

Sygn. akt: KIO 3150/20

WYROK
z dnia 18 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2020 r. przez wykonawcę **Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **Baudiedzic sp. z o.o. sp. komandytowa w Rudnej Małej** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie** na rzecz **Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Krakowie** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset 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 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Komenda Wojewódzka Państwowej Straży Pożarnej w Krakowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „budowa Komendy Powiatowej Państwowej Straży Pożarnej w Wieliczce wraz z magazynem przeciwpowodziowym”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 28 września 2020 r., poz. 590465-N-2020.

24 listopada 2020 r. zamawiający przesłał wykonawcy Strabag sp. z o.o. w Pruszkowie, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Baudziedzic sp. z o.o. sp. komandytowa w Rudnej Małej, zwanego dalej również „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, odwołujący wniósł 30 listopada 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp przez brak przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równości wykonawców,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp przez jego niezastosowanie w sytuacji gdy wykonawca Baudziedzic Spółka z o.o. określił ceny jednostkowe w poz. 4.4.1. w poz. 4.4.2, poz. 4.4.3., poz. 4.4.4, poz. 8.1.5., poz. 9.2.6, poz. 9.2.7., poz. 9.2.8., poz. 9.2.9., poz. 9.2.10, poz. 9.2.11, poz. 9.2.12, poz. 13.1.14., poz. 4.3.1, poz. 4.5.1. oraz poz. 4.5.2 kosztorysu ofertowego dla robót ogólnobudowlanych niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w tym w Rozdziale XII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz postanowieniu § 8 ust. 2 istotnych postanowień umowy, w szczególności zaoferowane przez niego ceny w w/w pozycjach kosztorysów ofertowych nie uwzględniają kosztów bezpośrednich, kosztów pośrednich, narzutów oraz kosztów mających wpływ na cenę wykonania zamówienia;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt. 3 Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt. 1 w zw. z art. 3 ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez jego niezastosowanie w stanie faktycznym sprawy, w którym złożenie oferty przez wykonawcę Baudziedzic spółka z o.o. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji polegający na utrudnieniu

wykonawcom dostępu do rynku robót budowlanych poprzez zaoferowanie w pozycjach kosztorysu ofertowego 4.4.1. w poz. 4.4.2, poz. 4.4.3., poz. 4.4.4, poz. 8.1.4, poz. 8.1.5., poz. 9.2.6, poz. 9.2.7., poz. 9.2.8., poz. 9.2.9., poz. 9.2.10, poz. 9.2.11, poz. 9.2.12, poz. 13.1.14., poz. 4.3.1, poz. 4.5.1. oraz poz. 4.5.2 kosztorysu ofertowego dla robót ogólnobudowlanych cen robót budowlanych poniżej kosztów ich świadczenia w celu eliminacji innych pozostałych wykonawców z postępowania.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty przystępującego w postępowaniu;
- 2) ponownej oceny ofert i odrzucenia oferty złożonej przez ww. wykonawcę.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że przystępujący dokonał niedopuszczalnej modyfikacji przedmiarów robót w poz. 2.2.3, w poz. 5.4.1, w poz. 5.1.5. przedmiaru robót dla robót ogólnobudowlanych. Odwołujący wywiódł, że w odpowiedzi na pytania zamawiający nie dopuścił możliwości dokonywania przez wykonawców modyfikacji załączonych przedmiarów robót. Zmiany ilości przedmiarów w kosztorysie inwestorskim - zgodnie z dyspozycją zamawiającego kosztorysu nie można było edytować w zakresie pozycji oraz ilości (poza jednoznacznie wskazanymi pozycjami przez zamawiającego). Zdaniem odwołującego w kosztorysie przystępującego znajduje się kilka pozycji, w których ten przedmiar został zmodyfikowany.

Pozycja 2.2.3. Przedmiaru robót dla robót ogólnobudowlanych. Przedmiar Inwestora:

2.2.3.	KNR 1901/118/2	Wywóz ziemi, wywóz samochodami samowyladowczymi, za każde dalsze 0,5 km, Kategoria gruntu I-II	m ³	6562,2 00		
--------	-------------------	--	----------------	--------------	--	--

Pozycja 2.2.3. Przedmiaru robót dla robót ogólnobudowlanych. Przedmiar przystępującego:

2.2.3.	KNR 1901/118/2	Wywóz ziemi, wywóz samochodami samowyladowczymi, za każde dalsze 0,5 km, Kategoria gruntu I-II Krotność = 10	m ³	6262,2 00	4,93	3087 2,65
--------	-------------------	---	----------------	--------------	------	--------------

Pozycja 5.4.1. Przedmiaru robót dla robót ogólnobudowlanych. Przedmiar Inwestora:

5.4.1.	KNRW 202/242/4	Belki, podciągi, nadproża monolityczne i wieńce żelbetowe w deskowaniu systemowym - transport betonu pompą, pozostałych materiałów żurawiem	m ³	42,571		
--------	-------------------	---	----------------	--------	--	--

Pozycja 5.4.1. Przedmiaru robót dla robót ogólnobudowlanych. Przedmiar przystępującego:

5.4.1.	KNRW 202/242/4	Belki, podciągi, nadproża monolityczne i wieńce żelbetowe w deskowaniu systemowym - transport betonu pompą, pozostałych materiałów żurawiem	m ³	41,571	898,70	37359,86
--------	-------------------	---	----------------	--------	--------	----------

Pozycja 5.1.5. Przedmiaru robót dla robót ogólnobudowlanych. Przedmiar Inwestora:

5.1.5.	KNR 202/290/4 (2)	Zbrojenie konstrukcji monolitycznych budowli, pręty stołowe okrągłe Żebrowane, Fi 8-14 mm	t	41,593		
--------	-------------------------	---	---	--------	--	--

Pozycja 5.1.5. Przedmiaru robót dla robót ogólnobudowlanych. Przedmiar przystępującego:

5.1.5.	KNR 202/290/4 (2)	Zbrojenie konstrukcji monolitycznych budowli, pręty stołowe okrągłe Żebrowane, Fi 8-14 mm	t	41,953	3911,92	164116,78
--------	-------------------------	---	---	--------	---------	-----------

Odwołujący podniósł także, że przystępujący zaoferował nierealne ceny jednostkowe dla pozycji nr 4.4.1, poz. 4.4.2, poz. 4.4.3 oraz poz. 4.4.4 przedmiaru dla robót związanych z izolacją budynku. Odwołujący przedstawił wyciąg z oferty przystępującego odnoszący się do cen jednostkowych dla pozycji nr 4.4.1, poz. 4.4.2, poz. 4.4.3 oraz poz. 4.4.4 przedmiaru robót izolacji budynku:

4.4.1.	KNR 202/605/4 (2)	izolacje przeciwwodne z papy, powierzchni poziomych na lepiku na zimno, 1-a warstwa	m ²	132,226	3,23	427,09
4.4.2.	KNR 202/605/1 (2)	Izolacje przeciwwodne z papy, powierzchni poziomych na leci ku na gorąco, 1-a warstwa	m ²	435,910	3,09	1346,96
4.4.3.	KNR 202/605/2 (2)	Izolacje przeciwwodne z papy, powierzchni poziomych na lepiku na gorąco, 2-a warstwa	m ²	435,910	4,21	1635,18
4.4.4.	KNR 202/603/7	Izolacje przeciwwilgociowe powłokowe bitumiczne pionowe - pierwsza warstwa	m ²	2034,00	3,77	7668,18

Odwołujący wskazał, że na prace związane z wykonaniem izolacji przeciwwodnych z papy powierzchni poziomych składają się następujące koszty bezpośrednie:

- (i) koszt materiału;
- (ii) koszt transportu materiału na plac budowy;
- (iii) koszt robocizny, przy czym koszt robocizny nie może być niższy niż wynika to z obowiązujących przepisów, w tym z rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10.09.2019 r. w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej w 2020 roku.

Odwołujący zwrócił uwagę, że przedmiar robót zawierał odniesienie do KNR (Katalogów Nakładów Rzeczowych), które określają jakie czynności należy wykonać aby zrealizować dany zakres prac (np. pracochłonność, wydajność, nakłady rzeczowe). Zgodnie z tymi normami, do kosztów wytworzenia prac (usługi) zalicza się również - poza kosztami bezpośrednimi - koszty pośrednie oraz zysk. W tej sytuacji poprawnie wyliczona cena jednostkowa powinna zawierać zarówno koszty bezpośrednie jak i koszty pośrednie oraz zysk. Odwołujący argumentował, że zgodnie z wymaganiami zamawiającego należało wykonać izolacje poziome dwuwarstwowe, zatem do wyceny przyjęć należało wykonanie papy w dwóch warstwach, tj. minimum 2x papy podkładowej. Odwołujący wskazał, że cena rynkowa najtańszej papy podkładowej wynosi odpowiednio kwotę wskazaną w dowodzie nr 1 którego treść została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa odwołującego.

Zdaniem odwołującego, przy określeniu cen jednostkowych przez przystępującego na takim poziomie jak w ofercie nie ma możliwości wykonania tych prac zgodnie z wymaganiami zamawiającego, gdyż zaoferowane ceny jednostkowe nie pokrywają nawet kosztu zakupu materiału. W kalkulacji cen jednostkowych wskazanych pozycji, brak jest uwzględnienia kosztów dostawy materiału oraz kosztu jego wbudowania. Odwołujący podkreślał, iż koszt wykonania izolacji (robocizny), którego przystępujący nie uwzględnił we wskazanych pozycjach kosztorysowych wielokrotnie przewyższa koszt samego materiału.

Zdaniem odwołującego przystępujący zaoferował także nierealne ceny jednostkowe dla pozycji nr 8.1.4. oraz pozycji nr 8.1.5. przedmiaru dla robót wykonania pokryć dachowych. Odwołujący przedstawił wyciąg z oferty przystępującego odnoszący się do cen jednostkowych dla pozycji nr 8.1.4. oraz pozycji nr 8.1.5. przedmiaru robót wykonania pokryć dachowych.

8.1.4.	KNR 202/609/3	Izolacje cieplne i przeciwdźwiękowe poziome z płyt ze sztywnej pianki PIR w obustronnej okładzinie z papieru	m ²	825,05 0	76,8 4	6339 6,84
--------	------------------	--	----------------	-------------	-----------	--------------

		kraft pokrytego aluminium; układ dwuwarstwowy gr. 180 mm				
8.1.5.	KNR 202/609/3	Kontrspadki z kształtek z pianki PIR; gr.1-17cm; pianka NRO	m ²	18,680	503, 91	9413, 04

Odwołujący wskazał, że na koszty bezpośrednie związane z wykonaniem izolacji cieplnych i przeciwdźwiękowych poziomych z płyt ze sztywnej pianki PIR w obustronnej okładzinie z papieru kraft pokrytego aluminium składa się:

- (i) koszt materiału;
- (ii) koszt transportu materiału na plac budowy;
- (iii) koszt robocizny, przy czym koszt robocizny nie może być niższy niż wynika to z obowiązujących przepisów, w tym z rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10.09.2019 r. w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej w 2020 roku. Odwołujący argumentował, że przedmiar robót zawierał odniesienie do KNR (Katalogów Nakładów Rzeczowych), które określają jakie czynności należy wykonać aby zrealizować dany zakres prac (np. pracochłonność, wydajność, nakłady rzeczowe). Zgodnie z tymi normami, do kosztów wytworzenia prac (usługi) zalicza się również - poza kosztami bezpośrednimi - koszty pośrednie oraz zysk. Zdaniem odwołującego przyjęć należy, że poprawnie wyliczona cena jednostkowa powinna zawierać zarówno koszty bezpośrednie jak i koszty pośrednie oraz zysk.

Według odwołującego zaoferowane przez przystępującego ceny jednostkowe wykonania izolacji cieplnej i przeciwdźwiękowej z płyt PIR nie pokrywają nawet kosztu dostawy najtańszego materiału.

Odwołujący wywiódł, że zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego w projekcie wykonawczym branży architektonicznej, dokument 827.51-06_Opis (str. 12) - jak niżej - do wyceny przyjęć należało wykonanie izolacji w układzie dwóch warstw płyt ze sztywnej pianki PIR (np.: 1 warstwa gr. 10 cm oraz 2 warstwa gr. 8 cm) oraz dodatkowo wykonanie kontrspadków z kształtek z pianki PIR. Odwołujący wskazał także, że ceny rynkowe najtańszych materiałów zostały wskazane w dokumencie - dowód nr 2 do odwołania którego treść została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa odwołującego.

Zdaniem odwołującego przy określeniu cen jednostkowych przez wykonawcę Baudiedzic spółka z o.o. na takim poziomie jak w ofercie nie ma możliwości wykonania tych prac zgodnie z wymaganiami zamawiającego, gdyż zaoferowane ceny jednostkowe nie pokrywają nawet kosztu zakupu materiału. W kalkulacji cen jednostkowych wskazanych pozycji brak jest uwzględnienia kosztów dostawy materiału oraz kosztu jego wbudowania tym bardziej przy założeniu wykonania tej izolacji w dwóch warstwach zgodnie z wytycznymi projektu wykonawczego. To samo tyczy się pozycji 8.1.5 - przy przeliczeniu ceny

jednostkowej kontrspadków w oparciu o założenia projektowe przeliczając grubość kontrspadków poprzez działania matematyczne do grubości średniej zaoferowana cena jednostkowa przez wykonawcę Baudziedzic spółka z o.o. również nie pokrywa nawet kosztu zakupu materiału.

Odwołujący podniósł także, że wykonawca Baudziedzic Spółka z o.o. zaoferował nierealne ceny jednostkowe dla pozycji nr 4.5.1. oraz pozycji nr 4.5.2. przedmiaru dla robót izolacji zbiornika retencyjnego p.poż. Odwołujący przedstawił wyciąg z oferty wykonawcy Baudziedzic Spółka z o.o. odnoszący się do cen jednostkowych dla pozycji 4.5.1. oraz pozycji nr 4.5.2. przedmiaru robót izolacji zbiornika retencyjnego p.poż.

4.5.1.	KNR 202/603/7 analogia	Izolacje przeciwwilgociowe powłokowe pionowe - pierwsza warstwa	m ²	645,00 0	27,0 0	1741 5,00
4.5.2.	KNR 202/603/2 analogia	Izolacje przeciwwilgociowe powłokowe pionowe wykonywane na zimno, emulsja asfaltowa, dodatek za każdą następną warstwę	m ²	645,00 0	27,0 0	1741 5,00

Odwołujący wskazał, że w izolacji zbiornika zgodnie z dokumentacją projektową, tj. projektem wykonawczym branży architektonicznej należało wykonać hydroizolację systemową, a część poziomą stropu dodatkowo ocieplić, zgodnie z rysunkiem. Odwołujący podkreślał, że zgodnie z projektem zarówno powierzchnie ścian jak i stropu zbiornika powinny zostać uszczelnione izolacją systemową.

Odwołujący argumentował, że na zakres prac do wykonania w ramach pozycji 4.5.1. oraz pozycji nr 4.5.2. przedmiaru dla robót izolacji zbiornika retencyjnego p.poż. w kosztach bezpośrednich składa się:

- (i) wykonanie przeciwwodnej izolacji płyty zbiornika,
- (ii) wykonanie przeciwwodnej izolacji ścian zbiornika,
- (iii) wykonanie przeciwwodnej izolacji stropu zbiornika,
- (iv) wykonanie izolacji termicznej stropu zbiornika,

a zatem koszty materiału, sprzętu oraz robocizny, przy czym koszt robocizny nie może być niższy niż wynika to z obowiązujących przepisów, w tym z Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10.09.2019 r w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej w 2020 roku.

Odwołujący wskazywał, że przedmiar robót zawierał odniesienie do KNR (Katalogów Nakładów Rzeczowych), które określają jakie czynności należy wykonać aby zrealizować dany zakres prac (np. pracochłonność, wydajność, nakłady rzeczowe). Zgodnie z tymi

normami, do kosztów wytworzenia prac (usługi) zalicza się również - poza kosztami bezpośrednimi - koszty pośrednie oraz zysk. Zatem przyjęć należy, że dana poprawnie wyliczona cena jednostkowa powinna zawierać zarówno koszty bezpośrednie jak i koszty pośrednie oraz zysk. Odwołujący wskazał ponadto, że ceny rynkowe kompleksowego wykonania systemowej izolacji przeciwwodnej w oparciu o wytyczne projektowe zostały zawarte w dokumencie - dowód Nr 3, którego treść została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa odwołującego.

Odwołujący zarzucił ponadto, że wykonawca Baudziedzic Spółka z o.o. zaoferował ceny jednostkowe dla różnych typów drzwi z różnym ich wyposażeniem w takiej samej cenie. Wykonawca ten określił te same ceny jednostkowe dla drzwi z kratką wentylacyjną ze stali nierdzewnej jak i bez, jak również takie same ceny jednostkowe dla drzwi z naświetlem jak i bez naświetla.

Odwołujący przedstawił wyciąg z oferty wykonawcy Baudziedzic Spółka z o.o. odnoszący się do cen jednostkowych dla pozycji nr 9.2.6., 9.2.7., pozycji 9.2.8., pozycji 9.2.9., poz. 9.2.10., pozycji 9.2.11, pozycji 9.2.12 przedmiaru robót stolarki wewnętrznej.

9.2.6.	KNR 19/1023/12	Montaż drzwi wraz z ościeżnicą zgodnie z dokumentacją projektowa z obróbka obsadzenia – D1	m ²	46,200	637, 38	2944 6,96
9.2.7.	KNR 19/1023/12	Montaż drzwi wraz z ościeżnicą zgodnie z dokumentacją projektowa z obróbka obsadzenia - D2	m ²	4,200	937, 06	3935, 65
9.2.8.	KNR 19/1023/12	Montaż drzwi wraz z ościeżnicą zgodnie z dokumentacją projektowa z obróbka obsadzenia – D3	m ²	27,300	637, 38	1740 0,47
9.2.9.	KNR 19/1023/12	Montaż drzwi wraz z ościeżnicą zgodnie z dokumentacją projektowa z obróbka obsadzenia – DW1	m ²	29,400	637, 38	1873 8,97
9.2.1 0.	KNR 19/1023/12	Montaż drzwi wraz z ościeżnicą zgodnie z dokumentacją projektowa z obróbka obsadzenia – DW2	m ²	10,500	937, 06	9839, 13
9.2.1 1.	KNR 19/1023/12	Montaż drzwi wraz z ościeżnicą zgodnie z dokumentacją projektowa z obróbka obsadzenia – DW3	m ²	18,900	1041 ,18	1967 8,30
9.2.1 2.	KNR 19/1023/12	Montaż drzwi wraz z ościeżnicą zgodnie z dokumentacją projektowa z	m ²	3,780	553, 14	2090, 87

		obróbka obsadzenia – DW4				
--	--	--------------------------	--	--	--	--

Odwołujący podniósł, że zgodnie z dokumentacją projektową dla robót stolarki wewnętrznej, projekt wykonawczy branży architektonicznej, dokument 827.51-25.2 - Zestawienie stolarki drzwiowej wewnętrznej - należało wycenić montaż drzwi z ościeżnicą, przy czym zamawiający przewidział do zamontowania trzy rodzaje drzwi:

- (i) drzwi D1- drzwi wewnętrzne, jednoskrzydłowe, płytowe, okleinowane, o wymiarze 100x210 cm, w ilości 22 szt., co stanowi 46,2 m;
- (ii) drzwi D2 - drzwi wewnętrzne, jednoskrzydłowe, płytowe, okleinowane z bulajem, o wymiarze 100x210 cm, w ilości 2 szt. co stanowi 4,2 m2;
- (iii) drzwi D3 - drzwi wewnętrzne, jednoskrzydłowe, płytowe, okleinowane z naświetlem o wymiarze 100x210 cm, w ilości 13 szt., co stanowi 27,3 m2.;
- (iv) drzwi DW1 - drzwi wewnętrzne, jednoskrzydłowe, płytowe, okleinowane z naświetlem o wymiarze 100x210 cm, w ilości 14 szt., co stanowi 29,4 m2;
- (v) drzwi DW2 - drzwi wewnętrzne, jednoskrzydłowe, płytowe, okleinowane z naświetlem o wymiarze 100x210 cm, w ilości 5 szt., co stanowi 10,5 m2;
- (vi) drzwi DW3 - drzwi wewnętrzne, jednoskrzydłowe, płytowe, okleinowane z naświetlem o wymiarze 100x210 cm, w ilości 10 szt, co stanowi 18,9 m2;
- (vii) drzwi DW4 - drzwi wewnętrzne, jednoskrzydłowe, płytowe, okleinowane z naświetlem o wymiarze 90x210 cm, w ilości 2 szt., co stanowi 3,78 m2.

Odwołujący argumentował, że w powierzchni drzwi D3 oraz DW4 określonej przez Zamawiającego w przedmiarze stolarki wewnętrznej nie jest uwzględniona powierzchnia naświetla wobec powyższego, zgodnie z wymogami Zamawiającego sformułowanymi na etapie pytań i odpowiedzi zakres ten należało uwzględnić w kosztorysie „Prac nieujętych” w postaci dodatkowej powierzchni. Aby treść oferty w zakresie stolarki drzwiowej odpowiadała wymaganiom zamawiającego wykonawca winien uwzględnić powierzchnię naświetla w cenie jednostkowej drzwi D3 w pozycji 9.2.8 oraz w cenie jednostkowej drzwi DW4 w pozycji 9.2.12 przedmiaru robót dla stolarki wewnętrznej lub też uwzględnić te koszty w kosztorysie „Prac nieujętych”. Tymczasem Kosztorys „Prac nieujętych” wykonawcy Baudziedzic Spółka z o.o. nie zawiera takiej pozycji, zaś zaoferowana przez tego wykonawcę cena jednostkowa za drzwi D3 nie uwzględnia wykonania naświetla.

Ponadto Odwołujący wskazał, iż mimo różnego wyposażenia dla drzwi D1 i DW1 oraz D2 i DW2 przy określeniu cen jednostkowych przez wykonawcę Baudziedzic Spółka z o.o. zastosowane takie same ceny jednostkowe co świadczy, że:

- (i) w drzwiach DW1 nie wyceniono dodatkowej kratki wentylacyjnej ze stali nierdzewnej;
- (ii) w drzwiach DW2 nie wyceniono dodatkowej kratki wentylacyjnej ze stali nierdzewnej.

Ponadto odwołujący argumentował, że przedmiar robót zawierał odniesienie do KNR (Katalogów Nakładów Rzeczowych), które określają jakie czynności należy wykonać aby zrealizować dany zakres prac (np. pracochłonność, wydajność, nakłady rzeczowe). Zgodnie z tymi normami, do kosztów wytworzenia prac (usługi) zalicza się również - poza kosztami bezpośrednimi - koszty pośrednie oraz zysk. Zatem odwołujący wskazał, że dana poprawnie wyliczona cena jednostkowa powinna zawierać zarówno koszty bezpośrednie jak i koszty pośrednie oraz zysk.

Odwołujący podniósł także, że wykonawca Baudziedzic Spółka z o.o. zaoferował nierealne ceny jednostkowe dla pozycji nr 13.1.14 przedmiaru dla robót elewacyjnych. Odwołujący przedstawił wyciąg z oferty wykonawcy Baudziedzic Spółka z o.o. odnoszący się do cen jednostkowych dla pozycji nr 13.1.14. przedmiaru robót wykonania robót elewacyjnych.

13.1. 14	Wyc. indy wid.	Dostawa i montaż: elewacja z koszy gabionowych szer. 0,15m wypełnionych kamieniem łupanym białym z przebarwieniami frakcja 40-150mm. Montaż według technologii producenta. Podkonstrukcja stalowa ocynkowana, malowana proszkowo RAL 9007	m ³	17,700	1596 ,80	2826 3,36
-------------	-------------------	---	----------------	--------	-------------	--------------

Odwołujący wskazał, że na prace związane z wykonaniem elewacji z koszy gabionowych w kosztach bezpośrednich składa się:

- (i) podkonstrukcja stalowa ocynkowana;
- (ii) kosze gabionowe z siatki o oczku 5x20 cm;
- (iii) wypełnienie z kruszywa;
- (iv) montaż elementów na elewacji,

a zatem koszty materiału, sprzętu oraz robocizny, przy czym koszt robocizny nie może być niższy niż wynika to z obowiązujących przepisów, w tym z Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10.09.2019 r. w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej w 2020 roku. Zdaniem odwołującego zaoferowane przez przystępującego ceny jednostkowe wykonania elewacji z koszy gabionowych nie pokrywają nawet kosztów dostarczenia materiałów. Odwołujący wskazał, że ceny rynkowe materiałów niezbędnych do wykonania tego zakresu zostały określone w dokumencie dowód nr 4, którego treść została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa odwołującego.

Odwołujący wskazał, że przedmiar robót zawierał odniesienie do KNR (Katalogów Nakładów Rzeczowych), które określają jakie czynności należy wykonać aby zrealizować dany zakres prac (np. pracochłonność, wydajność, nakłady rzeczowe). Zgodnie z tymi normami, do kosztów wytworzenia prac (usługi) zalicza się również - poza kosztami bezpośrednimi - koszty pośrednie oraz zysk. Zdaniem odwołującego poprawnie wyliczona cena jednostkowa powinna zawierać zarówno koszty bezpośrednie jak i koszty pośrednie oraz zysk.

Odwołujący podniósł także, że przystępujący zaoferował nierealne ceny jednostkowe dla pozycji nr 4.3.1 przedmiaru dla robót izolacji ścian placu manewrowego. Odwołujący przedstawił wyciąg z oferty wykonawcy Baudziedzic spółka z o.o. odnoszący się do cen jednostkowych dla pozycji nr 4.3.1. przedmiaru robót izolacji ścian placu manewrowego.

4.3.1.	KNR 202/605/10 (1) analogia	Wykonanie izolacji pionowej 2 warstwowej z membrany dualseal	m ²	880,00 0	54,2 5	4774 0,00
--------	-----------------------------------	--	----------------	-------------	-----------	--------------

Odwołujący wskazał, że na prace związane z wykonaniem izolacji z membrany typu dualseal w kosztach bezpośrednich składa się:

- (i) koszt materiału;
- (ii) koszt transportu materiału na plac budowy;
- (iii) koszt robocizny przy czym koszt robocizny nie może być niższy niż wynika to z obowiązujących przepisów, w tym z Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 10.09.2019 r w sprawie minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz minimalnej stawki godzinowej w 2020 roku.

Zdaniem odwołującego zaoferowane przez wykonawcę Baudziedzic spółka z o.o. ceny jednostkowe wykonania izolacji membrany dualseal co najwyżej pokrywają koszt dostawy najtańszego materiału. Odwołujący wskazał, że ceny rynkowe najtańszych materiałów, tj. membrany Dual Proof C zostały określone w dokumencie stanowiącym dowód Nr 5, którego treść została zastrzeżona jako tajemnica przedsiębiorstwa Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że przedmiar robót zawierał odniesienie do KNR (Katalogów Nakładów Rzeczowych), które określają jakie czynności należy wykonać aby zrealizować dany zakres prac (np. pracochłonność, wydajność, nakłady rzeczowe). Zgodnie z tymi normami, do kosztów wytworzenia prac (usługi) zalicza się również - poza kosztami bezpośrednimi - koszty pośrednie oraz zysk. Zatem przyjąć należy, że poprawnie wyliczona cena jednostkowa powinna zawierać zarówno koszty bezpośrednie jak i koszty pośrednie oraz zysk.

Wobec powyższego, przy określeniu cen jednostkowych przez przystępującego na takim poziomie jak w ofercie nie ma możliwości wykonania tych prac zgodnie z wymaganiami zamawiającego, gdyż zaoferowane ceny jednostkowe co najwyżej pokryją kosztu zakupu materiału. W kalkulacji cen jednostkowych wskazanych pozycji brak jest uwzględnienia kosztów dostawy materiału oraz kosztu jego wbudowania.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 26 z dnia 21.10.2020 r. zamawiający określił, że w cenie oferty powinny zostać uwzględnione prace dotyczące wykonania wymaganego ukształtowania terenu i odtworzenia zniszczonej zieleni w etapie II. Z treści pytania wynikało, iż dostarczone przez zamawiającego przedmiary robót nie uwzględniają wyceny odnoszącej się do powierzchni ok. 4426m² terenów zielonych.

Pytanie 26:

Prosimy o określenie jaki zakres prac, należy uwzględnić w wycenie dla obszaru terenu zielonego pokazanego w PB na Planszy Zagospodarowania Terenu nr rys.827/I+II.10-11 oznaczonego jako II etap (wchodzący w zakres przedmiotu zamówienia). Brak w pozycjach przedmiarowych powierzchni ok. 4426 m2 terenów zielonych.

Odpowiedź:

Należy wykonać wymagane ukształtowanie terenu, związane z projektowaną inwestycją oraz odtworzenie zniszczonej zieleni z związku z prowadzonymi pracami.

Ostateczny zakres prac do decyzji Inwestora.

Odwołujący argumentował, że zgodnie z wcześniejszymi odpowiedziami zamawiającego, w szczególności zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 4 z dnia 07.10.2020 oraz na pytanie nr 6 z dnia 13.10.2020 wszelkie prace, które nie zostały ujęte w przedmiarach należy wykazać w sporządzonym dodatkowym kosztorysie „Prac nieujętych”. W tym samym dokumencie „in minus” należy wykazać wszystkie prace i materiały, które według wykonawcy zostały nadmiarowo ujęte w przedmiarach. Zatem obowiązkiem wykonawcy było uwzględnienie prac, o jakich mowa w odpowiedzi Zamawiającego nr 26 z dnia 21.10.2020 r. w kosztorysie „Prac nieujętych”. Odwołujący argumentował, że kosztorys prac nieujętych złożony przez przystępującego nie uwzględnia tych prac, co świadczy o tym, iż jest ona niezgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący wywiódł, że interpretacja art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, nakazuje odniesienie normy art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego. Zdaniem odwołującego zarówno treść SIWZ jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: Zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie

zamówienia publicznego, oraz Wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego - co do zasady - porównanie zaoferowanego przez Wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ jest z nią zgodna.

Odwołujący wskazywał także, że rozumienie terminu oferta należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką Wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie, a w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego cen jednostkowych, stanowiących podstawę do rozliczenia umowy. Według odwołującego nieprawidłowe obliczenie przez przystępującego cen jednostkowych we wskazanych pozycjach kosztorysów ofertowych wbrew wymaganiom zamawiającego określonych w treści SIWZ, w tym określenie cen jednostkowych poniżej kosztów zakupu materiałów, czy brak uwzględnienia w cenie jednostkowej pozycji kosztów bezpośrednich oraz kosztów pośrednich (narzutów) stanowi podstawę do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. Kosztorysy ofertowe stanowią bowiem treść oferty, która co do sposobu obliczenia ceny nie odpowiada wymogom zamawiającego.

W odniesieniu do oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji odwołujący wskazał, iż w niniejszej sprawie zachodzą przesłanki do odrzucenia oferty wykonawcy Baudziedzic spółka z o.o. również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 ZNKU, jak i uzupełniająco w zw. z art. 15 ZNKU. Zdaniem odwołującego w niniejszej sprawie czyn nieuczciwej konkurencji polega na celowym działaniu zmierzającym do zaburzenia wyników oceny ofert i zapewnienia w/w wykonawcy wyższej pozycji (ilości punktów) z naruszeniem zasad tzw. uczciwości kupieckiej, odwołujących się do rzetelnych zasad postępowania i dobrych obyczajów w obrocie gospodarczym, w konsekwencji naruszając interes zarówno pozostałych wykonawców ubiegających się o pozyskanie zamówienia jak i zamawiającego. W ocenie odwołującego takie oszacowanie cen ma na celu doprowadzenie do sytuacji, w której, ze względu na zaniżone ceny jednostkowe wykonawca uzyskuje maksymalną liczbę punktów, zaś pozostali wykonawcy, którzy zaoferowali stawki rynkowe, nawet zbliżone do minimów istniejących na rynku otrzymają praktycznie zerową ilość punktów. W ocenie odwołującego niedozwolone jest określanie cen jednostkowych w taki sposób, że część cen określana jest na poziomie rażąco niskim, w oderwaniu od rzeczywistych kosztów i nakładów związanych z realizacją zamówienia. Wskazywał, że jest

to działanie, które prowadzi do wynaturzeń pozbawiających system zamówień publicznych jego ekonomicznego sensu, jak również narusza to interes innych przedsiębiorców.

Odwołujący argumentował, że w niniejszej sprawie ograniczenie dostępu do rynku odwołującemu poprzez niezgodne z prawem działanie wykonawcy Baudziedzic spółka z o.o. przejawia się ograniczeniem rentowności odwołującego, utratą źródła przychodów, koniecznością ponoszenia przez niego stałych kosztów przedsiębiorstwa bez zapewnienia przychodów z tytułu wykonywanej działalności, czy spadkiem obrotów.

Zdaniem odwołującego, zachowanie wykonawcy Baudziedzic spółka z o.o., który oferuje ceny dumpingowe, przy wskazanych w niniejszym Postępowaniu kryteriach oceny ofert, ma na celu wyeliminowanie odwołującego z rynku. Wynika to chociażby z faktu, iż przewidziane kryteria oceny ofert sprowadzają się de facto do konkurencji ceną, gdyż obowiązki wykonawcy w okresie gwarancji, zgodnie z postanowieniami SIWZ i istotnych postanowień umowy należało ująć w cenie oferty. Każdy racjonalnie zakładający wykonawca oferuje maksymalny okres gwarancji, aby uzyskać maksimum punktów w ramach tego kryterium, zaś koszty z tym związane winien uwzględnić w cenie oferty. Stąd oferowanie cen dumpingowych, przy ustaleniu jako drugiego kryterium oceny ofert okresu gwarancji, prowadzi do zaburzenia konkurencyjności i eliminacji wykonawców, którzy rzetelnie i zgodnie z wymaganiami zamawiającego określili swoje ceny jednostkowe, a tym samym w sposób prawidłowy obliczyli cenę oferty.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawcy Baudziedzic sp. z o.o. sp. komandytowa w Rudnej Małej. Wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacje SIWZ, odpowiedzi na pytania wykonawców dotyczące treści SIWZ, ofertę przystępującego Baudziedzic, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 24 listopada 2020 r., załączniki do odwołania, załączniki do pisma procesowego przystępującego, załączniki do odpowiedzi na odwołanie, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika

postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty wybranej. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności odrzucenia oferty wybranej skutkować będzie koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania takiej czynności, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest *budowa Komendy Powiatowej Państwowej Straży Pożarnej w Wieliczce wraz z magazynem przeciwpożarowym*.

Zamawiający wskazał w rozdziale III specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), że szczegółowy zakres pracy zawarty jest w:

1. *Decyzji nr 1375.2020 Starosty Wielickiego z dnia 9 września 2020 r. – pozwolenie na budowę.*
2. *Projekcie budowlanym nr 827 zawierającym:*
 - *827_I_II.10 – Projekt zagospodarowania terenu,*
 - *827_I_II.20 – Projekt instalacji zewnętrznej wodociągowej,*
 - *827_I_II.21 – Projekt instalacji zewnętrznej kanalizacji sanitarnej,*
 - *827_I_II.22 – Projekt instalacji zewnętrznej kanalizacji opadowej,*
 - *827_I_II.27 – Projekt instalacji zewnętrznej kanalizacji derogowanej,*
 - *827_I_II.11 – Projekt architektoniczno – budowlany,*
 - *827_I_II.12 – Posadowienie i konstrukcja nośna,*
 - *827_I_II.15 – Projekt instalacji wody zimnej, ciepłej, hydrantów ppoż oraz kanalizacji sanitarnej i opadowej,*
 - *827_I_II.16.2 – Projekt instalacji grzewczej,*
 - *827_I_II.16.5 – Projekt instalacji wentylacji i klimatyzacji,*
 - *827_I_II.17 – Projekt instalacji gazowej,*
 - *827_I_II.18 – Projekt instalacji elektrycznych i słaboprądowych ,*
 - *827_I_II.BIOZ – Informacja BIOZ.*

3. *Projekcie wykonawczym nr 827 zawierającym:*

- 827.51 – *Projekt architektoniczno-Budowlany,*
- 827.52 – *Konstrukcja Nośna i posadowienie,*
- 827.20W – *Projekt instalacji zewnętrznej wodociągowej,*
- 827.21W – *Projekt instalacji zewnętrznej kanalizacji sanitarnej,*
- 827.22W – *Projekt instalacji zewnętrznej kanalizacji opadowej,*
- 827.27/PW – *Projekt dróg wewnętrznych, parkingów, chodników, Placów na działkach nr 724/5, 722/3,*
- 827.15W – *Projekt instalacji sprężonego powietrza, wody zimnej, ciepłej, hydrantów ppoż, oraz kanalizacji sanitarnej i opadowej,*
- 827.16.2W – *Projekt instalacji grzewczej,*
- 827.16.5W – *Projekt instalacji wentylacji i klimatyzacji,*
- 827.17W – *Projekt instalacji gazowej,*
- 827.18 – *instalacje elektryczne,*
- 827.18 – *projekt instalacji fotowoltaicznych,*
- 827.18T – *instalacje słaboprądowe,*
- 827.STWiOR - *Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót.*

4. *Wykazie czynności, których wykonanie winno być zrealizowane na podstawie umowy o pracę.*

5. *Przedmiarach:*

- *roboty budowlane,*
- *instalacje elektryczne niskoprądowe,*
- *instalacje elektryczne,*
- *instalacja fotowoltaiczna,*
- *roboty drogowe,*
- *roboty sanitarne,*
- *roboty sanitarne zewnętrzne pomocniczo.*

Zamawiający zaznacza, że załączone przedmiary mają wyłącznie charakter pomocniczy i orientacyjny, podstawą do obliczenia ceny oferty jest dokumentacja projektowa, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót.

Ustalono ponadto, że w rozdziale VI SIWZ zamawiający wskazał, że do oferty należy załączyć *Kosztorys ofertowy w wersji elektronicznej lub papierowej i elektronicznej (płyta CD/DVD) w przypadku składania ofert w postaci papierowej.*

Ustalono ponadto, że w rozdziale XII SIWZ zamawiający wskazał, że:

1. Wynagrodzenie Wykonawcy ma charakter ryczałtowy i zawiera w sobie wszystkie koszty wykonania przedmiotu zamówienia. Za sposób przeprowadzenia kalkulacji wynagrodzenia ryczałtowego odpowiada wyłącznie Wykonawca.

2. Cena określona przez Wykonawcę jest wiążąca na czas realizacji umowy.

Ustalono również, że we wzorze umowy (załącznik nr 3 do SIWZ) zamawiający wskazał m.in.:

§ 8

1. Za wykonanie przedmiotu umowy określonego w §1 Strony ustalają, że Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie zł brutto (słownie złotych: /100), wynikające z oferty Wykonawcy.

2. Wynagrodzenie określone w ust. 1 odpowiada zakresowi robót przedstawionemu w dokumentacji projektowej, w przedmiarach robót, które były zamieszczone w załączniku do SIWZ. Zawiera ono ponadto koszty wszelkich robót przygotowawczych, porządkowych, koszty utrzymania placu budowy, koszty związane z odbiorami wykonywanych robót, koszty wykonania dokumentacji budowy oraz inne koszty wynikające z niniejszej umowy.

§22

1. W przypadku konieczności wykonania robót dodatkowych Wykonawca zobowiązany jest wykonać je na podstawie oddzielnego zamówienia, przy czym wyliczenie wartości tych robót musi być oparte na cenach jednostkowych i nośnikach cenotwórczych (stawka za roboczogodzinę, koszty ogólne, zysk i inne narzuty) przyjętych w ofercie Wykonawcy dla zamówienia podstawowego.

2. Dopuszcza się stosowanie cen jednostkowych materiałów na podstawie cen średnich według cennika SEKOCENBUD za kwartał poprzedzający udzielenie zamówienia dodatkowego.

3. Zamówienie dodatkowe poprzedzone będzie negocjacjami pomiędzy Stronami zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono ponadto, że zamawiający w toku postępowania udzielił następujących odpowiedzi na pytania wykonawców:

1.

W dniu 07 października 2020 r.

Pytanie 4:

Czy przedmiar można modyfikować poprzez dodawanie nowych pozycji kosztorysowych i zmiany w układzie RMS?

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy. W związku z powyższym wszystkie dodatkowe prace i materiały które wg wykonawcy nie zostały ujęte w przedmiarach należy wykazać w sporządzonym dodatkowym kosztorysie „Prac nieujętych”. W związku z powyższym nie należy modyfikować załączonych przedmiarów.

Pytanie 16:

Czy należy wycenić pozycje, które są zablokowane w plikach kosztorysowych?

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, a kosztorys pełni funkcję pomocniczą. Dodatkowo Zamawiający informuje, że raz jeszcze zamieścił dokumentację projektowo-budowlaną w tym przedmiary przekonwertowane do formatu XML oraz dokumentację geologiczną. Dokumentacja została spakowana do plików: „wyposażenia nowe.zip.001” i „wyposażenie nowe.zip.002”. Przy sporządzaniu wyceny należy wykorzystać załączone przedmiary, a wszystkie dodatkowe prace i materiały, które wg wykonawcy nie zostały ujęte w przedmiarach należy wykazać w sporządzonym dodatkowym kosztorysie „Prac nieujętych”.

Pytanie 17:

W jakiej formie należy złożyć kosztorys ofertowy? Uproszczony, szczegółowy czy według innego podziału?

Odpowiedź:

Zamawiający rekomenduje, aby kosztorys złożyć w formie uproszczonej. Dodatkowo Wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza zobowiązany będzie do dostarczenia w formie elektronicznej lub papierowej kosztorysów szczegółowych.

2. W dniu 8 października 2020 r.

Pytanie 3:

Zgodnie z pkt 3 Rozdziału VI SIWZ, do oferty należy dołączyć kosztorys ofertowy w wersji elektronicznej lub papierowej i elektronicznej (w zależności od sposobu składania oferty).

Czy z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia Wykonawcy, o czym mowa w pkt 1 Rozdziału XII SIWZ oraz na fakt, że przedmiary robót mają charakter pomocniczy i orientacyjny, jest konieczne załączanie do oferty kosztorysu ofertowego?

Odpowiedź:

Zamawiający podtrzymuje obecne zapisy SIWZ w związku z czym złożenie kosztorysu jest konieczne.

3. W dniu 13 października 2020 r.

Pytanie 6:

Z uwagi na ryczałtowy charakter wynagrodzenia za przedmiot zamówienia prosimy o wyrażenie zgody na swobodne modyfikowanie przedmiarów przez Oferenta. Zmian w przedmiarach inwestorskich nie stosuje się podczas rozliczenia kosztorysowego.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe. Wszystkie dodatkowe prace i materiały które wg wykonawcy nie zostały ujęte w przedmiarach należy wykazać w sporządzonym dodatkowym kosztorysie „Prac nie ujętych”. W tym samym dokumencie „in minus” należy wykazać wszystkie prace i materiały które według wykonawcy zostały nadmiarowo ujęte w przedmiarach.

4. W dniu 15 października 2020 r.

Pytanie 32:

Prosimy o wyjaśnienie czy w przypadku rozbieżności pomiędzy ilościami w przedmiarze robót a ilościami wynikającymi z Dokumentacji Projektowej Oferent może zmodyfikować ilość czy też powinien ująć zakres robót w kosztorysie prac nieujętych.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że wszystkie dodatkowe prace i materiały które wg wykonawcy nie zostały ujęte w przedmiarach należy wykazać w sporządzonym dodatkowym kosztorysie „Prac nie ujętych”. W tym samym dokumencie „in minus” należy wykazać wszystkie prace i materiały które według wykonawcy zostały nadmiarowo ujęte w przedmiarach.

5. W dniu 21 października 2020 r.

Pytanie 16:

Proszę o potwierdzenie, że Wykonawca poza kosztorysem nie musi dołączać do formularza oferty wypełnionego zestawienia materiałowego oraz sprzętowego

Odpowiedź: Zamawiający potwierdza powyższe.

Pytanie 17:

Proszę o potwierdzenie, że Zamawiający dopuszcza zagregowanie kilku pozycji kosztorysu do jednej pozycji kosztorysowej (np.: w przypadku pozycji krotkości) wraz z opisaniem, gdzie dana pozycja jest wyceniona

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe.

Pytanie 26:

Prosimy o określenie jaki zakres prac, należy uwzględnić w wycenie dla obszaru terenu zielonego pokazanego w PB na Planszy Zagospodarowania Terenu nr rys.827/I+II.10-11 oznaczonego jako II etap (wchodzący w zakres przedmiotu zamówienia). Brak w pozycjach przedmiarowych powierzchni ok. 4426 m² terenów zielonych.

Odpowiedź:

Należy wykonać wymagane ukształtowanie terenu, związane z projektowaną inwestycją oraz odtworzenie zniszczonej zieleni z związku z prowadzonymi pracami. Ostateczny zakres prac do decyzji Inwestora.

Na sfinansowanie zamówienia zamawiający przeznaczył kwotę 20.704.485,73 zł brutto (informacja z otwarcia ofert, w aktach sprawy).

Ustalono, że do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyli wykonawcy oferując następujące ceny:

1. Pesam Sp. z o.o. Sp. K., ul. Tuwima 2, 39-200 Dębica, cena brutto: 20 607 976,64 zł;
2. AGA-Bauservice Sp. z o.o., ul. Żabiniec 35, 31-215 Kraków, cena brutto: 23 617 755,31 zł;
3. Przedsiębiorstwo Budowlane MODULAR spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, os. Parkowe 3/30, 34-300 Żywiec, cena brutto: 22 762 256,90 zł;
4. Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych OLEXBUD, Kąty 95, 32-862 Porąbka Iwkowska, cena brutto: 26 458 900,61 zł;
5. Konsorcjum: „ATB” Przedsiębiorstwo Budowlano Inżynieryjne T. A., ul. Kościuszki 68, 28-200 Staszów oraz Firma Ogólnobudowlana „JARKOP”, J. A., ul. Kościuszki 68, 28-200 Staszów, cena brutto: 25 295 739,21 zł;
6. Firma Budowlana S., os. Niwa 103a, 34-400 Nowy Targ, cena brutto: 21 577 164,46 zł;
7. TARCON Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Aleja Piaskowa 103, 33-100 Tarnów, cena brutto: 22 924 140,89 zł;
8. Baudziedzic sp. z o.o. Sp. komandytowa, Rudna Mała 47i, 36-060 Głogów Małopolski, cena brutto: 18 440 000,00 zł;
9. Firma Handlowo-Uslugowa INSTBUD S. B. Spółka Jawna, Nieznanowice 50, 32-420 Gdów, cena brutto: 25 966 530,00 zł;
10. Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” SA, ul. Drzymały 15, 40-059 Katowice, cena brutto: 23 896 249,01 zł;
11. Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Budowlane CZĘSTOBUD D. Ś., al. Bohaterów Monte Cassino 40, 42-200 Częstochowa oraz Przedsiębiorstwo Budowlane BUDOPOL Sp. z o. o., ul. Starowiejska 5, 42- 244 Jaskrów, cena brutto: 22 727 000,00 zł;
12. REMAR R. G., 33-388 Gołkowice Górne 56, cena brutto: 25 988 378,88 zł;

13. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe Budmex Sp. z o.o., ul. Magazynowa 2, 33-300 Nowy Sącz, cena brutto: 22 246 678,90 zł;
14. SAMSON Sp. z o. o., ul. Fabryczna 9, 33-132 Niedomice, cena brutto: 24 225 985,61 zł;
15. BUDOWNICTWO I NIERUCHOMOŚCI B. P., ul. Brodzińskiego 68, 32-700 Bochnia, cena brutto: 26 641 389,86 zł;
16. Przedsiębiorstwo Budownictwa Ogólnego „KARTEL” S.A., ul. Przemysłowa 8, 28-300 Jędrzejów, cena brutto: 20 666 000,00 zł;
17. Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne ŁĘGPRZEM Sp. z o. o., ul. Ciepłownicza 1, 31-587 Kraków, cena brutto: 21 719 816 ,77 zł;
18. MATEO Przedsiębiorstwo Budowlane Usługowo - Handlowe J. F., ul. Lwowska 134a, 33-100 Tarnów, cena brutto: 24 954 798,09 zł;
19. Konsorcjum: MURKRAK Sp. z o.o. Sp. Komandytowa, ul. B2 nr 9, 32-086 Węgrzce oraz Z. M. Zakład Remontowo Budowlany "M.", ul. Raclawicka 27/19, 32-200 Miechów, cena brutto: 28 795 824,87 zł;
20. STRABAG Sp. z o.o., ul. Parzniewska 10, 05-800 Pruszków, cena brutto: 19 977 462,65 zł;
21. IGLOOBUD Sp. z o.o., IGLOOBUD Sp. z o.o., 39-200 Dębica, cena brutto: 24 844 207,64 zł;
22. Firma Usługowa „EKO-REM-BUD” J. C., 33-336 Łabowa 185, cena brutto: 20 698 710,75 zł;
23. Konsorcjum: Podhalańska Grupa Budowlana "ROBEX-BUD" R. P., Naprawa 663, 34-240 Jordanów oraz P.H.U POTOCZAK S. P., Skawa 625, 34-713 Skawa, cena brutto: 22 312 089,31 zł;
24. ERBET Sp. z o.o., ul. Węgierska 148b, 33-300 Nowy Sącz, cena brutto: 21 186 571,65 zł.

Ustalono, że przystępujący złożył wraz z ofertą kosztorys ofertowy. W kosztorysie tym znalazły się następujące informacje:

Pozycja 2.2.3. Przedmiaru robót dla robót ogólnobudowlanych.

2.2.3.	KNR 1901/118/2	Wywóz ziemi, wywóz samochodami samowyladowczymi, za każde dalsze 0,5 km, Kategoria gruntu I-II Krotność = 10	m ³	6262,2 00	4,93	3087 2,65
--------	-------------------	---	----------------	--------------	------	--------------

Pozycja 5.4.1. Przedmiaru robót dla robót ogólnobudowlanych.

5.4.1.	KNRW	Belki, podciąg, nadproża	m ³	41,571	898,	3735
--------	------	--------------------------	----------------	--------	------	------

	202/242/4	monolityczne i wieńce żelbetowe w deskowaniu systemowym - transport betonu pompą, pozostałych materiałów żurawiem			70	9,86
--	-----------	---	--	--	----	------

Pozycja 5.1.5. Przedmiaru robót dla robót ogólnobudowlanych.

5.1.5.	KNR 202/290/4	Zbrojenie konstrukcji monolitycznych budowli, pręty stalowe okrągłe żebrowane, Fi 8-14 mm	t	41,953	3911,92	164116,78
--------	------------------	---	---	--------	---------	-----------

W przedmiarze robót izolacji budynku przystępujący wskazał, co następuje.

4.4.1.	KNR 202/605/4 (2)	izolacje przeciwwodne z papy, powierzchni poziomych na lepiku na zimno, 1-a warstwa	m ²	132,226	3,23	427,09
4.4.2.	KNR 202/605/1 (2)	Izolacje przeciwwodne z papy, powierzchni poziomych na lepiku na gorąco, 1-a warstwa	m ²	435,910	3,09	1346,96
4.4.3.	KNR 202/605/2 (2)	Izolacje przeciwwodne z papy, powierzchni poziomych na lepiku na gorąco, 2-a warstwa	m ²	435,910	4,21	1835,18
4.4.4.	KNR 202/603/7	Izolacje przeciwwilgociowe powłokowe bitumiczne pionowe - pierwsza warstwa	m ²	2034,00	3,77	7668,18

W przedmiarze robót w dziale „wykonanie pokryć i konstrukcji dachowych” przystępujący wskazał, co następuje.

8.1.4.	KNR 202/609/3	Izolacje cieplne i przeciwdźwiękowe poziome z płyt ze sztywnej pianki PIR w obustronnej okładzinie z papieru kraft pokrytego aluminium; układ dwuwarstwowy gr. 180 mm	m ²	825,050	76,84	63396,84
8.1.5.	KNR 202/609/3	Kontrspadki z kształtek z pianki PIR; gr.1-17cm; pianka NRO	m ²	18,680	503,91	9413,04

W przedmiarze robót w części dot. izolacji zbiornika retencyjnego p.poż. przystępujący wskazał, co następuje.

4.5.1.	KNR 202/603/7 analogia	Izolacje przeciwwilgociowe powłokowe pionowe - pierwsza warstwa	m ²	645,00 0	27,0 0	1741 5,00
4.5.2.	KNR 202/603/2 analogia	Izolacje przeciwwilgociowe powłokowe pionowe wykonywane na zimno, emulsja asfaltowa, dodatek za każdą następną warstwę	m ²	645,00 0	27,0 0	1741 5,00

W przedmiarze robót w części dot. stolarki wewnętrznej przystępujący wskazał, co następuje:

9.2.6.	KNR 19/1023/12	Montaż drzwi wraz z ościeżnicą zgodnie z dokumentacją projektowa z obróbką osadzenia – D1	m ²	46,200	637, 38	2944 6,96
9.2.7.	KNR 19/1023/12	Montaż drzwi wraz z ościeżnicą zgodnie z dokumentacją projektowa z obróbką osadzenia - D2	m ²	4,200	937, 06	3935, 65
9.2.8.	KNR 19/1023/12	Montaż drzwi wraz z ościeżnicą zgodnie z dokumentacją projektowa z obróbką osadzenia – D3	m ²	27,300	637, 38	1740 0,47
9.2.9.	KNR 19/1023/12	Montaż drzwi wraz z ościeżnicą zgodnie z dokumentacją projektowa z obróbką osadzenia – DW1	m ²	29,400	637, 38	1873 8,97
9.2.1 0.	KNR 19/1023/12	Montaż drzwi wraz z ościeżnicą zgodnie z dokumentacją projektowa z obróbką osadzenia – DW2	m ²	10,500	937, 06	9839, 13
9.2.1 1.	KNR 19/1023/12	Montaż drzwi wraz z ościeżnicą zgodnie z dokumentacją projektowa z obróbką osadzenia – DW3	m ²	18,900	1041 ,18	1967 8,30
9.2.1 2.	KNR 19/1023/12	Montaż drzwi wraz z ościeżnicą zgodnie z dokumentacją projektowa z obróbką osadzenia – DW4	m ²	3,780	553, 14	2090, 87

W przedmiarze robót w części dot. wykonania robót elewacyjnych przystępujący wskazał, co następuje.

13.1. 14	Wyc. indy wid.	Dostawa i montaż: elewacja z koszy gabionowych szer. 0,15m	m ³	17,700	1596 ,80	2826 3,36
-------------	-------------------	--	----------------	--------	-------------	--------------

		wypełnionych kamieniem łupanym białym z przebarwieniami frakcja 40-150mm. Montaż według technologii producenta. Podkonstrukcja stalowa ocynkowana, malowana proszkowo RAL 9007				
--	--	--	--	--	--	--

W przedmiarze robót w części dot. izolacji ścian placu manewrowego przystępujący wskazał, co następuje:

4.3.1.	KNR 202/605/10 (1) analogia	Wykonanie izolacji pionowej warstwowej z membrany dualseal	2	m ²	880,00 0	54,2 5	4774 0,00
--------	-----------------------------------	--	---	----------------	-------------	-----------	--------------

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający w dniu 24 listopada 2020 r. zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Stosownie do 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.*

W pierwszej kolejności należało odnieść się do najdalej idącego żądania, jakie odwołujący sformułował w trakcie rozprawy. Odwołujący, po zapoznaniu się z odpowiedzią na odwołanie i pismem procesowym przystępującego w trakcie rozprawy domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia postępowania. Jako powód żądania wskazał okoliczność, że zamawiający miał przekazać wykonawcom dwie równoważne wersje przedmiarów robót, zawierających inne wielkości obmiarowe w pozycjach 2.2.3, 5.4.1 i 5.1.5 przedmiaru dla robót ogólnobudowlanych.

Izba stwierdziła, że tak sformułowanego zarzutu próżno było szukać w treści odwołania. W odwołaniu pojawiła się wprawdzie argumentacja w odniesieniu do pozycji

2.2.3, 5.1.5 i 5.4.1. przedmiaru robót dla robót ogólnobudowlanych, ale wyłącznie w kontekście niezgodności z tymi pozycjami przedmiarami kosztorysów ofertowych złożonych przez przystępującego. Zarzut, z którym łączyło się żądania nakazania unieważnienia postępowania, okazał się zatem zarzutem nowym, niewynikającym z treści odwołania. Wobec powyższego zarzut ten należało pominąć jako niedopuszczalny. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.*

Z ostrożności procesowej, na wypadek gdyby sąd okręgowy sprawujący nadzór instancyjny nad orzeczeniem Izby nie podzielił ww. argumentacji, Izba postanowiła jednak odnieść się merytorycznie do tego zarzutu. Izba stwierdziła, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Aby skutecznie domagać się nakazania zamawiającemu unieważnienia postępowania z powodu obarczenia go wadą tj. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, odwołujący powinien wykazać, że naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp stanowi bowiem, że *zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.* Z kolei zgodnie z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, *Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.*

Można było zgodzić się z odwołującym, że treść modyfikacji SIWZ z dnia 7 października 2020 r. budziła pewne wątpliwości. Z jednej strony zamawiający wprawdzie przesądził w odpowiedziach nr 1 i 2, że zmiany SIWZ, w tym treść udostępnionych przedmiarów robót jest wiążąca i należy je uwzględnić w treści oferty. Z drugiej jednak strony w odpowiedziach nr 1 i 2 zamawiający nadmienił, że zamieszcza jeszcze raz dokumentację projektowo budowlaną, co mogło sugerować, że zamieszczane są te same przedmiary, tylko w innym formacie. Niezależnie jednak od powyższych wątpliwości, odwołujący nie zdołał wykazać wpływu lub możliwości wpływu rzekomego naruszenia na wynik postępowania.

Na uwagę zasługiwał fakt, że odwołujący wykazał jedynie niezgodności między wielkościami obmiarowymi w trzech pozycjach przedmiarów w wersji z dnia 7 października 2020 r. i w wersji z dnia 28 września 2020 r. Izba stwierdziła, że różnice obmiarowe pomiędzy pozycjami 2.2.3, 5.4.1. i 5.1.5 w obydwu wersjach przedmiarów okazały się znikome. Wartość tych różnic, jak podniósł zamawiający w trakcie rozprawy, a czemu odwołujący nie zaprzeczył, to jedynie ok. 2.000 zł. Ponadto wzięto pod uwagę, że różnice dotyczyły plików przedmiarów, które zgodnie z rozdziałem III pkt 5 SIWZ miały jedynie charakter orientacyjny i pomocniczy. Tymczasem różnica między cenami ofert

przystępującego i odwołującego przekraczała ponad 1,5 mln złotych. Globalna cena oferty przystępującego wyniosła bowiem 18.440.000,00 zł brutto, a odwołującego - 19.977.462,65 zł brutto. W związku z powyższym należało dojść do wniosku, że różnice obmiarowe, których wartość wynosiła ok. 2000 zł, nie miały i nie mogą mieć jakiegokolwiek wpływu na wynik postępowania. W związku z powyższym nawet gdyby taki zarzut znalazł się w odwołaniu, to nie zasługiwał on na uwzględnienie.

Chybiony okazał się zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do niezgodności oferty przystępującego w zakresie pozycji 2.2.3, 5.4.1 i 5.1.5 z SIWZ odwołujący przyznał w trakcie rozprawy, że wielkości obmiarowe kosztorysu ofertowego przystępującego w tych pozycjach są zgodne z przedmiarami robót udostępnionymi przez zamawiającego w dniu 7 października 2020 r. Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

W odniesieniu do niezgodności z SIWZ pozostałych kwestionowanych pozycji kosztorysu ofertowego przystępującego w pierwszej kolejności należało poczynić szereg uwag wstępnych. Zarzuty odwołującego o niezgodności oferty przystępującego w ww. pozycjach kosztorysu z SIWZ odwołujący upatrywał generalnie w tym, że wartość tych pozycji miała być zaniżona. Argumentował, że kwoty wskazane w tych pozycjach miały nie wystarczać na pokrycie wszystkich kosztów robót w tych pozycjach, a w niektórych sytuacjach - nawet na nabycie materiałów.

Przypomnienia wymagało, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z treścią specyfikacji. Formułując ten zarzut wykonawca jest zobowiązany wskazać postanowienia SIWZ, z którymi określona część oferty wykonawcy ma być niezgodna. Jako postanowienia SIWZ, z którymi oferta przystępującego miała być niezgodna, odwołujący wskazał postanowienia § 8 istotnych postanowień umowy oraz rozdziału XII specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wzięto pod uwagę, że w rozdziale XII SIWZ zamawiający wskazał, że:

- 1. Wynagrodzenie Wykonawcy ma charakter ryczałtowy i zawiera w sobie wszystkie koszty wykonania przedmiotu zamówienia. Za sposób przeprowadzenia kalkulacji wynagrodzenia ryczałtowego odpowiada wyłącznie Wykonawca.*
- 2. Cena określona przez Wykonawcę jest wiążąca na czas realizacji umowy.*

Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał niezgodności treści oferty przystępującego z postanowieniami rozdziału XII SIWZ. W postanowieniach tych zamawiający przesądził jedynie, że wynagrodzenie wykonawcy ma charakter ryczałtowy i obejmuje wszystkie koszty wykonania przedmiotu zamówienia. Wbrew stanowisku odwołującego, z postanowień rozdziału XII SIWZ wynikało, że to ogólne, globalne wynagrodzenie ryczałtowe wykonawcy miało uwzględniać wszystkie koszty. W

szczegółności postanowienia te nie nakładały na wykonawców zapewnienia rentowności w każdej bez wyjątku pozycji kosztorysu ofertowego.

Z kolei we wzorze umowy (załącznik nr 3 do SIWZ) zamawiający wskazał:

§ 8

1. *Za wykonanie przedmiotu umowy określonego w §1 Strony ustalają, że Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie ryczałtowe w kwocie zł brutto (słownie złotych: /100), wynikające z oferty Wykonawcy.*

2. *Wynagrodzenie określone w ust. 1 odpowiada zakresowi robót przedstawionemu w dokumentacji projektowej, w przedmiarach robót, które były zamieszczone w załączniku do SIWZ. Zawiera ono ponadto koszty wszelkich robót przygotowawczych, porządkowych, koszty utrzymania placu budowy, koszty związane z odbiorami wykonywanych robót, koszty wykonania dokumentacji budowy oraz inne koszty wynikające z niniejszej umowy.*

Izba stwierdziła, że również w postanowieniach § 8 wzoru umowy, była mowa o całkowitym wynagrodzeniu ryczałtowym wynikającym z oferty. To globalne wynagrodzenie miało odpowiadać zakresowi robót przedstawionemu w dokumentacji projektowej i przedmiarach. W związku z powyższym odwołujący nie wykazał niezgodności treści oferty przystępującego z § 8 wzoru umowy, skoro kwestionował rentowność jedynie kilkunastu wybranych przez siebie pozycji kosztorysu ofertowego przystępującego.

Bezzasadne okazało się także odwoływanie się odwołującego w uzasadnieniu odwołania do rzekomej sprzeczności oferty przystępującego z § 22 wzoru umowy. We wzorze umowy (załącznik nr 3 do SIWZ) zamawiający wskazał:

§22

1. *W przypadku konieczności wykonania robót dodatkowych Wykonawca zobowiązany jest wykonać je na podstawie oddzielnego zamówienia, przy czym wyliczenie wartości tych robót musi być oparte na cenach jednostkowych i nośnikach cenotwórczych (stawka za roboczogodzinę, koszty ogólne, zysk i inne narzuty) przyjętych w ofercie Wykonawcy dla zamówienia podstawowego.*

2. *Dopuszcza się stosowanie cen jednostkowych materiałów na podstawie cen średnich według cennika SEKOCENBUD za kwartał poprzedzający udzielenie zamówienia dodatkowego.*

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymagało, że przywołane postanowienie § 22 wzoru umowy dotyczyło innego zamówienia, które nie wiadomo czy zostanie udzielone. Po drugie, jak wynika z ust. 2 § 22 wzoru umowy, zamawiający dopuścił także ustalanie cen materiałów na podstawie cennika sekocenbud, bez żadnych ograniczeń. Wreszcie, zamawiający przewidział wprawdzie, że stawka za roboczogodzinę, koszty ogólne, zysk i inne narzuty mogą być przyjmowane z oferty. Jednakże w toku udzielonych odpowiedzi zamawiający zezwolił wykonawcom na złożenie kosztorysów uproszczonych. W

konsekwencji takich elementów jak stawka za roboczogodzinę, koszty ogólne, zysk i inne narzuty w ogóle w kosztorysach przystępującego nie ma. Co istotne, takie elementy jak stawka za roboczogodzinę, koszty ogólne, zysk i inne narzuty zostaną ujawnione przez wykonawcę dopiero w kosztorysie szczegółowym, który będzie wymagany do podpisania umowy, co zamawiający przewidział w jednej z odpowiedzi na pytania. Kosztorys szczegółowy zaś żadną miarą nie jest ofertą, gdyż będzie składany długo po terminie składania ofert. W związku z powyższym powoływanie się na niezgodność oferty przystępującego z postanowieniami § 22 wzoru umowy okazało się bezzasadne.

W dalszej kolejności podkreślenia wymagało, że zamawiający wyraźnie przesądził w rozdziale III pkt 5 SIWZ, iż załączone do SIWZ przedmiary robót mają wyłącznie charakter pomocniczy i orientacyjny, a podstawą do obliczenia ceny oferty miała być dokumentacja projektowa oraz specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót. Prymat dokumentacji projektowej i STWiOR nad przedmiarami robót wynikał także z odpowiedzi na pytania, m.in. nr 32 z dnia 15 października 2020 r. W przywoływanej odpowiedzi zamawiający wskazał:

Pytanie 32:

Prosimy o wyjaśnienie czy w przypadku rozbieżności pomiędzy ilościami w przedmiarze robót a ilościami wynikającymi z Dokumentacji Projektowej Oferent może zmodyfikować ilość czy też powinien ująć zakres robót w kosztorysie prac nieujętych.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że wszystkie dodatkowe prace i materiały które wg wykonawcy nie zostały ujęte w przedmiarach należy wykazać w sporządzonym dodatkowym kosztorysie „Prac nie ujętych”. W tym samym dokumencie „in minus” należy wykazać wszystkie prace i materiały które według wykonawcy zostały nadmiarowo ujęte w przedmiarach.

Owszem, należało przyznać rację odwołującemu, że zamawiający nie uwzględnił próśb wykonawców o rezygnację z obowiązku złożenia kosztorysu ofertowego. Zamawiający nie dopuścił także agregowania kilku pozycji przedmiarowych do jednej pozycji przedmiarowej. Przewidział także, że wszystkie dodatkowe prace i materiały które wg wykonawcy nie zostały ujęte w przedmiarach należy wykazać w sporządzonym dodatkowym kosztorysie „Prac nie ujętych”. Wskazał, że w tym samym dokumencie „in minus” należy wykazać wszystkie prace i materiały które według wykonawcy zostały nadmiarowo ujęte w przedmiarach. Powyższe nie zmieniało jednak pierwotnego charakteru przedmiarów robót jako orientacyjnego i pomocniczego. Nie zmieniało to też ryczałtowego charakteru wynagrodzenia i prymatu dokumentacji projektowej. Biorąc pod uwagę wszystkie wskazywane przez strony i uczestnika postanowienia SIWZ i odpowiedzi na pytania należało dojść do wniosku, że o ile zamawiający nie dopuszczał ingerencji w treść składanych przedmiarów nakładając obowiązek wskazywania różnic wynikających z porównania

przedmiarów i dokumentacji projektowej w kosztorysie prac nieujętych, to jednak w dalszym ciągu nakładał obowiązek złożenia kosztorysów w celach orientacyjnych i pomocniczych. Co istotne, zamawiający w żadnym postanowieniu SIWZ, czy udzielanych odpowiedziach nigdy nie wskazał, że każda pozycja sporządzonego kosztorysu musi być rentowna.

Podkreślenia wymagało też, że odwołujący zakwestionował w odwołaniu de facto realność wyceny kilkunastu wybranych przez siebie pozycji kosztorysu złożonego przez przystępującego. Izba stwierdziła, że sumaryczna wartość pozycji kosztorysowych w ofercie przystępującego, które odwołujący zakwestionował, wynosiła zaledwie ok. 296 tys. zł. Tymczasem cena całej oferty przystępującego kształtowała się na poziomie 18.440.000,00 zł brutto. Z powyższego należało wnioskować, że odwołujący nie zakwestionował poprawności kalkulacji pozostałych robót o wartości ponad 18.100.000 zł. Z uwagi na fakt, że wynagrodzenie wykonawcy miało charakter ryczałtowy, to nawet gdyby przyjąć, że wykonawca nie doszacował pewnych pozycji o wartości znikomej w stosunku do ceny całej oferty, ewentualne niedobory w tych pozycjach mogły być pokryte przez zyski w pozostałych, przeważających ilościowo i wartościowo pozycjach kosztorysu.

Uszło również uwadze odwołującego, że jak wynika z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, podstawą odrzucenia oferty jest stwierdzenie rażącego zaniżenia ceny całej oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia. Żądanie odrzucenia oferty z powodu jej niedoszacowania w kilkunastu pozycjach orientacyjnego i pomocniczego kosztorysu było więc niedopuszczalne także z innych powodów. Podkreślić należało akcentowany w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości jak również samej Izby pogląd, że zamawiający nie może automatycznie odrzucić oferty wykonawcy z powodu zaoferowania przez niego ceny rażąco niskiej, bez umożliwienia mu złożenia stosownych wyjaśnień. Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd *„Art. 29 ust. 5 Dyrektywy Rady 71/305, od stosowania którego Kraje Członkowskie nie mogą odstąpić w żadnym istotnym stopniu, zakazuje Krajom Członkowskim wprowadzania przepisów, które wymagają automatycznej dyskwalifikacji ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, według kryterium arytmetycznego, zobowiązuje natomiast zamawiającego do zastosowania procedury analizy ofert, przewidzianej w tej dyrektywie, która daje oferentowi sposobność przedstawienia wyjaśnień”*. (Wyrok ETS z dnia 18.06.1991 r. w sprawie C - 295/89 („Impresa D. A.”).

Stanowisko Trybunału znajduje odzwierciedlenie w ustawie Pzp, która stanowi w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, że *„Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu...”*. Zatem niedopuszczalne jest automatyczne odrzucenie oferty

z powodu zaoferowania ceny noszącej znamiona ceny rażąco niskiej bez umożliwienia wykonawcy złożenia stosownych wyjaśnień. Nie ulegało zaś wątpliwości, że zamawiający nie wzywał przystępującego do złożenia wyjaśnień obrazujących sposób kalkulowania ceny (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp). Zatem żądanie odrzucenia jego oferty de facto z powodów ekonomicznych, bez uprzedniego wykorzystania procedury wyjaśniającej, należało ocenić jako przedwczesne i jako takie niedopuszczalne.

Podkreślenia dodatkowo przy tym wymaga, że przywołany przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp odnosi się do wątpliwości co do kalkulacji globalnej ceny ofertowej względnie istotnej części składowej ceny. Odwołujący żadną miarą nie wykazał, ani nawet nie twierdził, że cena robót ujętych przez przystępującego w kilkunastu kwestionowanych pozycjach może być uznana za istotną część składową ceny oferty. Tymczasem było to o tyle wątpliwe, że jak już wcześniej wskazano, zsumowana wartość tych pozycji nie przekraczała 300.000 zł przy cenie całej oferty na poziomie 18.400.000 zł brutto i różnicy między ceną ofertową przystępującego a ceną oferty odwołującego na poziomie ponad 1.500.000 zł. Powyższe skutkowało koniecznością oddalenia zarzutu również z tego powodu, że odwołujący pod pozorem zarzucania niezgodności oferty z treścią SIWZ stawiał de facto zarzut niedoszacowania ceny i domagał się odrzucenia oferty swego konkurenta bez umożliwienia mu złożenia wyjaśnień, co w świetle orzecznictwa TS UE, Izby i przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp jest niedopuszczalne.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W myśl 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*. Stosownie do art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 1913 ze zm.), *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*.

Jak słusznie wskazywali zamawiający i przystępujący, przedmiotem oferty przystępującego nie była dostawa drzwi, izolacji czy papy, ale wykonanie budynku Komendy powiatowej PSP w Wieliczce wraz z magazynem przeciwpożarowym. O sprzedaży towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia można byłoby mówić wyłącznie w sytuacji, gdyby przystępujący zaoferował zamawiającemu wybudowanie tego budynku wraz z magazynem przeciwpożarowym, za kwotę poniżej kosztów wybudowania takich obiektów. Innymi słowy odwołujący powinien wykazać, że cena całej oferty konkurenta kształtuje się poniżej kosztów wytworzenia towarów lub świadczenia usług. Tymczasem, jak wskazano

wcześniej, odwołujący nie kwestionował, a więc uważał za prawidłowe skalkulowanie pozycji odnoszących się do robót o wartości ponad 18.100.000 zł brutto. Nawet gdyby zatem zostało wykazane, że dostawa drzwi, izolacji czy papy lub innych robót, kwestionowanych w odwołaniu o wartości 300.000 zł nastąpi poniżej kosztów ich wytworzenia czy świadczenia, to nie świadczyłoby to jeszcze o popełnieniu zarzucanego czynu.

Odwołujący nie udowodnił, ani nawet nie twierdził, że spełnione są pozostałe znamiona czynu takie jak cel utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku i eliminacji innych przedsiębiorców. Aby wykazać istnienie tych znamion zarzucanego czynu odwołujący powinien udowodnić, że działania przystępującego polegające na zaniżaniu cen za wybudowanie budynku jest działaniem celowym, ciągłym, a nie jednorazowym. Po drugie powinien wykazać, że działanie to zostało podjęte z góry powziętym zamiarem wyeliminowania innych przedsiębiorców z rynku z rynku. Wreszcie, powinien także wykazać wpływ ewentualnego zniżenia globalnej ceny w tym postępowaniu na sytuację na rynku właściwym. Żadnej z tych okoliczności odwołujący nawet nie spróbował udowodnić. Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk należało uznać za chybiony.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej sprawie nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 18 grudnia 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 830/18 i postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 października 2018 r. sygn. akt XXIII Ga 1123/18. W tym ostatnim postanowieniu Sąd Okręgowy wskazał, co następuje: *„Nie budziło zatem wątpliwości, że odwołanie zostało uwzględnione jak i oddalone w równych (co do ilości zarzutów) częściach, w tym uwzględnione co do obu zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, co do której to czynności został wniesiony sprzeciw. Odwołujący R. S. i wnoszący sprzeciw przystępujący Wykonawca TPF Sp. z o. o. wygrali zatem i jednocześnie przegrali w połowie.*

Sąd Okręgowy przychylił się do zarzutu skargi na wyrok KIO i głównej tezy jej uzasadnienia, zgodnie z którą wynik sprawy winien być badany w odniesieniu do ilości uwzględnionych i oddalonych zarzutów. Na przyjęcie takiego stanowiska, w ocenie Sądu Okręgowego, pozwala przepis 5 ust. 4 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, zgodnie z brzmieniem którego w przypadkach nieuregulowanych w 5 ust. 1-3 Izba powinna orzec o kosztach postępowania uwzględniając, że strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Jednocześnie zauważyć należało, że żaden przepis nie reguluje wprost sytuacji, w której odwołanie odwołującego lub wnoszącego sprzeciw zostało uwzględnione dokładnie w połowie. Przepisy §5 ust. 2 jak i ust. 3 rozporządzenia dotyczą bowiem uwzględnienia lub oddalenia odwołania w całości, a zatem nie mogły stanowić oparcia dla rozstrzygnięcia o kosztach niniejszego postępowania.

W tym stanie rzeczy koszty postępowania należało rozliczyć proporcjonalnie do wyniku postępowania wywołanego odwołaniem wniesionym przez Odwołującego R. S. . Takie rozwiązanie jest zgodne z art. 192 ust. 10 pzp ustanawiającym zasadę orzekania stosownie do wyniku postępowania odwoławczego.”.

W analizowanej sprawie odwołanie podlegało oddaleniu w całości. Kosztami postępowania obciążono zatem w całości odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w wysokości 10.000 zł oraz koszty poniesione przez zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy (łącznie: 13.600 zł).

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono - stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 w zw. z § 3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: