

Sygn. akt: KIO 2459/18

WYROK
z dnia 11 grudnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 grudnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **L. B. i T. O. działających w ramach spółki cywilnej pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „DESDIM” s.c. L. B., T. O.,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Lokali Miejskich w Łodzi,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **E. M. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa WIKANT E. M., P. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P. W. „WOL-PRIM” P.H.U., Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe GRAB-BUD Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi,** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża L. B. i T. O. działających w ramach spółki cywilnej pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „DESDIM” s.c. L. B., T. O. i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 2 460 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące czterysta sześćdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Lokali Miejskich w Łodzi – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Drobne roboty ogólnobudowlane, bieżące naprawy; konserwacje, usuwanie awarii oraz usuwanie skutków zimy w nieruchomościach stanowiących zasoby Zarządu Lokali Miejskich, Część 1.*

W dniu 28 listopada 2018 r. L. B. i T. O. działający w ramach spółki cywilnej pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo Usługowe „DESDIM” s.c. L. B., T. O. wnieśli odwołanie wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum: Firma Handlowo-Usługowa WIKANT E. M., P. W. WOL-PRIM P.H.U., Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe GRAB-BUD Sp. z o.o. (dalej: Konsorcjum) i zaniechania odrzucenia tej oferty jako niezgodnej z SIWZ i stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1, art. 87 ust. 3 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a także art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w związku z art. 3 ust. 1, art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny:

Wartość części 1 zamówienia została określona na kwotę 1.381.570,58 zł, a w postępowaniu zostały 2 oferty. Zgodnie z treścią punktu 18.2. SIWZ przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający stosować będzie następujące kryteria oceny ofert: Cena - 60 % = 60 pkt. Stawka netto za roboczogodzinę z narzutami - 35 % = 35 pkt. Czas reakcji na zgłoszenia pozostałe nie będące awariami oraz zagrożeniem zdrowia, życia lub mienia - 5 % = 5 pkt.

Pismem z 7 listopada 2018 r. Zamawiający poinformował Konsorcjum o błędnym wpisaniu do formularza ofertowego kwoty netto z kosztorysu ofertowego oraz o tym, że poprawia w ofercie pozycję 28 kosztorysu ofertowego przez zmianę stawki r-g w pozycji (zgodnie ze wskazaną stawką r-g w formularzu ofertowym) ze stawki 11,50 zł/r- g na 11 zł/r- g.

Zgodnie z zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej, oferta Konsorcjum otrzymała 100 punktów, zaś oferta Odwołującego 95,78 punktów.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem 14.2 SIWZ *Kosztorys ofertowy, o którym mowa w pkt 14.1, należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w kosztorysie nakładczym. Podstawy wyceny i normy w kosztorysie ofertowym muszą być takie same jak w kosztorysie nakładczym. Do wyceny wszystkich pozycji w kosztorysie*

ofertowym należy przyjąć jednakowe składniki cenotwórcze: stawkę roboczogodziny, koszty pośrednie, zysk, koszty zakupu. Zamawiający wymaga również zastosowania jednakowych cen dla tych samych materiałów lub sprzętu występujących w różnych pozycjach kosztorysu. Niezastosowanie się do powyższych zaleceń będzie skutkowało odrzuceniem oferty.

Na stronie 25 kosztorysu ofertowego (stanowiącej odrębną tabelę) Konsorcjum wskazało:

Lp.	Nazwa	Jm	Ilość	Cena jedn.	Wartość
1.	Robocizna	r-g	23055.0770	11,00	253.605.94
2.	Robocizna-zamontowanie nawiewnika z wyfrezowaniem otworów	r-g	101.2500	11,50	1164.38
Razem					254.770,32

Powyższe zestawienie zostało podpisane przez wszystkich członków konsorcjum, tj. osoby upoważnione do reprezentacji tych podmiotów.

Co więcej, również na stronie 13 kosztorysu ofertowego, w poz. 28 dotyczącej zamontowania nawiewnika w ramie skrzydła okna drewnianego/pcv, zastosowana została stawka roboczogodziny 11,50 zł, co wyraźnie potwierdza, że intencją wykonawcy było właśnie takie określenie stawki za roboczogodzinę w przypadku tej konkretnej roboty. W tym zakresie nie sposób zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego, że zachodzi okoliczność, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp uzasadniająca zmianę stawki 11,50 zł/r-g na 11 zł/r-g.

Zdaniem Odwołującego w kosztorysie ofertowym złożonym przez Konsorcjum zostały wskazane dwie różne stawki roboczogodziny, co zgodnie z treścią SIWZ winno skutkować odrzuceniem oferty.

Odwołujący podniósł, że obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia z poszanowaniem zasad udzielania zamówień publicznych oraz w zgodzie z obowiązkami nałożonymi przez ustawę na Zamawiającego. Wskazał, że SIWZ od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca dla zamawiającego, jest on obowiązany do przestrzegania warunków w niej umieszczonych. Powołał się na art. 701 § 3 Kc i stwierdził, że udostępnienie SIWZ jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w SIWZ.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią pkt 13.4. SIWZ ofertę stanowi wypełniony formularz oferty (załącznik nr 1) i kosztorys ofertowy wykonany metodą szczegółową na podstawie kosztorysów nakładczych (dla tych części, na które wykonawca składa ofertę (załączniki nr 1.1.-1.5.) z pełnym podsumowaniem oferty oraz narzutami stosowanymi w kalkulacji ceny, tzn. narzutem kosztów pośrednich, narzutem zysku i narzutem kosztów zakupu materiałów.

Przytaczając poglądy wyrażane w orzecznictwie Odwołujący podniósł, że niezgodność treści oferty z SIWZ, która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo wskazanie sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w SIWZ. Wskazał na obciążający Zamawiającego obowiązek zbadania, czy złożone oferty odpowiadają treści SIWZ oraz na konieczność interpretowania SIWZ tak, jak wskazuje na to jej brzmienie i okoliczności. Podkreślił, że Zamawiającemu nie wolno mu oceniać ofert w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w SIWZ zasad i wymagań, co służy realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania.

Odwołujący podniósł, że wymóg zastosowania jednakowych stawek roboczogodzin został wprowadzony przez Zamawiającego do SIWZ. Regulacja SIWZ w zakresie konsekwencji zastosowania różnych stawek roboczogodzin została wyraźnie wyróżniona w treści SIWZ przez Zamawiającego, zaś jej treść została sformułowana w sposób precyzyjny i jasny, a tym samym nie budzi żadnych wątpliwości. Wykonawca składając ofertę powinien dolożyć należytej staranności, aby oferta była zgodna z SIWZ. Powyższe zasady nie mogły być też zmienione poprzez zastosowanie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, dotyczącego tylko takich nieprawidłowości w ofertach wykonawców, które nie wynikają ze świadomego i celowego działania. Uznanie bowiem niezgodności treści oferty z SIWZ za omyłką stanowi wyjątek od ogólnej zasady, gdyż obowiązkiem wykonawcy jest szczegółowe zapoznanie się z treścią SIWZ, w tym również z ewentualnych zmian czy wyjaśnień jej treści. Ponadto Odwołujący stwierdził, że wartość roboczogodzin w kosztorysie ofertowym wskazana została na stronie 25 kosztorysu ofertowego, na której to stronie widnieją jedynie pozycje roboczogodzin. Dodatkowo kosztorys ofertowy, w tym również strona 25 został podpisany przez wszystkich trzech członków konsorcjum. Zdaniem Odwołującego nie ulega wątpliwości, że zamieszczenie w kosztorysie ofertowym przez Wykonawcę dwóch stawek roboczogodzin było zamierzonym i celowym działaniem, a tym samym brak było podstaw do poprawienia oferty przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Dodatkowo

Odwołujący podniósł, że zakładając czysto hipotetycznie zaistnienie omyłki uzasadniającej zastosowanie ww. przepisu, to jej poprawienie wymagało zwrócenia się do wykonawcy w celu uzyskania precyzyjnego wskazania która stawka za roboczogodzinę winna zostać zastosowana, czy stawka 11,00 zł/r-g czy 11,50 zł/r-g.

Uzasadniając zarzut dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Zgodnie zaś z treścią art. 15 ust. 1 pkt 1 tej ustawy czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Odwołujący podkreślił, że zgodnie z pkt. 13.4. i 14.2. SIWZ kosztorys ofertowy powinien zostać wykonany metodą szczegółową na podstawie kosztorysów nakładczych (dla tych części, na które wykonawca składa ofertę (załączniki nr 1.1.-1.5.) z pełnym podsumowaniem oferty oraz narzutami stosowanymi w kalkulacji ceny, tzn. narzutem kosztów pośrednich, narzutem zysku i narzutem kosztów zakupu materiałów.

Odwołujący podniósł, że Konsorcjum w kosztorysie ofertowym zamieściło szereg pozycji, w których zaoferowano cenę jednostkową poszczególnych towarów na poziomie 0,01 zł, a zatem w całkowitym oderwaniu od ich realnej wartości i uwarunkowań rynkowych. Dotyczy to następujących czynności:

Materiał	Jm	Ilość	Cena jednostkowa wykonawcy	Wartość wykonawcy	Pozycja w kosztorysie
Acetylen techniczny rozpuszczony	Kg	25,50	0,01	0,26	63
Elektrody	Kg	62,38	0,01	0,62	62, 64
Haki do rur	Szt.	15,00	0,01	0,15	16, 17
Klej Butapren B	Kg	120,00	0,01	1,20	42
Kotwy stalowe	Szt.	413,80	0,01	4,14	24, 58
Okucia włazów dachowych	Kg	102,30	0,01	1,02	14
Oliwki okienne	Szt.	200,00	0,01	2,00	34
Pasta podłogowa bezbarwna	Kg	30,00	0,01	0,30	42
płyty drogowe betonowe sześciokątne 14 cm	Szt.	2769,00	0,01	27,69	55

tablica korkowa o wymiarach 60 x 90 cm	Szt.	60,00	0,01	0,60	37
tlen techniczny gat. 1 99,5-98%	m3	61,50	0,01	0,62	62, 63
uchwyt do flag	Szt.	60,00	0,01	0,60	36
zamek meblowy nawierzchniowy z kluczykiem Yale z kompletem wkrętów	Szt.	100,00	0,01	1,00	57
zawiasy drzwiowe	Szt.	100,00	0,01	1,00	32
Suma				41,20	

Ponadto Odwołujący podniósł, że Konsorcjum zamieściło w kosztorysie szereg pozycji, których wartość została ustalona niezgodnie z zasadami wyrażonymi w SIWZ oraz w zupełnym oderwaniu od cen rynkowych:

Materiał	Jm	Ilość	Cena jednostkowa wykonawcy	Wartość wykonawcy	Pozycja w kosztorysie
cegła budowlana pełna	szt.	95000,00	0,20	19000,00	10,11, 22, 27
stemple budowlane	m3	10,00	1,00	10,00	2
farba emulsyjna akrylowa, fasadowa KOLOR FASADA, N baza biała A, opak. 3 dm3 (2,82 dm3)	dm3	420,00	5,00	2100,00	53
klamka z szyldem, rozetą	szt.	20,00	1,00	20,00	24
klej do montażu kołców	dm3	35,00	1,00	35,00	18
moduł skrzynki na listy 4 szt.	szt.	30,00	25,00	750,00	59
nawiewnik ciśnieniowy samoreagujący	kpl.	135,00	5,00	675,00	28
osadniki PCV deszczowe bezsyfonowe z rusztem	szt.	10,00	1,00	10,00	17
osadniki żeliwne deszczowe bezsyfonowe z rusztem	szt.	5,00	1,00	5,00	16
plyty gipsowo-kartonowe gr. 9,5 mm	m2	51,10	1,00	51,10	58
pochwyty (poręcze)	m	94,50	0,20	18,90	43

schodowe z drewna iglastego					
rury deszczowe żeliwne	szt.	15,00	1,00	15,00	16, 17
szyby zespolone	m2	31,50	0,05	1,58	39
środki impregnacyjne i grzybobójcze - preparaty solowe	kg	28,60	1,00	28,60	51
uszczelki do szyb	m	165,90	1,00	1,66	39
zamek wpuszczany do furtek	szt.	50,00	1,00	50,00	61
żwir do betonów zwykłych wielofrakcyjny	m3	7,10	1,00	7,10	19
Suma				22778,94	

Odwołujący podniósł, że zgodnie zaś z SIWZ cena oferty dla każdej części zostanie wyliczona przez Wykonawcę w kosztorysie ofertowym sporządzonym na podstawie kosztorysu nakładczego (innego dla każdej części) zawartego w Rozdziale 2 (14.1. SIWZ). Kosztorys ofertowy należy wykonać metodą szczegółową na podstawie kosztorysów nakładczych z pełnym podsumowaniem oferty oraz narzutami stosowanymi w kalkulacji ceny, tzn. narzutem kosztów pośrednich, narzutem zysku i narzutem kosztów zakupu materiałów. W kosztorysie ofertowym należy przyjąć jednakowe składniki cenotwórcze: stawkę roboczogodziny, koszty pośrednie, zysk, koszty zakupu. (14.2. SIWZ).

Odwołujący stwierdził, że ustalenie cen jednostkowych na poziomie 0,01 zł niewątpliwie świadczy o ich oderwaniu od jakichkolwiek realiów rynkowych. Jednocześnie taki sposób skalkulowania poszczególnych cen jednostkowych narusza dobre obyczaje kupieckie oraz ogranicza rynkowe reguły uczciwego konkurencyjnego. Ponadto takie działanie jest objęte dyspozycją normy prawnej zawartej w art. 3 ust. 1 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie stanowi samoistną podstawę stwierdzenia, że w danym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami. Dobre obyczaje, na które się wskazuje w powyższym przepisie, wskazują na działanie, które może prowadzić do zniekształcenia określonych interesów i zachowań gospodarczych w przeciętnych warunkach praktyki rynkowej, które jednocześnie prowadzi do pogorszenia sytuacji innego przedsiębiorcy na tym konkurencyjnym rynku, poprzez naruszenie w tym zakresie jego interesu. Co więcej, zaoferowanie dostarczenia poszczególnych towarów poniżej kosztów ich wytworzenia i poniżej kosztów ich zakupu ma na celu eliminację innych przedsiębiorców, którzy rzetelnie skalkulowali ceny swoich ofert. Zdaniem Odwołującego Konsorcjum ustawiło się w pozycji korzystniejszej wobec innych wykonawców, niemniej nieuczciwej wobec podania przez nich

ceny z najniższą wymiarną jednostką pieniężną w kraju (1 grosz). Wycena poszczególnych pozycji kosztorysu powinna być bowiem realna, a za taką nie może być uznana sytuacja, w której cena za szereg wymaganych czynności kształtuje się na poziomie 1 grosza. Wskazują na to bowiem powołane wyżej postanowienia SIWZ. Brak wskazania realnych kosztów potwierdza brak dołożenia określonej staranności zawodowej po stronie przedsiębiorcy, który dokonał tylko formalnie, a nie realnie wyceny wskazanych pozycji. Takiego działania nie można uznać za normalne, konkurencyjne działanie Wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Konkurencja, także na rynku zamówień publicznych, powinna bowiem cechować się uczciwymi zwyczajami i praktykami po stronie przedsiębiorców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia.

Zdaniem Odwołującego, działanie Konsorcjum jest niewątpliwie nakierowane na eliminację z rynku innych wykonawców (przedsiębiorców), a cena poszczególnych towarów została ustalona poniżej kosztów ich zakupu, stanowiąc czyn określony w art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji czynem nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący przedstawił zestawienie cen jednostkowych i wartości wskazanych w ofercie przez Konsorcjum z cenami i wartościami ujętymi w kosztorysie inwestorskim oraz cenami i wartościami Odwołującego oraz cenami i wartościami (wyliczonymi w oparciu o ilość z części 1) wykonawcy T. K. (oferta złożona na część 5 Postępowania).

Materiał	Oferta Konsorcjum		Kosztorys inwestorski		Oferta Odwołującego		Oferta T. K.		Pozycja w kosztorysie
	Cena jedn.	wartość	Cena jedn.	wartość	Cena jedn.	wartość	Cena jedn.	wartość	
Acetylen techniczny rozpuszczony	0,01	0,26	27,70	706,38	4,52	115,26	25,53	651,02	63
cegła budowlana pełna	0,20	19000,00	0,84	79800,00	0,53	50350,00	0,88	83600,00	10,11, 22, 27
drewno okrągłe na stępie budowlane	1,00	10,00	290,89	2908,80	87,02	870,20	268,06	2680,60	2
elektrody	0,01	0,62	29,91	1865,65	0,83	51,77	27,57	1719,71	62, 64
farba emulsyjna akrylowa fasadowa KOLOR FASADA, N baza biała A, opak. S dm3 (2,82 dm3)	5,00	2100,00	15,58	642,50	22,95	9639,00	4,78	2007,60	53
haki do rur	0,01	0,15	1,35	20,25	0,59	8,85	3,23	48,45	16,17
klamka z szyldem, rozetą	1,00	20,00	53,54	1070,80	8,05	161,00	19,17	383,40	24
klej Butapren B	0,01	1,20	13,09	1570,80	7,72	926,40	12,07	1448,40	42

klej do montażu kolców	1,00	35,00	19,99	699,60	14,17	495,95	7,82	273,70	18
kotwy stalowe	0,01	4,14	1,18	488,28	0,95	393,11	1,39	575,18	24, 58
moduł skrzynki na listy 4 szt.	25,00	750,00'	180,00	5400,00	89,56	2686,80	50,69	1520,70	59
Nawiewnik ciśnieniowy samoreagujący	5,00	675,00	60,00	8100,00	39,06	5273,10	32,26	4355,10	28
okucia włazów dachowych	0,01	1,02	6,68	683,36	0,90	92,07	14,28	1460,84	14
Oliwki okienne	0,01	2,00	14,87	2974,00	2,40	480,00	3,23	646,00	34
osadniki PCV deszczowe bez- syfonowe z rusztem	1,00	10,00	25,20	252,00	11,12	111,20	69,11	691,10	17
osadniki żeliwne deszczowe bezsyfonowe z rusztem	1,00	5,00	306,09	1530,45	34,93	174,65	282,05	1410,25	16
pastą podłogową bezbarwną	0,01	0,30	10,42	312,60	5,72	171,60	9,60	288,00	42
plyty drogowe betonowe sześciokątne 14 cm	0,011	27,69	7,52	20823,00	2,10	5814,90	5,58	15451,02	55
plyty gipsowo-kartonowe gr. 9,5 mm	1,00	51,10	6,45	329,56	. 4,22	215,64	5,94	303,53	58
pochwyty (poręcze) schodowe z drewna iglastego	0,20	18,90	10,74	1014,93	4,91	464,00	9,89	934,61	43
rury deszczowe żeliwne	1,00	15,00	195,70	2935,50	4,50	675,00	158,49	2377,35	16, 17
szyby zespolone	0,05	1,58	60,00	1890,00	49,00	1543,50	78,33	2467,40	39
środki impregnacyjne i grzybobójcze - preparaty solowe	1,00	28,60	5,02	143,60	19,42	555,41	4,63	132,42	51
tablica korkowa o wymiarach 60 x 90 cm	0,01	0,60	38,14	2288,40	10,52	631,20	18,44	1106,40	37
tlen techniczny gat. 1 99,5-98%	0,01	0,62	5,92	364,08	2,86	175,89	5,10	313,65	62, 63
uchwyt do - flag	0,01	0,60	16,40	984,00	8,52	511,20	7,82	469,20	36
uszczelki do szyb	1,00	1,66	10,18	1688,85	0,91	150,97	9,69	1607,57	39
zamek meblowy nawierzchniowy z	0,01	1,00	15,92	1592,00	14,08	1408,00	18,35	1835,00	57

kluczykiem Yale z kompletem wkrętów									
zamek wpuszczany do furtek	1,00	50,00	57,39	2869,50	53,26	2663,00	17,50	875,00	61
zawiasy drzwiowe	0,01	1,00	16,80	1680,00	18,13	1813,00	6,23	623,00	32
żwir do betonów zwykłych wielofrakcyjny	1,00	7,10	88,38	627,50	21,00	149,10	81,45	578,30	19
Suma		22820,14		148256,39		88771,77		132834,4	

Jak wynika z powyższego zestawienia wartość materiałów wyliczona w oparciu o ceny zaofertowane przez Konsorcjum wynosi 22.820,14 zł, zaś wartość tej samej ilości materiałów przewidziana w Kosztorysie inwestorskim – 148.256,39 zł, a zatem jest wyższa od oferowanej o 125.436,25 zł. Wartość w kosztorysie ofertowym Odwołującego to 88.771,77 zł, a więc więcej o 65.951,63 zł. Wartość materiałów wykonawcy T. K. wyniosła 132.834,49 zł, a zatem o 110.014,35 zł od wartości podanej przez Konsorcjum. Odwołujący wskazał, że na powyższą okoliczność zwrócił uwagę Zamawiającemu pismem z 20 listopada 2018 r., jednak Zamawiający nie podjął żadnych czynności mających na celu wyjaśnienie powyższych wątpliwości.

Odwołujący podkreślił, że również zaofertowana przez Konsorcjum stawka za roboczogodzinę o wartości 11,00 zł/r- g i 11,50 zł/r-g jest stawką poniżej minimalnej stawki kalkulacyjnej wyliczonej biorąc pod uwagę wszystkie narzuty na wynagrodzenia w budownictwie. Zgodnie ze standardem rekomendowanym przez szereg związków pracodawców i związków zawodowych, stawka ta wynosi w 2018 r. 17,79 zł, zaś w 2019 r. 18,99 zł. Stawka zaofertowana przez Konsorcjum wynosi 19,36 zł netto po narzutach, w tym z uwzględnieniem 10% zysku. Tym samym po odliczeniu zysku stawka minimalna zaofertowana przez wykonawcę wynosi 17,42 zł, a zatem znacznie poniżej rekomendowanych stawek. W kosztorysie inwestorskim Zamawiający przyjął stawkę roboczogodziny na poziomie 15 zł netto, zaś koszty pośrednie ustalił na poziomie 60%, natomiast wykonawcy biorący udział w postępowaniu zaofertowali ceny zgodnie z rekomendowanymi standardami w budownictwie:

- Odwołujący zaofertował stawkę roboczogodziny na poziomie 12,00 zł, z narzutami (w tym zyskiem): 21,12 zł netto, z narzutami (bez zysku): 19,00 zł netto,
- Konsorcjum Zakład Remontowo-Budowlany Mal Tap S. W., P.P.H.U. Polmek M. K., An-Dom A. P., zaofertowało: stawkę roboczogodziny na poziomie 13,00 zł, z narzutami (w tym zyskiem): 21,45 zł netto, z narzutami (bez zysku): 19,30 zł netto,

- Konsorcjum: Murarstwo-Dekarstwo D.K., Mont Piast T. Ś., P.P.H.U. Polmek M. K., zaoferowało: stawkę roboczogodziny na poziomie 15,00 zł ,z narzutami (w tym zyskiem): 26,88 zł netto, z narzutami (bez zysku): 23.65 zł netto.
- Konsorcjum: Mont Piast T. Ś., Zakład Instalacji Sanit., c.o. i gaz. T.J., zaoferowało: stawkę roboczogodziny na poziomie 14,50 zł, z narzutami (w tym zyskiem): 25,98 zł netto, z narzutami (bez zysku): 22.86 zł netto.

Odwołujący podkreślił, że oferta członka Konsorcjum P. W. została wybrana jako najkorzystniejsza przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na drobne roboty ogólnobudowlane, bieżące naprawy i konserwacje oraz usuwanie awarii w zakresie robót murarskich, tynkarskich, malarskich, stolarskich, szklarskich, dekarstwo-blaharskich, ciesielskich, izolacyjnych, nawierzchniowych oraz usuwania skutków zimy w budynkach i lokalach komunalnych stanowiących zasoby Zarządu Lokalu Miejskich w 2018 r. w zakresie RON3. Na podstawie zawartej w wyniku ww. postępowania umowy w 2017 r. zobowiązany był do wykonywania robót dodatkowych przez okres 1 roku, tj. do dnia 30 listopada 2018 r. Usługi te są wykonywane na podstawie przekazywanych zleceń, rozliczane następuje na podstawie cen zawartych w cenniku lub w przypadku, gdy danej pozycji nie ma w cenniku na podstawie kosztorysu powykonawczego z zachowaniem stawki roboczogodziny z narzutami zawartej w kosztorysie ofertowym. Pan P. W. odmawia wykonania powyższych usług. Zlecenie zostało wykonane przez Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego powyższe potwierdza jednoznacznie, że zaoferowana przez Konsorcjum cena nie stanowi rynkowej minimalnej stawki przyjętej w budownictwie, a tym samym oferta również w tym zakresie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podniósł, że zachowanie Zamawiającego kwestionowane w odwołaniu stanowi naruszenie zasad określonych w art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Konsorcjum jako niezgodnej z treścią SIWZ oraz stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji oraz powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z ofert niepodlegających odrzuceniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło Konsorcjum: E. M. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa WIKANT E. M., P. W. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą P. W. „WOL-PRIM” P.H.U., Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe GRAB-BUD Sp. z o.o., wnosząc o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że zgodnie z punktem 14.2 SIWZ Kosztorys ofertowy, o którym mowa w pkt 14.1, należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w kosztorysie nakładczym. Podstawy wyceny i normy w kosztorysie ofertowym muszą być takie same jak w kosztorysie nakładczym. Do wyceny wszystkich pozycji w kosztorysie ofertowym należy przyjąć jednakowe składniki cenotwórcze: stawkę roboczogodziny, koszty pośrednie, zysk, koszty zakupu. Zamawiający wymaga również zastosowania jednakowych cen dla tych samych materiałów lub sprzętu występujących w różnych pozycjach kosztorysu. Niezastosowanie się do powyższych zaleceń będzie skutkowało odrzuceniem oferty. W punkcie 14.9 SIWZ Zamawiający podał, że wykonawca winien przenieść do formularza ofertowego stawkę roboczogodziny oraz narzuty, na podstawie których kalkulował kosztorys ofertowy. W formularzu ofertowym powinien obliczyć również wysokość stawki roboczogodziny z narzutami (Kp i Z), która będzie brana pod uwagę przy ocenie oferty.

Przystępujący zaoferował w formularzu ofertowym (str. 2) następującą stawkę roboczogodziny:

- Stawka roboczogodziny R (netto) 11,00 zł
- Koszty pośrednie Kp (do R i S) 60%
- Zysk (do Kp, R i S) 10%
- Stawka netto po narzutach 19,36 zł

W poz. 28 kosztorysu ofertowego Przystępujący podał odrębną stawkę roboczogodziny w odniesieniu do zamontowania nawiewnika (11,50 zł), co zostało powtórzone w tabeli na str. 25 kosztorysu ofertowego.

Wysokość cen jednostkowych materiałów w kwestionowanych przez Odwołującego pozycjach kosztorysu nie była między stronami sporna.

Pismem z 7 listopada 2018 r. Zamawiający poinformował Przystępującego o poprawieniu omyłki w jego ofercie. Zamawiający podał, że w formularzu ofertowym błędnie wpisano kwotę netto z kosztorysu ofertowego (przestawienie cyfr). Kosztorys ofertowy

wyceniono na kwotę 1.105.226,26 zł netto natomiast do formularza ofertowego wpisana kwotę 1.105.266,65 zł. Ponadto Zamawiający poinformował, że na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawia w ofercie poz. 28 kosztorysu ofertowego poprzez zmianę stawki roboczogodziny, zgodnie ze stawką wskazaną formularzu ofertowym, tj. ze stawki 11,50 zł/r-g na 11 zł/r-g. Zamawiający podał, że w konsekwencji uległy zmianie wartość robót netto z kwoty 1.105.226,26 zł na kwotę 1.105.150,80 zł) oraz cena całkowita brutto (z kwoty 1.226.845,99 zł na kwotę 1.226.717,39 zł). Pismem z 8 listopada 2018 r. Przystępujący poinformował, że wyraża zgodę na poprawienie omyłki.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy 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. 2 pkt 3 stanowi, że 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.

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z przywołanymi przez Odwołującego przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji:

- czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1),
- czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców (art. 15 ust. 1 pkt 1).

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego poprawienia omyłki w ofercie Przystępującego, w pierwszej kolejności zauważyć należy, że chociaż postępowanie o udzielenie zamówienia cechuje się dużym poziomem formalizmu, to jednak formalizm ten nie może przesłaniać celu postępowania i prowadzić do eliminacji ofert zawierających uchybienia, które mogą zostać poprawione, a których poprawienie nie będzie stało w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych. Celem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest właśnie niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert w przeważającym zakresie poprawnych, na skutek zaistnienia niezgodności z treścią SIWZ, które nie mają zasadniczego znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia i oczekiwań Zamawiającego. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco.

Podkreślenia wymaga również, że fakt wystąpienia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ nie stoi na przeszkodzie poprawieniu oferty, gdyż takim właśnie sytuacjom wprost dedykowany jest przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z tym zastrzeżeniem, że wyeliminowanie takiej niezgodności nie może prowadzić do zmian w treści oferty, które miałyby charakter istotny.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy stwierdzić należy, że nie ma wątpliwości, że w ofercie Przystępującego wystąpiła niezgodność z treścią SIWZ, polegająca na wpisaniu w kosztorysie ofertowym innej stawki roboczogodziny dla zamontowania nawiewników okiennych. W ocenie Izby niezgodność ta podlegała poprawieniu na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Twierdzenie Odwołującego, jakoby takie określenie stawki roboczogodziny nie było omyłką, ale zamierzonym działaniem Przystępującego, jest gołosłowne, nie ma natomiast – zdaniem Izby – podstaw zakładać, że Przystępujący z premedytacją złożył ofertę w oczywisty sposób niespełniającą jednego z wymagań SIWZ. Przeciwnie, mogło to z pośpiechu przy sporządzaniu oferty, przeoczenia wymagania SIWZ, braku dostatecznej weryfikacji treści oferty, itp. Zauważyć również należy, że po poprawieniu spornej omyłki Przystępujący wyraził pisemną zgodę na jej poprawienie, co pozwala uznać uchybienie w ofercie za skutek niezamierzonego błędu (omyłki).

Nie jest również tak, jak twierdził Odwołujący, że Zamawiający nie miał żadnej wiedzy, w jaki sposób może ofertę Przystępującego poprawić. Skoro wykonawca wpisał w formularzu ofertowym jednoznacznie, że stawka roboczogodziny to 11,00 zł (i tę samą stawkę podał w kosztorysie ofertowym, z wyjątkiem jednej pozycji dotyczącej montażu nawiewników), a zgodnie z SIWZ stawka ta powinna być tożsama dla całości robót, to przyjęcie przez Zamawiającego stawki 11,00 zł było działaniem logicznym i uzasadnionym.

W ocenie Izby nie sposób przyjąć, że poprawienie oferty doprowadziło do istotnych zmian jej treści. Oceniając tę kwestię należy mieć na uwadze, że Przystępujący zaoferował przedmiot zamówienia zgodny z szeregiem wymagań opisanych przez Zamawiającego. Dokonane przez Zamawiającego poprawienie omyłki dotyczy jednej składowej kosztorysu ofertowego, przekładającej się znikomo na cenę oferty (wartość kosztorysu po poprawieniu omyłki zmieniła się o 128,60 zł), niemającej wpływu na ranking ofert, jak również na jakość zaoferowanego świadczenia. Należy więc stwierdzić, że skala nieprawidłowości oferty w żadnej mierze nie uzasadniała jej odrzucenia, odrzucenie takie byłoby wyrazem nadmiernego, niczym nieuzasadnionego formalizmu.

Nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Odwołującego, jakoby przeszkodą w poprawieniu omyłki w ofercie Przystępującego była okoliczność, że Zamawiający zamieścił w SIWZ postanowienie, zgodnie z którym niezastosowanie się do zaleceń dotyczących

przyjęcia jednakowych składników cenotwórczych, będzie skutkowało odrzuceniem oferty. Zastrzeżenie takiego rygoru nie oznacza, że Zamawiający może go zastosować z pominięciem dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Skorzystanie z tego przepisu, przy zaistnieniu określonych w nim przesłanek, jest bowiem ustawowym obowiązkiem Zamawiającego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji, stwierdzić należy, że Odwołujący, na którym spoczywał ciężar dowodu, nie wykazał, że sposób, w jaki Przystępujący skalkulował cenę oferty, wypełnienia znamiona czynów z art. 3 ust. 1 oraz 15 ust. 1 pkt 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący oparł ten zarzut na zaniżonej wycenie materiałów w wybranych pozycjach kosztorysu ofertowego Przystępującego. Zakwestionowane przez Odwołującego elementy ceny dotyczą nie tyle wartości pozycji kosztorysowych, co ich składników dotyczących materiałów, co do których nie wykazał, aby wpływały one zasadniczo możliwość wykonania zamówienia za zaoferowaną cenę. Tymczasem – co wymaga wyraźnego podkreślenia – przedmiotem zamówienia nie jest dostawa tych wybranych materiałów, ale wykonanie robót budowlanych, które mają być rozliczane jednostkami powierzchni.

Zauważenia wymaga, że cena oferty Przystępującego (1.226.717,39 zł) jest tylko nieznacznie niższa niż cena zaoferowana przez Odwołującego (1.253.936,47 zł), a w ofercie Odwołującego również występują składniki wycenione na istotnie niższym poziomie niż w kosztorysie inwestorskim czy w ofercie Przystępującego. Jednocześnie Odwołujący nie wykazał, aby to właśnie przyjęcie przez Przystępującego stawek dla niektórych materiałów nosiło cechy czynu bezprawnego, zmierzającego do wyeliminowania innych przedsiębiorców. Ponadto Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że zastosowanie takiej wyceny dotyczyło istotnych części składowych ceny, co skutkowałoby zaistnieniem po stronie Zamawiającego obowiązku wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Za dowód popełnienia czynu nie można uznać złożonych przez Odwołującego wydruków z portalu aukcyjnego, mających obrazować wartość rynkową materiałów, których wycena została zakwestionowana. Zauważyć należy, że wynikające z tych wydruków ceny dotyczą sprzedaży detalicznej i nie uwzględniają relacji handlowych wykonawcy prowadzącego profesjonalną działalność na rynku robót budowlanych. Z kolei złożone przez Odwołującego oferty, które uzyskał od podmiotów prowadzących hurtową sprzedaż materiałów budowlanych nie dowodzą, że Przystępujący nie ma wypracowanych warunków handlowych pozwalających nabyć te materiały po niższych cenach albo – co istotne – że nie dysponuje zapasami magazynowymi materiałów, które są przecież towarami powszechnie

wykorzystywanymi w branży, w której działa Przystępujący. W szczególności druga z tych okoliczności mogła wpłynąć na wycenę niektórych materiałów potrzebnych do wykonania przedmiotu zamówienia na poziomie 0,01 zł.

W odniesieniu do zaoferowanej przez Przystępującego stawki za roboczogodzinę stwierdzić należy, że Odwołujący w żadnej mierze nie wykazał, że zaoferowana stawka netto 19,36 zł po odjęciu 10% zysku nie pozwoli należycie wykonać zamówienia lub że zmierza do bezprawnego utrudnienia dostępu do rynku innym przedsiębiorcom. Samo porównanie tej stawki w wysokości 17,42 zł do stawki rekomendowanej przez związki pracodawców i pracowników budownictwa (17,79 zł) nie może świadczyć o popełnieniu czynu nieuczciwej konkurencji. Zauważyć należy, że stawka rekomendowana stanowi pewną wskazówkę, nieuwzględniającą uwarunkowań występujących po stronie konkretnego wykonawcy. Nie można więc tej stawki rekomendowanej utożsamiać z minimalną możliwą do zastosowania w kalkulacji kosztorysowej stawką, poniżej której nie jest możliwe należyte zrealizowanie robót, z poszanowaniem wymagań wynikających z przepisów prawa.

Na koniec zaznaczenia wymaga, że bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy pozostaje podniesiona w odwołaniu kwestia sposobu wywiązywania się przez jednego z członków Konsorcjum z wcześniej zawartej umowy. Odwołujący nie sformułował bowiem w tym zakresie konkretnych zarzutów ani nie wskazał na ewentualne skutki takiego stanu rzeczy dla przedmiotowego postępowania.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący: