

WYROK
z dnia 20 września 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 września 2019 r. przez **Odwołującego – ERBUD Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie, ul. Franciszka Klimczaka 1 (02-797 Warszawa)

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej Ministerstwa Spraw Wewnętrznych i Administracji w Kielcach**, ul. Wojska Polskiego 51 (25-375 Kielce)

przy udziale

Wykonawcy – Firma Budowlana „Anna Bud” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Bilcza, ul. Bukowa 2B (26-026 Morawica) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

- 2 Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od Odwołującego – ERBUD S.A na rzecz Zamawiającego – SPZOZ MSWiA w Kielcach kwotę 3.600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

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 Kielcach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – SPZOK MSWiA w Kielcach na *budowę bloku operacyjnego wraz z oddziałami szpitalnymi oraz połączeni go łącznikiem z budynkiem Polikliniki SP ZOZ MSWiA w Kielcach przy ul. Wojska Polskiego 51 – część 4* (nr postępowania: 17/PN/2019), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28.06.2019 r., 2019/S 123-299348, wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez ANNA-BUD Sp. z o.o. z/s w Morawicy, Wykonawca ERBUD S.A z/s w Warszawie (dalej zwany Odwołującym) wniósł w dniu 4 września 2019r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1730/19).

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca Firma Budowlana ANNA-BUD Sp. z o.o. z/s w Bilczy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, a także art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 6 w zw. z art. 87 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez ANNA-BUD Sp. z o.o. w sytuacji, gdy:

- 1) treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
- 3) oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny,

a ponadto Zamawiający nie może poprawić w ofercie omyłek pisarskich innych niż oczywiste, omyłek rachunkowych innych niż oczywiste, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, innych omyłek polegających na niezgodności oferty z siwz, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty – co jednocześnie świadczy o przeprowadzeniu postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz wyborze oferty niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, czym naruszono art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie odrzucenie oferty ANNA-Bud Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 6 ustawy Pzp oraz uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

W dniu 27 sierpnia 2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą uznana została oferta FB ANNA-BUD Sp. z o.o., a oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji.

Zarzuty jakie podnosi dotyczą harmonogramu oraz kosztorysu ofertowego. Zgodnie z siwz – modyfikacją z dnia 17.07.2019 r. – w zakresie opisu sposobu obliczenia ceny Zamawiający wymagał, *aby udział ceny poszczególnych zakresów w ofercie Wykonawcy mieścił się w Granicach określonych jako procentowe udziały w łącznym koszcie inwestycji podane w Harmonogramie Ramowym Realizacji Inwestycji*, opublikowanym na stronie internetowej. Należało w harmonogramie podać procentowy udział w łącznym koszcie inwestycji (ofercie Wykonawcy). W poszczególnych wierszach „Zadań do wykonania” podano przedziały procentowe dla cen oferowanych za wykonanie poszczególnych zakresów robót.

Odstąpienie od wymagań opisanych w modyfikacji siwz stanowi o niezgodności treści oferty, która powinna prowadzić do jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp., a jej wybranie prowadzi do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Wartość wynagrodzenia miała być podana w kosztorysie ofertowym. Wprowadzenie procentowego ograniczenia wartości poszczególnych zakresów robót miało zabezpieczać przed ustaleniem nadmiernie wysokiego wynagrodzenia za czynności wykonywane w początkowej fazie budowy i niedoszacowaniu wynagrodzenia za czynności pozostające do wykonania na końcu procesu inwestycyjnego. Naruszenie tych reguł stanowi nie tylko o niezgodności oferty z siwz, ale również ma wypełniać znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

Nieprzestrzeganie zastrzeżonych wartości procentowych w harmonogramie dla poszczególnych zakresów prac prowadzi do możliwości zawyżenia wartości wynagrodzenia za ww. prace w celu uzyskania środków na finansowanie dalszych robót budowlanych (prefinansowania) oraz braku ekwiwalentności świadczeń wzajemnych stron umowy. Odstąpienie przy ocenie ofert od ustalonych zasad świadczy o braku równego podejścia do wykonawców i preferowania jednych nad innymi w sposób wpływający na konkurencyjność ofert.

Odwołujący pismem z dnia 21.08.2019 r. informował Zamawiającego o zauważonej wadze oferty, co nie spotkało się z reakcją Zamawiającego.

Odwołujący przywoła szereg tez prezentowanych w orzecznictwie KIO, jak i sądów powszechnych, dotyczących zarówno kwestii zgodności oferty z siwz, jak i stwierdzonych w różnych stanach faktycznych zachowań ocenianych, w kontekście czynu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący zakwestionował, jako nieprawidłowe poprawienie błędów w kosztorysach, co miało doprowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w związku z art. 87 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Zamawiający w toku badania ofert wystąpił do Konkurenta o wyjaśnienie kwestii dodania określonych pozycji lub/i skorygowania danych w pozycji „obmiar” kosztorysu 4.8 DROGI_MSWiA_obiekt_B w pozycji 3 ROBOTY DROGOWE, która zawiera szereg dodanych przez Wykonawcę pozycji od 3.1 ROBOTY PRZYGOTOWAWCZE do 3.5 ELEMENTY ULIC oraz podpozycji. W odpowiedzi Wykonawca przekonywał o zasadności poprawienia treści oferty, w oparciu o przepis dopuszczający korektę innej omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Dodatkowe wezwanie Zamawiającego o wyjaśnienie treści oferty dotyczyło braku pozycji i cen jednostkowych oraz wartości – poz. 3, 8 i 11 w kosztorysie 44.1.1 (Wzmocnienie zagospodarowania skarpy). W odpowiedzi Wykonawca wskazał na sposób poprawienia jego kosztorysu przez podstawienie w miejsce niewycenionych pozycji innych pozycji, które dotyczą jednak innych zakresów i przedmiotu robót. Odwołujący nie zgadza się z taką korektą treści oferty, gdyż zgodnie z siwz Zamawiający oczekiwał określenia w kosztorysie ceny jednostkowej dla każdej pozycji kosztorysowej określonej przedmiarem robót, przy czym każda cena jednostkowa musi zawierać wszystkie koszty niezbędne do poniesienia przez wykonawcę. Część pozycji opisana była nr KNR lub KNNR i brak ich wyceny oznacza, że wykonawca nie zobowiązał się do wykonania świadczenia opisanego w treści danego katalogu. Nie wykorzystała ona zatem określonej w katalogu technologii wykonania danych robót, nie użyła przewidzianych materiałów ani sprzętu, nie poświęciła określonej liczby godzin pracy określonej liczby pracowników, itp.

Przykładowo poz. 3 i poz. 2.6.1.2 kosztorysu 4.8 mają różny zakres. Podlegająca wycenie „Bariera drogowa ochronna z poprzeczką typu U-12, ocynkowana, malowana proszkowo kolor grafitowy” jest zabetonowana w ławie fundamentowej, a jej wysokość całkowita wraz z częścią zabetonowaną wynosi 1,5 m. Natomiast bariera U-12a osadzana jest na murze oporowym prefabrykowanym i zamocowana do ściany oporowej za pomocą kotew o dł. 20 cm. Nie można zatem przyjmować brakującej wyceny poz. 3 na podstawie wyceny poz. 2.6.1.2.

Podobny wniosek dotyczy brakującej wyceny pozycji 8 kosztorysu 4.1.1., dla której przyjęto wycenę z pozycji 274 opisanej nr KNR 2-51040204 *Ława betonowa pod odwodnienie liniowe – beton C12/15*. Przedmiotem wyceny w poz. 8 miał być zakres opisany katalogiem KNR 2-02 0201-01 *Ławy fundamentowe betonowe prostokątne szerokości do 0,6 m z zastosowaniem pompy do betonu*. Technologia, nakłady rzeczowej jak i zakres wykonania

każdej z ław są inne i nieporównywalne. Możliwe było dowolne kwalifikowanie innych pozycji aby uzyskać analogię do poz. nr 8, które to działanie narusza przepisy Ustawy Pzp.

W oparciu o identyczne uzasadnienie, sposób poprawienia pozycji 11 kosztorysu 4.1.1. również należy uznać za nieprawidłowy, chociaż tytuły pozycji wyglądały podobnie. Pozycja 11 była opisana nr KNR 2-310105-07 0105-08 i dotyczy świadczenia: „Podsypki cementowo-piaskowej z zagęszczeniem mechanicznym – 18 cm grubości warstwy po zagęszczeniu”, natomiast pozycja 7 (Zamawiający omyłkowo wskazał poz. 9) dotyczy nakładów opisanych KNR 2-31 0105-07 0105-08 i świadczenia: „Piasku z cementem z zagęszczeniem mechanicznym – 18 cm grubości warstwy po zagęszczeniu”. Wprawdzie oba świadczenia opisane zostały tym samym nr KNR, to inaczej został opisany zakres prac. Z dokumentacji projektowej wynikają różnice pomiędzy tymi pozycjami, gdyż w poz. 11 ujęta została podsypka cementowo-piaskowa ułożona na podbudowie z kruszywa pod nawierzchnię z płyt chodnikowych i stanowi warstwę wykończeniową. Pozycja 7 natomiast stanowi mieszaninę piasku z cementem wykorzystywanej jako pierwsza zgrubna warstwa ułożona bezpośrednio na gruncie pod kolejnymi elementami nawierzchni.

Ponieważ w ofercie nie wyceniono wszystkich pozycji kosztorysowych, oferta obarczona jest błędem w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp), gdyż nie jest możliwe obliczenie ceny, jako sumy jej pozycji kosztorysowych. Brak wyceny pozycji oznacza, iż Wykonawca odmawia wykonania świadczenia składającego się z opisanego nr KNR lub KNNR nakładu danych materiałów, robocizny i pracy sprzętu. Nie jest możliwe wykonanie nakładów w ramach innej pozycji rozliczeniowej.

Z ostrożności Odwołujący wskazał na naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez negocjowanie treści oferty i dokonanie zmiany oferty z naruszeniem art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Przyjmując sposób poprawienia ceny wskazany przez samego Wykonawcę doszło do zmiany treści oferty w sposób wskazany przez tego Wykonawcę, co wymagało wyceny od nowa kilku pozycji kosztorysu oraz wyjaśnienia zakresu świadczenia ujętego w pozostałych pozycjach. Brak prawidłowej wyceny poszczególnych pozycji kosztorysu nie ma charakteru omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający złożył na posiedzeniu, w piśmie z dnia 17 września 2019 r. odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie.

W odniesieniu do zarzutu niezgodności treści oferty wybranej z siwz oraz powiązaniem podstawą faktycznym zarzutem popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji (art. 89 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp) Zamawiający odwołał się do zapisów siwz, w tym projektu umowy. Zamawiający nie wymagał złożenia wraz z ofertą Harmonogramu

Ramowego Realizacji Inwestycji, co oznacza, iż nie stanowił on treści oferty. Zmianą do siwz z dnia 17.07.2019 r. Zamawiający nie ustanowił wymogu dołączenia do oferty Harmonogramu Ramowego Realizacji Inwestycji. Oznacza to, że brak harmonogramu, jak również ewentualne błędy w złożonym dokumencie nie mogły rodzić negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy. Harmonogram stanowił dokument o charakterze informacyjnym, przedkładany przez wykonawców fakultatywnie. Zamawiający nie mógł oceniać ofert pod względem spełnienia wymagań niewyrażonych w siwz, co również oznacza, iż nie można skutecznie podnosić zarzutu niezgodności treści oferty z siwz, tj. wymaganiami, które nie zostały wyartykułowane. Brak dokumentu, czy też złożenie dokumentu zawierającego błędy nie mogło prowadzić do odrzucenia oferty FB ANNA-BUD Sp. z o.o.

Zgodnie z zapisami wzoru umowy roboty realizowane będą na podstawie harmonogramu realizacji inwestycji budowlanej zatwierdzonego przez Zamawiającego (§2 ust. 1). *Harmonogram Ramowy* nie został ujęty w umowie, a o braku doniosłości tego dokumentu świadczą również zasady rozliczania i wypłaty wynagrodzenia opisane w § 14 projektu umowy, ustalające jako podstawę płatności faktycznie wykonane roboty.

Ponieważ Zamawiający nie sprecyzował pojęć „ceny poszczególnych zakresów” oraz „koszt inwestycji”, wykonawcy mogli różnie zrozumieć sposób wypełnienia załącznika opublikowanego na stronie Zamawiającego. Ilość kosztorysów, jakie należało przedłożyć nie odpowiada „zadaniom do wykonania”, wskazanym w *Harmonogramie Ramowym*, co wymagało odpowiedniego przypisania poszczególnych pozycji kosztorysowych do pozycji z tabeli. Brak szczegółowych zasad wypełnienia *Harmonogramu Ramowego* nie mógł prowadzić do odrzucenia oferty na podstawie interpretacji Odwołującego.

Wnioski, jakie przedstawił Odwołujący i dotyczące możliwości zawyżenia wynagrodzenia przez Wykonawcę w celu uzyskania finansowania dalszych robót nie mają oparcia w stanie faktycznym, gdyż część prac została wyceniona według niższych wartości, niż wskazane przez Zamawiającego (poz. 1.2, 1.4, - aż o 6,1%), 1.6 i 1.9. Ponadto kolejność prac nie pokrywa się z kolejnością pozycji zawartych w *Harmonogramie Ramowym*.

Odnosząc się natomiast do zarzutu dotyczącego poprawienia treści oferty wybranej (poz. 3,8 i 11) Zamawiający uznał, że brak wskazania cen jednostkowych dla pozycji kosztorysowych w kosztorysie 4.1.1 „Wzmocnienie i zagospodarowanie SKARPY” stanowił inną omyłkę, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Po konsultacji z projektantem Zamawiający ustalił, iż brakujące pozycje są tożsame z innymi wycenionymi w kosztorysie pozycjami i na tej podstawie skorygował treść oferty. Po dokonanej korekcie cena oferty zmieniła się o

0,0778% (22.187,92 zł). Po wprowadzonej zmianie zakres świadczenia i sposób jego realizacji nie uległ zmianie, co przesądza o nieistotności wprowadzonych zmian.

Bariera drogowa ochronna z poprzeczką U-12 stanowi wspólny element z barierą „U-12a biało czerwona przymocowana do ściany oporowej wys. 1,1 m”, wycenioną w poz. 2.6.1.2 w kosztorysie 4.8 „Drogi”. Łącznie obie bariery stanowią całość balustrady.

Ława fundamentowa, jako element wykonywany z betonu konstrukcyjnego nie określa technologii wykonania. Ponieważ opis robót był tożsamy Zamawiający przyjął stawkę wskazaną dla tożsamej ławy, tj. wykonanej z tego samego materiału, w takich samych szalunkach o tożsamym przeznaczeniu.

Zamawiający nie narzucał technologii wykonania robót, których zakres wynika z dokumentacji projektowej. Kosztorysy służyły do kalkulacji ceny, a opisy pozycji kosztorysowych nie odnosiły się do precyzji wykonania, co wynika ze specyfikacji (STWiORB). Poprawienie pozycji kosztorysowej nie ingerowało w treść oferty.

Wystąpienie do wykonawcy o złożenie wyjaśnień nie oznacza, iż Zamawiający prowadził niedopuszczalne negocjacje, a zatem zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp również nie znajduje uzasadnienia.

Przystępujący po stronie Zamawiającego Wykonawca – FB „ANNA-BUD” Sp. z o.o. odpierał zarzuty w piśmie procesowym z dnia 17.09.2019 r. oraz ustnie na rozprawie.

W odniesieniu do *Harmonogramu Ramowego* – dokumentu dodanego w trakcie trwania postępowania, wskazał na brak jego znaczenia dla rozliczenia prac. Obejmował on 3 grupy zadań ze wskazaniem przedziału ich wartości: zadanie 1 – przedział 97-99% wartości oferty; zadanie nr 2 – od 0,5% do 1 % wartości oferty; zadanie nr 3 – od 0,5% do 1 %. We wszystkich wskazanych zadaniach oferta Przystępującego mieści się w przedziałach ustalonych przez Zamawiającego i wynosi odpowiednio: dla zadania nr 1 – 98,66% wartości oferty; zadanie nr 2 – 0,53% wartości oferty; zadanie nr 3 – 0,82% wartości oferty. Pozycje, które odbiegają w zadaniu nr 1, mają uzasadnienie w realnych kosztach poszczególnych prac i ofertach podwykonawców. Są one nieznaczne i nie wskazują na prefinansowanie zamówienia, co sugeruje Odwołujący. Roboty budowlane realizowane są na różnych etapach inwestycji, a pozostałe wycenione nieznacznie drożej wykonywane są na końcu inwestycji lub na końcu danego etapu. Wykonawca nie mógł zaniżyć wartości prac, których wysokość podyktowana została wynagrodzeniem podwykonawców, jak również kosztami materiałów (stolarka okienna, okładziny ścian, posadzek, sufitów podwieszanych). Przerzucenie wyższych kosztów do innych pozycji *Harmonogramu Ramowego* w celu wyrównania pułapu procentowego, świadczyłoby o zaoferowaniu rażąco niskiej ceny, co

prowadziłoby do odrzucenia oferty. Drobne odstępstwa od przyjętych widełek mają zatem uzasadnienie, co nie powinno wpływać na ocenę oferty Przystępującego, w której wyceniono całość prac bez naruszania zasad uczciwej konkurencji.

Odnosząc się do podstawy zarzutu związanego z błędami kosztorysowymi Przystępujący zwrócił uwagę na znaczenie kosztorysów, jako dokumentu pomocnego dla kalkulacji ceny, a nie dokumentu opisującego czynności, które zostaną zrealizowane przez Wykonawcę. Dokument ten nie stanowi wystarczającej podstawy służącej ustaleniu zakresu prac. To dokumentacja projektowa opisuje przedmiot zamówienia i na jej podstawie będzie on wykonywany. Kosztorys natomiast wskazuje na sposób ustalenia wynagrodzenia należnego wykonawcy. Podobnie przedmiar robót, który jest opracowaniem wtórnym do projektu budowlanego, czy STWiOR, przedstawia zakres 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. Ma on zatem pomocniczy charakter w ustaleniu treści zobowiązania wykonawcy. Prowadzi to do wniosku, że zmiany w opisach pozycji kosztorysowych nie wpływają na zmianę zakresu prac. Przystępujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową, których wycenę zawarł w kosztorysach ofertowych. W jego ocenie możliwe było poprawienie omyłek, jakie zostały popełnione przy sporządzaniu kosztorysu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Pozycje, które według Odwołującego nie zostały wycenione faktycznie zostały wycenione w innych pozycjach, które wskazują analogiczne zestawienie materiałowe i nakłady pracy. Poszczególne pozycje mogą różnić się sposobem montażu czy technologią ich wykonania, co nie wpływa w żaden sposób na zmianę ceny wyjściowej – jednostkowej. Przystępujący w piśmie z dnia 23.08.2019 r. wyjaśniał, iż bariery drogowe ochronne z poprzeczką typu U12 i bariera U-12a wycenione zostały w tej samej stawce, na którą nie ma wpływu różna technologia mocowania (mocowanie do wykopu/mocowanie do ściany oporowej). Wykonawca wycenił ten sam materiał i roboczogodziny, a różnice dotyczące sposobu montażu nie miały wpływu, co potwierdza oferta podwykonawcy (METALPOL). W przypadku ławy fundamentowej betonowej została ona wyceniona w poz. 274 – ława betonowa pod odwodnienie liniowe – beton C 12/15. Podobieństwo zastosowanego materiału pozwala na analogiczną wycenę. Podsypka cementowo-piaskowa została wyceniona w pozycji 7 tego samego kosztorysu 4.1.1., a jej podstawą jest wspólny numer KNR 2-310105-07 105-08., taka sama ilość roboczogodzin, materiału i sprzętu. Przystępujący wycenił ten sam materiał, czyli piasek zmieszany z cementem w dokładnie tych samych proporcjach oraz o tej samej grubości warstwy. Technologia wykonania jest identyczna i nie ma znaczenia, czy warstwę wykonuje się na bezpośrednio na gruncie, czy na dalszych warstwach podbudowy.

Na posiedzeniu poprzedzającym otwarcie rozprawy strony i uczestnik podtrzymały stanowiska prezentowane w pismach procesowych.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanej czynności Zamawiającego, jaką było dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej. Oceny tej należało dokonać z uwzględnieniem sytuacji, jaka powstała na skutek czynności Zamawiającego polegającej na poprawieniu, jako omyłek - niewycenionych pozycji kosztorysu ofertowego oraz uznania oferty wybranej za zgodną z siwz. Konsekwencją czynności Zamawiającego, co do których Odwołujący podnosi zarzuty, jest pozbawienie Wykonawcy szans na uzyskanie zamówienia, co prowadziło do wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), oferty Przystępującego – FB ANNA-BUD Sp. z o.o., a także wyjaśnień i dokumentów złożonych w toku postępowania, Izba poniżej prezentuje ustalenia faktyczne stanowiące podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Pismem z dnia 17.07.2019 r. Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania do siwz dokonał modyfikacji postanowień pkt 15 siwz (Tom I) *Opis sposobu obliczenia ceny*, dodając w pkt 15.13 zapis o treści: *Zamawiający wymaga, aby udziały cen poszczególnych zakresów w ofercie Wykonawcy mieściły się w granicach określonych jako procentowe udziały w łącznym koszcie inwestycji, podane w HARMONOGRAMIE RAMOWYM REALIZACJI INWESTYCJI*, który to harmonogram Zamawiający opublikował na stronie internetowej. W harmonogramie ramowym realizacji inwestycji określone zostały procentowe udziały zadań do wykonania, ujętych w trzech punktach, z których w pkt 1 wskazanych zostało łącznie dziewięć pozycji. Procentowy udział w łącznym koszcie inwestycji (ofercie Wykonawcy) został ustalony przez Zamawiającego w przedziale: 97-99 (%) – dla zadania 1; 0,5-1,0 (%) – dla zadania nr 2 i dla zadania nr 3. Zamawiający określił również procentowy udział pozycji od 1.1 do 1.9. w zadaniu nr 1.

Zgodnie z pkt 14.5 siwz (Tom I) ofertę stanowi wypełniony formularz „Oferta” oraz niżej wymienione wypełnione dokumenty: 1) kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie przedmiarów robót (Formularze 2.1 Rozdział 2). Zgodnie z pkt 15.2 i 15.3 siwz cena wyliczona miała być w oparciu o kosztorys ofertowy, sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w kosztorysie. Wykonawca określić miał ceny jednostkowe netto oraz wartość netto dla wszystkich pozycji wymienionych w kosztorysie ofertowym. Wykonawca wybrany, w trakcie podpisywania umowy złoży, jako załącznik do umowy kosztorysy szczegółowe z wyszczególnieniem zastosowanych narzutów, stawki robocizny, cen materiałów i urządzeń, które będą tożsame co do kwot jednostkowych i ceny ogólnej, podanej w ofercie. Brak załączonych kosztorysów szczegółowych do umowy będzie traktowany, jako uchylenie się wybranego wykonawcy od podpisania umowy. W pkt 15.4 wskazano na obowiązek wykonawcy określenia ceny jednostkowej netto oraz wartość netto elementów robót wymienionych w kosztorysie ofertowym, wartość netto wykonania całości zamówienia, a także wartość podatku VAT i wartość brutto, która stanowić będzie cenę ofertową zamówienia wpisywaną do Formularza Oferty.

W ofercie FB ANNA-BUD Sp. z o.o. Wykonawca w formularzu 2.1 – zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia za łączną cenę brutto 35 044 803,64 zł, na którą to kwotę złożyły się ceny jednostkowe – łączne wartości kosztorysowe z poszczególnych kosztorysów szczegółowych (tj. 13-tu kosztorysów załączonych do oferty).

Pismem z dnia 22.08.2019 r. Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 Ustawy wezwał do wyjaśnienia przedstawionych wraz z ofertą kosztorysów, w których Wykonawca FB ANNA-BUD Sp. z o.o. pominął pozycje i nie podał cen jednostkowych i wartości – kosztorysu 4.1.1 „Wzmocnienie i zagospodarowanie SKARPY”: poz. 3, 8 i 11.

W wyjaśnieniach z dnia 23.08.2019 r. Wykonawca FB ANNA-BUD Sp. z o.o. wskazał na fakt wycenienia wszystkich pozycji kosztorysowych niezbędnych do wycenienia przedmiotu zamówienia. W odniesieniu do pozycji 3 (bariera drogowa ochronna z poprzeczką typu U12, ocynkowana, malowana proszkowo kolor grafitowy) odesłał do wyceny prezentowanej w poz. 2.6.1.2 kosztorysu 4.8 Roboty Drogowe (bariera U12a biało-czerwona przymocowana do ściany oporowej wysokości nad ścianę 1,1 m). Pozycja 8 (Ławy fundamentowe betonowe, prostokątne szerokości do 0,6 m z zastosowaniem pompy do betonu) z uwagi na brak w dokumentacji projektowej ław fundamentowych w zakresie wykonania skarp, Wykonawca wycenił występującą w przedmiarze ławę pod odwodnienie liniowe – beton C12/15 znajdującą się w dziale „Dojazd do garażu” pod poz. 274. Wycena pozycji 11 (podsypka cementowo-piaskowa z zagęszczeniem mechanicznym – 18 cm grubości warstwy po zagęszczeniu) została natomiast wskazana jako wyceniona w poz. 7.

W dniu 23.08.2019 r. Zamawiający poinformował Wykonawcę o omyłkach, które poprawił odpowiednio na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2 i 3 Ustawy, w tym o skreśleniu pozycji od 3.1. do 3.5 w kosztorysie ofertowym 4.8 „Drogi MSWiA obiekt B”. Następnie w dniu 27.08.2019 r. Zamawiający poprawił na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy omyłki, tj. ilości w pozycjach 274 (kosztorys 4.1), poz. 7 (kosztorys 4.1.1) oraz poz. 2.6.1.2 (kosztorys 4.8), o ilość obmiarową z pozycji niewycenionych, przyjmując ceny jednostkowe podane w pozycjach skorygowanych. Jednocześnie Zamawiający uwzględnił konsekwencje matematyczne, jakie wynikały z przeliczenia dodatkowych ilości dla kwot wskazanych w Formularzu Ofertowym.

W oparciu o poczynione ustalenia Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W sprawie zasadniczym stało się odniesienie do czynności związanych z oceną oferty wybranej – Wykonawcy FB ANNA-BUD Sp. z o.o., co do której treści Odwołujący zgłaszał zarzut niezgodności z treścią siwz oraz czynu nieuczciwej konkurencji. Na skutek działań Zamawiającego miało dojść do nieuprawnionej korekty kosztorysów szczegółowych, jak również przyjęcia oferty naruszającej ustalone na etapie modyfikacji siwz procentowe progi udziału poszczególnych zadań w koszcie inwestycji.

Na wstępie koniecznym stało się odniesienie do znaczenia zapisów *Harmonogramu Ramowego* dla treści oferty, której zgodność z zapisami tego dokumentu stanowiła przedmiot zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 Ustawy. Zamawiający niewątpliwie skutecznie wprowadził jako treść siwz wymóg zachowania odpowiedniego stosunku wartości poszczególnych prac do ceny oferty, należało jednak rozważyć, czy odstępstwa w tym zakresie mogły prowadzić do wniosku, że oferta nie odpowiada treści siwz. Treść *Harmonogramu Ramowego* w żaden sposób nie wpływała na ustalenie zakresu świadczenia ujętego w poszczególnych zadaniach, jak również nie stanowiła podstawy wyceny kosztów i ustalenia ceny ofertowej. Zgodnie bowiem z pkt 14.5 siwz podstawą wyliczenia ceny oferty były przedmiary robót opisujące zakres robót, dla których ceny jednostkowe wyliczane były metodą kalkulacji uproszczonej. Można zatem uznać, iż *Harmonogram Ramowy* nie służył ustaleniu ani zakresu wycenionych prac, jak również ceny oferty. Miał on wyłącznie na celu zapewnienie, aby udział wartości poszczególnych zadań nie prowadził do np. prefinansowania zamówienia poprzez przerzucenie nadmiernych kosztów na wcześniejsze etapy robót i uzyskania w ten sposób finansowania dalszych prac. Wskazywał na to sam Odwołujący w treści odwołania opisując mechanizm prefinansowania, który prowadzić miał do zaburzenia procesu rozliczenia świadczeń. Analizując zatem zasadność zarzutów Izba miała na względzie znaczenie, jakie nadał Zamawiający *Harmonogramowi Ramowemu*.

W odniesieniu do wskazanej przez Odwołującego niezgodności treści oferty z siwz, tj. wyliczonej na podstawie kosztorysów szczegółowych wartości netto prac i jej procentowego udziału w łącznym koszcie oferty FB ANNA-BUD Sp. z o.o., Izba uznała iż rozbieżność dotycząca siedmiu kosztorysów, nie odnosiła się do zasadniczej treści oferty. Zamawiający w siwz nie wymagał dołączenia zestawienia prezentującego udział procentowy poszczególnych rodzajów robót w całości zamówienia, jak również nie sprecyzował, czy i w jaki sposób zamierza weryfikować te informacje w toku badania i oceny ofert. Zgodnie z pkt 14.5 siwz (Tom I) treścią oferty był kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie przedmiarów robót, co do zgodności, z którym Odwołujący nie miał zastrzeżeń. Z uwagi na przyjęty sposób rozliczenia prac i ustalenia wysokości wynagrodzenia w oparciu o rzeczywisty obmiar wykonanych prac, sprawdzanie procentowego udziału poszczególnych zadań w koszcie inwestycji nie miało znaczenia w postępowaniu, gdyż jak przyznał sam Odwołujący, wysokość wynagrodzenia może znacząco odbiegać od kalkulacji przygotowanej na potrzeby złożenia oferty. Tym samym przekonujące było stanowisko Zamawiającego, iż weryfikacja oferty, w tym zakresie na etapie badania i oceny ofert, nie miała faktycznie znaczenia, co dodatkowo wzmacniał argument braku żądania przedłożenia wraz z ofertą zestawienia przygotowanego przez wykonawcę i pozwalającego jednoznacznie ustalić udział procentowy danych prac w całości zadania.

Ocena zgodności oferty z siwz powinna mieć na celu ustalenie, czy oferta spełnia wymagania Zamawiającego, w tym przede wszystkim uwzględnia pełen zakres prac opisanych w dokumentacji projektowej. Wskazany przez Zamawiającego udział procentowy poszczególnych zadań stanowił element opisu sposobu obliczenia ceny, nie wpływający na merytoryczną zawartość oferty, tj. zakres wycenionych prac. Odwołujący nie kwestionował realności kalkulacji, w szczególności nie wykazał, aby poszczególne kosztorysy odbiegały od założeń wynikających z dokumentacji projektowej lub były sztucznie zawyżane/zaniżane w celu uzyskania prefinansowania zamówienia na początkowym etapie prac. W ocenie Izby zgodność oferty z *Harmonogramem Ramowym* miała dla tego zamówienia wtórne znaczenie, gdyż wycena kosztów inwestycji nie była prowadzona na podstawie tego dokumentu. To pozycje kosztorysowe determinowały sposób kalkulacji ceny ofertowej, a te nie były kwestionowane przez Odwołującego. Tym samym niewielkie odchylenia od zakresów wskazanych przez Zamawiającego – bez możliwości zidentyfikowania konkretnych robót, które wykraczały poza widełki nie wpływały na ocenę oferty wybranej. Ponownie należy podkreślić, iż zakres świadczenia, jak i podstawa na której sporządzany miał być kosztorys ofertowy, wynikała z przedmiarów robót. W ocenie Izby *Harmonogram Ramowy* nie mógł rzutować na ocenę zgodności merytorycznej oferty z siwz, tj. zasadniczymi dokumentami określającymi zakres i sposób realizacji zamówienia. Zamawiający nie może

ingerować w założenia cenowe wykonawcy stąd *Harmonogram Ramowy*, miał jedynie pomocnicze znaczenie, jako zabezpieczenie przed niepożądanym zjawiskiem sztucznego przerzucania kosztów pomiędzy danymi etapami prac.

Wywodzony z tej samej podstawy faktycznej zarzut popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji również nie został wykazany. W szczególności nie doszło do uprzywilejowania Wykonawcy, czego wyrazem miało być uzyskanie prefinansowania zamówienia. Wykazany poziom różnic zaprzecza tezom formułowanym w odwołaniu, nie tylko z tej przyczyny, iż nie jest możliwe określenie jednoznacznie, które z zadań miałyby prowadzić do takiego skutku (np. roboty budowlane mogą występować na każdym etapie prac i nie są przypisane do etapu początkowego inwestycji). Również wyliczona rozbieżność „w górę” od 0,02% do 3,1 % nie wskazuje na działanie mające na celu zawyżenie wartości części prac. Podobnie rozbieżność „w dół” na poziomie od 0,26% do 6,1% nie uzasadnia zarzutu. Ponownie należy zauważyć, iż rzeczywisty udział prac w koszcie inwestycji zostanie ustalony dopiero na etapie rozliczanie wykonanych robót.

Ostatni z zarzutów dotyczył czynności poprawienia kosztorysu szczegółowego nr 4.1.1. „Wzmocnienie i zagospodarowanie SKARPY” na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Ustawy, w związku z brakującą wyceną trzech pozycji kosztorysowych. Odwołujący na rozprawie wyjaśnił, iż przedmiotem zarzutu nie jest korekta dokonana w treści oferty FB ANNA-BUD Sp. z o.o. i polegająca na wykreśleniu części dodanych pozycji kosztorysowych.

W toku rozprawy, w tym uwzględniając wyjaśnienia składane wcześniej przez Wykonawcę Zamawiającemu, potwierdziła się możliwość skorygowania oświadczenia woli Wykonawcy dotkniętego niewielkimi błędami, które nie wpływały na przyjęte w wycenie kosztorysowej stawki jednostkowe. Odwołujący nie przeprowadził wystarczającego dowodu, który pozwoliłby zaprzeczyć twierdzeniom Zamawiającego i Przystępującego, iż wycena brakujących pozycji była możliwa na podstawie założeń dotyczących innych pozycji, zbieżnych rzeczowo z pozycjami pominiętymi. Odwołujący wprawdzie skupił się na wyjaśnieniu różnic w technologii wykonania podobnych prac objętych różnymi pozycjami kosztorysowymi, to jednak nie zmieniało to stanu rzeczy, w którym niezależnie od sposobu wykonania, przedmiot wyceny we wskazanych pozycjach był analogiczny (balustrada, ława fundamentowa, podsypka). Ponieważ wykonawcy składali szczegółowe kosztorysy możliwe było skorygowanie ceny oferty dokonując samej korekty ilości obmiarowej przedmiotu wycenionego w innych kosztorysach (pozycjach).

Należy również zauważyć, iż kosztorysy szczegółowe miały wyłącznie na celu ustalenie podstawy kalkulacji ceny ofertowej i nie przesądzały w sposób ostateczny o sposobie realizacji prac. Zgodnie z pkt 15.3 siwz (Tom I) dopiero wykonawca wybrany w trakcie

podpisywania umowy zobowiązany będzie załączyć kosztorysy szczegółowe z wyszczególnieniem zastosowanych narzutów, stawki robocizny, cen materiałów i urządzeń. Na etapie kalkulacji ceny oferty Zamawiający dopuścił kalkulację uproszczoną, która nie wyklucza jej uzupełnienia na etapie opracowania kosztorysu szczegółowego.

Istotne znaczenie w tej sprawie miało wykazanie, iż cena jednostkowa przyjęta dla skorygowania treści formularza oferty (poprzez zmianę wyceny kosztorysowej) nie mogła odnosić się do pozycji omyłkowo pominiętych. W ocenie Izby, Odwołujący tego nie wykazał. Ponieważ materiał stanowiący przedmiot wyceny uwzględniony był również przy okazji innych robót (nawet odbiegających co do metody wykonania), Zamawiający mógł w oparciu o treść oferty ustalić założenia kosztowe Wykonawcy. Wyjaśnienia przedstawione na rozprawie rozwiewały ewentualne wątpliwości. W szczególności kwestia bariery drogowej ochronnej U12, która stanowi element całości zabezpieczenia pasa drogi, choć montowana w różny sposób na poszczególnych odcinkach, stanowi ten sam przedmiot, jak wyceniony w poz. 2.6.1.2 kosztorysu 4.8 „Drogi”. Podobnie, w przypadku ławy fundamentowej, czy też podsypki cementowo-piaskowej, wycena materiału zawarta była w innych pozycjach kosztorysów. Odwołujący nie wykazał, aby przyjęte stawki jednostkowe uniemożliwiły wykonanie pozycji pominiętych. Tym samym Izba uznała, iż korekta dokonana w ofercie wybranej nie wpływa istotnie na zakres świadczenia, tym bardziej iż nie spowodowała ona zwiększenia ceny oferty.

W związku z powyższym odwołanie oddalone zostało w całości na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 20.000,00 zł. oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: