyty fundamentowe żelbetonowe.

Przystępujący w złożonych kosztorysach szczegółowych wskazał lub zaniechał wskazania następujących informacji, do których odnosiły się następnie postawione przez odwołującego zarzuty:

- żadna z pozycji w złożonych przez przystępującego kosztorysach szczegółowych nie zawierała wyodrębnionego narzutu odnoszącego się do kosztów zakupu;
- w pozycjach 26 i 27 przystępujący wyodrębnił nakłady dotyczące robocizny (R), materiałów (M) oraz sprzętu (S), przy czym nakłady materiałowe zostały rozbite na konkretne elementy tj. cement, krawędziaki iglaste, pospółkę, piasek, wodę i materiały pomocnicze, co zdaniem odwołującego oznaczało, że przystępujący zastosował w ofercie oraz wycenie technologię mieszania cementu i kruszywa w miejscu wbudowania;
- kosztorys dla branży drogowej przystępujący uzupełnił w pozycji 36 o elementy dotyczące wykonania fundamentu pod podnośnik i wskazał w tej pozycji zarówno w opisie jak i w wskazaniu narzutów dotyczących materiałów na pręty żebrowane o średnicy do 7 mm;
- w pozycjach 51 i 53 kosztorysu dla branży kanalizacyjnej przystępujący w opisie tej pozycji wskazał na płyty fundamentowe żelbetowe – z zastosowaniem pompy do betonu, przy czym w części dotyczącej nakładów materiałowych dla tej pozycji nie wyszczególnił informacji dotyczących materiałów na zbrojenia;
- w kosztorysie dla branży drogowej przystępujący wskazał cenę za jedną roboczogodzinę w wysokości 20 zł.

Odwołujący pismem z dnia 3 stycznia 2020 r. skierowanym do zamawiającego wskazał na nieprawidłowości dotyczące oferty przystępującego, które powinny skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy. Zastrzeżenia do treści oferty przystępującego dotyczyły m. in. ww. okoliczności za wyjątkiem ceny za roboczogodzinę podaną przez przystępującego dla branży drogowej.

Zamawiający pismem z dnia 17 stycznia 2020 r. zwrócił się do przystępującego o ustosunkowanie się do zarzutów wskazanych przez odwołującego w piśmie z dnia 3 stycznia 2020 r. i w załączniku przesłał ww. pismo odwołującego. Zamawiający nie wskazał w treści tego pisma w jakim trybie zwrócił się do przystępującego o ustosunkowanie się do zarzutów odwołującego, tj. nie podał przepisu Pzp, który miał być podstawą takiego działania. W protokole postępowania w pozycji 14 zamawiający zaznaczył, że nie zastosował art. 26 ust. 4 Pzp w postępowaniu, natomiast z pozycji 16 protokołu wynika, że zamawiający zastosował art. 87 ust. 1 i 2 Pzp, zatem pismo z dnia 17 stycznia 2020 r. należy potraktować jako wezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, o których mowa w art. 87 ust. 1 Pzp.

Przystępujący odpowiedział na ww. wezwanie zamawiającego pismem z dnia 27 stycznia 2020 r. Argumentacja przystępującego była ogólnikowa i nie została poparta żadnymi dowodami. Ponadto należy wskazać, że skupiła się ona w zdecydowanej większości na prezentowaniu orzecznictwa, opinii UZP oraz poglądów doktryny odnośnie możliwości stosowania art. 87 ust. 1 i 2 Pzp. W konkluzji przedmiotowego pisma

przystępujący wskazał, że złożona przez niego oferta jest zgodna z SIWZ, a ewentualne wątpliwości zamawiającego do kilku spośród setek pozycji kosztorysu powinny być rozwiane w trybie art. 87 ust. 1 Pzp poprzez złożone wyjaśnienia, ewentualnie przez skorzystanie z trybu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Pismem z dnia 30 stycznia 2020 r. zamawiający wezwał przystępującego w trybie art. 26 ust. 2 Pzp do przekazania wymienionych w treści tego pisma oświadczeń i dokumentów. Dodatkowo zamawiający poinformował w przedmiotowym piśmie przystępującego o tym, że na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp poprawił na jego prośbę w kosztorysie branży drogowej oczywistą omyłkę pisarską w pozycji 36 z:

(...) – pręty żebrowane o śr. do 7 mm (...)

na:

(...) – pręty żebrowane o śr. 12 mm odgiętych w kształt litery C. Zbrojenie rozdzielcze wykonane strzemionami średnicy 6 mm (...)

Informacją z dnia 13 lutego 2020 r. (opublikowaną i przesłaną wykonawcom w dniu 14 lutego 2020 r.) zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej w postępowaniu i jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;*
- art. 87 ust. 1 Pzp – *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści;*
- art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp – *Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie;*
- art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą;*
- art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;*
- art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;*
- art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm., zwanej dalej: „uznk”) – *Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.*

Izba zważyła co następuje.

Odwołanie okazało się zasadne w części dotyczącej nieuwzględnienia w kosztorysie ofertowym przez przystępującego narzutu – kosztu zakupu oraz zaoferowania i wyceny materiału dotyczącego zbrojenia niezgodnie z treścią SIWZ (poz. nr 36 w kosztorysie dotyczącym branży drogowej). W pozostałym zakresie zarzuty odwołania zostały uznane za chybione.

W ocenie Izby potwierdził się zarzut dotyczący nieuwzględnienia w kosztorysie ofertowym przez przystępującego narzutu – kosztu zakupu.

Jak wynika z poczynionych przez Izbę ustaleń w postępowaniu zamawiający przyjął dla potrzeby rozliczenia robót metodę rozliczenia kosztorysowego i na potrzeby wyceny oferty obowiązkiem wykonawców było obliczenie ceny oferty przy zastosowaniu kosztorysu ofertowego sporządzonego metodą kalkulacji szczegółowej. Z treści dokumentacji przetargowej jednoznacznie wynika, że kosztorysy ofertowe miały być sporządzone metodą szczegółową, co należy utożsamić z metodą kalkulacji szczegółowej dla sporządzenia kosztorysów. W ocenie Izby przedmiotowe ustalenie miało kluczowe znaczenia dla rozpoznania tego zarzutu.

Niezależnie od stosowania i rozumienia właściwych i standardowych określeń dla ww. metody sporządzania kosztorysów oraz dyskusji jaka toczy się na rynku robót budowlanych w tym zakresie za punkt wyjścia Izba przyjęła wymagania zawarte w ramce określonej w rozdziale XV ust. 3 SIWZ. Informacje tam określone należy uznać za wiążące wytyczne i wymagania dla szczegółowej metody sporządzania kosztorysów ofertowych jaką przyjął zamawiający w postępowaniu. Zgodnie z tymi wymaganiami każda pozycja (wyceniana w oparciu o dokumentację) winna zawierać: podstawę jej wyceny, opis robót, jednostkę miary, ilość jednostek miary, cenę jednostkową z narzutami – tj. kosztami pośrednimi, kosztami zakupu materiałów i zyskiem, a wyżej wymienione narzuty winny być takie same (wartości procentowe) dla każdej pozycji kosztorysowej w danej branży.

Jak wynika z powyższego każda pozycja powinna zawierać narzuty w postaci kosztów zakupu materiałów, które powinny być takie same dla każdej pozycji w danej branży. Przystępujący nie wskazał takich narzutów w złożonych kosztorysach ofertowych. Uwagę na to zwrócił zamawiającemu, odwołujący pismem z dnia 3 stycznia 2020 r. i okoliczność ta okazała się zdaniem Izby dla zamawiającego istotna ponieważ wezwał on przystępującego do ustosunkowania się, czyli do wyjaśnień także w tym zakresie.

Istotne znaczenie miały dla rozpoznania przedmiotowego zarzutu wyjaśnienia przystępującego podniesione w piśmie z dnia 27 stycznia 2020 r. Przystępujący w pierwszej kolejności wyjaśnił, że w jego kosztorysie ofertowym zostały uwzględnione ceny materiałów

wraz z kosztami zakupu. Następnie przystępujący w swojej argumentacji wskazał, że producenci i sprzedawcy materiałów oferują swoje produkty razem z ich dostawą na plac budowy – jest to praktyka stosowana od kilku, a nawet kilkunastu lat, a taka tendencja na rynku materiałów budowlanych została zauważona przez wydawców biuletynów Sekocenbud, w których można znaleźć ceny materiałów bez kosztów zakupu jak i ceny łącznie z kosztami zakupu. Następnie przystępujący wyjaśnił, że z uwagi na praktykę rynkową oferowania cen materiałów wraz z kosztami zakupu (tj. bez wyodrębnienia w cenie materiałów kosztów zakupu), omyłkowo nie wyodrębnił w złożonych kosztorysach pozycji „koszt zakupu”, w której powinny znaleźć się „0”. Niezależnie od tego przystępujący zwrócił uwagę na przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i wskazał, że pominięcie w kosztorysach wartości „0” dla kosztów zakupu nie stanowiło zmiany treści oferty, a tym bardziej istotnej zmiany.

Z wyjaśnień przystępującego wynikało kilka znaczących kwestii. Po pierwsze przystępujący *de facto* przyznał, że narzut dotyczący kosztów zakupu powinien zostać wyodrębniony w kosztorysie, natomiast on nie wyodrębnił go w wyniku omyłki. Po drugie przystępujący odwołał się do wieloletniej praktyki polegającej na oferowaniu cen materiałów wraz z kosztami zakupu. W ocenie Izby punktem wyjścia dla stwierdzenia zgodności działań zamawiającego powinna być treść wymogów zawartych w SIWZ, a nie stosowana na rynku praktyka. Ponadto przystępujący nawet nie uprawdopodobnił, że wspomniana przez niego praktyka miała miejsce w przypadku jego oferty. Zarówno przez załączenie do pisma z dnia 27 stycznia 2020 r., jak i pisma zawierającego zgłoszenie przystąpienia, pisma procesowego z dnia 2 marca 2020 r., ani na rozprawie przed Izbą, przystępujący nie był w stanie choćby uprawdopodobnić swojego twierdzenia w ramach tego zarzutu. Przystępujący nie złożył przykładowych ofert, cenników lub chociażby oświadczeń sprzedawców lub producentów potwierdzających jego argumentację. Z tego powodu stanowisko przystępującego Izba potraktowała jako gołosłowne i niepotwierdzone, które należało uznać także za sporządzone wyłącznie *post factum*, na okoliczność poszukiwania uzasadnienia, które mogło przedstawić jego ofertę jako zgodną z treścią SIWZ.

Po trzecie Izba zwróciła uwagę na kwestię art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, która była sygnalizowana przez przystępującego w swoich wyjaśnieniach. Oczywiście Izba tylko zwróciła uwagę na tę kwestię bez rozstrzygnięcia jej co do meritum, ponieważ zamawiający nie zastosował ww. przepisu w kontekście okoliczności przedmiotowego zarzutu, zatem czynność nie została dokonana, co skutkowało tym, że sam zarzut nie mógł zostać postawiony. Jednocześnie w ocenie Izby argumentacja przystępującego zmierzająca do tego, aby przedmiotową okoliczność potraktować jako inna omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, wpisywała się w opisaną powyżej dążność przystępującego do „uratowania” swojej oferty. Za symptomatyczne należy uznać to, iż zamawiający nie zdecydował się na zastosowanie ww.

przepisu pozostawiając tak naprawdę całą kwestię bez wyjaśnienia, które pozwoliłoby przyjąć Izbie, że gruntownie przeanalizował sprawę.

Zgodnie z cytowanym powyżej ust. 10 rozdziału XV SWIZ w przypadku niesporządzenia kosztorysu ofertowego metodą szczegółową oferta wykonawcy podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp. Przez ww. postanowienie SIWZ zamawiający podkreślił jak istotne znaczenie miało dla niego sporządzenie kosztorysu ofertowego przez wykonawców. Mając na uwadze ten i inne zacytowane powyżej postanowienia SIWZ należy uznać, że nie można ich potraktować jako niewiążących zaleceń dla sporządzenia kosztorysów ofertowych, ale za wiążące wymagania, których niespełnienie powinno skutkować odrzuceniem oferty.

Dowody złożone przez odwołującego w zakresie tego zarzutu tj. informacja wskazująca sposób „liczenia” materiałów bez kosztu zakupu oraz z kosztami zakupu z odniesieniem się, jako przykładu do pozycji 54 kosztorysu dotyczącej branży sanitarnej wskazując na ofertę przystępującego oraz odwołującego w tej pozycji oraz przykładowa oferta handlowa, która miała uwzględniać wymagane przez zamawiającego narzuty, Izba potraktowała jako niewiele wnoszące do sprawy, gdyż już z przekazanej dokumentacji i wskazanych powyżej okoliczności wynikała zasadność zarzutu.

W związku z powyższym Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w stosunku do kosztorysu ofertowego złożonego przez przystępującego w zakresie nieuwzględnienia narzutu dotyczącego kosztów zakupu.

Izba doszła do przekonania, że nie znalazł potwierdzenia zarzut dotyczący kosztorysu ofertowego przystępującego odnoszący się do zaoferowania i wyceny materiału niezgodnego z SIWZ w zakresie warstwy mrozoochronnej.

Na wstępie rozważań na okoliczność przedmiotowego zarzutu Izba uznała, że zgodnie z SIWZ wykonawcy nie mogli przyjąć, aby mieszanka powstawała na miejscu wbudowania. Wyraźnie przesądza o tym cytowany powyżej pkt 5.6 ze str. 42 specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót dla branży drogowej załączonej do SIWZ, który m. in. określał, że mieszanka po wyprodukowaniu powinna być od razu transportowana na miejsce wbudowania oraz powinna być dowieziona z wytwórni i układana przy pomocy układarek lub równiarek. Nie stoi to w sprzeczności z treścią odpowiedzi na pytanie nr 8 z 10 grudnia 2019 r., ponieważ przytacza ona tylko część wymagania opisanego powyżej w pkt 5.6, a w pozostałym zakresie odsyła do postanowień wynikających z dokumentacji.

Niezależnie od tego Izba przyjęła, że decydujące dla tego zarzutu stwierdzenie odwołującego, iż wymieszenie w pozycjach 26 i 27 kosztorysu dla branży drogowej złożonego przez przystępującego, składników z których następnie powstaje mieszanka, stanowi potwierdzenie, że przystępujący zakładał przygotowanie tej mieszanki na miejscu

wbudowania, stanowiło nieuzasadnioną nadinterpretację informacji zawartych w ww. pozycjach kosztorysu. Wymienienie składników mieszanki w kosztorysie pozwalało w ocenie Izby co najwyżej stwierdzić z jakich składników powstanie taka mieszanka, natomiast nie mogło jednoznacznie potwierdzić miejsca jej wytworzenia.

Ponadto dowód złożony w tym zakresie przez odwołującego w postaci zestawienia pozycji nr 26 i 27 kosztorysu dla oferty odwołującego oraz przystępującego, nie potwierdził w ocenie Izby jego stanowiska. Zestawienie złożone przez odwołującego stanowiło wyselekcjonowanie i powielenie informacji zawartych w pozycjach 26 i 27 kosztorysu dla branży drogowej złożonych zarówno przez odwołującego i przystępującego, przez co nie mogło udowodnić twierdzeń odwołującego.

Dodatkowo Izba uznała, że przez wyjaśnienia zawarte w piśmie z dnia 27 stycznia 2020 r. zamawiający nie doprowadził do niedopuszczalnych negocjacji z przystępującym w zakresie tego zarzutu, ponieważ z treści oferty przystępującego nie wynikało, że zakładał on wytworzenie mieszanki na miejscu wbudowania, a całe zagadnienie wynikało jedynie założeń odwołującego, które nie znalazły potwierdzenia.

Tym samym Izba uznała, że należy oddalić zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 87 ust. 1 Pzp w kontekście zaferowania i wyceny przez przystępującego materiału niezgodnego z SIWZ w zakresie warstwy mrozoochronnej.

Jeśli chodzi o zarzuty dotyczące pozycji 36 kosztorysu dla branży drogowej z oferty przystępującego, odnoszące się do zaferowania i wyceny materiału niezgodnego z SIWZ w zakresie zbrojenia oraz uznania i poprawienia przez zamawiającego wskazanej w odwołaniu omyłki jako oczywistej omyłki pisarskiej, Izba stwierdziła, że należy je uwzględnić.

W pierwszej kolejności Izba przyjęła, że ma miała znaczenia okoliczność, iż w przedmiarze opracowanym przez zamawiającego nie została wymieniona pozycja dotycząca wykonania fundamentu pod podnośnik. Zamawiający przez udzielenie odpowiedzi na pytanie nr 2 z dnia 10 grudnia 2019 r. przesądził konieczność uwzględnienia ww. wymogu przez wykonawców. Zgodnie z dość ugruntowanym orzecznictwem Izby odpowiedzi na pytania udzielane przez zamawiającego stanowią integralną część SIWZ (zob. wyrok z 11 czerwca 2018 r. sygn. akt KIO 929/18). Przedmiotowe stanowisko koresponduje także z wymogiem zawartym w cytowanym powyżej rozdziale XV ust. 8 SIWZ.

Nie ulegało także wątpliwości, że przystępujący w sposób niezgodny z SIWZ, wskazał w pozycji 36 kosztorysu dla branży drogowej średnicę pręta żebrowanego, który dotyczył zbrojenia dla fundamentu pod podnośnik. Następnie zamawiający zgodnie z cytowaną powyżej informacją zawartą w piśmie z dnia 30 stycznia 2020 r. poprawił przedmiotową informację na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, kwalifikując ją jako oczywistą omyłkę pisarską.

W ocenie Izby zamawiający w sposób nieuzasadniony dokonał ww. poprawki. Izba w pełni przyjęła argumentację odwołującego w tej materii w związku z tym nie ma konieczności jej powielania. Dodatkowo warto wskazać, że sam zamawiający *de facto* przyznał się do błędu w związku z poprawieniem ww. omyłki jako oczywistej omyłki pisarskiej. Przy czym zamawiający nie uwzględnił postawionego przez odwołującego zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp uznając, że co prawda poprawiona omyłka nie kwalifikowała się do poprawienia w trybie przewidzianym w ww. przepisie, jednakże można ją poprawić jako inną omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu w związku z tym, Izba nie miała podstaw prawnych, aby rozpoznać zasadność lub nie ewentualnego zastosowania przez zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w tym przypadku. Ponadto czynność taka nie została jeszcze przez zamawiającego dokonana.

W ocenie Izby zamawiający podjął się realizacji zupełnie chybionej strategii procesowej uwzględniając z jednej strony odwołanie w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp oraz przyznając popełnienie błędu przy zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, a z drugiej strony nie uwzględnił postawionego przez odwołującego zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp wnosząc w sposób nieuzasadniony o odrzuceniu odwołania w części dotyczącej tego zarzutu, jako niedopuszczalnego w związku z brakiem interesu prawnego odwołującego.

W powyżej wskazanych okolicznościach sprawy Izba nie znalazła podstaw do oddalenia zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp i mogła rozpoznać ten zarzut wyłącznie przez przyzmat dyspozycji normy prawnej w nim zawartej. Izba nie miała żadnych podstaw prawnych, aby uznać w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym, aby błędne zastosowanie przez zamawiającego ww. przepisu mogło zostać w przyszłości sanowane lub konwalidowane przez rozszerzenie okoliczności dotyczących przedmiotowego zarzutu na dyspozycje zawartą w przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W tym kontekście irrelevantna zupełnie była argumentacja zamawiającego i przystępującego zmierzająca do twierdzenia, że zakres zamówienia zawarty w pozycji 36 kosztorysu złożonego przez przystępującego nie ma znaczenia lub ma nieistotny charakter w kontekście całego zamówienia lub jego poprawa nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty przystępującego. Treść art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp nie uzależnia prawidłowości jego zastosowania od powyższych okoliczności. Przesłanka do poprawienia oferty zawarta w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp odnosi się do kwestii istotności zmian w treści oferty, a jak wykazano powyżej Izba nie mogła na tym etapie rozpoznać zasadności ewentualnego zastosowania tego przepisu.

Dowód złożony przez odwołującego w zakresie tego zarzutu tj. informację uwzględniającą wycenę prętów żebrowanych z odniesieniem się do informacji podanej przez przystępującego w swoim kosztorysie, Izba potraktowała jako niewiele wnoszący do sprawy, gdyż już z przekazanej dokumentacji i wskazanych powyżej okoliczności wynikała zasadność postawionych zarzutów.

Tym samym Izba uwzględniła zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp dotyczącego pozycji 36 kosztorysu dla branży drogowej z oferty przystępującego, odnoszącego się do zaoferowania i wyceny materiału niezgodnego z SIWZ w zakresie zbrojenia oraz art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp dotyczącego poprawienia jako oczywistych omyłek pisarskich w ofercie przystępującego niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

W ocenie Izby nie znalazł potwierdzenia zarzut dotyczący kosztorysu ofertowego przystępującego dla branży kanalizacyjnej, odnoszący się do zaoferowania i wyceny fundamentu bez zbrojenia stalowego.

Jak ustaliła Izba z opisu pozycji nr 51 i 53 kosztorysu dla branży kanalizacyjnej złożonego przez przystępującego wynikało, że płyty fundamentowe miały być żelbetowe. Nie wymaga specjalistycznej wiedzy branżowej stwierdzenie, że żelbet w największym skrócie to po prostu beton zbrojony stalą, zatem można było przyjąć, że przystępujący przez samo wskazanie opisanej pozycji zaproponował rozwiązanie zgodne z treścią SIWZ.

W związku z tym Izba uznała, że należy oddalić zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w kontekście zaoferowania i wyceny przez przystępującego fundamentu bez zbrojenia stalowego.

Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp. W kontekście tego zarzutu Izba ustaliła, że *in concreto* odwołujący postawił go jedynie w powiązaniu z zarzutem dotyczącym kosztorysu ofertowego przystępującego odnoszącym się do zaoferowania i wyceny materiału niezgodnego z SIWZ w zakresie warstwy mrozoochronnej. Przedmiotowa okoliczność wynikała w ocenie Izby z uzasadnienia podanego w odwołaniu. Okoliczności pozostałych zarzutów podniesionych w uzasadnieniu odwołania nie odnosiły się do dyspozycji zawartej w art. 87 ust. 1 Pzp. W związku z tym, że zarzut odnoszący się do kosztorysu ofertowego przystępującego przez zaoferowanie i wycenę materiału niezgodnego z SIWZ w zakresie warstwy mrozoochronnej, został oddalony, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia także zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp.

Chybiony okazał się także zarzut podniesiony w pkt 4 *petitum* odwołania dotyczący stawki roboczogodziny zaproponowanej przez przystępującego w kosztorysie dla branży drogowej.

Jedynym postanowieniem SIWZ odnoszącym się do minimalnego wynagrodzenia za pracę albo minimalnej stawki godzinowej był przytoczony w ustaleniach ust. 6 zawarty w rozdziale

XV. Postanowienie to wskazywało wyłącznie, że cena oferty musi uwzględniać powyższe wynagrodzenia albo stawkę.

Nie sposób nie wskazać, że przyjęta przez przystępującego w kosztorysie ofertowym branży drogowej stawka roboczogodziny personelu w wysokości 20 zł przewyższała wysokość minimalnej stawki godzinowej wynoszącej w 2020 roku, tj. 17 zł. Ustalenie to w ocenie Izby należało uznać, za decydujące dla rozpoznania przedmiotowego zarzutu.

Argumentacja przedstawiona w odwołaniu oraz przytoczone tam orzeczenia Izby wskazane na potwierdzenie naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp nie mogły mieć zastosowania w przedmiotowej sprawie ponieważ dotyczyły one sytuacji, w których zaproponowane wynagrodzenie o prace lub stawki roboczogodziny były niższe od wynagrodzenia i stawek minimalnych wynikających z aktów prawnych obowiązujących w danym czasie. Jak wskazano powyżej w okolicznościach przedmiotowego zarzutu nie doszło do takiej sytuacji.

Przedmiotowego zarzutu nie potwierdził także dowód złożony przez odwołującego w postaci wyliczenia minimalnej kalkulacyjnej stawki wynagrodzenia w budownictwie dla robót budowlano-montażowych oraz usług w zakresie gospodarowania nieruchomościami w Polsce w 2020 r. W ocenie Izby odwołujący składając przedmiotowy dokument nie wykazał, że ma on zastosowanie do branży drogowej, a szczególnie do okoliczności przedmiotowego zamówienia. Można co najwyżej przyjąć, że przedmiotowy dokument miał charakter generalny, który mógł stanowić dobry punkt wyjścia dla wykazania okoliczności, do których potwierdzenia dążył odwołujący. Natomiast nie można było go traktować jako wystarczający środek do udowodnienia tak daleko idącego zarzutu jaki podniósł odwołujący w tym przypadku.

Z powyżej wskazanych względów Izba oddaliła zarzut naruszenia art. 89 ust 1 pkt 1 Pzp, art. 89 ust 1 pkt 6 oraz 89 ust 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r uznk przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego pomimo, że była ofertą niezgodną z ustawą, zawierała błędy w obliczeniu ceny, a ponadto jej złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt. 1 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. z 2018 r. poz. 972), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie rachunku złożonego przez odwołującego na rozprawie,.

Ponadto mimo tego, iż część zarzutów postawionych w odwołaniu została oddalona, Izba nie znalazła uzasadnienia dla częściowego rozdzielenia kosztów pomiędzy stronami, gdyż w ocenie Izby odwołanie w istotnym i kluczowym dla odwołującego zakresie dotyczącym odrzucenia oferty przystępującego zostało uwzględnione i tym samym główny cel wniesienia odwołania został przez odwołującego osiągnięty. W nawiązaniu do powyższego warto zwrócić uwagę na postanowienie Sądu Okręgowego w Koszalinie z 21 maja 2019 o sygn. akt VII Ca 208/19, w którym stwierdzono, że kwestią istotną dla orzeczenia w przedmiocie kosztów jest okoliczność, czy uwzględnienie choćby jednego z podniesionych zarzutów, doprowadziło do unieważnienia czynności wyboru oferty i nakazania dokonania ponownego badania i oceny ofert. Taka sytuacja miała miejsce w przedmiotowej sprawie i dlatego należy stwierdzić, że odwołujący był stroną, która wygrała przedmiotowy spór w całości.

Przewodniczący: