

Sygn. akt KIO 173/19

KIO 175/19

WYROK

z dnia 18 lutego 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Członkowie: Jan Kuzawiński

Monika Szymanowska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 lutego 2019 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 31 stycznia 2019 r. przez wykonawcę **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** (sygn. akt: KIO 173/19)
- B. w dniu 31 stycznia 2019 r. przez wykonawcę **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa** (sygn. akt: KIO 175/19)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Województwo Śląskie, ul. Ligonia 46, 40-037 Katowice**

przy udziale:

- 1. wykonawcy **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 173/19 po stronie zamawiającego
- 2. wykonawcy **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 175/19 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. **uwzględnia odwołanie wniesione przez Budimex S.A. (sygn. akt: KIO 173/19) i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert, oraz dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert i w jej wyniku dokonanie**

odrzućenia oferty złożonej przez Mostostal Warszawa S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w oparciu o podstawy faktyczne wskazane w uzasadnieniu wyroku, w pozostałym zakresie zarzuty uznaje za nieuzasadnione,

2. oddala odwołanie wniesione przez Mostostal Warszawa S.A. (sygn. akt: KIO 175/19),
3. kosztami postępowania obciąża **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa** i:
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **40 000 zł 00 gr** (słownie: czterdzieści tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołujących, w tym:
 - A. kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - B. kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2 zasądza od **Mostostal Warszawa S.A., ul. Konstruktorska 12A, 02-673 Warszawa** na rzecz **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (sygn. akt: KIO 173/19).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Katowicach.

Przewodniczący :

.....

.....

Uzasadnienie

Województwo Śląskie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na rozbudowę i przebudowę budynku Planetarium Śląskiego w Chorzowie wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą techniczną. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 2 sierpnia 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod pozycją 2018/S 147-335688.

Sprawa o sygn. akt KIO 173/19:

W dniu 31 stycznia 2019 r. wykonawca Budimex S.A. (dalej: „Odwołujący Budimex”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego polegających na zaniechaniu wskazania wszystkich podstaw faktycznych i prawnych odrzucenia oferty wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Mostostal Warszawa S.A. z uwagi na brak innych/dalszych pozycji i podpozycji w złożonych z nią kosztorysach ofertowych, obligatoryjnych do wyceny zgodnie z dokumentacją postępowania, w tym udostępnionymi przedmiarami robót a wyszczególnionymi w uzasadnieniu odwołania, które powodują istotne braki oświadczenia woli tego wykonawcy i świadczą o niezgodności treści tej oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”);

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Mostostal Warszawa S.A. ze względu na przyjęcie w pozycjach kosztorysu ofertowego ceny 0,00 zł, które wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, względnie stanowi o niezgodności oferty ze SIWZ z powodu braku wskazania miejsca wyceny pozycji.

Odwołujący Budimex stwierdził, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący Budimex podniósł, że złożył w postępowaniu ofertę spełniającą wszelkie wymagania formalne i merytoryczne, którą Zamawiający uznał za najkorzystniejszą. W przekonaniu Odwołującego Budimex, Zamawiający odrzucając ofertę Mostostal Warszawa S.A. nie uczynił tego na podstawie wszystkich zaistniałych przesłanek. W konsekwencji, jak zauważył Odwołujący Budimex, brak odrzucenia na podstawie wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych oferty tego wykonawcy rodzi ryzyko, że przy ewentualnym

ponownym badaniu i ocenie ofert przesłanki te nie zostaną dostrzeżone lub podniesione przez Zamawiającego.

Odwołujący Budimex wskazał, że konieczność wniesienia odwołania na aktualnym etapie postępowania wynika z przyjętej w ustawie Pzp zasady koncentracji środków ochrony prawnej. Zauważył, że realizując postulat szybkości postępowania i spójności jego wyniku, ustawodawca nakazał, aby wszystkie czynności, których dokonanie jest możliwe na danym etapie, wykonywać jednocześnie. Dotyczy to zwłaszcza zgłaszania zarzutów wobec podejmowanych czynności i zaniechań zamawiającego. Zdaniem Odwołującego Budimex, nie do pogodzenia z powyższą zasadą jest, aby wykonawca niezadowolony z wyniku postępowania, składał odwołanie od czynności powtórnego wyboru oferty w zakresie okoliczności, o których powziął wiedzę już przy pierwszym wyborze (por. postanowienie z dnia 18 lutego 2013 r., sygn. akt KIO 246/13; postanowienie z dnia 18 września 2014 r., sygn. akt KIO 1798/14). Oznacza to, że przy ewentualnym ponownym badaniu i ocenie ofert i przy założeniu, że dojdzie wówczas do wyboru oferty Mostostal Warszawa S.A., Odwołujący Budimex nie będzie miał możliwości skutecznego podniesienia zarzutów w zakresie braków w ofercie Mostostal Warszawa S.A., co do których powziął wiedzę wraz z obecnym wyborem oferty najkorzystniejszej, tj. w dniu 21 stycznia 2019 r.

Odwołujący Budimex podniósł ponadto, że każdy wykonawca jest związany ustawowym terminem wniesienia odwołania, który ma charakter zawity (art. 182 ustawy Pzp). Odwołujący Budimex zaznaczył, że upływ tego terminu powoduje utratę możliwości skorzystania ze środka ochrony prawnej. Z tego powodu, oraz z uwagi na potencjalną możliwość kwestionowania oferty Odwołującego Budimex przez konkurentów, a także z przyczyn wskazanych powyżej, w przekonaniu Odwołującego Budimex, złożenie odwołania na obecnym etapie jest konieczne i stanowi jedyny środek ochrony prawnej, z którego Odwołujący Budimex może skorzystać w celu wyeliminowania wadliwych i niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego.

Odwołujący Budimex powołał się na stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 kwietnia 2013 r., sygn. akt V Ca 2142/12, w którym Sąd stwierdził, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy mają możliwość skarżenia również zaniechań, jakich dopuścił się Zamawiający. Odwołujący Budimex przywołał także stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO 2523/14: „Wykonawca także w takiej sytuacji może posiadać interes we wniesieniu odwołania. Dla wykazania interesu nie jest przecież konieczne doznanie uszczerbku, ale wystarczy samo zagrożenie, potencjalna możliwość prowadząca do takiego rozwoju sytuacji w dalszym przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 179 pzp)” (por. wyroki: KIO z 2 sierpnia 2013 r., sygn. akt KIO 1796/13; KIO z 9 stycznia 2014

r., sygn. akt KIO 2991/13; KIO z 23 lipca 2012 r., sygn. akt KIO 1453/12; KIO z 14 listopada 2011 r., sygn. akt 2391/11; KIO z 11 marca 2011 r., sygn. akt 336/11; KIO z 2 września 2013 r., sygn. akt 2034/13; KIO z 18 lutego 2013 r., sygn. akt 246/13).

Odwołujący wskazał, że taki stan rzeczy potwierdził ETS w wyroku z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH i inni v. Autobahnenund Schnellstrassen – Finanzierungs - AG, Asfinag (C-410/01, [2003] ECR 6413, nr w SIP Lex: 158605), gdzie Europejski Trybunał Sprawiedliwości wyraził pogląd: „fakt, że artykuł 1 ust. 3 Dyrektywy 89/665 w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych, odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej Dyrektywą 92/50 odnoszącą się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych, wyraźnie pozwala Państwom Członkowskim określać szczegółowe zasady, wedle których muszą wprowadzić procedury odwoławcze (zapewnione tą dyrektywą), dostępne dla każdej osoby, która ma lub miała interes w uzyskaniu danego zamówienia i która była lub ryzykuje bycie poszkodowaną w wyniku domniemanego naruszenia, co nie upoważnia instytucji zamawiających do nadawania terminowi „interes w uzyskaniu danego zamówienia” interpretacji, która mogłaby ograniczać efektywność tej dyrektywy.” (por. KIO z 27 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 792/11; KIO z 11 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1114/12).

Podsumowując, Odwołujący Budimex stwierdził, że w interesie Odwołującego leży, aby Zamawiający wskazał i odrzucił ofertę Mostostal Warszawa S.A. w oparciu o wszystkie istniejące aktualnie przesłanki faktyczne i prawne. Odwołujący Budimex zwrócił uwagę, że oferta Mostostal Warszawa S.A. w razie jej przywrócenia w postępowaniu, w rankingu ofert zajęłaby pierwsze miejsce przed ofertą Odwołującego Budimex. Odwołujący Budimex podkreślił, że brak wniesienia odwołania uniemożliwi Odwołującemu późniejsze powoływanie się na znane mu obecnie, dodatkowe przesłanki do odrzucenia oferty Mostostal Warszawa S.A., co może ostatecznie pozbawić Odwołującego Budimex możliwości uzyskania zamówienia.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący Budimex stwierdził, że oferta Mostostal Warszawa S.A. zawiera szereg braków i niezgodności z SIWZ, które z uwagi na ich ilość i rodzaj, kwalifikują ofertę do odrzucenia w oparciu o przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego Budimex, rodzaj błędów, jak i braki treści oferty, nie pozwalają na ich kwalifikację jako omyłek w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt. 1-3 ustawy Pzp.

Odwołujący Budimex zwrócił uwagę, że Zamawiający poprawia w ofercie oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym

wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Jak pisał Odwołujący Budimex, art. 87 ust. 2 pkt 1-3 ustawy Pzp ma na celu poprawienie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie. Odwołujący Budimex wskazał, że w pierwszej kolejności zamawiający powinien poprawić omyłki i niezgodności oczywiste pisarskie i rachunkowe. Jak zauważył Odwołujący Budimex, „oczywistość” sprowadza się do tego, że błąd jest zauważalny i możliwy do poprawienia bez dodatkowych ustaleń i zwracania się o wyjaśnienia do wykonawcy. Może sprowadzać się np. do błędnych matematycznych obliczeń przy podanych prawidłowo cenach bazowych lub błędnego przepisania danych nazw z innego miejsca oferty w drugie. Trzecią kategorią omyłek są inne omyłki, powodujące niezgodność ze specyfikacją, o ile nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Odwołujący Budimex zaznaczył, że omyłki, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winny mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności.

Jak wskazał Odwołujący Budimex, pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. Odwołujący Budimex zauważył, że w orzecznictwie podkreśla się, że decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. Odwołujący Budimex podkreślił, że poprawienie omyłek nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści SIWZ, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na podstawie wymogów zamawiającego, jeżeli oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw. Jak zaznaczył Odwołujący Budimex, w żadnym przypadku nie dopuszcza się możliwości poprawienia, jako oczywistej lub innej nieistotnej omyłki polegającej na niezgodności z SIWZ omyłki sprowadzającej się do pominięcia pozycji w kosztorysie ofertowym. Odwołujący Budimex zwrócił uwagę na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 12 października 2017 r., sygn. akt KIO 1998/17, wyroku z dnia 16 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1101/14, wyroku z dnia 29 stycznia 2015 r., sygn. akt: KIO 119/15, wyroku z dnia 26 marca 2014 r., sygn. akt KIO 479/14.

W ocenie Odwołującego Budimex, ponieważ oferta Mostostal Warszawa S.A. zawiera liczne braki w kosztorysie, Zamawiający podjął prawidłową pod względem formalno-prawnym decyzję o odrzuceniu oferty. Jednak, zdaniem Odwołującego Budimex, skala błędów i niezgodności oferty Mostostal Warszawa S.A. z SIWZ jest dużo większa niż wynika z czynności odrzucenia - Zamawiający nie wskazał jako podstawy faktycznej dalszych liczących

i istotnych niezgodności w kosztorysach, które uniemożliwiają potraktowanie tych braków i błędów jako pomijalnych.

Odwołujący Budimex podkreślił, że skala uchybień w ofercie Mostostal Warszawa S.A. jest tak znacząca, że przy założeniu pokazowego zsumowania wartości pozycji obarczonych różnego rodzaju niezgodnościami z SIWZ mogłoby dojść do zmiany w rankingu ofert. Wychodząc naprzeciw ewentualnej argumentacji Mostostal Warszawa S.A., że poszczególne pozycje, zwłaszcza wymienione przez Zamawiającego, są mało znaczące i nieistotne, Odwołujący Budimex wskazał, że wartość pozycji pominiętych wraz z pozycjami przyjmującymi nierealistyczną ceną 0 zł wynosi łącznie ponad 1 555 000 zł. Odwołujący Budimex zauważył również, że uwzględniając dodatkowo pozycje, w których doszło do zmiany ilości lub jednostki miary, które to pozycje Zamawiający poprawiłby w trybie oczywistych lub innych omyłek, to istniałoby prawdopodobieństwo, że oferta Mostostal Warszawa S.A. uplasowałaby się na drugim miejscu w rankingu, co samo przez się stanowi, że są to zmiany istotne i niedopuszczalne, jednoznacznie przesądzające o konieczności odrzucenia tej oferty.

Uzasadniając zarzut niezgodności treści oferty Mostostal Warszawa S.A. z SIWZ z uwagi na całkowity brak wyceny pozycji i podpozycji wskazanych w przedmiarach robót Odwołujący Budimex podniósł, że Mostostal Warszawa S.A., oprócz pozycji wymienionych w uzasadnieniu odrzucenia oferty przez Zamawiającego, całkowicie pominął wskazanie i wycenienie innych pozycji i podpozycji wynikających z przedmiarów robót. Odwołujący Budimex zaznaczył przy tym, że z treści oferty Mostostal Warszawa S.A. nie da się wywieść ani woli zaferowania danego asortymentu/roboty, ani ceny jednostkowej, co przesądza o tym, iż oferta nie odpowiada treści SIWZ.

Odwołujący Budimex wskazał na następujące braki w ofercie Mostostal Warszawa S.A.:

TABELA NR 1

roboty budowlane ROZBUDOWA	Dz. 1.4 poz. 311 „Izolacja akustyczna z płyty z korka...”
roboty budowlane ROZBUDOWA	Dz. 1.6 poz. 551 „Izolacja pionowa z płyt z wełny mineralnej 10cm na sucho”
roboty budowlane ROZBUDOWA	Dz. 3.1 poz. 1201 „Ściany Ś3: wykończenie aluminiowymi panelami 2mm łukowymi...”
roboty budowlane ROZBUDOWA	Dz. 3.1 poz. 1211 „Ściany Ś2: wykończenie aluminiowymi panelami ściennymi 2mm ...”
roboty budowlane ROZBUDOWA	Dz. 5 poz. 2481 „Izolacja papa zgrzewalna przeciwkorozenna SBS”
roboty budowlane ROZBUDOWA	Dz. 5 poz. 2482 „Izolacja folia PE 0,2mm”

roboty budowlane ROZBUDOWA	Dz. 5 poz. 2483 „Warstwa zabezpieczająca z włókniny chłonno-ochronnej PP 600”
roboty budowlane ROZBUDOWA	Dz. 5 poz. 2484 Warstwa odsączająca i gromadząca wodę – płyta...”
roboty budowlane ROZBUDOWA	Dz. 5 poz. 2485 „Rozścielenie substratu mineralno-organicznego 30cm. ”
roboty budowlane ROZBUDOWA	Dz. 6.2 poz. 2581 „Ścianki gipsowo-włóknowe 12,5cm na rusztach pojed metalowych 75m...”
roboty budowlane ROZBUDOWA	Dz. 6.2 poz. 2582 „Ścianki gipsowo-włóknowe 20cm na podwójnych rusztach metalowych 75mm...”

Odwołujący Budimex podniósł także, że Mostostal Warszawa S.A. pomimo, że podała cenę zbiorczą, nie wyodrębniła i nie wyceniła istotnych podpozycji zgodnie z poniższym zestawieniem:

TABELA NR 2

CO i CT źródło ciepła bud ABC	144z1-144z4 dla poz. 144 „Rewersyjna pompa ciepła powietrze-woda...”
CO i CT źródło ciepła bud DE	159z1-159z5 dla poz. 159 „Kaskada dwóch gazowych kotłów kondensacyjnych...”
CO i CT źródło ciepła bud DE	160z1-160z5 dla poz. 160 „Kondensacyjna gazowa absorpcyjna pompa ciepła typu powietrze...”
CO i CT źródło ciepła bud DE	161z1-161z5 dla poz. 161 „Rewersyjna gazowa absorpcyjna pompa ciepła typu powietrze...”
KANALIZACJA BUD ABC	18z1-18z2 dla poz. 18 „Rewersyjna gazowa absorpcyjna pompa ciepła typu powietrze...”
KANALIZACJA BUD DE	38z1-38z2 dla poz. 38 „Studnia prefabrykowana żelbetowa dn 600mm ...”
KANALIZACJA BUD DE	40z1-40z2 dla poz. 40 „Studnia prefabrykowana żelbetowa dn 1000mm ...”
KANALIZACJA BUD DE	41z1-41z2 dla poz. 40 „Studnia prefabrykowana żelbetowa dn 1000mm ...”
KANALIZACJA BUD DE	42z1-42z2 dla poz. 42 „Studnia prefabrykowana żelbetowa dn 1200mm ...”

KANALIZACJA BUD DE 43z1-43z4
dla poz. 44 „Pompownia kanalizacji deszczowej...”

KANALIZACJA BUD DE 44z1-44z4
dla poz. 44 „Pompownia kanalizacji deszczowej...”

KANALIZACJA BUD DE 72z1-72z2
dla poz. 72 „Studnia prefabrykowana żelbetowa dn 1000mm ...”

KANALIZACJA BUD DE 73z1-73z2
dla poz. 73 „Studnia prefabrykowana żelbetowa dn 1000mm...”

KANALIZACJA BUD DE 74z1-74z2
dla poz. 74 „Studnia prefabrykowana żelbetowa dn 1200mm...”

TERENOWE SIECI WOD-KAN 11z1-11z3
dla poz. 74 „Studnia prefabrykowana żelbetowa dn 1200mm...”

TERENOWE SIECI WOD-KAN 12z1-12z3
dla poz. 12 „Ustawienie studni rewizyjnej z kręgów betonowych...”

TERENOWE SIECI WOD-KAN 13z1-13z3
dla poz. 13 „Ustawienie studni rewizyjnej z kręgów betonowych...”

TERENOWE SIECI WOD-KAN 14z1-14z3
dla poz. 14 „Ustawienie studni rewizyjnej z kręgów betonowych...”

TERENOWE SIECI WOD-KAN 15z1-15z3
dla poz. 15 „Ustawienie studni rewizyjnej z kręgów betonowych...”

TERENOWE SIECI WOD-KAN 16z1-16z3
dla poz. 16 „Studnia prefabrykowana żelbetowa dn 1200mm ...”

TERENOWE SIECI WOD-KAN 17z1-17z3
dla poz. 17 „Studnia prefabrykowana żelbetowa dn 1200mm ...”

TERENOWE SIECI WOD-KAN 20z1-20z4
dla poz. 20 „Pompownia kondensatu w studni o średnicy 1,0m ...”

TERENOWE SIECI WOD-KAN 43z1-43z3
dla poz. 43 „Ustawienie studni rewizyjnej z kręgów betonowych ...”

TERENOWE SIECI WOD-KAN 44z1-44z2
dla poz. 44 „Ustawienie studni rewizyjnej z kręgów betonowych...”

TERENOWE SIECI WOD-KAN 45z1-45z3
dla poz. 45 „Ustawienie studni rewizyjnej z kręgów betonowych ...”

TERENOWE SIECI WOD-KAN 46z1-46z3
dla poz. 46 „Ustawienie studni rewizyjnej z kręgów betonowych ...”

TERENOWE SIECI WOD-KAN 47z1-47z3
dla poz. 47 „Ustawienie studni rewizyjnej z kręgów betonowych ...”

TERENOWE SIECI WOD-KAN 48z1-48z3

dla poz. 48 „Ustawienie studni rewizyjnej z kręgów betonowych ...”
TERENOWE SIECI WOD-KAN 49z1-49z3
dla poz. 49 „Ustawienie studni rewizyjnej z kręgów betonowych ...”
TERENOWE SIECI WOD-KAN 50z1-50z3
dla poz. 50 „Studnia prefabrykowana żelbetowa dn 1200mm ...”
TERENOWE SIECI WOD-KAN 51z1-51z3
dla poz. 51 „Studnia prefabrykowana żelbetowa dn 1200mm ...”
TERENOWE SIECI WOD-KAN 52z1-52z3
dla poz. 52 „Studnia prefabrykowana żelbetowa dn 1200mm ...”
TERENOWE SIECI WOD-KAN 53z1-53z3
dla poz. 53 „Studnia prefabrykowana żelbetowa dn 1200mm ...”
TERENOWE SIECI WOD-KAN 63z1-63z2
dla poz. 63 „Pompa drenażowa zamontowana w terenowej czerpni oraz wyrzutni ...”

W przekonaniu Odwołującego Budimex, powyższe uchybienia stanowią jednoznacznie o niezgodności treści oferty Mostostal Warszawa S.A. z wymogami Zamawiającego sprecyzowanych w dokumentacji postępowania, tj. przedmiarach robót.

Odwołujący Budimex podkreślił, że nawet jeżeli pominięte pozycje zostały wycenione w innych miejscach kosztorysu ofertowego, to wykonawca miał obowiązek, zgodnie z wymogiem rozdz. XII ust. 2 SIWZ wskazać pozycje, w której dane elementy/roboty zostały umieszczone (wycenione). Jak zauważył Odwołujący Budimex, Zamawiający mając na uwadze zachowanie zasad przejrzystości i transparentności, a także uniknięcia próby inżynierii cenowej w szukaniu brakujących wycen w innych miejscach kosztorysu, wprowadził bezwzględny wymóg wyceny każdej pozycji w postaci wskazania miejsca tej wyceny. Odwołujący Budimex stwierdził, że Mostostal Warszawa S.A. zaniechał wskazania czy w ogóle oferuje dany zakres robót, a jeżeli tak, to po jakiej cenie (nawet jeżeli miałyby się to odbyć za pomocą odesłania do innych pozycji kosztorysu). Jak wskazał Odwołujący Budimex, Zamawiający nie ma żadnych danych pozwalających przyjąć, że dane roboty i elementy zostały wycenione w innych pozycjach, a także odpowiednio „wycedzić” wartość pominiętych pozycji. Wszelkie wyjaśnienia w tym zakresie prowadziłyby do ustalania treści oświadczenia woli pominiętego w ofercie. Tym samym, zdaniem Odwołującego Budimex, oferta Mostostal Warszawa S.A. nie odpowiada treści SIWZ i podlega odrzuceniu.

W ocenie Odwołującego Budimex, w zakresie niewycenionych podpozycji do pozycji zbiorczej Zamawiający również nie ma podstaw do przyjęcia cen poszczególnych podpozycji ani rozdzielenia wartości z pozycji głównej. Co więcej, wyjściowe i niezbędne do wyceny były

właśnie podpozycje, zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego na pytania do SIWZ z dnia 27 września 2018 r. Odwołujący Budimex wskazał, że na pytanie nr 1 z dnia 6 września (str. 6 Odpowiedzi):

„Przedmiar robót branża sanitarna „inst co ct źródło ciepła bud ABC” D.1 poz. 144 „Rewersyjna pompa ciepła powietrze-woda o dużej sprawności z wentylatorami osiowymi i dwiema sprężarkami spiralnymi. (...) prosimy o potwierdzenie, że w kosztorysie ofertowym wartość pozycji 144 ma być sumą wartości podpozycji 144z1, 144z2, 144z3, 144z4 oraz że analogicznie należy postępować w przypadku występowania innych pozycji złożonych”

Zamawiający udzielił odpowiedzi, iż „wartość danej pozycji ma stanowić sumę podpozycji, np. podpozycje 144z1 do 144z4 mają dawać w sumie wartość pozycji 144 (pozycja ma obejmować wszystkie podpozycje)”.

To oznacza, w przekonaniu Odwołującego Budimex, że wyjściowa i zasadnicza była wycena podpozycji, a wartość pozycji zbiorczej miała znaczenie wtórne, będąc jedynie wynikiem sumowania. Jak zauważył Odwołujący Budimex, obecnie brak wyceny podpozycji może prowadzić do tego, że jedna z podpozycji zostanie na etapie realizacji umowy wyceniona przez Mostostal Warszawa S.A. na 100% ceny zbiorczej, inna, nieujęta w obmiarach powykonawczych np. na 0 lub 1%, co ewidentnie doprowadzi do naruszenia równowagi ekonomicznej stron i da pole do znaczących nadużyć. Co więcej, jak podał Odwołujący Budimex, zapisy przyszłej umowy nie chronią w żaden sposób Zamawiającego przed inżynierią cenową wykonawcy w zakresie niewycenionych pozycji wynikających z przedmiarów (wszelkie postanowienia co do kształtowania cen, np. § 8 ust. 9 wzoru umowy, dotyczą robót zamiennych i nieprzewidzianych na etapie postępowania, a nie jasno wskazanych w przedmiarach a brakujących w ofercie wykonawcy).

Z uwagi na powyższe, zdaniem Odwołującego Budimex, oferta Mostostal Warszawa S.A. nie odpowiada treści SIWZ i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przy czym podstawą faktyczną są braki i niezgodności wskazane w tabeli nr 1 i 2 wyżej.

Uzasadniając zarzut dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na zaofiarowaniu cen 0 zł, względnie niezgodności oferty Mostostal Warszawa S.A. ze SIWZ z powodu braku wskazania miejsca wyceny pozycji Odwołujący Budimex podniósł, że Zamawiający w rozdziale X ust. 14 SIWZ określił sposób, w jaki wykonawca ma obliczyć cenę oferty. Zgodnie z treścią rozdziału X ust. 14 SIWZ, wykonawca przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego zobowiązany był zastosować metodę kalkulacji uproszczonej. W treści postanowienia Zamawiający określił w sposób szczegółowy zasady obliczania wartości kosztorysowych, a także odwołał się w tym zakresie do treści rozporządzenia Ministra Infrastruktury z 18 maja 2004 r. w sprawie określania metod i podstaw sporządzania

kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno - użytkowym. W SIWZ Zamawiający posługuje się pojęciami zdefiniowanymi w ww., w szczególności pojęciami takimi jak:

- 1) cena jednostkowa - należy przez to rozumieć sumę kosztów bezpośredniej robocizny, materiałów i pracy sprzętu oraz kosztów pośrednich i zysku, wyliczoną na jednostkę pomiarową robót podstawowych;
- 2) jednostkowe nakłady rzeczowe - należy przez to rozumieć nakłady rzeczowe robocizny, materiałów i sprzętu niezbędne do wykonania jednostki przedmiarowej roboty podstawowej.

Przy kalkulowaniu ceny jednostkowej, wykonawcy zobowiązani byli uwzględnić wszystkie elementy cenotwórcze, w szczególności:

- 1) wartość zużytych materiałów wraz z kosztami ich zakupów, magazynowania, ewentualnych ubytków i transportu;
- 2) wartość pracy sprzętu wraz z narzutami oraz kosztami jednorazowymi;
- 3) robociznę oraz wszelkie koszty z tym związane.

Odwołujący Budimex zwrócił uwagę, że w kosztorysie Mostostal Warszawa S.A. załączonym do oferty w kilkunastu pozycjach wykonawca ten wskazał cenę jednostkową równą 0 zł, w szczególności:

TABELA NR 3

GRUNTOWY POWIETRZNY WYMIENNIK CIEPŁA I INSTALACJE TRANZYTOWE WENTYLACJI	poz. 36 „Separacja i wzmocnienie warstw gruntu...”
GRUNTOWY POWIETRZNY WYMIENNIK CIEPŁA I INSTALACJE TRANZYTOWE WENTYLACJI	poz. 37 „Dostawa materiałów Dostawa piasku...”
GRUNTOWY POWIETRZNY WYMIENNIK CIEPŁA I INSTALACJE TRANZYTOWE WENTYLACJI	poz. 38 „Roboty ziemne ręczne...”
GRUNTOWY POWIETRZNY WYMIENNIK CIEPŁA I INSTALACJE TRANZYTOWE WENTYLACJI	poz. 39 „Zagęszczenie uprzednio rozplantowanego warstwami gruntu...”
GRUNTOWY POWIETRZNY WYMIENNIK CIEPŁA I INSTALACJE TRANZYTOWE WENTYLACJI	poz. 79 „Wykonanie zabezpieczenia otworów rewizyjnych...”
KANALIZACJA BUD ABC	poz. 1 „Wykopy liniowe o szerokości 0,8-2,5 m...”
KANALIZACJA BUD ABC	poz. 2 „Roboty ziemne wykonywane koparkami...”

KANALIZACJA BUD ABC	poz. 3 „Nakłady uzupełniające za każdy dalszy rozpoczęty 1 km odległości...”
KANALIZACJA BUD ABC	poz. 6 „Dostawa materiałów Dostawa piasku do wypełnienia wykopu...”
KANALIZACJA BUD ABC	poz. 38 „Wykonanie przejść P-POZ dla par rur palnych dn 110”
KANALIZACJA BUD ABC	poz. 39 „Wykonanie przejść P-POZ dla par rur palnych dn 32-50”
WENTYLACJA BUD ABC	poz. 221 „Montaż kanału elastycznego izolowanego dn 100”
WENTYLACJA BUD ABC	poz. 227 „Montaż kanału elastycznego izolowanego dn 100”
WENTYLACJA BUD ABC	poz. 233 „Montaż kanału elastycznego izolowanego dn 125”
WENTYLACJA BUD ABC	poz. 376 „Montaż kanału elastycznego izolowanego dn 100”
WENTYLACJA BUD ABC	poz. 427 „Montaż jednostek zewnętrznych i jednostek wewnętrznych...”
WENTYLACJA BUD DE	poz. 342 „Próby funkcjonowania oraz prace regulacyjno-pomiarowe...”
WENTYLACJA BUD DE	poz. 349 „Montaż jednostek zewnętrznych i jednostek wewnętrznych...”

Odwołujący Budimex stwierdził, że we wszystkich wskazanych powyżej pozycjach kosztorysowych Mostostal Warszawa S.A. określiła wartość poszczególnych pozycji na kwotę 0 zł. Zdaniem Odwołującego Budimex, takie działanie należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2018 r. poz. 419). Jak wskazał Odwołujący Budimex, zamawiający zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący Budimex podał ponadto, że ustawodawca w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zdefiniował pojęcie czynu nieuczciwej konkurencji - zgodnie z definicją legalną, za czyn nieuczciwej konkurencji należy uznać działanie sprzeczne z prawem lub dobrym obyczajem, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Jak zauważył Odwołujący Budimex, Mostostal Warszawa S.A. w szeregu pozycji wskazała, iż wykona te elementy przedmiotu zamówienia za cenę równą 0 zł. W ocenie Odwołującego Budimex, działanie takie może mieć na celu obniżenie ceny oferty na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ cena oferty w tym przypadku stanowi wyłącznie prognozę wynagrodzenia wykonawcy. Odwołujący Budimex zwrócił uwagę, że zgodnie z postanowieniami wzoru umowy, wynagrodzenie wykonawcy jest wynagrodzeniem kosztorysowym, które finalnie zostanie obliczone po wykonaniu robót budowlanych na podstawie obmiarów i stawek jednostkowych z kosztorysów ofertowych.

Zdaniem Odwołującego Budimex, zastosowanie przez Mostostal Warszawa S.A. ceny jednostkowej 0 zł w niektórych pozycjach może na etapie oceny ofert doprowadzić do wniosku, że cena oferty jest najkorzystniejsza, jednak na etapie realizacji przedmiotu umowy może doprowadzić do sytuacji, że wykonawca zawiąże wynagrodzenie poprzez zastosowaną w kosztorysie ofertowym manipulację cenową.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący podkreślił, że przejawem manipulacji cenowej nie jest tylko i wyłącznie przyjmowanie rażącej dysproporcji w stosunku do kosztu poszczególnych cen składowych oferty, ale za przejaw manipulacji cenowej należy uznać wszelkie znaczące i wskazujące na taki zamiar odstępstwa od prawidłowego kalkulowania cen bez powiązania ich z realnymi kosztami ich uzyskania. Odwołujący Budimex przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2017 r., sygn.. akt KIO 473/17.

Jak stwierdził Odwołujący Budimex, istotnym z punktu widzenia stanu faktycznego przedmiotowej sprawy jest fakt, że Mostostal Warszawa S.A. jest profesjonalistą i zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, zobowiązana jest do działania z należytą starannością właściwą dla rynku, na którym funkcjonuje. Odwołujący Budimex powołał się na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, tj. wyrok z dnia 3 grudnia 2015 r., sygn. akt KIO 2553/15, wyrok z dnia 18 stycznia 2013 r., sygn. akt KIO 7/13). Odwołujący Budimex podniósł, że działania wykonawców polegające na manipulowaniu cenami stanowią czyn nieuczciwej konkurencji zagrażający interesom innych wykonawców, co potwierdziła Izba w wyroku z dnia 26 września 2012 r., sygn. akt KIO 1934/12). Odwołujący Budimex zwrócił także uwagę na pogląd wyrażony przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 5 lutego 2018 r., w którym Izba wskazała, że „Okolicznością przesadzającą o naganności postępowania odwołującego w stopniu uzasadniającym zastosowanie powołanego przepisu jest więc „manipulowanie” proporcjami poszczególnych usług; a w konsekwencji ich ceną i w konsekwencji ceną oferty, aby otrzymać przedmiotowe zamówienie. Ponieważ takie działanie zagraża niewątpliwie interesom innych wykonawców, którzy prawidłowo skalkulowali ceny za poszczególne usługi, a więc zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego i znaleźli się w gorszej sytuacji podczas dokonywania oceny ich ofert, niewątpliwym jest, że działanie odwołującego utrudniło im dostęp do rynku, mimo zaoferowania wykonania usługi zgodnie z wymogami SIWZ” (sygn. akt KIO 132/17).

Odwołujący Budimex zwrócił uwagę na charakter wynagrodzenia oraz konsekwencje dla Zamawiającego, jakie może nieść za sobą działanie Mostostal Warszawa S.A. Odwołujący Budimex wskazał, że zgodnie z treścią § 8 ust. 5 wzoru umowy o roboty budowlane, wynagrodzenie wykonawcy za zrealizowane roboty budowlane będzie określone na podstawie rzeczywistej ilości wykonanych robót budowlanych określonych na podstawie obmiaru i ceny jednostkowej określonej w kosztorysie ofertowym. W ocenie Odwołującego Budimex, przy tak

ukształtowanym sposobie obliczania wynagrodzenia, manipulacja cenowa, której dopuścił się w swojej ofercie wykonawca Mostostal Warszawa S.A., może doprowadzić do sytuacji, że Zamawiający za zrealizowanie robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia będzie zobowiązany zapłacić znacząco wyższe wynagrodzenie. Odwołujący Budimex podkreślił, że takie działania wykonawców Krajowa Izba Odwoławcza uznała za czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący Budimex przywołał wyrok Izby z dnia 17 października 2016 r., sygn. akt KIO 1823/16).

Na wypadek, gdyby Izba nie uznała zarzutu dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji przez wykonawcę Mostostal Warszawa S.A. Odwołujący Budimex wskazał, że faktyczny brak wyceny zestawionych w tabeli 3 pozycji kosztorysowych powinien być potraktowany jako niezgodność oferty Mostostal Warszawa S.A. z SIWZ. Jak zaznaczył Odwołujący Budimex, wykonawca ten, mimo formalnego wymienienia pozycji, faktycznie nie wskazał miejsca, w którym realnie dokonano ich wyceny, co, w przekonaniu Odwołującego Budimex, świadczy o niezgodności z wymogiem rozdz. XII ust. 2 SIWZ (tj. wskazania miejsca wyceny pozycji).

Odwołujący Budimex wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu:
 - a) odrzucenia oferty Mostostal Warszawa S.A. w oparciu o podstawy faktyczne i prawne wskazane w odwołaniu;
 - b) dokonanie ponownego wyboru oferty Budimex S.A. jako najkorzystniejszej, uwzględniając ww. żądania Odwołującego, tj. odrzucenie oferty wykonawcy Mostostal Warszawa S.A.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Mostostal Warszawa S.A.

Sprawa o sygn. akt KIO 175/19:

W dniu 31 stycznia 2019 r. wykonawca Mostostal Warszawa S.A. (dalej: „Odwołujący Mostostal” lub „Mostostal Warszawa S.A.”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp działań i zaniechań Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego Mostostal, zaniechaniu

dokonania wyjaśnień treści oferty Odwołującego Mostostal, zaniechaniu dokonania wyboru oferty Odwołującego Mostostal jako najkorzystniejszej.

Odwołujący Mostostal zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego dokonania wyjaśnienia treści ofert złożonej przez Odwołującego Mostostal w celu rzetelnego zbadania oferty,
2. art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego jako rzekomo niezgodnej z postanowieniami SIWZ, przy czym rzeczona oferta nie zawiera w rzeczywistości żadnych uchybień mogących stanowić podstawę do jej odrzucenia,
3. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego Mostostal jako najkorzystniejszej.

Odwołujący Mostostal podniósł, że w trakcie postępowania Zamawiający wielokrotnie modyfikował zapisy SIWZ, jak i zmieniał samo ogłoszenie o zamówieniu. W konsekwencji, zmianie ulegał również przedmiar budowlany, w którym to Zamawiający bądź rozbijał wskazaną uprzednio pozycję kosztorysową na jednostkowe, pomniejsze pozycje składowe, jak i dodawał pozycje nowe, niewyszczególnione wcześniej w ramach odrębnej składowej przedmiaru.

Odwołujący Mostostal zwrócił też uwagę, że w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej Zamawiający stwierdził, iż oferta Odwołującego Mostostal została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp ze względu na to, że rzekomo nie odpowiadała ona treści SIWZ. Jako uzasadnienie powyższego Zamawiający wskazał, iż kosztorys ofertowy dołączony do oferty Odwołującego Mostostal zawierał braki określonych pozycji przedmiarowych, których nie można jakoby wycenić bazując na innych pozycjach kosztorysu.

Odwołujący Mostostal wskazał, że zgodnie z linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, dokument kosztorysu należy traktować jako element oferty, który pozwala na łatwiejsza kalkulację ceny, a nie kompletny wykaz czynności, które zostaną zrealizowane przez wykonawcę w przypadku uzyskania zamówienia. Odwołujący Mostostal przywołał wyrok Izby z dnia 9 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 175/15, w którym Izba stwierdziła: „Kosztorys ofertowy, niezależnie od tego, czy jest sporządzany w formie uproszczonej, czy też szczegółowej, nie może stanowić wystarczającej podstawy służącej ustaleniu zakresu prac, do których wykonania zobowiązuje się wykonawca składając ofertę. Przedmiar robót jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu budowlanego, czy STWiORB i pełniącym odmienną rolę niż wspomniane dokumenty. Istotą przedmiaru jest przedstawienie zakresu

niezbędnych do wykonania prac (ze wskazaniem jednostek przedmiarowych), co ma pomóc wykonawcom w oszacowaniu pracochłonności, a przede wszystkim kosztów wykonania ujętych w nim robót budowlanych. Przedmiar robót, a w konsekwencji także kosztorys sporządzony na jego podstawie, mają jedynie pomocnicze znaczenie w ustaleniu treści zobowiązania wykonawcy, bowiem ich głównym celem jest skalkulowanie ceny oferty, nie zaś zobrazowanie jej zakresu. Obowiązkiem wykonawcy jest realizacja umowy na podstawie dokumentacji projektowej, nie zaś kosztorysu sporządzonego w oparciu o jej fragment, bowiem to dokumentacja projektowa opisuje przedmiot zamówienia, a kosztorys co najwyżej opisuje wynagrodzenie za jego wykonanie, bądź podstawy ustalenia tego wynagrodzenia. Kosztorys nie może zastępować dokumentacji projektowej i być traktowany na równi z nią. Sprzeczności oferty z SIWZ należy upatrywać w takich sytuacjach, w których treść oświadczenia woli wykonawcy wyraża *expressis verbis* zamiar odstępstwa w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia od wymagań opisanych w dokumentacji projektowej, czego nie można zakładać wyłącznie na podstawie odmiennej od oczekiwanej przez zamawiającego konstrukcji kosztorysu ofertowego.”.

Odwołujący Mostostal wskazał, że powyższe ma o tyle istotne znaczenie, iż na gruncie analizowanego postępowania, ani w samej ofercie, ani też później, Odwołujący Mostostal w żaden sposób nie wskazywał, iż ma on zamiar wykonać zamówienie w sposób odmienny od tego opisanego przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej. Jednocześnie, podstawy takowego domniemania (zamiaru niezastosowania się przez wykonawcę do dokumentacji przetargowej) nie może stanowić, zdaniem Odwołującego Mostostal, nie przedstawienie przez wykonawcę w sposób rozdzielny określonych pozycji w kosztorysie. Ponadto, jak zaznaczył Odwołujący Mostostal, pomimo licznych zmian SIWZ w trakcie postępowania, Zamawiający nie dokonał żadnych modyfikacji w zakresie dokumentacji projektowej, na której bazował Odwołujący w trakcie przygotowywania oferty. Odwołujący zaznaczył przy tym, że oferta może zostać uznana za niezgodną z SIWZ przede wszystkim wtedy, gdy z jej treści wynika, że nie obejmuje swoim zakresem całości prac składających się na przedmiot zamówienia lub oferowany sposób czy termin wykonania tych prac nie odpowiada wymaganemu, co potwierdza wyrok KIO z dnia 18 grudnia 2015 r., sygn. akt KIO 2631/15. Odwołujący Mostostal zwrócił uwagę, że w tym samym wyroku Izba stwierdziła, że „Niezgodne z istotą zamówienia na roboty budowlane jest traktowanie poszczególnych cen jednostkowych w oderwaniu od całości, jakby poszczególne prace stanowiły niezależne elementy przedmiotu zamówienia, gdyż składają się one na uszeregowane w kolejności technologicznej wykonania zestawienie przewidywanych prac koniecznych dla zrealizowania obiektu lub obiektów budowlanych. Co do zasady pewnym zmianom ulec może jedynie zakres ilościowy poszczególnych prac i tu objawia się znaczenie cen jednostkowych, które pozwalają na ich rozliczenie na etapie

realizacji zamówienia.”. Odwołujący powołał także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1604/17, w którym Izba uznała, że „Nie można pomijać charakteru kosztorysu, jako dokumentu co do zasady natury kalkulacyjnej, postrzeganego w kategorii dokumentu służącego określeniu kosztów realizacji zadania, a nie opisowi elementów rzeczowo- ilościowych oraz jakościowych wymaganych do wykonania robót budowlanych. W tym zakresie kosztorys złożony przez wykonawcę nie może zastępować zasadniczych dokumentów, w tym przede wszystkim dokumentacji projektowej. O sprzeczności oferty z SIWZ można mówić tylko, gdy wykonawca w złożonej ofercie wprost wyrazi zamiar odstępstwa w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia od wymagań opisanych w dokumentacji projektowej, co nie może być utożsamiane z „przemilczeniem” lub pominięciem w kosztorysie pewnych pozycji, szczególnie, gdy zamawiający pierwotnie sam ich nie uwzględnił w kosztorysie ślepym i nie dokonał jego korekty, mimo zwrócenia uwagi na powyższe przez jednego z wykonawców.”.

Odwołujący Mostostal przyjął, że Krajowa Izba Odwoławcza wypracowała spójny i jednolity system definiowania dokumentu kosztorysu i plasowania go w ramach dokumentacji ofertowej jako dokumentu o charakterze pomocniczym. Odwołujący Mostostal zauważył ponadto, że Zamawiający, pomimo powzięcia ewidentnych wątpliwości co do niektórych elementów oferty Odwołującego, nie skorzystał z instytucji wyjaśnienia treści oferty przewidzianej w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak zauważył Odwołujący Mostostal, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych przez nich ofert. Odwołujący Mostostal wskazał, że zamawiający nie ma obowiązku dokonywania przedmiotowych wyjaśnień, lecz powinien pamiętać, iż to właśnie na nim ciąży obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Jak zaznaczył Odwołujący Mostostal, celem wyjaśnienia treści złożonej oferty jest uzyskanie dodatkowych informacji, co w przypadku wątpliwości, niejasności, co do treści złożonej oferty, pozwoli zamawiającemu dokonać należytego badania i ocen złożonej oferty. Uzyskane w ten sposób informacje nie mogą zmieniać treści oferty, a co za tym idzie, muszą się ograniczać wyłącznie do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w złożonej ofercie.

Odwołujący Mostostal stwierdził, że gdyby Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o wyjaśnienie wątpliwości powstałych w stosunku do określonych pozycji znajdujących się w dokumencie kosztorysu, Odwołujący Mostostal mógłby udzielić informacji, które jednoznacznie wskazywałyby na brak istnienia podstaw do dokonania odrzucenia jego oferty. W związku z powyższym, w przekonaniu Odwołującego Mostostal, nie można uznać, iż w Zamawiający wykazał się należyłą starannością w zakresie badania złożonych ofert.

Odwołujący Mostostal podniósł, że zaniechanie przez Zamawiającego wyjaśnienia treści oferty, jeżeli jest to konieczne w celu dokonania rzetelnego badania ofert, stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp. Pierwotne uprawnienie zamawiającego przeradza się bowiem w jego obowiązek w przypadku, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału danego wykonawcy.

Powyższe rozumowanie bazuje, jak zauważył Odwołujący Mostostal, na bardzo prostym acz oczywistym założeniu - skoro zamawiający ma wątpliwości dotyczące złożonej oferty, musi te wątpliwości wyjaśnić, w szczególności, gdy zamierza daną ofertę odrzucić. Tymczasem, jak podniósł Odwołujący Mostostal, Zamawiający zaniechał tego działania, co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący Mostostal zwrócił przy tym uwagę, że zgodnie z treścią pisma Zamawiającego z dnia 25 października 2018 r., w którym Zamawiający wskazał, że „dnia 22.10.2018 r. Komisja Przetargowa na podstawie danych przekazanych przez Inwestora Zastępczego postanowiła odrzucić oferty firm Mostostal Warszawa S.A. oraz Warbud S.A. w związku z brakiem wszystkich pozycji przedmiarowych w kosztorysie. Stanowisko Komisji Przetargowej w tym względzie nie było jednoznaczne (stosunek głosów 6 za odrzuceniem, 4 za wyjaśnieniem rozbieżności)”, kwestia istnienia istotnych wątpliwości w zakresie oferty złożonej przez Odwołującego Mostostal nie powinna budzić najmniejszych wątpliwości.

Odwołujący Mostostal stwierdził, że bazując na swojej wiedzy i bogatym doświadczeniu w zakresie stosowania ustawy Pzp w praktyce, identyfikuje wskazane powyżej poglądy wyrażone w tezach orzeczeń Izby, jako swoje. Odwołujący Mostostal podał, że mając na uwadze powyższe, jak i specyfikę samego zamówienia, Odwołujący nie mógł potraktować poszczególnych pozycji kosztorysu w sposób jednostkowy, w oderwaniu od innych elementów przedmiotu zamówienia.

Odwołujący Mostostal przedstawił wyjaśnienia w zakresie wskazanych przez Zamawiającego pozycji w kosztorysie, które to pozycje w konsekwencji doprowadziły do bezpodstawnego odrzucenia złożonej oferty.

Odwołujący Mostostal wyjaśnił, że w przypadku pozycji nr 311 w kosztorysie - Izolacja akustyczna z płyty z korka grub. 20 mm, jej wartość została ujęta w pozycji nr 350. Powyższe wynika z faktu, iż konieczność zastosowania izolacji akustycznej pod pokrywami kanałów wynikała z pierwotnej wersji dokumentacji (rys. K_F_01_R01, przekrój X-X), w związku z czym Odwołujący ujął wycenę danego elementu w pozycji nr 350 - Dostawa i montaż wszystkich łączników, kotew i trzpieni, traktując podkładki jako element łączący pokrywy kanałów z ich konstrukcją. Odwołujący Mostostal stwierdził, że wycena tej pozycji była dla Odwołującego

oczywista, ponieważ znane były wymiary kanału i możliwe było wyliczenie potrzebnej ilości materiału do izolacji. Bez uwzględnienia tej pozycji należyta realizacja projektu w tym zakresie byłaby niemożliwa.

W zakresie pozycji nr 1201 - Ściany Ś3 Odwołujący Mostostal podał, że: wykończenie aluminiowymi panelami 2 mm łukowymi akustycznymi pasywowanymi perforowanymi; na całą wysokość pomieszczenia na podkonstrukcji z izolacją akustyczną wraz z mocowaniem wg projektu i montażem (typ D1_1 detal rys. WN_D1) oraz pozycji nr 1211 - Ściany Ś2: wykończenie aluminiowymi panelami ściennymi 2mm pasywowanymi z perforacją i oświetleniem led; na całą wysokość pomieszczenia na podkonstrukcji wraz z mocowaniami wg projektu i montażem (typ D1_4 detal rys. WN_D3), Odwołujący Mostostal wskazał, że wartość obu pozycji, tj. nr 1201 oraz 1211 ujął łącznie w pozycji nr 1210. Również w zakresie tego działania Odwołujący Mostostal nie widzi podstaw do uznania go za niedopuszczalne, a tym bardziej za wpływające na skuteczność czy poprawność złożonej przez niego oferty. Odwołujący Mostostal stwierdził, że należy mieć na uwadze, iż Zamawiający nie dokonał zmiany ilości przedmiotowej zaktualizowanych przez niego pozycji łącznie, w stosunku do pozycji podstawowej (pierwotnej), dokonując *de facto* jedynie uszczegółowienia przedmiotowej pozycji dzieląc ją obmiarowo na trzy pozycje. Odwołujący Mostostal ujął wyceną pozycji 1201 oraz 1211 w pozycji przedmiarowej podstawowej nr 1210 ściany Ś2 wykończenie aluminiowymi panelami ściennymi (524,073 m²). Przedmiar wycenionej przez Odwołującego pozycji 1210 (524,073 m²) odpowiada sumie przedmiarów 3 nowych pozycji (1201-261,387 m², 1211-53,502 m²), przy czym przyjął on w wycenie taką samą cenę jednostkową dla wszystkich rodzajów materiałów. Odwołujący Mostostal zaznaczył, że podział analizowanej pozycji przez Zamawiającego nie zmienił wartości łącznej tej pozycji kosztorysu.

W zakresie pozycji nr 2484 - Warstwa odsączająca i gromadząca wodę - płyta odsączająca ze zintegrowaną funkcją drenażu, przeznaczona do systemów zazielenienia powierzchni płaskich oraz stromych z ekspandowanego polistyrolu oraz pozycji nr 2485 - Rozścielenie substratu mineralno-organicznego 30 cm, Odwołujący Mostostal wskazał, że rys. Aw_06_rewizja 2 określa warstwy dachu zielonego w obrębie amfiteatru oznaczonego jako Dz2, które zostały wycenione w dziale kosztorysowym „Dachy zielone Dz1, Dz2, Dn1, dach wieży widokowej. Odwołujący Mostostal zauważył, że Zamawiający w dniu 27 września 2018 r. dodał pozycje przedmiarowe w dziale STB 01.04, 01.05, 01.17, ST 01.00 Amfiteatr, obejmujące wykonanie dachu zielonego w obrębie amfiteatru, tj. Dz2. Biorąc pod uwagę powyższe, zdaniem Odwołującego Mostostal, pozycje 2484, 2485 można jednoznacznie wycenić bazując na pozycjach odpowiednio 1090 i 1070 działu „Dachy zielone Sz1, Dz2, Dn1, dach wieży widokowej, ponieważ obejmują one wykonanie takich samych warstw dachu.

Odnośnie wskazanej przez Zamawiającego pozycji nr 36 d.2.1, Odwołujący Mostostal wyjaśnił, że podstawę wartości wyceny separacji i wzmocnienia w tym zakresie stanowi katalog nakładów rzeczowych KNR 911-0202-0100 o treści „Separacja i wzmocnienie warstw gruntu geowłókninami układanymi sposobem ręcznym ZABEZPIECZENIE RUR W SZKLE PIANKOWYM”, odnoszący się do wykonania instalacji tranzytowych podposadzkowych wentylacji. Tym samym, w ocenie Odwołującego Mostostal, nie ulega wątpliwości, iż cena analizowanej pozycji winna być wyliczona na podstawie ceny jednostkowej pozycji 10 d.1.2 kosztorysu na wykonanie kanalizacji segmentu DE o wartości 9,28 zł. Obie z wymienionych powyżej pozycji opisują wykonanie tych samych czynności oraz zakładają wykorzystanie takich samych nakładów z tytułu robocizny sprzętu i materiałów. Ponadto, jak stwierdził Odwołujący Mostostal, Odwołujący planuje zakup materiału dla wykonania dla wszystkich przewidzianych do zabezpieczenia zakresów całościowo, bez podziału na instalacje. Odwołujący Mostostal zaznaczył, że z perspektywy dokonywania wyceny, nie ma żadnego znaczenia przeznaczenie zabezpieczanej instalacji, gdyż nie wpływa to na sposób wykonania zabezpieczenia, jak i użyte do tego celu materiały. Odwołujący Mostostal zauważył ponadto, że znajdujące się w tym kosztorysie pozycje nr 2 d.1.1. oraz nr 58 d.2.1., choć posiadają ten sam opis i podstawę wyceny, nie mogą stanowić źródła ceny jednostkowej dla pozycji nr 36 d.2.1, ponieważ zarówno instalacja drenażu, jak i instalacja kanalizacji sanitarnej, ze względu na średnice przewodów, różnią się znacząco od instalacji transferu wentylacji i tym samym, nie mogą być użyte przy ustaleniu ceny jednostkowej dla pozycji 36 d.2.1. Odwołujący Mostostal podał, że wskazana pozycja 10 d.1.2. odnosi się do instalacji, której średnice odpowiadają średnicom przewodów transferowych dla instalacji wentylacji (ujęto w tej pozycji fi 315mm). Jak wskazał Odwołujący Mostostal, użycie ceny jednostkowej z tej pozycji do ustalenia wartości pozycji 36 d.2.1 jest w pełni uzasadnione.

Odnośnie pozycji nr 37 d.2.1 - Dostawa materiałów Dostawa piasku do obsypki zabezpieczającej, Odwołujący Mostostal poinformował, że jej wartość powinna zostać jednoznacznie wyliczona przez Zamawiającego na podstawie ceny jednostkowej pozycji 5 d.1.1 tego kosztorysu na wykonanie gruntowego wymiennika ciepła. Odwołujący Mostostal zwrócił uwagę, że zarówno budowa samego wymiennika gruntowego, jak i instalacji przewodów transferowych podposadzkowej wentylacji, stanowią część tej samej instalacji. Odwołujący Mostostal wyjaśnił, że powietrze przepływa z czerpni, poprzez wymiennik gruntowy, który poprzez instalacje transferowe podposadzkowej wentylacji jest podłączony instalacją wewnętrzną wentylacji. Roboty przy realizacji gruntowego wymiennika ciepła i przewodów transferowych podposadzkowej instalacji wentylacji, będą wykonywane przy użyciu piasku pochodzącego z jednej dostawy i zastosowaniu ceny jednostkowej z pozycji 5 d.1.1., co z punktu widzenia realizatorskiego należy uznać za oczywiste.

Jak wskazał Odwołujący Mostostal, znajdujące się w tym kosztorysie pozycje nr 12 d.1,2, 60 d 2.1, 187 d 4.2 oraz 246 d 4.2, choć posiadają ten sam opis i podstawę wyceny, nie mogą stanowić źródła ceny jednostkowej. Pozycje nr 12 d.1.2 i 60 d 2.1. odnoszą się do instalacji kanalizacji sanitarnej, oraz deszczowej i ze względu na realizację opartą na innych podwykonawcach tych instalacji oraz na innych dostawach piasku realizowanych przez podwykonawcę instalacji sanitarnej i deszczowej, nie mogą zostać użyte do wyliczenia wartości pozycji 37 d.2.1. Pozycje 187 d 4.2 i 246 d 4.2 dotyczą instalacji z rur preizolowanych. Odwołujący Mostostal wyjaśnił, że sposób wykonywania tych instalacji, w tym także ich obsypywanie, różni się od wykonawstwa instalacji transferowej wentylacji. Ponadto, realizacja tych instalacji będzie oparta na innych podwykonawcach tych instalacji oraz na innych dostawach piasku realizowanych przez podwykonawcę instalacji z rur preizolowanych, realizowanych w innym terminie. Tym samym, wymienione pozycje kosztorysowe nie mogą być podstawą do wyliczenia wartości pozycji 37 d.2.1.

W zakresie pozycji nr 79 d.2.1 Odwołujący Mostostal zaznaczył, iż na rys 17.243_IS.WM.09_208.01.15 umieszczona została informacja o konieczności wykonania w każdej komorze otworu rewizyjnego 50x60 cm o klasie odporności ogniowej EIS120. Wykonanie otworów rewizyjnych 50x60 EIS 120 zostało również potwierdzone na rys. konstrukcji K_F_01_R01 Płyta fundamentowa. Odwołujący Mostostal zwrócił uwagę, że z przekroju 9-9 (rys. K_F_01_R01) przez kanał instalacyjny wynika, iż przekrycie komór należy wykonać wg detalu: „Przekrycie kanału wentylacyjnego”, na którym to widnieje informacja „dostosować otwory do zamówionego modelu kłapy wylazowej”. Zgodnie z powyższą informacją, jako zabezpieczenie otworów rewizyjnych przewidziano osadzenie kłap rewizyjnych, wylazowych (System PRO+ Przeciwpowarowa pokrywa włazu, Aluminium), które montowane są w płycie stopowej. Uwzględniając powyższe, Odwołujący Mostostal uznał za oczywiste, a w konsekwencji ujął wykonanie zabezpieczenia otworów rewizyjnych w pozycji nr 350 dotyczącej dostawy i montażu wszelkich łączników, kotew i trzpieni jako element dostaw materiałowych uwzględnionych w tej pozycji przedmiarowej.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący Mostostal stwierdził, że odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ należy uznać za niezgodne z ustawą Pzp. Co za tym idzie, w przekonaniu Odwołującego Mostostal, odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący Mostostal wniósł o:

- merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie,
- unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu odrzucenia oferty Odwołujący Mostostal,

- unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru oferty Budimex S.A,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i ceny ofert, a w jego następstwie nakazanie Zamawiającemu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołujący Mostostal.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Budimex S.A.

W toku postępowania strony i przystępujący podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Na posiedzeniu w dniu 18 lutego 2019 r. Zamawiający złożył oświadczenie, że uwzględni w całości zarzuty podniesione w odwołaniu złożonym przez Budimex S.A. Wykonawca Mostostal Warszawa S.A. zgłosił sprzeciw wobec ww. oświadczenia Zamawiającego.

Izba ustaliła, że w dniu 21 stycznia 2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Budimex S.A. Zamawiający stwierdził, że oferta Budimex S.A. spełnia wszystkie wymagania określone w ustawie Pzp oraz SIWZ. Ponadto, jak podał Zamawiający, oferta ta uzyskała najwyższą liczbę punktów zgodnie z formułą oceny ustaloną w pkt XIII SIWZ.

Jednocześnie Zamawiający poinformował o odrzuceniu ofert złożonych przez Warbud S.A. i Mostostal Warszawa S.A. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Uzasadniając odrzucenie oferty wykonawcy Mostostal Warszawa S.A. Zamawiający stwierdził, że kosztorys ofertowy dołączony do oferty zawiera brak następujących pozycji przedmiarowych, których nie można wycenić bazując na innych pozycjach kosztorysu:

Rozbudowa obiektu

- poz. 311 KNR 202-06-10-05-00 Izolacja akustyczna z płyty korka grubości 20 mm - brak pozycji,
- poz. 1201 Wycena własna Ściany Ś3: wykończenie aluminiowymi panelami 2mm łukowymi akustycznymi pasywowanymi perforowanymi; na całą wysokość pomieszczenia na podkonstrukcji z izolacją akustyczną wraz z mocowaniem wg projektu I montażem (typ D1_1 detal rys. WN_D1) - brak pozycji,

- poz. 1211 Wycena własna Ściany Ś2: wykończenie aluminiowymi panelami ściennymi 2mm pasywowanymi z perforacją i świetleniem LED, na całą wysokość pomieszczenia na podkonstrukcji wraz z mocowaniem wg projektu i montażem (typ D1_4 detal rys, WN_D3) - brak pozycji,
- poz. 2484 Wycena własna Warstwa odsączająca i gromadząca wodę - płyta odsączająca ze zintegrowaną funkcją drenażu, przeznaczona do systemów zazielenienia powierzchni płaskich oraz stromych z ekspandowanego polistyrolu - brak pozycji,
- poz. 2485 KNR 221-02-18-01-00 Rozścielenie substratu mineralno-organicznego 30cm - brak pozycji,

Gruntowny powietrzny wymiennik ciepła i instalacje tranzytowe wentylacji

- poz. 36 KNR 911-0202-0100 Seperacja i wzmocnienie warstw gruntu geowłókninami układanymi: sposobem ręcznym Zabezpieczenie rur w szkłe piankowym - brak wyceny pozycji,
- poz. 37 Dostawa materiałów dostawa piasku do obsypki zabezpieczającej - brak wyceny pozycji,
- poz. 79 Wycena indywidualna Wykonanie zabezpieczenia otworów rewizyjnych 500x600 EIS 120 w komorach powietrznych wentylatorowni - brak wyceny pozycji.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, w tym w szczególności treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, ofertę złożoną przez Mostostal Warszawa S.A., jak też stanowiska stron i uczestników postępowania odwoławczego zaprezentowane na piśmie oraz ustnie do protokołu, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że obaj Odwołujący się legitymują się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba przychyliła się do stanowiska, że Odwołujący Budimex byłby uprawniony do wniesienia środka ochrony prawnej w sytuacji, gdyby nastąpiło ponowne badanie i ocena ofert i wybór oferty Odwołującego Mostostal jako najkorzystniejszej. Taka czynność mogłaby podlegać zaskarżeniu przez Odwołującego Budimex, którego interes w uzyskaniu zamówienia niewątpliwie byłby zagrożony. W ocenie Izby, nie można jednak odebrać Odwołującemu Budimex prawa do kwestionowania nieprawidłowej czynności Zamawiającego, o której Odwołujący Budimex powziął wiedzę w dniu 21 stycznia 2019 r., nawet jeśli nie skutkowało ona negatywnymi konsekwencjami dla Odwołującego Budimex. Odwołujący Budimex, dążąc do utrzymania swojej pozycji w postępowaniu, był uprawniony do wniesienia odwołania wobec uchybień Zamawiającego w czynności dokonanej w dniu 21 stycznia 2019 r. W interesie Odwołującego

Budimex leży, aby Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty konkurenta, tj. Odwołującego Mostostal, wskazał wszystkie zaistniałe podstawy takiej decyzji. Należy mieć na uwadze, że przywrócenie oferty złożonej przez Odwołującego Mostostal do postępowania, odebrałoby Odwołującemu Budimex możliwość pozyskania przedmiotowego zamówienia.

Rozpoznając zarzuty podniesione przez obu Odwołujących się Izba wzięła pod uwagę przede wszystkim treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w której Zamawiający ustanowił jasne reguły ubiegania się przez wykonawców o zamówienie, oraz jego realizacji.

Izba zważyła, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie objętym zarzutami odwołań ma charakter kosztorysowy, o czym stanowi wprost §8 ust. 1 i 2 projektu umowy. Podstawę ustalenia wynagrodzenia będzie stanowił złożony przez wykonawcę kosztorys ofertowy (§8 ust. 4 projektu umowy). Dołączony do oferty kosztorys będzie stanowił podstawę do rozliczenia rzeczywistej ilości wykonanych robót na podstawie obmiaru wykonanych ilości robót i tym samym rzeczywistego wynagrodzenia określanego kosztorysem powykonawczym (§8 ust. 5 projektu umowy). Postanowienia projektu umowy w §2 pkt 5 statuują także obowiązek wykonawcy do dostarczenia Zamawiającemu w terminie 14 dni od dnia zawarcia umowy kosztorysu ofertowego w wersji szczegółowej, zgodnego z kosztorysem w wersji uproszczonej złożonym wraz z ofertą.

Izba miała także na uwadze, że Zamawiający szczegółowo określił sposób obliczenia ceny, stwierdzając w pkt XII ust. 2 SIWZ, że zakres robót, który jest podstawą do określenia cen jednostkowych, musi być zgodny z zakresami robót określonymi w przedmiarach robót, wyszczególnionych w załączniku do niniejszej SIWZ. Zamawiający zaznaczył przy tym, że kosztorysy ofertowe muszą być sporządzone zgodnie z przedmiarem robót. Zamawiający podał, że wykonawca nie może bez zgody Zamawiającego wprowadzać żadnych zmian do przedmiaru robót. Wykonawca nie może dopisywać i wykreślać pozycji z przedmiaru robót oraz zmieniać ilości robót wynikających wprost z przedmiaru. Zamawiający wskazał też, że jeżeli wykonawca roboty z danej pozycji przedmiarowej wyceni w innej pozycji, przy pozycji nie wycenionej należy wskazać pozycję, w której dane roboty zostały umieszczone (wycenione).

Izba stwierdziła, że przywołane powyżej postanowienia SIWZ wskazują na fakt, że kosztorys ofertowy odgrywał istotną rolę w przedmiotowym postępowaniu, stanowił nie tylko podstawę do kalkulacji ceny i wypłaty wynagrodzenia wykonawcy, ale określał także oferowany przedmiot zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba doszła do przekonania, że pominięcie przez Odwołującego Mostostal w kosztorysie ofertowym wskazanych przez Odwołującego Budimex

w odwołaniu pozycji i podpozycji przedmiarów robót musi skutkować stwierdzeniem niezgodności oferty z treścią SIWZ. Zamawiający, jak wskazano powyżej, dopuścił możliwość wyceny danej pozycji w innej, jednak wyraźnie zazaczył, że w takiej sytuacji przy pozycji nie wycenionej należy wskazać pozycję, w której dane roboty zostały umieszczone (wycenione). Tymczasem wskazań takich brak w ofercie Odwołującego Mostostal. Wobec powyższego, nieuprawnione byłoby poszukiwanie przez Zamawiającego miejsc, w których brakujące pozycje mogły zostać wycenione poprzez zwrócenie się do Odwołującego Mostostal o złożenie wyjaśnień czy też poprzez poprawienie treści oferty. Pominięcie poszczególnych pozycji czy podpozycji kosztorysu nie może zostać konwalidowane w toku ww. czynności, bowiem wyjaśnieniu bądź poprawieniu może podlegać treść oferty, której w skarżonym zakresie brak.

Podobna sytuacja zachodzi w stosunku do pozycji wycenionych przez Odwołującego Mostostal na 0 zł. Odwołujący Mostostal na rozprawie stwierdził, że wycena taka wynika z faktu, że dostawca, z którym współpracuje, zaoferował wykonanie usług w cenie urządzeń. W ocenie Izby, okoliczność taką należy zakwalifikować nie jako upust, a jako umieszczenie (wycenę) pozycji wycenionych na 0 zł w innych pozycjach, analogicznie do pozycji pominiętych w kosztorysie Odwołującego Mostostal. Powyższe znajduje uzasadnienie tym bardziej, że na 0 zł Odwołujący Mostostal wycenił pozycje obejmujące sam materiał bądź samą usługę (np. poz. 6 i 10 kosztorysu kanalizacja).

Analogiczną argumentację Izba przyjęła rozpoznając odwołanie wniesione przez Odwołującego Mostostal. Brak wskazanych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 21 stycznia 2019 r. pozycji w kosztorysie złożonym przez tego wykonawcę nie może być sanowany w toku wyjaśnień dotyczących treści oferty. Jak wskazano powyżej, Zamawiający ustanowił reguły przedmiotowego postępowania wymagając od wykonawców wskazania, w której pozycji została skalkulowana pozycja nie wyceniona. Nie stosując się do ram przedmiotowego postępowania Odwołujący Mostostal naraził się na ryzyko odrzucenia oferty. Podkreślić przy tym należy, że zgodnie z postanowieniami SIWZ i projektu umowy, kosztorys ofertowy miał być podstawą obliczenia wynagrodzenia i miał zawierać wszelkie dane. Pominięcie pozycji, bez wskazania miejsca jej wyceny, uniemożliwia dokonanie szczegółowej kalkulacji wynagrodzenia oraz zapłaty. Wnioskowane przez Odwołującego Mostostal umożliwienie wykonawcy złożenia wyjaśnień, a tym bardziej, dokonanie przez Zamawiającego samodzielnych wyliczeń kosztów poszczególnych pozycji w sposób zaproponowany przez Odwołującego Mostostal w odwołaniu, prowadziłyby do pewnej dowolności w wycenie pozycji. Owa dowolność, niedozwolona na etapie po upływie terminu składania ofert, wobec opisanych powyżej jednoznacznych wymagań Zamawiającego, stanowiłaby naruszenie podstawowych zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji (art. 7 ust. 1 ustawy Pzp).

Wobec powyższego, Izba nie stwierdziła zasadności zarzutów podniesionych przez Odwołującego Mostostal.

Z uwagi na potwierdzenie się podniesionego przez Odwołującego Budimex zarzutu niezgodności oferty złożonej przez Odwołującego Mostostal z treścią SIWZ również w zakresie wskazanym przez Odwołującego Budimex w odwołaniu, Izba nakazała Zamawiającemu dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert, i w jej wyniku dokonanie odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego Mostostal na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w oparciu o podstawy faktyczne wskazane powyżej. Jednocześnie, Izba nie dopatrzyła się przesłanek do stwierdzenia, że złożenie przez Odwołującego Mostostal oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co miałoby skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 2 i § 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 (Dz. U. z 2018 r., poz. 972), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący :

.....

.....