

WYROK
z 10 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie 7 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 29 czerwca 2020 r. przez wykonawcę Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Miasto Lębork z siedzibą w Lęborku, przy udziale:

- A. wykonawcy Firma Budowlano-Drogowa MTM S.A. z siedzibą w Gdyni zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- B. wykonawcy W. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane "W." W. W. z siedzibą w Lęborku zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
 - 1.1 unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
 - 1.2 przeprowadzenie ponownej czynności oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy W. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane "W." W. W. z siedzibą w Lęborku.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Gminę Miasto Lębork z siedzibą

w Lęborku i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego - Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego - Gminy Miasto Lębork z siedzibą w Lęborku na rzecz Odwołującego - Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z 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 jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Słupsku.

.....

Uzasadnienie

Gmina Miasto Lębork z siedzibą w Lęborku (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Połączenie drogowo-mostowe ul. Kazimierza Wielkiego z ul. Czołgistów w Lęborku”, numer: RI.271.20.2020.G, zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 7 maja 2020 r. pod numerem 537669-N-2020. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

29 czerwca 2020 r. wykonawca Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (Dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy W. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane "W." W. W. z siedzibą w Lęborku (dalej: Przystępujący), mimo, że jej treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ),
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 90 ust. 1, 2 i 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo, że oferta ta zawierała rażąco niską cenę, a Przystępujący nie podołał w toku postępowania obowiązkowi obalenia domniemania rażąco niskiej ceny,
3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez niezachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w wyniku naruszenia wskazanych wyżej przepisów Pzp, a w konsekwencji udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. dokonania powtórnej oceny ofert, w tym wykluczenia Przystępującego z postępowania, a w konsekwencji odrzucenie złożonej przez Przystępującego oferty,
3. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Po złożeniu oferty w postępowaniu, Przystępujący został wezwany przez Zamawiającego do wyjaśnień ceny oferty, w tym do złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny/kosztu, w szczególności w zakresie określonym w art. 90 ust. 1 Pzp, a także do przedstawienia szczegółowych kosztorysów ofertowych w podziale na elementy zgodne z pozycjami zawartymi w przedmiarach robót z wyszczególnieniem stawek roboczogodzin. W odpowiedzi na to wezwanie, Przystępujący nie przedstawił szczegółowych kosztorysów ofertowych, lecz kosztorys uproszczony, mimo, że powinien był dokonać wyjaśnień w granicach wezwania Zamawiającego.

Zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U. 2004 nr 130 poz. 1389), kalkulacja szczegółowa dokonana na podstawie szczegółowego kosztorysu ofertowego polega na określeniu wartości kosztorysowej robót przez obliczenie dla pozycji objętych przedmiarem robót wartości poszczególnych jednostkowych nakładów rzeczowych (kosztów bezpośrednich), doliczeniu narzutów i przemnożeniu tych wartości przez ilości jednostek przedmiarowych robót w obiekcie lub jego elemencie. Przedstawiony przez Przystępującego kosztorys nie spełniał wymogów kalkulacji szczegółowej, gdyż dla poszczególnych pozycji nie wyszczególnił jednostkowych nakładów rzeczowych robocizny, pracy sprzętu, materiałów, jak również ceny czynników produkcji. Kosztorys Przystępującego zawierał jedynie zbiorcze zestawienia kosztów z podziałem na koszty robocizny, materiałów, sprzętu, kosztów pośrednich i zysku dla pozycji grupowych, natomiast poszczególne pozycje rozliczeniowe przedstawione były w postaci kalkulacji uproszczonej, czyli sumy iloczynów ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych i ich cen jednostkowych, bez podatku od towarów i usług.

W wyjaśnieniach z 6 czerwca 2020 r. dotyczących rażąco niskiej ceny, Przystępujący wskazał: „inwestycja zlokalizowana jest w miejscowości będącej siedzibą mojej firmy. Stąd nie ponoszę kosztów związanych z zakładaniem pełnego zaplecza budowy, dowozem pracowników, dietami, kosztami jednorazowymi dostawy sprzętu na budowę itp”. Tym samym Przystępujący przyznał, że nie uwzględnił w cenie ofertowej kosztów ogólnych przedsiębiorstwa, związanych z wykonaniem zamówienia — mimo, że w sposób oczywisty je ponosi i powinny być one uwzględnione w cenie oferty.

Również pozostały zakres wyjaśnień nie obalał w żadnym stopniu domniemania rażąco niskiej ceny, gdyż oparty był na stwierdzeniach ogólnikowych, takich jak:

1. „Podczas wykonywania robót stosujemy transport łączony: wywózka gruntu w jedną stronę, a w drodze powrotnej przywózkę kruszyw niezbędnych przy realizacji budowy” — powyższe oznaczało, że Przystępujący nie przewidział tzw. „pustych przejazdów”, lecz nie oznaczało to, że nie będzie ponosił kosztów w związku z takim transportem, w tym załadunku i wywozu. Takie rozwiązanie jest stosowane przez każdego rozsądnego wykonawcę i nie jest rozwiązaniem niestandardowym, które uzasadniałoby obalenie domniemania rażąco niskiej ceny,
2. „Jako firma dysponujemy stabilnymi i dobrze zorganizowanymi brygadami roboczymi, wyspecjalizowanymi kadrami techniczno-budowlanymi, przez co gwarantujemy niskie koszty pośrednie i sprawną i terminową realizację robót” — było to stwierdzenie ogólne i nieoparte jakimkolwiek dowodem lub choćby wskazaniem wynikającego z tego tytułu obniżenia kosztu,
3. „Wykonawca dysponuje własnym sprzętem maszynowym oraz zapleczem budowy, co znacznym stopniu zmniejsza koszty dodatkowe” — twierdzenie to dotyczyło, w odniesieniu do sprzętu, właściwie każdego wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. W odniesieniu do zaplecza budowy — to koszt, który Przystępujący będzie ponosił w ramach prowadzenia przedsiębiorstwa, a zatem powinien być ujęty w ramach kosztorysu szczegółowego. Przystępujący nie przedstawił takiego kosztorysu i nie wykazał, jak — i czy w ogóle — uwzględnił koszt z tego tytułu.

Oferta Przystępującego nie odpowiadała treści SIWZ w następującym zakresie:

- A. Nie uwzględniała kosztu materiału do wykonania nasypu, co pozostawało w sprzeczności z pkt 9.2. Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych (dalej: SST) D-02.03.01 Wykonanie nasypów, zgodnie z którym cena 1m³ wykonania nasypów z gruntu z wykopu lub dokopu „obejmuje dostarczenie gruntu z wykopu lub z dokopu (zakup) materiału wraz z transportem”.

Zamawiający w poz. 13 przedmiaru i SST D-02.03.01 określił: „Wykonanie nasypu z gruntów niewysadzinowych 2 500,40 m³.”

W kosztorysie ofertowym Przystępujący, dla poz. 205, wskazał KNR 2-01 0407-01. Zgodnie z opisem KNR 2-01 0407-01: „Formowanie i zagęszczanie nasypów zapór ziemnych o wys. do 10 m z ziemi dostarczonej samochodami przy użyciu spycharki 74 kW (100 KM) kat. gruntu I-II”, stanowiącym podstawę do wyceny formowania i zagęszczenia nasypów, pozycja ta nie uwzględniała kosztu materiału do wykonania nasypu, co pozostawało w sprzeczności z SST, pkt D-02.03.01 „Wykonanie nasypów”.

Zgodnie z opisem KNR 2-01 0407-01, w zakres tej pozycji wchodzi następujące czynności:

1. Uformowanie nasypu z dostarczonego samochodami.
2. Rozplantowanie ziemi warstwami 0.2-0.4 m.
3. Zagęszczanie poszczególnych warstw ze zwilżeniem wodą.
4. Spulchnienie powierzchni uprzednio zagęszczonej warstwy.

Zakres obliczeń kalkulacji szczegółowej zgodnie z KNR 2-01 0407-01 składa się zaś z:

1. kosztów robocizny,
2. kosztów sprzętu w postaci spycharki, zagęszczarki wibracyjnej spalinowej, walca wibracyjnego ciągnionego gładkiego oraz ciągnika gąsienicowego.

Jak dowodzi powyższe, KNR 2-01 0407-01, na podstawie którego Przystępujący dokonał wyceny oferty, nie uwzględnia kosztu materiału, a Przystępujący nie ujął tego kosztu również w żadnej innej pozycji kosztorysu, do czego był zobowiązany zgodnie z SIWZ.

W odpowiedzi nr 19 z 26 maja 2020 r., Zamawiający nie przewidział (wykluczył możliwość) wykorzystywania materiałów z odzysku, a zatem Przystępujący nie mógł przewidzieć wykorzystania materiałów pochodzących z tego źródła.

B. Nie uwzględniała wyceny czynności załadunku i wywozu w robotach rozbiórkowych.

Zakres wyceny robót rozbiórkowych został określony przez Zamawiającego w poz. 3-10 Przedmiaru oraz SST D-01.02.04. Zarówno w definicjach (nazwach pozycji) przedmiarowych, jak i w pkt 9 SST „Podstawa płatności”, wymagane test ujęcie w cenie kosztów: załadunku i wywiezienia materiałów z rozbiórki, tj.:

- d) dla rozbiórki warstw nawierzchni: — załadunek i wywiezienie materiałów z rozbiórki,
- e) dla rozbiórki krawężników i obrzeży: - załadunek i wywiezienie materiału z rozbiórki,
- f) dla barier drogowych: - załadunek i wywiezienie materiału z rozbiórki.

Kosztorys Przystępującego nie uwzględnił czynności załadunku i wywozu w pozycjach rozbiórkowych 195-202, ani w żadnej innej pozycji kosztorysu, co dowodziło, że Przystępujący nie przewidział kosztu tych czynności w ofercie.

Przystępujący podał ponadto w podstawie kalkulacji KNR 2-31: Rozdział 08. Natomiast, zgodnie z treścią Założeń Szczegółowych KNR 2-31: Rozdział 08:

- 1.2. Nakłady na wykonanie robót rozbiórkowych nie uwzględniają odwiezienia materiałów z rozbiórki ze stanowiska roboczego na place składowe,
- 2.2. Nakłady rzeczowe na odwóz uzyskanych z rozbiórki materiałów i gruzu ze stanowiska roboczego na plac składowy przyjmuje się z odpowiednich tablic rozdziału 15 (których to brak w kosztorysie Przystępującego).

Analogiczna sytuacja wystąpiła także dla zakresu pozycji 208-210, tj. rozbiórek elementów małej architektury — ogrodzeń i schodów terenowych. Również w tym przypadku SST przewidywał usunięcie rozebranych elementów poza teren budowy, natomiast podstawa

wyceny zastosowana przez Przystępującego, czyli KNR-W-2-25, tabl. 0307-03 oraz KNR 4-04, nie uwzględniała czynności załadunku i wywozu tych elementów poza plac budowy. Przystępujący powinien był uwzględnić koszt czynności załadunku i wywozu w robotach rozbiórkowych w cenie oferty, a tego nie uczynił.

Zamawiający nie dopuścił możliwości wykorzystywania materiałów z rozbiórek. Zgodnie z Rozdziałem III SIWZ, pkt 4.13 odzyskany materiał: „wykonawca przewiezie do magazynu wskazanego przez Zamawiającego (do 3,0 km). Wszystkie pozostałe materiały nienadające się do ponownego wykorzystania (materiał ziemny) wykonawca wywiezie i zutylizuje we własnym zakresie. Koszty te należy wliczyć w cenę ryczałtową”.

C. Nie uwzględniała wyceny nawierzchni z kostki o grubości 6 cm.

Zgodnie z założeniami SIWZ (pkt 5.2.5 Opisu technicznego Projektu budowlanego oraz Projektu Wykonawczego; pkt 1.3 SST D-08.02, poz. 48 przedmiaru), nawierzchnie chodników należy wykonać z kostki betonowej gr. 6 cm. Przedstawiony przez Przystępującego kosztorys nie zawierał wyceny wykonania chodników z kostki betonowej o grubości 6 cm, a jedynie o grubości 8 cm w poz. 217, 249 oraz 242 kosztorysu, przez co treść jego oferty nie odpowiadała treści SIWZ.

Przystępujący powinien był uwzględnić wykonanie nawierzchni chodników z kostki betonowej o grubości 6 cm w ramach odrębnej pozycji, czego nie uczynił, nie wyceniając w ramach oferty zakresu wymaganego do uwzględnienia zgodnie z SIWZ.

D. Oferta Przystępującego w zakresie rur wodociągowych nie odpowiadała treści SIWZ.

Zamawiający w zakresie branży wodociągowej określił w pkt 1.3. SST D-01.03.05: „montaż wodociągów z rur ciśnieniowych PE RC, uszczegółowiając dodatkowo w pkt 2.2.3. że: „do wykonania sieci wodociągowej stosuje się następujące materiały: rury ciśnieniowe z PE do wody pitnej SDR17 PE100 RC o podwyższonej odporności na propagację pęknięć oraz naciski punktowe”. Podobnie w pkt 2 opisu technicznego wskazano: „Zakres prac związanych z budową i przebudową sieci wodociągowej obejmuje: montaż wodociągów DN100 PE RC 197,0 mb, montaż wodociągów DN150 PE RC 25,0 mb.

Zamawiający również wskazał w przedmiarze:

poz. 1 Budowa wodociągu DN150mm z rur PE RC wraz z armaturą i kształtkami z żeliwa szarego, roboty ziemne w wykopach umocnionych, bez podsypki i zasyпки technologicznej, odwodnienie wykopów, zasypanie wykopów gruntem rodzimym: 25,00 m

poz. 2 Budowa wodociągu DN110mm z rur PE RC100 wraz z armaturą i kształtkami z żeliwa szarego, roboty ziemne w wykopach umocnionych, bez podsypki i zasyпки

technologicznej, odwodnienie wykopów, zasypanie wykopów gruntem rodzimym:
179,00 mb

poz. 3. Montaż wodociągu DN110mm z rur PE RC100 w rurze osłonowej stalowej DN250 podwieszanej pod wspornikiem mostu, powyżej spodu płyty nośnej za pomocą zawiesi systemowych, izolacja z otuliny styropianowej grubości 6 cm. (Rura osłonowa ujęta w poz. koszt. 1.6): 18,00 m.

Przystępujący w pozycjach 297 i 298 swojego kosztorysu wskazał zaś na zastosowanie rur PEHD, tj. niewzmocnionych (bez RC).

Ponadto, w pozycji 297 kosztorysu Przystępujący przewidział średnicę rury 160 mm zamiast wymaganej projektem 150 mm.

Tak poczynione założenia stanowiły nieuprawnioną zmianę rozwiązań w stosunku do przewidzianych w opisie przedmiotu zamówienia.

Ponadto, zgodnie z przedstawionym wyżej opisem technologii wykonania wodociągu przedstawionym w pkt 5.7 SST D01.03.05 oraz pozycji 1 i 2 przedmiaru, „Sieć wodociągową należy układać w wykopie w gruncie rodzimym bez podsypki i obsypki piaskowej”, podczas, gdy kosztorys Przystępującego w pozycjach nr 294 i 295 zawierał roboty niezgodne z zakresem przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ.

Przystępujący poinformował Zamawiającego o dokonaniu wyceny oferty na podstawie odmiennych założeń niż w SIWZ dopiero po wezwaniu do wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Otrzymawszy wyjaśnienia uwzględniające rozwiązania odmienne i tańsze niż przewidziane w SIWZ, Zamawiający nie odrzucił oferty Przystępującego.

E. Oferta Przystępującego nie zawierała wyceny rury osłonowej DN 250 18mb, przez co treść oferty nie odpowiadała treści SIWZ.

Zamawiający w przedmiarze dla branży wodociągowej zawarł w pozycjach 9-12 konieczność wykonania stalowych rur osłonowych o średnicach: D300, D250, D250, D100. W pozycji 10. Zamawiający opisał konieczność montażu rury osłonowej stalowej D250mm, dł. 18mb. Pozycja ta odzwierciedlała element zawarty na rys. 1.1 branży wodociągowej i sanitarnej projektu budowlanego.

Kosztorys złożony przez Przystępującego nie zawierał wyceny rury osłonowej DN 250 18mb. Zamiast niej, Przystępujący uwzględnił odmienne i tańsze od przewidzianego w SIWZ rozwiązanie w pozycji 301, ujmując w kosztorysie wycenę płaszczy ochronnych z blachy ocynkowanej zamiast rury osłonowej DN 250.

Odwołujący podkreślił, że takie odmienne względem założeń projektu założenia materiałowe nie spełniały kryterium materiałowego przedstawionego w SST 0-01.03.05:

„2.22. Rury osłonowe.

Jako rury osłonowe stosuje się rury stalowe ze szwem walcowane na gorąco, ogólnego zastosowania według normy PN-EN 10224, malowane wewnątrz i zabezpieczone z zewnątrz fabryczną izolacją antykorozyjną PE. Przy przejściu wodociągu przez obiekt mostowy rura osłonowa wyposażona zostanie w system zawiesi.”

Istotne jest przy tym wskazanie, że Przystępujący poinformował Zamawiającego o dokonaniu wyceny na podstawie odmiennych założeń dopiero po wezwaniu do wyjaśnień dotyczącej ceny oferty.

Przystępujący wycenił w ramach oferty odmienne roboty niż wymagał Zamawiający w SIWZ w postaci kostki o grubości 8 cm zamiast 6 cm, rur wodociągowych PEHD (niewzmocnionych) zamiast PE RC, rury o średnicy 160 mm zamiast wymaganej projektem 150 mm, a także płaszcze ochronne z blachy ocynkowanej zamiast rur osłonowych DN 250, co potwierdzało, że jego oferta nie odpowiadała w tym zakresie treści SIWZ i powinna zostać odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Przepisy art. 90 ust. 1-3 Pzp regulują kwestię domniemania ceny rażąco niskiej. Jak podkreśla się w doktrynie i orzecznictwie, jeżeli wykonawca wezwany do wyjaśnień w powyższym zakresie, który nie złoży wyjaśnień bądź wyjaśnienia te nie są wystarczające, jego oferta podlega odrzuceniu. Przystępujący powinien zatem zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp udowodnić zamawiającemu, iż zaoferowana przez niego cena nie nosiła znamion ceny rażąco niskiej.

6 sierpnia 2020 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał ponadto m. in.:

Ceny sześciu ofert były niższe od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na realizację przedmiotu zamówienia. Mając na uwadze kategorię sformułowanie art. 90 ust. 1a Pzp, Zamawiający zobowiązany był wezwać m. in. Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zaoferowanej ceny.

Uwzględniając postanowienia SIWZ (Rozdz. III pkt. 5-7 oraz Rozdz. XIII) stanowiące, iż w postępowaniu ustanowiono ryczałtowy charakter wynagrodzenia, w wezwaniu z 2 czerwca 2020 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących kwestii „ceny rażąco niskiej”, Zamawiający wskazał, jako wymagany sposób wyjaśnień, na tym etapie procedury, obowiązek złożenia „szczegółowych kosztorysów ofertowych”.

W odpowiedzi na wezwanie Przystępujący złożył 8 czerwca 2020 r. wymagane wyjaśnienia. Po ich analizie, Zamawiający uznał, iż zaoferowana przez Przystępującego cena była realna i „adekwatna do obecnych realiów rynkowych” i uznał, iż nie ma potrzeby żądania dalszych wyjaśnień.

W ocenie Zamawiającego całkowicie chybiony był zarzut, iż Przystępujący nie przedstawił szczegółowego kosztorysu ofertowego, a jedynie - jak określił to Odwołujący „kosztorys uproszczony”, wskazując, jako podstawę prawną dla stawianych zarzutów rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U. 2004 nr 130 poz. 1389). Przywołane rozporządzenie odnosi się do „kosztorysu inwestorskiego” (sporządzanego przez zamawiających), a żaden przepis obowiązującego prawa nie definiuje i nie określa „kosztorysu ofertowego”.

Zamawiający oceniając wyjaśnienia Przystępującego kierował się przede wszystkim wskazaniami i zaleceniami zawartymi w „Powszechnych Standardach Kosztorysowania” określających zasady i procedury wyceny obiektów i robót budowlanych, definiujących także w Standardzie 1.3. „Rodzaje opracowań kosztowych”, pojęcie „kosztorysu ofertowego”. Wskazanie w wezwaniu do wyjaśnień, iż Zamawiający wymaga „szczegółowego” kosztorysu ofertowego wskazywało na to, iż przedłożona kalkulacja ceny nie mogło się ograniczać tylko do kosztów grupy robót, a poziom szczegółowości został narzucony wskazaniem, iż kosztorys ofertowy winien zostać sporządzony w podziale na elementy, zgodnie z pozycjami zawartymi w przedmiarach, udostępnionych wszystkim wykonawcom.

Zamawiający nie zgodził się z Odwołującym, co do zarzutu niezgodności oferty Przystępującego z SIWZ.

Podstawą do sformułowania zarzutu była różnica w opisie niektórych pozycji w złożonym kosztorysie ofertowym w stosunku do przedmiarów. W ocenie Zamawiającego wynikało to z dwóch zasadniczych okoliczności:

1. Odwołujący powielił błędny pogląd, wielokrotnie już wyjaśniany i ostatecznie rozstrzygnięty przedmiar nie stanowi opisu przedmiotu zamówienia.
2. Zamawiający miał na uwadze, iż wezwany Wykonawca sporządził przedłożony kosztorys powszechnie stosowanym programem do kosztorysowania wskazanym na każdej stronie kosztorysu „Norma PRO Wersja 4.56 Nr seryjny 12284”. Tak więc, w kosztorysie Wykonawcy znalazły się standardowe (programowe) opisy pozycji, najbardziej rodzajowo zbliżone do pozycji wskazanych w przedmiarach. Przy czym -

w przedmiarach Zamawiający odwoływał się do pozycji w SST, natomiast kosztorys Wykonawcy, stosującego program Norma PRO, odwołuje się do pozycji KNR (Katalog Nakładów Rzeczowych). Wywodzenie z tego faktu przez Odwołującego wniosków, w oparciu o opisy pozycji KNR których obowiązkowe stosowanie straciło moc prawną z dniem 12 grudnia 2001 r. wraz z wejściem w życie ustawy z 5 lipca 2001 r. o cenach było nieuzasadnione.

Katalogi Norm Rzeczowych (KNR), stanowiące do końca 2001 r. obligatoryjną bazę normatywną, nie utraciły całkowicie swej przydatności. Powód jest prozaiczny - zabrakło alternatywnej, aktualizowanej na bieżąco bazy danych. Cięży jednak na tej przydatności czas, jaki upłynął od ich powstania, w aspekcie nieuwzględnienia zaistniałych w budownictwie, wręcz rewolucyjnych, zmian. Katalogi opracowane zostały w większości w latach osiemdziesiątych XX wieku i nie obejmują nowych materiałów budowlanych, nowoczesnych technologii i metod organizacyjnych, które dynamicznie zaczęły się rozwijać w Polsce pod koniec lat 90 - tych. Stąd, oczywiste i nieuniknione, są rozbieżności w opisie pozycji przytaczanej za KNR, a opisami pochodzącymi ze specyfikacji technicznych. Dla potrzeb kosztorysowania, powszechnie stosowane programy do kosztorysowania są jednak nadal przydatne. Przy opisie przedmiotu zamówienia dokonanym za pomocą dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznych wykonania robot, wykonawcy sporządzając kosztorys za pomocą programy do kosztorysowania przyjmują pozycje programowe wg KNR, najbardziej zbliżone do zawartych w specyfikacjach i dokonują kalkulacji swojej ceny ofertowej.

W taki też sposób Zamawiający ocenił i uznał inne, wskazywane w odwołaniu jako niezgodności oferty wybranego wykonawcy z treścią SIWZ, rozbieżności, w których opis pozycji kosztorysowej nie był identyczny z opisem w przedmiarach. Np. wykonanie przejścia w rurze osłonowej, kwestia podsypki i zasypki przewodów wodociągowych czy też opis materiału PEHD bez uzupełnienia wskazującego na wzmocnienie (bez wskazania RE).

Opis przedmiotu zamówienia stanowi dokumentacja projektowa oraz specyfikacje techniczne wykonania robót, i bezspornym było w świetle treści złożonej oferty, że Przystępujący zobowiązał się wykonać przedmiotowe zamówienie w sposób zgodny z OPZ. Dlatego zarzut niezgodności treści oferty Wykonawcy z treścią SIWZ, jako nieuzasadniony, winien zostać oddalony. Zakres robót oraz sposób ich wykonania, egzekwowany będzie na etapie realizacji oraz na etapie odbiorów robot, przez ocenę zgodności ich wykonania z dokumentacją projektową i specyfikacją techniczną wykonania robót, a nie opisem pozycji kosztorysowych.

Przystępujący 6 sierpnia 2020 r. wniósł pisemną odpowiedź na odwołanie. Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania jako w całości niezasadnego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Oferty w postępowaniu złożyli następujący wykonawcy (ceny brutto):

1. Odwołujący - cena 4 834 658,47 zł,
2. Want Sp. z o.o. z siedzibą w Tczewie - cena 6 088 500,00 zł,
3. Roka Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Stargardzie Gdańskim - cena 5 749 129,72 zł,
4. Firma Budowlano-Drogowa MTM S.A. z siedzibą w Gdyni - cena 4 977 306,66 zł,
5. Kruszywo Sp. z o.o. z siedzibą w Linii - cena 5 283 844,60 zł,
6. Most Sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie - cena 6 937 200,00 zł,
7. Przystępujący - cena 4 760 100,00 zł,
8. Produkcja i Eksploatacja Kruszywa Formella s.c. z siedzibą w Linii - cena 5 033 855,72 zł.

Zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 5 725 211,93 zł netto.

2 czerwca 2020 r. Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie do wyjaśnienia ceny oferty. Zamawiający wskazał m. in.: „Zaoferowana przez Państwa całkowita cena oferty jest niższa o co najmniej 30 % od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania. Wartość zamówienia wraz z należnym podatkiem od towarów i usług została ustalona na 7 042 010,67 zł brutto. Państwa oferta zawiera cenę brutto 4 760 100,00 zł, czyli jest o 32,40 % niższa od wartości zamówienia. W związku z powyższym, działając na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo

zamówień publicznych Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów, dotyczących wyliczenia ceny/kosztu, w szczególności w zakresie określonym art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych”.

W treści ww. wezwania Zamawiający zawarł przy tym następujący nakaz: „W celu weryfikacji w/w wyjaśnień proszę o przedstawienie szczegółowych kosztorysów ofertowych w podziale na elementy zgodne z pozycjami zawartymi w przedmiarach robót z wyszczególnieniem stawek roboczogodzin”.

9 czerwca 2020 r. do Zamawiającego wpłynęły wyjaśnienia Przystępującego, stanowiące odpowiedź na ww. wezwanie. Przystępujący wskazał m. in.:

- „a) inwestycja zlokalizowana jest w miejscowości będącej siedzibą mojej firmy. Stąd nie ponoszę kosztów związanych z zakładaniem pełnego zaplecza budowy, dowozem pracowników, dietami, kosztami jednorazowymi dostawy sprzętu na budowę, itp.,
- b) podczas wykonywania robót stosujemy transport łączony: wywózka gruntu w jedną stronę, a w drodze powrotnej przywózkę kruszyw niezbędnych przy realizacji budowy,
- c) jako firma dysponujemy stabilnymi i dobrze zorganizowanymi brygadami roboczymi, wyspecjalizowanymi kadrami techniczno-budowlanymi, przez co gwarantujemy niskie koszty pośrednie oraz sprawną i terminową realizację robót,
- d) wykonawca dysponuje własnym sprzętem maszynowym oraz zapleczem budowy co znacznym stopniu zmniejsza koszty dodatkowe (...)”.

Do wyjaśnień Przystępujący załączył kosztorys sporządzony w programie Norma PRO Wersja 4.56. Podstawą dokonanej wyceny był KNR – Katalog nakładów rzeczowych.

Wbrew stanowisku Odwołującego, Przystępujący nie miał obowiązku złożenia szczegółowego kosztorysu ofertowego w rozumieniu rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym. Zgodnie z § 1 ust. 1 tego rozporządzenia, określa ono metody i podstawy sporządzania kosztorysu inwestorskiego stanowiącego podstawę określenia wartości zamówienia na roboty budowlane oraz metody i podstawy obliczania planowanych kosztów prac projektowych i planowanych kosztów robót budowlanych stanowiących podstawę określenia wartości zamówienia, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych. W tej sytuacji twierdzenie Odwołującego, że Przystępujący sporządzając kosztorys do wyjaśnień miał obowiązek stosować się do ww. rozporządzenia było całkowicie bezpodstawne.

Wyjaśnienia Przystępującego miały ogólnikowy charakter, ale w ocenie Izby w pełni korespondowały z równie ogólnikowym wezwaniem do wyjaśnień. Ponadto, zgodnie z żądaniem Zamawiającego, Przystępujący załączył do wyjaśnień szczegółowy kosztorys. W toku rozprawy Odwołujący nie był przy tym w stanie wskazać jakich elementów objętych przedmiotami nie ujął w ww. kosztorysie Przystępujący.

Izba wzięła jednak pod uwagę fakt, że Zamawiający wyraźnie zażądał, by punktem odniesienia do sporządzenia kosztorysu do wyjaśnień były pozycje zawarte w przedmiarach. W tej sytuacji opisanie i wycenę w kosztorysach innych pozycji, niż te w przedmiarach, uznać należy za odstępstwo Przystępującego od wyraźnego polecenia Zamawiającego, co do sposobu sporządzenia kalkulacji.

Kosztorys załączony przez Przystępującego do wyjaśnień stanowi dowód, że kalkulując cenę oferty, Przystępujący wycenił w niektórych przypadkach inne materiały i rozwiązania techniczne, niż oczekiwane przez Zamawiającego. Tym samym potwierdziły się zarzuty Odwołującego, co do nieuprawnionej zmiany przez Przystępującego materiałów i rozwiązań technicznych określonych przez Zamawiającego w SIWZ i załącznikach do SIWZ. Przystępujący nie zaprzeczał przy tym, że niektóre pozycje w kosztorysie załączonym do wyjaśnień nie były zgodne z odpowiednimi pozycjami zawartymi w przedmiarach.

W ocenie Izby Przystępujący, niezależnie od przyjętego sposobu stworzenia kosztorysu, do powyższych zmian nie był uprawniony. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w sposób pisemny, stąd obowiązkiem wykonawców jest zachowanie szczególnej staranności przy sporządzaniu dokumentów i pisemnych oświadczeń kierowanych do zamawiającego. To ich treść, rozumiana przede wszystkim w sposób literalny, ma być brana pod uwagę przez zamawiającego w toku oceny oferty wykonawcy. Tym samym Przystępujący wpisując do kosztorysu np. inny typ rur niż wymagany przez Zamawiającego powinien mieć świadomość, że dokument taki stanie się podstawą do uznania, że oferta Przystępującego nie odpowiada treści SIWZ, w szczególności, że kosztorysy załączone do wyjaśnień miały obrazować jakie elementy przedmiotu zamówienia zostały wycenione przez wykonawcę i w jaki sposób. Wykazanie przez Przystępującego, że obliczając cenę oferty dokonał kalkulacji z uwzględnieniem (częściowo) innych materiałów i rozwiązań, niż oczekiwane przez Zamawiającego stanowi dowód na niezgodność oferty z SIWZ.

Nie ma przy tym znaczenia fakt, że niezgodne z SIWZ są tylko niektóre elementy ujęte w kosztorysie – oferta wykonawcy ma w pełni, a nie tylko w części, odpowiadać wymogom i treści SIWZ.

Odnosząc się do argumentu Przystępującego, co do ujęcia w kalkulacji innej, grubszej kostki brukowej niż określona w SIWZ Izba wskazuje, że nie jest uprawnieniem wykonawcy

decydowanie za zamawiającego jakie rozwiązanie techniczne czy materiał są dla zamawiającego lepsze niż te ujęte w dokumentacji technicznej. Opis przedmiotu zamówienia leży w wyłącznych kompetencjach zamawiającego. Tym samym wykonawca, zarówno na etapie składania ofert jak i na etapie ewentualnej realizacji przedmiotu zamówienia, nie ma prawa – o ile takie uprawnienie nie wynika z treści w SIWZ – dokonywać jakichkolwiek zmian i rozwiązań technicznych w stosunku do tych opisanych w dokumentacji postępowania. W przypadku, gdy wykonawca jest przekonany, że opis przedmiotu zamówienia narusza jego prawa w postępowaniu, to w zakresie określonym w Pzp ma on możliwość skorzystania z odpowiednich środków ochrony prawnej. Niedopuszczalna jest jednak sytuacja, w której wykonawca uznając określone rozwiązanie za lepsze, uzurpuje sobie prawo do zmiany treści opisu przedmiotu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe wskazać należy, że Przystępujący posługując się programem do sporządzania kosztorysów nie dającym możliwości ingerencji w nazwy opisów poszczególnych pozycji kosztorysowych, zrobił to na własne ryzyko. Zamawiający nie wymagał załączenia do wyjaśnień kosztorysów sporządzonych za pomocą określonych programów, czy też przy użyciu konkretnych sposobów kalkulacji, jak posłużenie się katalogami nakładów rzeczowych.

Nie zasługiwał na uwzględnienie argument Przystępującego, iż na przeszkodzie uznania jego oferty za niezgodną z SIWZ stoi treść oświadczenia o zgodności tej oferty z wymogami Zamawiającego. Oświadczenie takie podlega weryfikacji w toku oceny ofert, a jego złożenie przez wykonawcę nie może stanowić samoistnej i wyłącznej podstawy do uznania, że oferta nie polega odrzuceniu z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Niezgodność oferty Przystępującego z SIWZ nie może zostać usunięta w trybie określonym w art. 87 ust. 2 Pzp, który stanowi, że Zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Omyłka zawsze stanowi efekt nieumyślnego działania. Okoliczność ta musi być niewątpliwa. W przedmiotowej sprawie Przystępujący był w pełni świadomy, że część pozycji kosztorysu załączonego do wyjaśnień była niezgodna z wymogami SIWZ, a niezgodność tą Przystępujący uzasadniał brakiem pozycji katalogu nakładów rzeczowych idealnie odpowiadających wszystkim pozycjom przedmiarów. Podstawowa przesłanka do uznania ww. niezgodności za efekt nieumyślnego działania nie została zatem spełniona.

Biorąc pod uwagę powyższe w ocenie Izby oferta Przystępującego podlegała odrzuceniu z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego oraz jej wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu było niezgodne z wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowanie wykonawców. Zamawiający naruszył w efekcie również art. 7 ust. 3 Pzp, zgodnie z którym zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

.....