

Sygn. akt: KIO 920/18

**WYROK**  
**z dnia 30 maja 2018 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Artur Szmigiel**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 maja 2018 r. przez wykonawcę **APM PRO sp. z o.o. w Bielsku-Białej**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg i Zieleni w Gdyni**

przy udziale wykonawcy **MPTechnology sp. z o.o. w Słupsku**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **APM PRO sp. z o.o. w Bielsku-Białej** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr** (słownie: dwudziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **APM PRO sp. z o.o. w Bielsku-Białej** tytułem wpisu od odwołania, kwotę 135 zł 00 gr, poniesioną przez zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed Izbą,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **APM PRO sp. z o.o. w Bielsku-Białej** na rzecz **Zarządu Dróg i Zieleni w Gdyni** kwotę **135 zł 00 gr** (słownie: stu trzydziestu pięciu złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed Izbą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 **Gdańsku**.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Zarząd Dróg i Zieleni w Gdyni – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest modernizacja 11 zatok przystankowych wraz z budową 12 tablic informacji pasażerskiej, zintegrowanych z Systemem Zarządzania i Sterowania Ruchem TRISTAR w ramach projektu „Rozwój zrównoważonego transportu publicznego w Gdyni poprzez inwestycje infrastrukturalne, m.in. utworzenie węzła integracyjnego Gdynia Chylonia”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 31 stycznia 2018 r., nr 2018/S 021-043273.

26 kwietnia 2018 r. zamawiający przesłał wykonawcy APM PRO sp. z o.o. w Bielsku-Białej, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze, w zakresie części III i IV zamówienia, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę MPTechnology sp. z o.o. w Słupsku, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności poprawienia omyłek rachunkowych w ofercie złożonej przez przystępującego w części III i IV zamówienia,
- 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty przystępującego w części III i IV zamówienia,
- 3) zaniechania czynności wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień co do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny,
- 4) czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w części III i IV odwołujący wniósł 7 maja 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp - przez jego nieuprawnione przez zamawiającego zastosowanie po otwarciu ofert częściowych, mimo iż błędy w kosztorysach stanowiących elementy ofert częściowych nie posiadały charakteru oczywistych omyłek rachunkowych;
- 2) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - przez dokonanie niedopuszczalnej zmiany treści ofert częściowych złożonych przez przystępującego,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp - przez zaniechanie odrzucenia ofert częściowych z powodu sformułowania treści kosztorysów (stanowiących elementy obu ofert) w sposób niezgodny z postanowieniami SIWZ;
- 4) posiłkowo, w razie uznania, iż pomimo naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp przedmiotowe oferty nie podlegały na powyższej podstawie odrzuceniu – naruszenie

art. 90 ust. 1a pkt 1 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp - przez zaniechanie obligatoryjnego wystąpienia do przystępującego do udzielenia wyjaśnień opisanych w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp mimo występowania ku temu podstaw,

- 5) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - przez zaniechanie odrzucenia ofert częściowych złożonych w postępowaniu przez przystępującego pomimo tego, iż ich treść nie odpowiadała treści SIWZ w zakresie spełniania wymogów doświadczenia przy realizacji podobnych inwestycji oraz w zakresie wymogu dysponowania określonymi kategoriami specjalistów w oparciu o umowę o pracę.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru przez zamawiającego ofert częściowych złożonych przez przystępującego w części 3 i 4 zamówienia,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert częściowych - przy uwzględnieniu opisanych w odwołaniu wad ofert częściowych przystępującego i przy wyłączeniu korzystania z niemającej w sprawie zastosowania instytucji korygowania omyłek w ofertach częściowych - a następnie dokonania odrzucenia tychże ofert;
- 3) dokonania wyboru ofert częściowych złożonych na części 3 i 4 zamówienia przez odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że zamawiający błędnie zakwalifikował uchybienia znajdujące się w kosztorysach ofertowych przystępującego jako oczywiste omyłki rachunkowe w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, że istota owych błędów sprowadzała się do tego, że w ramach danej pozycji kosztorysowej (obejmującej nazwę pozycji oraz z góry narzucone przez zamawiającego w SIWZ jej ilości - typu ilość sztuk czy jednostka miary) oferent tak w pozycji „cena jednostkowa netto”, jak i w rubryce „wartość netto” dokonał zamieszczenia tych samych wartości liczbowych, bez względu na występujący przy danej pozycji i narzucony przez zamawiającego mnożnik. Tak w zakresie części 3, jak części 4 zamówienia, oferent w łącznie dwudziestu ośmiu miejscach dokonał przy pozycjach „konstrukcje stalowe podparć dla tablic TIP o masie elementu do 20 kg” wskazania tak ceny jednostkowej, jak i wartości łącznej danej pozycji (czyli określenia mnożnej oraz iloczynu) tej samej kwoty - mimo jasnego każdorazowego wskazania ilości tej pozycji (czyli mnożnika ceny jednostkowej) jako wynoszącej 15.

Odwołujący wywiódł, że aby skorzystać z instytucji opisanej w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, spełnione muszą być kumulatywnie dwie przesłanki: musimy co do zasady w ogóle mieć do czynienia z „omyłką rachunkową” oraz gdy już stwierdzimy występowanie omyłki rachunkowej, ustalić musimy jej oczywisty charakter. Zdaniem odwołującego, w przypadku kwestionowanych ofert częściowych, nie mamy do czynienia ze spełnieniem żadnego z dwóch wymienionych wyżej wymogów ustawy.

Aby w ogóle mieć do czynienia z czymś, co określić można co do zasady mianem „omyłki rachunkowej”, należy w sposób jednoznaczny ustalić, iż dany wykonawca przy formułowaniu oferty (w tym wypełnianiu kosztorysu) w ogóle wykonał jakąkolwiek czynność „rachowania”. W analizowanej sprawie nie może być mowy o stwierdzeniu dokonywania w zakresie pozycji kosztorysowych wymienionych szczegółowo w pismach zamawiającego z dnia 23 marca 2018 r. jakichkolwiek czynności matematycznych.

Ewentualny argument, iż w istocie dokonano tu czynności mnożenia ceny jednostkowej - tyle że przez 1 (jeden), a nie przez wymaganą w SIWZ liczbę 15 (piętnaście), pozostaje nieprzekonywujący z tego względu, iż wskazany błąd popełniony został w sposób identyczny w aż kilkudziesięciu miejscach obu kosztorysów. To zaś prowadzi do konkluzji, że w zakresie pozycji kosztorysowych odnoszących się do konstrukcji stalowych składający oferty częściowe nie poczynił w istocie jakichkolwiek działań rachunkowych, a jedynie błędnie (lecz nie w wyniku oczywistej omyłki rachunkowej) wpisał te same wartości w rubrykach obejmujących cenę jednostkową oraz wartość łączną. Inaczej wyglądałaby sytuacja, gdyby w rubrykach obejmujących wartość łączną danej pozycji pojawiły się kwoty choćby i w niewłaściwej wysokości, ale jednak różniące się od wielkości ceny jednostkowej (np. wynik błędnego pomnożenia przez 5 czy 10) - czyli sumy świadczące o tym, iż oferent w ogóle cokolwiek „rachował”. Zdaniem odwołującego należy odróżnić od siebie sytuację, w której autor danego kosztorysu (oferty) popełnia realną omyłkę w obliczeniach matematycznych od sytuacji, w której takich obliczeń nie dokonuje w ogóle. W niniejszym przypadku powtarzalność omawianego błędu przemawia za przyjęciem, iż nie może być tu mowy o wykonywaniu działań matematycznych, ale wyłącznie o błędnym skopiowaniu treści obu rubryk.

Gdyby uznać, iż przystępujący jednak skorygowane następnie przez zamawiającego pozycje kosztorysowe jakoś „przeliczał” (czyli dokonywał na nich jakiegokolwiek obrachunku - choćby błędnego) i omyłkowo takie niewłaściwe iloczyny wpisał w treść ofert, to zamawiającemu i tak należałoby odmówić prawa do dokonywania ich korekty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp - bowiem tego rodzaju modyfikacja zastrzeżona jest wyłącznie dla omyłek rachunkowych mających jednocześnie przymiot oczywistości. I o ile rzeczywiście błędnie wpisane przez przedstawiciela przystępującego wartości pozostają widoczne „gołym okiem” i stosunkowo łatwe do zauważenia - o tyle nie można zgodzić się z tezą, jakoby wyjaśnienie owych omyłek oraz zdekodowanie faktycznej woli i świadomości oferenta miało mieć tu charakter oczywisty. Pozostaje rzeczą nie do pogodzenia z zasadami logiki i życiowego doświadczenia, aby ów oferent - opierając swoją pierwotną ofertę na bardzo niskich założonych wskaźnikach mikroekonomicznych (vide: przyjęte wartości roboczogodziny, koszty pośrednie, poziom zysku) i dążąc tym samym do zdeklasowania konkurentów - akurat w zakresie omawianych konstrukcji stalowych miał mieć faktyczny

zamiar zadeklarowania ich ceny w sposób kilkunastokrotnie przekraczający przeciętną jego wartość rynkową.

Według odwołującego do takiego bowiem wniosku prowadziłyby hipotetyczne przyjęcie, iż przystępujący - mimo generalnie bardzo niskiego poziomu cenowego reszty oferty (ofert) - miał jednocześnie w zamiarze sprzedać zamawiającemu proste konstrukcyjnie stalowe wsporniki o wadze kilkunastu kilogramów każdy za cenę sięgającą niemal 30.000 złotych za sztukę. Już zatem wiedza o szacunkowym poziomie cen tego rodzaju elementów (gdzie dla odwołującego nie ulega wątpliwości, iż tego rodzaju wiedzą zamawiający dysponował i dysponuje) przemawiać winna za stanowczym odrzuceniem tezy, jakoby omawiany błąd powtarzający się w kosztorysach przystępującego kilkadziesiąt razy i jednocześnie w sposób tak diametralny rzutujący na ostateczną wysokość ofert częściowych, dało się w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp wyłumaczyć tylko w jeden sposób - i to taki, jaki przyjął zamawiający. Przyjęcie takiego modelu rozumowania oraz sposobu zdekodowania treści ofert i określonych w nich wartości finansowych - jaki błędnie stał się udziałem zamawiającego - świadczyłby o niespójności kwestionowanych ofert częściowych - traktowanych przecież jako określona całość.

Według odwołującego przepis odnoszący się do korygowania ewentualnych błędów w treści oferty już po jej otwarciu (a więc i po ujawnieniu pozostałym uczestnikom postępowania) winien być stosowany przez organy zamawiające w sposób niezwykle ostrożny oraz przy ścisłej i wąskiej wykładni użytych przez ustawodawcę terminów. Innymi słowy, w razie występowania w danym przypadku jakichkolwiek wątpliwości co do oczywistego charakteru omyłki w ofercie (a zdaniem odwołującego z tego rodzaju ewidentnymi zastrzeżeniami mamy do czynienia), zastosowanie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp winno być wyłączone.

W ocenie odwołującego, możliwości zastosowania do niniejszego przypadku normy art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp do ustalenia przez zamawiającego faktycznej woli oferenta i treści jego oferty, sprzeciwiają się nie tylko regulacja ustawowa, ale i postanowienia SIWZ. Jak bowiem czytamy w rozdziale 14 tego dokumentu, „wykonawca obowiązany jest do sporządzenia kosztorysu ofertowego ... w sposób, który umożliwi ustalenie ceny dla każdej pozycji wyszczególnione w przedmiarach robót" (pkt 16), a nadto „wykonawca jest obowiązany określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w przedmiarze robót" (pkt 18). Zamawiający wymagał od wykonawcy aktywnego, starannego i przemyślanego opracowania wszystkich pozycji kosztorysowych - tak w zakresie cen jednostkowych, jak i wartości łącznej danej pozycji. Błędy popełnione przez przystępującego w obu złożonych ofertach częściowych - polegające na wielokrotnym zdublowaniu określonych kwot w pozycji ceny jednostkowej oraz wartości łącznej - pozbawiają zamawiającego jednoznacznej możliwości ustalenia ceny dla każdej z pozycji.

Zdaniem odwołującego powyższe w konsekwencji skutkowało sytuacją opracowania oferty w sposób niezgodny z treścią SIWZ oraz niepolegający konwalidacji. Wobec powyższego zarzucił należy zamawiającemu naruszenie w toku postępowania norm art. 87 ust. 2 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ponadto, według odwołującego zamawiający naruszył normę art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - skoro dokonano tu po otwarciu ofert zmiany ich treści - pomimo braku ku temu prawnych przesłanek.

Odwołujący podniósł także, że na wypadek uznania przez Izbę, iż w sprawie doszło do naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, brak jednak podstaw od uznania, jakoby oferty częściowe złożone przez przystępującego miały podlegać odrzuceniu - zaakcentować należy, iż w takiej sytuacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i tak pozostaje dotknięte poważną wadą proceduralną. Dokonane bowiem w sprawie przez zamawiającego korekty wartości obu ofert częściowych posiadały dla przebiegu postępowania o tyle ważne znaczenie, iż w wyniku ich nieuprawnionego dokonania obie oferty „uniknęły” procedury obligatoryjnego ich badania pod kątem rażąco niskiej ceny w rozumieniu art. 90 ust. 1a ustawy Pzp. W momencie bowiem dokonania przez zamawiającego opisanych korekt, wartości obu ofert częściowych w sposób znaczący zbliżyły się do wartości podanych przez zamawiającego po otwarciu ofert w trybie art. 86 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp (odpowiednio 1.460.911,26 złotych brutto oraz 1.321.572,79 złotych brutto). Gdyby zatem owe korekty uznać za nieuprawnione, ale jednocześnie nie podzielić poglądu o konieczności odrzucenia obu ofert częściowych, rozstrzygnięcie przetargowe i tak podlegać winno unieważnieniu z uwagi na naruszenie przez zamawiającego dyspozycji art. 90 ust. 1a ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł także kolejne zarzuty, które określił jako związane z brakiem odrzucenia przedmiotowych ofert - jako niespełniających innych wymogów zawartych w SIWZ.

Podniósł, że w przypadku części 3 i 4 zamówienia, dla wykazania dysponowania przez wykonawcę stosownym doświadczeniem, zamawiający żądał wykazania wykonania w okresie ostatnich pięciu lat (lub krótszym) jednej roboty budowlanej o wartości minimum 100.000 złotych netto, związanej z budową lub przebudową, lub remontem, lub modernizacją części lub całości systemu informacji pasażerskiej. Zdaniem odwołującego, przystępujący nie wykazał, jakoby przedmiotowy wymóg spełniał. Równolegle zamawiający w sposób co najmniej przedwczesny i nieuprawniony uznał gołosłowne wyjaśnienia oferenta składane odnośnie załączonych do przetargu referencji za wystarczające i dowodzące posiadania przez podmiotową spółkę doświadczenia wymaganego przepisami SIWZ.

Odwołujący argumentował, że przystępujący dołączył wykaz robót, w którym wskazał udział w dwóch przedsięwzięciach gospodarczych, na zlecenie Międzygminnego Związku Komunalnego w Jastrzębiu-Zdroju oraz GMV Innovating Solutions sp. z o.o. z/s w

Warszawie. Z wykazu oraz samych referencji wynikało przy tym, iż przedmiotem obu aktywności oferenta pozostawały nie roboty budowlane, ale dostawy. W toku dalszej korespondencji prowadzonej po otwarciu ofert w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp przystępujący oświadczył, iż w obu wskazanych przez siebie przedsięwzięciach przedmiotem prac były m.in. roboty budowlane o wartości ponad 100.000 złotych netto - przy czym nie przedstawił zamawiającemu jakiegokolwiek dowodu (dokumentu), z którego wartość takich prac by wynikała. Dodatkowo odwołujący stwierdził, iż z zaoficerowanych w sprawie referencji nie wynika, aby przystępujący wykonał w ramach podanych zleceń prace budowlane - a nawet jeśli miały one miejsce to, z dokumentów czy wyjaśnień nie wynika, aby wskazana spółka roboty tego rodzaju wykonywała osobiście. W konsekwencji należy stwierdzić, iż podmiot, którego oferty częściowe zostały wybrane, nie wykazał spełnienia przesłanki posiadania doświadczenia określonego w SIWZ. Jedynymi dokumentami złożonymi do sprawy pozostają referencje, w których mowa jest wyłącznie o dostawach oraz wykonywaniu usług instalacyjnych. Odwołujący wywiódł, że wbrew treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - mimo kilkukrotnego wzywania przystępującego do złożenia dodatkowych oświadczeń w zakresie istotnym z punktu widzenia wymogów SIWZ, zamawiający poprzestał ostatecznie na głośłownych oraz ogólnikowych oświadczeniach i nie dokonał ostatecznie odrzucenia ofert częściowych wskazanej spółki wskutek braku faktycznego wykazania przezeń spełnienia warunków do udziału w przetargu.

W końcowej części odwołania odwołujący podniósł, że drugi z zarzutów związany jest z wymogami SIWZ (vide s. 4-5), w zakresie których statuowany został wymóg zatrudnienia przez wykonawcę (lub podwykonawcę) określonych kategorii osób w ramach umowy o pracę. W zakresie części 3 i 4 zamówienia zamawiający postawił wymóg, aby w ramach tego rodzaju umów zatrudnione były m.in. osoby, które sprawują bezpośredni nadzór nad robotami elektrycznymi, robotami drogowymi oraz robotami w zakresie wykonania kanalizacji teletechnicznej. Odnosząc jednocześnie owe funkcje do przepisów ustawy z dnia 07 lipca 1994 roku - Prawo budowlane (t.j. Dz.U. 2017, poz. 1332 ze zm.), nie ulegało w ocenie odwołującego wątpliwości, iż osobami sprawującymi tego rodzaju funkcje i role na budowie pozostają kierownik budowy oraz kierownicy robót. Tymczasem, jak wynika ze złożonego przez przystępującego wykazu osób o uprawnieniach budowlanych do kierowania poszczególnymi robotami, osobami tymi spółka ma zamiar dysponować li tylko na podstawie umów o dzieło - co stanowi wyraz braku spełnienia wymogu opisanego w SIWZ skutkujący powinnością odrzucenia omawianych ofert częściowych.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi jak również 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 wykonawca MPTechnology sp. z o.o. w Słupsku. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym, a także 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 treści SIWZ, wyjaśnienia treści SIWZ, ofertę przystępującego, zawiadomienia zamawiającego o poprawieniu omyłek rachunkowych z dnia 23 marca 2018 r., wezwania zamawiającego skierowane do przystępującego do złożenia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp z 26 marca 2018 r., odpowiedź przystępującego na ww. wezwanie z dnia 4 kwietnia 2018 r. z załącznikami, wezwania zamawiającego skierowane do przystępującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp o złożenie wyjaśnień, odpowiedzi przystępującego na ww. wezwania z 17 kwietnia 2018 r., wezwania zamawiającego skierowane do przystępującego do złożenia wyjaśnień z 19 kwietnia 2018 r., wyjaśnienia przystępującego z dnia 20 kwietnia 2018 r., zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z 26 kwietnia 2018 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia, odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody 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. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę MPTechnology sp. z o.o. w Słupsku uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

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. Jak wynikało z protokołu postępowania oferta odwołującego w części III i IV zamówienia została sklasyfikowana na drugim miejscu, zaś ofertę przystępującego wybrano



jako najkorzystniejszą. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu wykonania czynności odrzucenia oferty przystępującego w obu tych częściach. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności odrzucenia przystępującego w tych częściach, skutkować będzie koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania czynności odrzucenia oferty przystępującego, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego w części III i IV. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba oddaliła odwołanie, gdyż nie potwierdziły się zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 i art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, *w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Stosownie zaś do art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek.*

Ustalono, że zamawiający w rozdziale V specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w pkt 2 ppkt c wskazał, że wykonawcy mają obowiązek złożenia wraz z ofertą kosztorysów ofertowych, wg przedmiarów robót zamawiającego, na wybrane przez wykonawcę części zamówienia (...). W rozdziale 14 SIWZ zamawiający wskazał, że cena oferty, na wybrane przez wykonawcę części zamówienia, zostanie ustalona na podstawie kosztorysu ofertowego, który należy sporządzić zgodnie z przedmiarem robót (...) (pkt 4). W pkt 6 rozdziału 14 SIWZ wskazano, że kosztorys ofertowy (...) należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej, polegającą na obliczeniu wartości netto danej pozycji kosztorysowej jako iloczynu ustalonych jednostek przedmiarowych i ceny jednostkowej tej pozycji kosztorysowej.

Ustalono, że do upływu terminu składania ofert swą ofertę na część 3 i 4 zamówienia złożył m.in. przystępujący. Załączył do swej oferty kosztorysy ofertowe dotyczące części 3 i 4 zamówienia. Ustalono także, że przystępujący w łącznie dwudziestu ośmiu pozycjach kosztorysowych w kolumnie „cena jednostkowa netto”, jak i w kolumnie „wartość netto” dokonał zamieszczenia tych samych wartości liczbowych, bez względu na występujący przy danej pozycji i narzucony przez zamawiającego mnożnik. Tak w zakresie części 3, jak części 4 zamówienia, oferent w łącznie dwudziestu ośmiu miejscach dokonał przy pozycjach

„konstrukcje stalowe podparć dla tablic TIP o masie elementu do 20 kg" wskazania tak ceny jednostkowej, jak i wartości łącznej danej pozycji (czyli określenia mnożnej oraz iloczynu) tej samej kwoty - mimo każdorazowego wskazania ilości tej pozycji (czyli mnożnika ceny jednostkowej) jako wynoszącej 15.

Ustalono także, że pismami z dnia 23 marca 2018 r. zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprawił w ofercie przystępującego omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W części 3 zamówienia poprawek dokonano następująco:

*W kosztorysie ofertowym w kolumnie „wartość netto (w zł):*

*- w pozycjach o nr 12 d 1.2, 45 d 2.2, 71 d 3.2, 100 d 4.2, 130 d 5.2, 154 d 6.2, 183 d 7.2, 207 d 8.2, 518 d 19.2, 541 d 20.2, 573 d 21.2, 611 d 22.2, 638 d 23.2, 668 d 24.2, 699 d 25.2 jest: 1900, winno być: 28.500*

*- w pozycji nr 24 d 1.2 jest 350, winno być 2.800*

*- w pozycji „razem netto” jest 673.279,88 zł, winno być 1.074.729,88 zł*

*W związku z powyższym zmianie ulega cena oferty brutto na części 3: jest 828.134,25 zł; winno być 1.321.917,75 zł.*

W części 4 zamówienia poprawek dokonano następująco: *W kosztorysie ofertowym w kolumnie „wartość netto (w zł):*

*- w pozycjach o nr 237 d 9.2, 259 d 10.2, 289 d 11.2, 311 d 12.2, 343 d 13.2, 367 d 14.2, 396 d 15.2, 427 d 16.2, 458 d 17.2, 489 d 18.2, 729 d 26.2, 761 d 27.2, 789 d 28.2, 812 d 29.2 jest: 1900, winno być: 28.500*

*- w pozycji „razem netto jest 596.662,00 zł, winno być 969.062,00 zł*

*W związku z powyższym zmianie ulega cena oferty brutto na części 4: jest 733.894,26 zł; winno być 1.191.946,26 zł.*

Odwołujący wywiódł w odwołaniu, że zamawiający z naruszeniem przepisu art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprawił omyłki w kosztorysach ofertowych złożonych przez przystępującego.

W pierwszej kolejności odwołujący wywiódł, że omyłki te nie miały charakteru rachunkowego. Wskazywał bowiem, że omyłki te nie polegały na popełnieniu błędu podczas czynności matematycznych. Stanowisko odwołującego okazało się nieprawidłowe. Istota omyłek, jakich dopuścił się przystępujący w obu kosztorysach ofertowych sprawdzała się do tego, że pozycjach kosztorysowych *konstrukcje stalowe podparć dla tablic TIP o masie elementu do 20 kg*, wykonawca wpisał cenę jednostkową za 1 kg, wpisał prawidłową ilość robót, tj. 15 kg, jednak w kolumnie „wartość netto”, powtórzył cenę jednostkową. Wbrew stanowisku odwołującego powyższe mogło być potraktowane jako omyłka o charakterze rachunkowym. Wykonawca zamiast pomnożyć cenę jednostkową przez ilość, pomnożył tę

cenę jednostkową przez jeden (1). Omyłka ta nie traci charakteru rachunkowego z tego powodu, że wykonawca popełnił ją w sposób identyczny w kilkudziesięciu pozycjach kosztorysowych. Dostrzeżenia wymagało, że omyłki te dotyczyły analogicznego elementu robót. Pojedynczy błąd rachunkowy skutkowałam omyłką w zarachowaniu za każdym razem, gdy element ten został wymieniony w kosztorysie. Podkreślić przy tym należało, że w innych pozycjach kosztorysu, dotyczących innego asortymentu robót, wykonawca dokonywał prawidłowo czynności mnożenia, tj. mnożąc cenę jednostkową przez ilość i uzyskiwał prawidłową wartość netto.

Wbrew stanowisku odwołującego nie stała na przeszkodzie poprawieniu opisanych omyłek okoliczność, że wyniku ich poprawienia cena ofertowa w części 3 wzrosła z kwoty 673.279,88 zł netto do kwoty 1.074.729,88 zł netto, zaś w części IV z kwoty 595.622,00 zł netto do kwoty 969.062,00 zł netto. Jak wynika z literalnego brzmienia art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający ma obowiązek poprawienia w ofercie oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Konieczność poprawienia całej ceny ofertowej była zatem zwykłą konsekwencją czynności poprawy.

Nie zasługiwała na uwzględnienie argumentacja odwołującego, który wywodził, że ustalone wskutek poprawienia omyłek rachunkowych wartości netto konstrukcji stalowych miały przekraczać kilkunastokrotnie przeciętną wartość rynkową tych elementów.

Rzeczywiście, rozpatrywanie samych pozycji kosztorysowych dotyczących konstrukcji stalowych podparć dla tablic TIP w ofercie przystępującego mogło prowadzić do takiego wniosku. Uszło jednak uwadze odwołującego, że pozycje te były częścią zagregowanych pozycji obejmujących montaż tablic informacji przystankowych. Analiza zaś wartości pozycji zagregowanych prowadziła do wniosku, że wysoki koszt konstrukcji stalowej był niwelowany przez niższe ceny innych elementów, w tym tablicy informacyjnej. W efekcie, wbrew stanowisku odwołującego koszt kompletnej tablicy informacyjnej przystankowej dla poszczególnych lokalizacji oszacowany w ofercie przystępującego okazał się zbliżony tak w stosunku do ceny oferty odwołującego, jak i w stosunku do szacunków zamawiającego. Średnia arytmetyczna cen tablic zaoferowanych przez przystępującego wyniosła 58.699,38 zł netto, tablic zaoferowanych przez odwołującego – 61.041,55 zł, wobec szacunków zamawiającego na poziomie 67.724,24 zł netto. W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko zamawiającego przedstawione szczegółowo w odpowiedzi na odwołanie.

Za chybioną uznano argumentację odwołującego, który w trakcie rozprawy wywiódł, że w przedmiarach załączonych do SIWZ, zamawiający niezgodnie z rzeczywistością określił ilość konstrukcji stalowych podparć dla tablic jako 15 kg we wszystkich spornych pozycjach. Odwołujący oświadczył, że w jego ocenie ilości te będą kształtować się na poziomie ok 86-90 kg konstrukcji w każdej z pozycji. W konsekwencji odwołujący wywiódł, że przemożenie

rzeczywistej ilości przez cenę jednostkową poprawioną w kosztorysie przystępującego doprowadzi do sytuacji, w której sam koszt takich konstrukcji stalowych zgodnie z ofertą przystępującego wyniesie ok 2.300.000 zł. Wskazał przy tym, że w analizowanej sprawie wynagrodzenie przysługujące wykonawcy ma charakter kosztorysowy.

Zamawiający zaprzeczył jakoby miał błędnie podać w SIWZ ilości konstrukcji stalowych podparć dla tablic TIP. W tej sytuacji ciężar wykazania spornej okoliczności, zgodnie z art. 6 KC w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp, spoczywał na odwołującym. Izba stwierdziła, że odwołujący na poparcie swego stanowiska nie przedstawił żadnych dowodów. Wzięto także pod uwagę, że jeżeli odwołujący uważał, iż ilości przedmiarowe w niektórych pozycjach przedmiaru są nieprawidłowe, to miał prawo wnieść odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czego nie uczynił w ustawowym terminie, wynikającym z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, przy wyrokowaniu wzięto także pod uwagę, że opisywane przez odwołującego niebezpieczeństwo znaczącego wzrostu wynagrodzenia należnego przystępującemu nie istnieje. Dostrzec należało, że zgodnie z § 9 ust. 6 wzoru umowy zamawiający ograniczył maksymalne wynagrodzenie brutto przysługujące wykonawcy do wartości 110 % kwoty wynikającej z oferty. W tej sytuacji ewentualne zwiększenie wynagrodzenia należnego wykonawcy wskutek zwiększenia ilości wykonanych robót rozliczanych kosztorysowo będzie musiało mieścić się w ww. ramach i nie przekroczy 10% ceny ofertowej.

Izba wzięła pod uwagę także okoliczność, że w SIWZ określono wyraźnie sposób obliczenia ceny. W pkt 14.6 SIWZ zamawiający jednoznacznie podał, że kosztorys ofertowy należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej, polegającą na obliczeniu wartości netto danej pozycji kosztorysowej jako iloczynu ilości scalonych jednostek przedmiarowych i ceny jednostkowej tej pozycji przedmiarowej. Sposób poprawienia omyłek, jaki zamawiający zaprezentował w pismach z 23 marca 2018 r., nie był zatem dowolny. Zamawiający poprawił bowiem omyłki w ofercie przystępującego kierując się wyraźnymi wskazówkami co do kolejności operacji arytmetycznych wynikającymi wprost z SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania Izba stwierdziła, że zamawiający zasadnie zakwalifikował sporne omyłki, jako oczywiste omyłki rachunkowe i dokonał prawidłowej czynności ich poprawienia. Nie potwierdził się zatem zarzut naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 2 Pzp ani art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W konsekwencji zamawiający nie naruszył także przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie odrzucając oferty przystępującego z tego powodu.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 90 ust. 1a pkt 1 w zw. z art. 90 ust. 1 Pzp.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, *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 (...).*

*W myśl zaś art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp, w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia.*

Jak wskazano przy rozstrzygnięciu poprzedniego zarzutu, zamawiający dokonał prawidłowej czynności poprawienia w ofercie przystępującego omyłek rachunkowych i uwzględnił konsekwencje rachunkowe dokonanej poprawy. Wskutek prawidłowego poprawienia omyłek rachunkowych cena oferty przystępującego wyniosła 1.321.917,75 zł brutto (część 3 zamówienia) i 1.191.946, 26 zł brutto (część 4 zamówienia). Tymczasem cena oferty odwołującego kształtowała się na następującym poziomie: 1.432.702,22 zł brutto (część 3) i 1.265.509,56 zł brutto (część 4). Z kolei zamawiający na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwoty 1.460.911,26 zł brutto (część 3) i 1.321.572,79 zł brutto (część 4).

Jak wynikało z powyższego zestawienia, cena oferty przystępującego w żadnej z części nie okazała się niższa o co najmniej 30% ani od wartości zamówienia powiększonej o wartość podatku VAT ani od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert. Wobec powyższego zamawiający nie naruszył przepisu art. 90 ust. 1a pkt 1 ustawy Pzp. Ponieważ zaś ceny oferty odwołującego, przystępującego jak i szacunki zamawiającego okazały się zbliżone, brak było również podstaw aby stwierdzić, że zamawiający miał obowiązek powziąć jakiegokolwiek wątpliwości co do możliwości wykonania przez przystępującego przedmiotu zamówienia w rozumieniu art. 90 ust. 1 Pzp. Obydwa zarzuty okazały się zatem bezzasadne.

Chybione okazały się zarzuty odwołującego dotyczące niewykazania przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Ustalono, że w rozdziale IV SIWZ zamawiający opisał warunek udziału w postępowaniu, jaki musieli wykazać wykonawcy aby ubiegać się o udzielenie zamówienia. Zamawiający wskazał, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia w części 3 i 4 obowiązany jest wykazać, że wykonał w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie – jedną robotę budowlaną o wartości minimum 100.000 zł netto związaną z budową, lub przebudową lub remontem lub modernizacją części lub całości systemu informacji pasażerskiej, za

pośrednictwem którego podróżni informowani są o rzeczywistych czasach odjazdów pojazdów z przystanków transportu zbiorowego. Zamawiający zastrzegł także, że w przypadku składania oferty na więcej niż jedną część, zamawiający dopuszcza wykazanie tych samych robot budowlanych, pod warunkiem łącznego spełniania warunku w zakresie wartości netto.

Ustalono także, że w rozdziale 7 w pkt 1 a SIWZ zamawiający przesądził, że w celu potwierdzenia ww. warunku wykonawca ma obowiązek złożyć wykaz robót budowlanych (...) wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, o treści odpowiadającej załącznikowi nr 5, z załączeniem dowodów określających czy roboty budowlane zostały wykonane należycie (...).

Ustalono także, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego skierowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, przystępujący celem wykazania ww. warunku złożył wykaz robót budowlanych. W wykazie tym wykazał dwie pozycje:

- 1) zaprojektowanie i dostawa systemu elektronicznej informacji pasażerskiej współpracującej ze 105 tablicami informacji pasażerskiej; odbiorca: Międzygminny Związek Komunikacyjny w Jastrzębiu-Zdroju, wartość netto 3.095.156,03 zł; rozbudowa,
- 2) rozbudowa systemu dynamicznej informacji pasażerskiej do dzielnicy Fordon z przebudową układu drogowego w Bydgoszczy, na rzecz GMV Innovating Solutions sp. z o.o., o wartości netto 419.000 zł, przebudowa.

Do wykazu przystępujący załączył dokumenty referencyjne wystawione przez ww. zleceńodawców:

- 1) referencje Międzygminnego Związku Komunikacyjnego w Jastrzębiu-Zdroju z 30.12.2015 r. w których podmiot ten zaświadczał, że przystępujący zrealizował należycie projekt pn. dostawa i instalacja 105 tablic informacyjnych e-rozkładów jazdy wraz z przyłączami energetycznymi działającymi w ramach systemu pn. Wsparcie obsługi i bezpieczeństwa pasażerów MZK Jastrzębie innowacyjnymi systemami informatycznymi. Wartość projektu: 3.095.156,03 PLN brutto.
- 2) referencje GMV Innovation Solutions w Warszawie, w których podmiot ten zaświadczał, że przystępujący zrealizował należycie projekt dostawy tablic informacji pasażerskiej w ramach inwestycji pn. budowa linii tramwajowej do dzielnicy Fordon z przebudową układu drogowego w Bydgoszczy (...).

Istota zarzutu odwołującego sprowadzała się do tego, że jego zdaniem przystępujący nie wykazał, aby w ramach ww. zadań wartość robót budowlanych wyniosła ponad 100.000 zł.

Dostrzeżenia wymagało jednak, że powyższa kwestia była przedmiotem wezwań, jakie zamawiający skierował do przystępującego w dniach 16 i 19 kwietnia 2018 r. W odpowiedzi na ww. wezwania przystępujący potwierdził, że wartość samych robót

budowlanych (bez dostaw urządzeń, oprogramowania i wykonania usług) dla wykazanych przez niego zamówień wyniosła odpowiednio ponad 900.000 zł netto dla zamówienia z pozycji 1 wykazu i ponad 100.000 zł netto dla pozycji 2 z wykazu. Oświadczył także, że w ramach ww. zadań wykonał prace budowlane, tj. projektował oraz wybudował przyłącza, posadawiał tablice informacyjne.

Odwołujący zarzucił w odwołaniu, że ww. wyjaśnienia wykonawcy są niewystarczające. Uważał bowiem, że wartości robót budowlanych w ramach ww. zadań przystępujący powinien udowodnić zamawiającemu jakimś dokumentem, z którego wartość robót by wynikała. Wskazał na rozprawie, że takim dokumentem mógłby być kosztorys.

Stanowisko odwołującego okazało się nieprawidłowe. Jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Izby, wykazanie przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia następuje przez złożenie dwóch rodzajów dokumentów, tj. wykazu robót, przybierającego formę oświadczenia własnego wykonawcy i referencji pochodzących od inwestora. Zamawiający w postanowieniach SIWZ w rozdziale 7 wyraźnie przesądził, że wystarczające jest złożenie przez wykonawcę wykazu robót i referencji. Podkreślenia wymaga, że referencje, czy szerzej poświadczenia, mają generalnie potwierdzać fakt, że w ocenie zlecniodawcy roboty te zostały wykonane należycie. Nie jest rolą referencji / poświadczeń wykazywanie innych okoliczności, zwłaszcza szczegółowego przedmiotu wykonanych robót. Celem ustalenia, czy zakres tych robót odpowiada warunkowi, w postępowaniu składany jest inny dokument, tj. wykaz robót, który w przeciwieństwie do poświadczeń/referencji sporządzany jest przez wykonawcę na potrzeby danego postępowania.

W analizowanej sprawie rzeczywiście z wykazu robót nie wynikała wartość robót budowlanych wykonanych w ramach zadań referencyjnych. Kwestia ta została jednak przez zamawiającego prawidłowo dostrzeżona i wyjaśniona. W odpowiedzi na wezwania skierowane przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, wykonawca jednoznacznie wskazał, że wartość robót budowlanych w obu wykazywanych zadaniach przekraczała kwotę 100.000 zł, co było wystarczające do wykazania doświadczenia dla obu części, na które wykonawca złożył ofertę. Wbrew stanowisku odwołującego, przystępujący nie miał obowiązku udowodnienia tej wartości robot budowlanych przez złożenie w tym celu np. kosztorysu. Zamawiający w świetle brzmienia rozdziału 7 SIWZ nie miał prawa domagać się złożenia przez przystępującego takiego dokumentu.

Nie podzielono stanowiska odwołującego, który wywiódł, że ze złożonych dokumentów i wyjaśnień nie wynika, że przystępujący wykonał ww. roboty budowlane osobiście. Z przedstawionego wykazu i referencji wyprowadzić można wniosek przeciwny. W referencjach wskazano wprost, że to przystępujący wykonał oba zadania. W tej sytuacji, jeżeli odwołujący uważał, że prace te nie były wykonane przez przystępującego osobiście, to

powinien swe twierdzenia poprzeć dowodem. Tymczasem stanowisko odwołującego pozostało gołosłowne. Wobec powyższego zarzut okazał się chybiony.

Za bezzasadny uznano zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z powodu niezgodności treści jego oferty z treścią rozdziału 2 pkt 9 SIWZ.

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.*

W rozdziale 2 pkt 9 SIWZ zamawiający wskazał, że stosownie do art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia. W zakresie części 3 i 4 zamawiający wymienił m.in. następujące czynności:

- 1) wykonanie robót budowlanych, w szczególności bezpośredni nadzór nad robotami,
- 2) wykonanie robót drogowych, w szczególności bezpośredni nadzór nad robotami,
- 3) wykonanie kanalizacji teletechnicznej, w szczególności bezpośredni nadzór nad robotami.

Uszło uwadze odwołującego, że przytoczony wymóg jest wymogiem odnoszącym się do opisu przedmiotu zamówienia. Na powyższe wskazuje choćby brzmienie tytułu rozdziału 2 SIWZ. Ponadto z przytoczonego wymogu, ani żadnego innego postanowienia SIWZ nie wynikało, że wymóg zatrudnienia ma zostać wykazany na etapie ofertowania. Z przywołanych postanowień wynikało, że zamawiający łączył obowiązek zatrudnienia na podstawie umowy o pracę z wykonaniem wskazanych przez siebie czynności. Okoliczność, że wymóg ten powinien być spełniony na etapie realizacji zamówienia wynikała także z postanowień § 2 ust. 2 – 7 wzoru umowy. Przykładowo, w § 2 ust. 2 wzoru umowy wskazano, że *zatrudnienie na podstawie umowy o pracę powinno trwać nieprzerwanie przez cały okres realizacji umowy*. Powyższe prowadziło do wniosku, że obowiązek ten wykonawca musiał wypełnić na etapie wykonywania umowy w sprawie zamówienia, a nie na etapie ofertowania.

W tej sytuacji bezzasadnym było powołanie się przez odwołującego na treść wykazu osób, jaki przystępujący złożył zamawiającemu. Rzeczywiście w przedstawionym wykazie osób, wykonawca wykazał dysponowanie kierownikiem budowy oraz dwoma kierownikami robót, co do których wskazał, że na dzień 4 kwietnia 2018 r. dysponuje nimi na podstawie umowy o dzieło.

Uszło uwadze odwołującego, że dokument ten, zgodnie z rozdziałem 7 pkt 1 lit. b SIWZ, został złożony celem wykazania przez wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu, w zakresie dysponowania osobami kierownika budowy i kierowników robót. Z



istoty swojej wykazanie warunku udziału w postępowaniu następuje na etapie ofertowania a nie wykonawstwa. Ponadto, jak wynika z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp warunki udziału w postępowaniu nie muszą być identyczne z przedmiotem zamówienia. Z powołanego przepisu wynika, że warunki mają być jedynie proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Tymczasem, jak wskazano wcześniej wymóg zatrudnienia, na jaki powołał się odwołujący, był wymogiem stanowiącym część opisu przedmiotu zamówienia. Nie zastrzeżono ponadto w SIWZ, aby wykonawcy mieli obowiązek udokumentować spełnienie tego wymagania już na etapie ofertowania. W tej sytuacji, wobec braku konieczności spełniania spornego wymagania na etapie ofertowania, zarzut odwołującego należało ocenić jako 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. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania. Jak jednolicie wskazuje się w orzecznictwie Izby, przez wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp należy rozumieć wybór danej oferty jako najkorzystniejszej. W analizowanej nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy, co musiało skutkować oddaleniem odwołania w całości.

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.

Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot *stosownie do jego wyniku* należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 *stosunkowe rozdzielanie kosztów polega na rozdzielaniu kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica.*

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 rozdzielania 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.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia – odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił w całości odwołujący. Kosztami postępowania obciążono zatem wyłącznie tę stronę. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 20.000 zł oraz koszty dojazdu na

posiedzenie Izby pełnomocnika zamawiającego w wysokości 135 zł, ustalone na podstawie złożonego rachunku/biletu. Nie zaliczono w poczet kosztów postępowania odwoławczego deklarowanej przez pełnomocnika zamawiającego kwoty 150 zł, jaką zamierzał dopiero uiścić tytułem nabycia biletu kolejowego oraz kosztów diety w wysokości 30 zł. Jak wynika z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposób ich rozliczania (Dz. U. z 22 maja 2018 r. poz. 972), wysokość uzasadnionych kosztów stron postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Zamawiający nie sprostął zaś obowiązkowi złożenia rachunków dotyczących deklarowanych przez siebie kosztów.

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. a także 5 ust. 4 w zw. § 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 (Dz. U. z 22 maja 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....