

**WYROK**  
**z dnia 14 października 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Monika Kawa-Ogorzałek</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Katarzyna Brzeska</b>
	<b>Przemysław Dzierżęcki</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Klaudia Ceyrowska</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 października 2019r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Polimex-Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez **Powiat Pruszkowski**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego
- B. wykonawcy **STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz nakazuje ponowną ocenę i badanie ofert.

2. kosztami postępowania obciąża w części 1/2 Zamawiającego i w 1/2 wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie zgłaszającego sprzeciw i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 17 460 zł (siedemnaście tysięcy czterysta sześćdziesiąt złotych) poniesioną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 8 730 zł (osiem tysięcy siedemset trzydzieści złotych);

2.3. zasądza od wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie na rzecz Odwołującego kwotę 8 730 zł (osiem tysięcy siedemset trzydzieści złotych).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Powiat Pruszkowski – prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2018r., poz. 1986 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego pn. „*Budowa Specjalnego Ośrodka Szkolno-Wychowawczego Pruszków ul. Wapienna*”.

Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 czerwca 2019 r. pod numerem 2019/S 115-281308.

W dniu 27 września 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Polimex Mostostal S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Polimex Infrastruktura Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wnieśli odwołanie wobec wyboru oferty wykonawcy Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie (dalej: „Przystępujący” lub „Strabag”) jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag, mimo że jest ona niezgodna z SIWZ, jak również zawiera ona błędy w obliczeniu ceny, w zakresie w szczególności dotyczącym:

a) zaoferowania zasilacza awaryjnego UPS o nieprawidłowych parametrach technicznych;

b) zaoferowania baterii kondensatora o parametrach technicznych niezgodnych z wymogami Zamawiającego;

c) zaniżenia ilości betonu przeznaczonego na fundamenty dla Etapu I zamówienia w stosunku do ilości wynikającej z dokumentacji projektowej zadania;

d) zaniżenia ilości zbrojenia konstrukcji żelbetowej na wykonanie zbrojenia dla Etapu I i II zamówienia w stosunku do ilości wynikającej z dokumentacji projektowej zadania;

e) braku uwzględnienia wymaganej przez SIWZ izolacji na rurociągach ciepła technologicznego dla rurociągów w instalacjach ciepła technologicznego o połączeniach spawanych o średnicy nominalnej 50, 65, 80 i 100 mm;

f) braku uwzględnienia wymaganego w SIWZ rozwiązania w postaci wykonania izolacji przeciwwodnej pod płytą fundamentową oraz na ścianach fundamentowych piwnic dla warstwy PG1 oraz SF1 z zastosowaniem mat bentonitowych mocowanych mechanicznie wraz z uszczelnieniami;

g) braku uwzględnienia wymaganego w SIWZ wykonania dodatkowej warstwy gładzi gipsowej na ścianach tynkowanych;

h) braku uwzględnienia wymaganego w SIWZ wykonania gładzi na sufitach tynkowanych niewykończonych sufitem podwieszanym;

i) braku uwzględnienia wymaganego w SIWZ wykonania tynkowania pod sufitami podwieszanymi;

j) uwzględnienia kwoty za realizację zamówienia w roku 2019 w wysokości przekraczającej górny limit finansowania inwestycji w roku 2019;

k) zaniżenia wymaganej dokumentacją projektową liczby baterii natryskowych;

l) braku uwzględnienia wymaganego dokumentacją projektową oraz przepisami obowiązującego prawa zabezpieczenia wykopu podczas realizacji Etapu I zamówienia;

m) braku uwzględnienia wymaganego w SIWZ wykonania skarpy oraz zejścia do obszaru hipoterapii/dogoterapii;

n) zaniżenia ilości podkonstrukcji pod centrale wentylacyjne w stosunku do ilości wynikającej z SIWZ;

o) braku uwzględnienia zrzutu wody z odwodnienia wykopu w Etapie I zamówienia.

2) art. 87 ust. 1 w zw. z art. 82 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Strabag do złożenia wyjaśnień odnośnie sposobu wykonania przez tego wykonawcę zamówienia zgodnie z zakresem przewidzianym SIWZ i zgodnie z dostarczoną przez Zamawiającego dokumentacją projektową, przy zastosowaniu ilości materiałów/asortymentów wskazanych w ofercie Strabag - zaniżonych w stosunku do wymaganych zgodnie z treścią SIWZ (w tym określonych w dokumentacji projektowej), w zakresie dotyczącym:

a) ilości betonu przeznaczonego na fundamenty dla Etapu I zamówienia;

b) ilości zbrojenia konstrukcji żelbetowej na wykonanie zbrojenia dla Etapu I i II zamówienia;

c) wykonania tynkowania pod sufitami podwieszanymi;

d) liczby baterii natryskowych przewidzianych w Etapie I i II zamówienia;

e) ilości podkonstrukcji pod centrale wentylacyjne;

f) zrzutu wody z odwodnienia wykopu w Etapie I zamówienia,

mimo że wskazanie przez Strabag w ofercie istotnie zaniżonych ilości/wartości dla tych materiałów/asortymentów względem ilości wynikających z SIWZ winno było wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do zgodności oferty z treścią SIWZ, a także prawdziwości złożonych w ofercie oświadczeń odnośnie zrealizowania zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego, za zaoferowaną cenę;

3) art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Strabag do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących wyliczenia zaoferowanych istotnych części składowych ceny łącznej za wykonanie zamówienia w zakresie dotyczącym:

a) ilości betonu przeznaczonego na fundamenty dla Etapu I zamówienia;

b) ilości zbrojenia konstrukcji żelbetowej na wykonanie zbrojenia dla Etapu I i II zamówienia;

c) wykonania tynkowania pod sufitami podwieszanymi;

d) liczby baterii natryskowych przewidzianych w Etapie I i II zamówienia;

e) ilości podkonstrukcji pod centrale wentylacyjne;

f) zrzutu wody z odwodnienia wykopu w Etapie I zamówienia;

a w konsekwencji również wyjaśnień i dowodów dotyczących ceny łącznej zaoferowanej przez Strabag za wykonanie przedmiotu zamówienia, mimo że Zamawiający winien był powziąć wątpliwości co do sposobu skalkulowania ceny oferty i jej istotnych części składowych, uwzględnienia wszystkich elementów cenotwórczych oferty oraz sposobu pokrycia kosztów wykonania ww. elementów w ilościach przewidzianych SIWZ;

4) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag, podczas gdy cena oferty i jej istotnych części składowych w zakresie:

a) ilości betonu przeznaczonego na fundamenty dla Etapu I zamówienia;

b) ilości zbrojenia konstrukcji żelbetowej na wykonanie zbrojenia dla Etapu I i II zamówienia;

c) wykonania tynkowania pod sufitami podwieszanymi;

d) liczby baterii natryskowych przewidzianych w Etapie I i II zamówienia;

e) ilości podkonstrukcji pod centrale wentylacyjne;

f) zrzutu wody z odwodnienia wykopu w Etapie I zamówienia;

jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia;

5) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2019r., poz. 1010; dalej: „u.z.n.k”) w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag, który zaniżył przyjęte w ofercie ilości dla poszczególnych elementów niezbędnych do realizacji zamówienia w stosunku do wartości wynikających z SIWZ, w zakresie w szczególności dotyczącym:

a) zaniżenia ilości betonu przeznaczonego na fundamenty dla Etapu I zamówienia;

b) zaniżenia ilości zbrojenia konstrukcji żelbetowej na wykonanie zbrojenia dla Etapu I i II zamówienia;

c) braku uwzględnienia w ofercie wymaganego w SIWZ wykonania dodatkowej warstwy gładzi gipsowej na ścianach tynkowanych;

d) braku uwzględnienia w ofercie wymaganego w SIWZ wykonania gładzi na sufitach tynkowanych niewykończonych sufitem podwieszanym;

e) braku uwzględnienia w ofercie wymaganego w SIWZ wykonania tynkowania pod sufitami podwieszanymi;

f) zaniżenia wymaganej dokumentacją projektową liczby baterii natryskowych;  
g) zaniżenia ilości podkonstrukcji pod centrale wentylacyjne;  
h) braku uwzględnienia w ofercie zrzutu wody z odwodnienia wykopu w Etapie I zamówienia.

6) ewentualnie: art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, mimo że Zamawiający dopuścił do faktycznej nieporównywalności ofert, uniemożliwiającej prawidłowe wyłonienie oferty najkorzystniejszej;

a w konsekwencji naruszenie również:

7) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez uznanie oferty Strabag za ofertę najkorzystniejszą, podczas gdy w rzeczywistości oferta ta nie jest najkorzystniejszą;

8) art. 7 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy Strabag, wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W oparciu o tak postawione zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty Strabag jako najkorzystniejszej;

- przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert;

- odrzucenia oferty Strabag;

- w przypadku uwzględnienia zarzutu nr 2 i nr 3 wezwania wykonawcy Strabag do złożenia na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wyjaśnień odnośnie treści złożonej oferty w zakresie zakładanego przez Strabag sposobu realizacji zamówienia przy zastosowaniu ilości materiałów/asortymentów wskazanych w ofercie Strabag, w zakresie dotyczącym:

a) ilości betonu przeznaczonego na fundamenty dla Etapu I zamówienia;

b) ilości zbrojenia konstrukcji żelbetowej na wykonanie zbrojenia dla Etapu I i II zamówienia;

c) wykonania tynkowania pod sufitami podwieszanymi;

d) liczby baterii natryskowych przewidzianych w Etapie I i II zamówienia;

e) ilości podkonstrukcji pod centrale wentylacyjne;

f) zrzutu wody z odwodnienia wykopu w Etapie I zamówienia;

- złożenia na podstawie art. 90 ust. 1 Pzp wyjaśnień i dowodów odnośnie zaoferowanych przez STRABAG istotnych części składowych ceny łącznej za wykonanie zamówienia w zakresie dotyczącym:

a) ilości betonu przeznaczonego na fundamenty dla Etapu I zamówienia;

b) ilości zbrojenia konstrukcji żelbetowej na wykonanie zbrojenia dla Etapu I i II zamówienia;

c) wykonania tynkowania pod sufitami podwieszanymi;

d) liczby baterii natryskowych przewidzianych w Etapie I i II zamówienia;

- e) ilości podkonstrukcji pod centrale wentylacyjne;
  - f) zrzutu wody z odwodnienia wykopu w Etapie I zamówienia;
- a w konsekwencji również wyjaśnień i dowodów dotyczących ceny łącznej zaoferowanej przez Strabag za wykonanie przedmiotu zamówienia;
- w przypadku uwzględnienia zarzutu nr 6 nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania;

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że zamówienie realizowane będzie w tzw. formule „buduj”, a zatem w oparciu o przygotowaną i dostarczoną przez Zamawiającego wraz z SIWZ dokumentację projektową. Zamawiający w SIWZ, w tym w dostarczonej dokumentacji projektowej, określił zakres robót wymaganych do pełnej realizacji zamówienia (obiektu):

- pkt 2.3 SIWZ (str. 3): „Szczegółowy zakres robót będący przedmiotem zamówienia określa dokumentacja projektowa budowlana i wykonawcza, Specyfikacje Techniczne i Odbioru Robót oraz pozostałe załączniki do SIWZ”.

- pkt 2.5 SIWZ (str. 6): „Szczegółowy zakres robót budowlanych i instalacyjnych będących przedmiotem zamówienia określa dokumentacja projektowa budowlana i wykonawcza, Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót stanowiące załączniki do SIWZ oraz pozostałe załączniki do SIWZ.”

- § 4 ust. 1 Umowy: „Do obowiązków Wykonawcy należy wykonanie przedmiotu umowy zgodnie z zasadami wiedzy technicznej oraz przekazaną przez Zamawiającego dokumentacją projektową.

- pkt. 13.1 SIWZ (str. 30): „W formularzu ofertowym Wykonawca poda cenę brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia. Zamawiający przewiduje wynagrodzenie ryczałtowe (vide § 6 projektu umowy). Cena oferty podana w formularzu ofertowym powinna być zgodna z ceną całkowitą wynikająca z podsumowania kosztów w harmonogramie rzeczowo-finansowym oraz kosztorysie ofertowym.”

- pkt 13.2 SIWZ (str. 31): „(...) Wykonawca w kosztorysie ofertowym określi ceny jednostkowe na wszystkie prace związane z przedmiotowym zamówieniem wraz z materiałem” (...) „Celem złożenia kosztorysu ofertowego jest ocena sposobu kalkulacji ceny i zgodności zakresu robót z dokumentacją techniczną co do technologii i wykonania”.

Odwołujący podniósł, mając na uwadze przytoczone wyżej postanowienia SIWZ, że kosztorys składany wraz z ofertą jest wiążącym oświadczeniem wykonawcy, który powinien uwzględnić w nim pełen zakres robót wymaganych w dokumentacji projektowej, tak rodzajowo, jak i ilościowo, a w przypadku pominięcia w kosztorysie wymaganych pozycji stwierdzić należy oczywistą niezgodność oferty z treścią SIWZ, a tym samym zakłócenie przeprowadzenia



postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zakresie:

1. zasilacza awaryjnego UPS, Odwołujący wskazał, że zgodnie z dokumentacją projektową, w szczególności Projektem wykonawczym TOM VI (Projekt branży elektrycznej) oraz przedstawionym w nim rys. E-PW-15 pn. „Schemat strukturalnego zasilania”, do realizacji przedmiotowego zamówienia niezbędne jest zastosowanie zasilacza awaryjnego UPS. W ww. Projekcie wykonawczym TOM VI, w dziale „Uwagi końcowe” (str. 14) przewidziano moc zasilacza - 5 kVA. W udostępnionym natomiast wraz z dokumentacją projektową przedmiarze branży elektrycznej dla Etapu I w poz. 125 d.4.5 (str. 11) wskazano moc zasilacza - 4 kVA. W związku z tym zostało do Zamawiającego skierowane pytanie o potwierdzenie prawidłowej wartości mocy zasilacza UPS, jaka winna zostać przewidziana w ofercie przez wykonawców. Zamawiający w odpowiedzi na zadane pytanie jednoznacznie i ostatecznie określił, że wymagany zasilacz UPS winien charakteryzować się mocą 5 kVA (vide: pytanie nr 13 lp. 1 z dnia 4 lipca 2019 r. oraz odpowiedź Zamawiającego z 17 lipca 2019 r.). Odwołujący podniósł, że zgodnie z pkt 9.15 SIWZ: „W przypadku rozbieżności pomiędzy treścią niniejszej SIWZ, a treścią udzielonych odpowiedzi jako obowiązującą należy przyjąć treść pisma zawierającego późniejsze oświadczenie Zamawiającego.” W związku z tym Odwołujący stwierdził, że wykonawcy zobowiązani byli przyjąć, że mocą zasilacza UPS, jaką winni byli uwzględnić na potrzeby sporządzenia (i wyceny) oferty jest moc wskazana przez Zamawiającego w odpowiedzi z 17 lipca 2019 r., tj. 5 kVA. Tymczasem Strabag w załączonym do oferty kosztorysie, w poz. 4.5.30 na str. 10 wskazał, że zaoferował (a w konsekwencji wycenił) wykonanie zasilacza awaryjnego o mocy 4 kVA.

2. Baterii kondensatorów - Odwołujący wskazał, że w Projekcie wykonawczym TOM VI (Projekt branży elektrycznej), w dziale „Uwagi końcowe” (str. 14) Zamawiający podał, że „przyjęto baterię kondensatorów o mocy 100 kVar”. Tożsamą wartość wskazano również w sporządzonym przez Zamawiającego przedmiarze branży elektrycznej w poz. 124 d.4.5 (str. 11). Pytaniem z 4 lipca 2019 r. jeden z wykonawców zwrócił się do Zamawiającego o sprecyzowanie parametrów technicznych wymaganej baterii kondensatorów, z uwagi na podanie przez Zamawiającego tylko mocy całej baterii kondensatorów (pytanie nr 13 ppkt 2). Zamawiający w odpowiedzi z dnia 17 lipca 2019 r. określił ostatecznie, że szczegółowe parametry baterii kondensatorów są następujące: Bateria 150/5 kVar z dławikami. Odwołujący podniósł, że Strabag w załączonym do oferty kosztorysie, w poz. 4.5.20 na str. 10 wskazał, że zaoferował (a w konsekwencji wycenił) wykonanie baterii kondensatora o mocy 100 kVar (bez dławików).

3. Zaniżenie ilości betonu przeznaczonego na fundamenty dla Etapu I zamówienia -  
Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt. 2.3 lit. a SIWZ, realizację inwestycji podzielono na 2 następujące po sobie etapy (Etap I i Etap II). W ramach Etapu I przewidziano m.in. wykonanie: przygotowania terenu pod rozpoczęcie budowy, budowy budynku Specjalnego Ośrodka Szkolno-Wychowawczego (jego części dydaktycznej wraz z salą sportową (budynek-etap I) wraz z umeblowaniem i wyposażeniem pomieszczeń), budowy nowej infrastruktury technicznej (przyłącza, sieci, instalacje, utwardzone ciągi pieszo-jezdne, chodniki, miejsca parkingowe, drogi pożarowe) oraz wykonanie części zagospodarowania terenu (budowa boiska, bieżni ze skocznią w dal, placu zabaw, miejsca na urządzenia rekreacyjne, ogrodzenia, urządzenie terenów zielonych z nasadzeniami, pozostałe utwardzenia, mała architektura oraz teren do prowadzenia zajęć dogoterapii i hipoterapii). W związku z powyższym zakresem robót w ramach prac przewidzianych w Etapie I niezbędne jest wykonanie fundamentów konstrukcji, które wykonać należy na podstawie rysunków projektu wykonawczego: pkt 1.3 (str. 1) „SST-01 - Konstrukcje betonowe i żelbetowe. Szczegółowa Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych”, pkt 4.1 „Fundamenty” (str. 3) części opisowej Projektu wykonawczego dla branży konstrukcyjnej:

„Fundamenty zaprojektowano jako płyty żelbetowe grubości 700 mm dla sali gimnastycznej i części podpiwniczonej oraz 400 mm dla części niepodpiwniczonej. Posadowione na głębokości odpowiednio - 4.690m i - 0.650m poniżej poziomu terenu. Beton C30/37 W8. Stal zbrojeniowa A-IIIIN (B500SP) Pod fundamentami projektuje się warstwę podbetonu z betonu C8/10 gr. 10cm.

1. Projekt fundamentów rozpatrywać łącznie z opinią geotechniczną.
2. W przypadku występowania poniżej poziomu posadowienie gruntów warstwy geotechnicznej I (humus) grunty te należy wymienić do poziomu warstwy nośnej Nośność podłoża po wymianie powinna wynosić 0.25 MPa.
3. Fundamenty wykonać na warstwie chudego betonu C8/10 gr. 10cm, nie dopuścić do nawodnienia gruntu w wykopach.
4. Roboty ziemne wykonać pod nadzorem Geologa, łącznie ze sprawdzeniem nośności gruntu bezpośrednio w wykopie. Zgodność warunków gruntowych potwierdzić wpisem do dziennika budowy.
5. Pod biegi schodowe osadzić startery zgodnie z rysunkami: K0002, K0003.  
Rzut fundamentów przedstawiono na rys. K0001.  
Fundamenty wykonać na podstawie rysunków projektu wykonawczego.”

Zdaniem Odwołującego, na potrzeby przygotowania i wyceny oferty, każdy z wykonawców winien był – na podstawie udostępnionej przez Zamawiającego części rysunkowej Projektu wykonawczego branży konstrukcyjnej (zwłaszcza rysunku nr K0001 „Rzut fundamentów”) – prawidłowo obliczyć ilość (objętość) betonu, jaka potrzebna będzie do

zgodnego z dokumentacją projektową i sztuką budowlaną wykonania fundamentów konstrukcji w Etapie I. W ocenie Odwołującego dokumentacja projektowa i przeprowadzenie na jej podstawie stosownych obliczeń matematycznych prowadzi do wniosku, że minimalna ilość (objętość) betonu, jaka winna zostać uwzględniona przez wykonawców dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia w Etapie I, wynosi ok. 1.715 m<sup>3</sup> (+/- 3-5%). Jak wynika z poz. 2.20 „Fundamenty” (str. 1) kosztorysu złożonego wraz z ofertą, Strabag przewidział na potrzeby wykonania fundamentów dla Etapu I jedynie 875 m<sup>3</sup> betonu, a zatem jedynie ok. 51% minimalnej ilości wymaganej przez Zamawiającego na podstawie projektu wykonawczego, potrzebnej do należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Odwołujący zaznaczył, że objętość betonu przewidziana przez pozostałych wykonawców była zgodna z powyższymi kalkulacjami opartymi na rysunkach projektu wykonawczego, co winno było co najmniej wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do prawidłowości treści oferty Strabag.

Odwołujący stwierdził, że powyższe braki ilościowe należy zakwalifikować jako merytoryczną niezgodność treści oferty z wymaganiem SIWZ, a także jako błąd w obliczeniu ceny tego wykonawcy. Skoro bowiem Zamawiający wymagał wyceny całego zadania, to brak ujęcia wymaganych ilości betonu na fundamenty dla zrealizowania Etapu I zamówienia powoduje błąd w obliczeniu ceny zaoferowanej w kosztorysie (cena za ww. element została wyliczona w oparciu o nieprawidłowo przyjęty wskaźnik ilościowy). Taki błąd nie podlega poprawieniu w dozwolonych prawem zamówień publicznych trybach. Ponadto, zdaniem Odwołującego powyższego wnioskowania nie zmienia przyjęcie przez Zamawiającego modelu rozliczenia w trybie ryczałtowym ani zasada rozłożenia ryzyka niedoszacowania ilości wpływająca z charakteru rozliczenia. Prawdą jest, że w systemie wynagrodzenia ryczałtowego to na wykonawcy spoczywać będzie ryzyko zaniżonej ilości danego asortymentu robót w stosunku do koniecznej wedle dokumentacji. Niedoszacowanie ilości objęte tzw. ryzykiem kontraktowym dla ryczałtu nie dotyczy, jednakże sytuacji, w której już na etapie ofertowania wykonawca świadomie zaniża ilości, podając je niezgodnie z wymaganiami dokumentacji projektowej.

Odwołujący stwierdził także, że powyższe działanie Strabag należy zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji. Podkreślił, że sposób kalkulacji poszczególnych pozycji i asortymentów prac i robót bezpośrednio przekłada się na cenę poddawaną ocenie. Oznacza to, że osiągnięcie najlepszej ceny opiera się na cenach jednostkowych i przyjętych przez niego ilościach prac, materiałów wycenianych. Istotne zniżenie ilości wymaga zdecydowanie wyjaśnienia (czego Zamawiający zaniechał), gdyż w przypadku braku merytorycznego uzasadnienia i udowodnienia zasadności zastosowanych ilości, zachowanie wykonawcy musiałoby zostać zakwalifikowane jako czyn nieuczciwej konkurencji polegający na tym, że poprzez nieuzasadnione zmniejszenie ilości poszczególnych pozycji kosztorysowych doprowadził do uzyskania niższej ceny, która w ocenie obiektywnej nie jest ceną

konkurencyjnie najkorzystniejszą. Jest to bowiem działanie sprzeczne z prawem i dobrymi obyczajami, które zagraża zarówno interesom Zamawiającego, jak i Odwołującego czy pozostałych wykonawców (art. 3 ust. 1 u.z.n.k).

4. Zaniżenie ilości zbrojenia konstrukcji żelbetowej - Odwołujący wskazał, że dla zrealizowania robót budowlanych objętych zamówieniem niezbędne jest wykonanie w obu etapach inwestycji elementów żelbetowych-zbrojeniowych (pkt 3 oraz pkt 4 (str. 3-5) części opisowej Projektu wykonawczego dla branży konstrukcyjnej, pkt 1.3 (str. 1) „SST- 01 - Konstrukcje betonowe i żelbetowe. Szczegółowa Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych”). Tym samym każdy z wykonawców winien był obliczyć ilość zbrojenia konstrukcji żelbetowej, jaka potrzebna będzie do zgodnego z dokumentacją projektową i sztuką budowlaną wykonania zamówienia w obydwu etapach. Podstawę dla wykonania takich obliczeń stanowiła udostępniona przez Zamawiającego dokumentacja projektowa – część rysunkowa Projektu wykonawczego branży konstrukcyjnej, w której na poszczególnych rysunkach zamieszczone zostały wykazy stali zbrojeniowej, z których należało odczytać masę całkowitą niezbędną do zastosowania stali zbrojeniowej, stanowiącą sumę wartości (tonaży) podanych w tabelach zamieszczonych w poszczególnych rysunkach.

Zdaniem Odwołującego obliczenia na podstawie dokumentacji projektowej prowadzą do wniosku, że minimalna ilość zbrojenia konstrukcji żelbetowej, jaka winna zostać uwzględniona przez wykonawców dla prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, wynosi 383.753,17 kg (383,75 ton). Tymczasem Strabag, w pozycjach sekcji „Konstrukcja Etap I” (str. 1): poz.: 2.30, 2.50, 3.20, 5.20, 6.20, 7.20, 8.20, 9.20 oraz w pozycjach sekcji „Konstrukcja Etap II” (str. 13) złożonego kosztorysu: poz.: 2.30, 3.20, 5.20, 6.20, 7.20, poz. 8.20 łącznie przewidział (i wycenił) zastosowanie jedynie 265,29 ton materiału na realizację zakresu zbrojenia dla Etapu I i II, a zatem o 118,46 ton (ok. 31%) mniej niż wynika to z przedłożonej przez Zamawiającego dokumentacji projektowej.

Odwołujący podał, że zaniżenie ilości materiału na realizację zakresu zbrojenia należy uznać za merytoryczną niezgodność treści oferty z wymaganiem SIWZ, jak również za (niepodlegający poprawie) błąd w obliczeniu ceny. Przywołał również argumentację dotyczącą ryczałtowego charakteru wynagrodzenia oraz czynu nieuczciwej konkurencji, przedstawioną w odniesieniu do zaniżenia ilości betonu przeznaczonego na fundamenty.

5. Brak uwzględnienia izolacji na rurociągach ciepła technologicznego - Odwołujący wskazał, że w pkt. 10.2 (str. 24-25) części opisowej (Opis techniczny instalacji wewnętrznych) Projektu wykonawczego branży sanitarnej określono m.in. wymogi związane z zastosowaniem ciepła technologicznego, w tym w szczególności wymóg zastosowania izolacji na rurociągach ciepła technologicznego otulinami z pianki polietylenowej, o grubości wg rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. - w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie. Odwołujący wskazał, że zgodnie z

powyższymi przepisami, dla przewodów (rurociągów) każdej średnicy niezbędne jest zastosowanie dostosowanej grubości minimalnej izolacji cieplnej. Odwołujący wyjaśnił, że Strabag przewidział wykonanie następujących rurociągów ciepła technologicznego:

–Rurociągi w instalacjach c.t. o połączeniach spawanych o śr. nom. 40 (poz. 2.5.80 kosztorysu - str. 7);

–Rurociągi w instalacjach c.t. o połączeniach spawanych o śr. nom. 50 (poz. 2.5.90 kosztorysu - str. 7);

–Rurociągi w instalacjach c.t. o połączeniach spawanych o śr. nom. 65 (poz. 2.5.100 kosztorysu - str. 7);

–Rurociągi w instalacjach c.t. o połączeniach spawanych o śr. nom. 80 (poz. 2.5.110 kosztorysu - str. 7);

–Rurociągi w instalacjach c.t. o połączeniach spawanych o śr. nom. 100 (poz. 2.5.120 kosztorysu - str. 7);

Zdaniem Odwołującego, z przedłożonego przez Strabag kosztorysu ofertowego jednocześnie wynika, że przewidział (i wycenił) wyłącznie izolację dla rurociągów z poz. 2.5.80 (poz. 2.5.130 kosztorysu), natomiast nie przewidział izolacji dla pozostałych rurociągów, mimo obowiązku przewidzianego w tym zakresie w przywołanych wyżej punktach SIWZ oraz przepisach obowiązującego rozporządzenia Ministra Infrastruktury. Ponadto, zdaniem Odwołującego nie można przyjąć, że ewentualne „brakujące” izolacje zostały uwzględnione i wycenione:

–w poz. 2.5.130 kosztorysu STRABAG – gdyż wskazana długość izolacji (135 m) odpowiada wyłącznie długości rurociągów z poz. 2.5.80 (135 m), natomiast nie uwzględnia długości pozostałych typów rurociągów z poz. 2.5.90-2.5.120 kosztorysu;

–łącznie z poszczególnymi rurociągami w poz. 2.5.90-2.5.120 kosztorysu – czemu przeczy zarówno opis tych pozycji (niewskazujący na uwzględnienie izolacji) oraz wyodrębnienie przez STRABAG izolacji dla rurociągu o śr. nom. 40 w oddzielnej pozycji kosztorysu.

6. Brak uwzględnienia izolacji płyt fundamentowych oraz ścian fundamentowych w postaci mat bentonitowych – Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z udostępnionym przez Zamawiającego Projektem wykonawczym branży architektonicznej i zamieszczonym w nim rysunku „A-PW-07 Przekrój BB, CC”, dla warstwy PG1 oraz SF1 pod płytą fundamentową oraz na ścianach fundamentowych piwnic, należy wykonać izolację przeciwwodną w postaci mat bentonitowych mocowanych mechanicznie wraz z uszczelnieniami. Odwołujący podniósł, że z analizy kosztorysu Strabag wynika, że w ofercie nie przewidział on, a w konsekwencji nie wycenił, zastosowania ww. obligatoryjnego rozwiązania wykonania izolacji przeciwwodnej, w

konsekwencji czego oferta w przedmiotowym zakresie pozostaje niezgodna z dokumentacją projektową (dokumentacją techniczną) przedłożoną przez Zamawiającego.

7. Brak uwzględnienia wykonania gładzi na ścianach tynkowanych - Odwołujący wskazał, że w pkt. 9.1 (str. 25-26) Projektu wykonawczego branży architektonicznej, dotyczącego opisu wymogów w zakresie wykończenia ścian wewnętrznych, wskazano, że obowiązkiem wykonawcy jest wykończenie wszystkich ścian wewnętrznych dodatkową warstwą gładzi gipsowej przed przystąpieniem do malowania.

Zdaniem Odwołującego, z analizy kosztorysu Strabag wynika, że w ofercie nie przewidziano (a w konsekwencji nie wyceniono) zastosowania ww. rozwiązania w postaci wykonania dodatkowej warstwy gładzi gipsowej (poz. 1.1 „Ściany” sekcji „Architektura Etap 1” – str. 1 kosztorysu STRABAG), zaś oferta STRABAG w przedmiotowym zakresie pozostaje zatem niezgodna z ww. wymaganiami przewidzianymi przez Zamawiającego.

Odwołujący dodał, że dla opisywanej nieprawidłowości analogiczne zastosowanie ma przedstawiona wcześniej argumentacja dotycząca czynu nieuczciwej konkurencji.

8. Brak uwzględnienia wykonania gładzi na sufitach tynkowanych niewykończonych sufitem podwieszanym - Odwołujący wskazał, że w pkt 24.1 (str. 53) Projektu wykonawczego branży architektonicznej przewidziano obowiązek zrealizowania przez wykonawcę dodatkowego wykończenia stropów w pomieszczeniach, w których nie są montowane sufity podwieszane: poprzez zastosowanie gładzi gipsowej wraz z podwójnym malowaniem farbami lateksowymi. Zdaniem Odwołującego z analizy kosztorysu Strabag wynika, że w ofercie nie przewidziano (a w konsekwencji nie wyceniono) zastosowania ww. rozwiązania (poz. 1.6 „Sufity” sekcji „Architektura Etap 1” - str. 2, oraz poz. 1.1 sekcji „Architektura Etap 2” - str. 14 kosztorysu), zaś oferta w przedmiotowym zakresie pozostaje zatem niezgodna z ww. wymaganiami przewidzianymi przez Zamawiającego w Projekcie wykonawczym branży architektonicznej.

Odwołujący dodał, że dla opisywanej nieprawidłowości analogiczne zastosowanie ma przedstawiona wcześniej argumentacja dotycząca czynu nieuczciwej konkurencji.

9. Brak uwzględnienia tynkowania pod sufitami podwieszanymi - Odwołujący wskazał, że w Projekcie wykonawczym branży architektonicznej i stanowiących jego część rysunkach: „A-PW-07 Przekrój BB, CC” oraz „A-PW-06 PRZEKRÓJ AA” określono wymogi w zakresie m.in. sposobu wykończenia stropów w ramach wykonania przedmiotu zamówienia, przedstawiając w szczególności przekrój przez strop o symbolach „PM” oraz „D2”. Zgodnie z ww. symbolami i legendą zamieszczoną w przedmiotowych rysunkach, Zamawiający przewidział, że stropy winny zostać wykończone poprzez ich otynkowane tynkiem cementowo-wapiennym. Powyższe wymaganie przewidziano również w pkt. 24.1 (str. 53) Projektu wykonawczego branży architektonicznej, dotyczącego opisu charakterystyki ogólnej wymogów Zamawiającego w zakresie wykonania sufitów, zgodnie z którym: „wszystkie stropy

wykańcza się tynkiem cementowo-wapiennym gr. 1,5 cm". Celem wyjaśnienia wątpliwości co do możliwości zaniechania zastosowania przedmiotowego rozwiązania dla stropów w miejscach, w których Zamawiający przewidział jednocześnie sufity podwieszane, jeden z wykonawców zwrócił się do Zamawiającego w pytaniem w przedmiotowej kwestii (pytanie nr 40 ppkt 3 z 27.07.2019 r.). W odpowiedzi na pytanie o treści: „Prosimy o informację czy w przypadku zastosowania alternatywnego sposobu zapewnienia odporności ogniowej przegród poziomych możliwa jest rezygnacja z warstwy tynku na spodach stropów w miejscach, gdzie występują sufity podwieszane”, Zamawiający odpowiedział: „Zamawiający na etapie postępowania przetargowego nie dokonuje modyfikacji dokumentacji technicznej”. Konsekwencją udzielonej odpowiedzi była zatem konieczność uwzględnienia w ofertach wykonania opisanego wyżej tynkowania również pod sufitami podwieszanymi.

Odwołujący podniósł, że z kosztorysu Strabag i porównania poszczególnych jego pozycji (w szczególności przyjętych ilości dla poszczególnych robót/elementów) wynika wykonawca nie uwzględnił przedmiotowego obowiązku:

a) dla Etapu I zamówienia Strabag określił łączny metraż sufitów podwieszanych jako: 5.652,36 m<sup>2</sup>, co stanowi sumaryczną wartość ilości wskazanych w pozycjach na str. 2 kosztorysu, nr:

- 1.6.40 - 4.238,77 m<sup>2</sup>;
- 1.6.50 - 488,53 m<sup>2</sup>;
- 1.6.60 - 454,86 m<sup>2</sup>;
- 1.6.70 - 410,34 m<sup>2</sup>;
- 1.6.80 - 26,72 m<sup>2</sup>;
- 1.6.90 - 13,77 m<sup>2</sup>;
- 1.6.100 - 19,37 m<sup>2</sup>

Z kolei wskazana przez Strabag powierzchnia, dla której przewidział on wykonanie tynkowania, wynosi jedynie 882,78 m<sup>2</sup> (poz. 1.6.30, str. 2 kosztorysu), co wskazuje, że Strabag nie przewidział w złożonej ofercie tynkowania dla pozostałej powierzchni stropów w Etapie I, na której wystąpią sufity podwieszane, tj. tynkowania dla powierzchni 4.769,58 m<sup>2</sup>.

b) dla Etapu II zamówienia Strabag określił łączny metraż sufitów podwieszanych jako: 923,62 m<sup>2</sup>, co stanowi sumaryczną wartość ilości wskazanych w pozycjach na str. 14 kosztorysu, nr:

- 1.6.30 - 464,22 m<sup>2</sup>;
- 1.6.40 - 132,86 m<sup>2</sup>;
- 1.6.50 - 326,54 m<sup>2</sup>.

Z kolei powierzchnia, dla której Strabag przewidział wykonanie tynkowania, wynosi jedynie 115,68 m<sup>2</sup> (poz. 1.6.20, str. 14 kosztorysu), co wskazuje, że Strabag nie przewidział

w złożonej ofercie tynkowania dla pozostałej powierzchni stropów w Etapie II, na której wystąpią sufity podwieszane, tj. tynkowania dla powierzchni 807,94 m<sup>2</sup>.

Odwołujący uznał, że powyższe braki (zaniżenia) ilościowe należy zatem potraktować jako merytoryczną niezgodność treści oferty Strabag z wymaganiami SIWZ, jak również za (niepodlegający poprawie) błąd w obliczeniu ceny. Odwołujący przywołał przedstawioną wcześniej argumentację dotyczącą wynagrodzenia ryczałtowego oraz ryzyka kontraktowego wykonawcy. Stwierdził również, że dla opisywanej nieprawidłowości analogiczne zastosowanie ma przedstawiona wcześniej argumentacja dotycząca czynu nieuczciwej konkurencji.

10. Rozbieżność między wskazanym poziomem finansowania w roku 2019 - Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt. 2.9 SIWZ: „Wykonawca zrealizuje przedmiot umowy zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym z uwzględnieniem harmonogramu finansowania (w roku 2019 Zamawiający przewiduje finansowanie do kwoty 900.000 zł brutto)”. Zdaniem Odwołującego kwota 900.000 zł brutto stanowiła górną granicę kwotową, jaką Zamawiający przewiduje przeznaczyć na poczet przedmiotowego zamówienia. Tym samym, kwota ta stanowiła wiążący wykonawców, nieprzekraczalny limit kosztów realizacji w roku 2019, niezbędny do uwzględnienia przy sporządzaniu oferty, w tym w szczególności przy sporządzaniu Harmonogramu rzeczowo- finansowego (HRF). Odwołujący zauważył, że z HRF złożonego przez Strabag wynika, że wykonawca ten przewidział, iż w 2019 r. łączne koszty inwestycji wynosić będą 905.501,15 zł brutto (suma pozycji kolumny „2019”, tj. „Roboty rozbiórkowe” - 15.830,16 zł, „Roboty przygotowawcze” - 409.867,06 zł, „Drogi i chodniki” - 80.443,59 zł oraz „Roboty sanitarne” - 398.910,34 zł), a zatem o 5.501,15 zł niż wskazany przez Zamawiającego górny limit finansowania w tym roku. Zdaniem Odwołującego stanowi to błąd w obliczeniu ceny lub kosztu, skutkujący obowiązkiem odrzucenia oferty. Oferta w powyższym zakresie pozostaje także niezgodna z treścią SIWZ. W ocenie Odwołującego, w powyższej sytuacji, nie zaistniały także podstawy do poprawy omyłek w treści oferty Strabag, gdyż błędne obliczenie ceny lub kosztu nie wypełnia przesłanek poprawy oferty opisanych w art. 87 ust. 2 pkt 1-3 Pzp. Odwołujący podkreślił, że omyłki to działania wykonawcy o charakterze niezamierzonym, a w przypadkach, o których mowa w pkt. 1 i 2 art. 87 ust. 2 muszą mieć charakter oczywisty i być natury pisarskiej lub rachunkowej. W przypadkach poprawy tzw. innej omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Zamawiający musi dysponować, na podstawie samej już treści oferty, informacjami na temat tego w jaki sposób należy dokonać poprawy oferty wykonawcy, czego nie ma w niniejszej sprawie.

11. Brak uwzględnienia wymaganej liczby baterii natryskowych - Odwołujący wyjaśnił, że na podstawie dokumentacji projektowej udostępnionej przez Zamawiającego należało odczytać wymagania postawione dla ilości baterii natryskowych wymaganych, odpowiednio,



dla realizacji Etapu I - 13 sztuk oraz Etapu II - 17 sztuk (razem 30 szt.). Ilość baterii natryskowych wynika z rzutów oznaczonych:

- a) SP-W-06 - rzut piwnic instalacja z.w.,cw.u.cyrkuł.p.poż,
- b) SP-W-07 - rzut parteru instalacja z.w.,cw.u.cyrkuł.p.poż, S
- c) P-W-08 - rzut 1. piętra instalacja z.w.,cw.u.cyrkuł.p.poż,
- d) SP-W-09 - rzut 2. piętra instalacja z.w.,cw.u.cyrkuł.p.poż stanowiących załącznik A do

SIWZ (Załącznik A - dokumentacja projektowa).

Ilość pomieszczeń wynikająca z ww. czterech rzutów, w zestawieniu z wskazanymi w tych rzutach miejscami doprowadzenia ciepłej i zimnej wody i jednoczesnego zastosowania kratek ściekowych, oraz:

–§ 8 ust. 1 i 2 rozporządzenia Ministra Edukacji i Sportu z dnia 31.12.2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny w publicznych i niepublicznych szkołach i placówkach, zgodnie z którym: „W pomieszczeniach sanitarnohigienicznych zapewnia się ciepłą i zimną bieżącą wodę oraz środki higieny osobistej. Urządzenia sanitarnohigieniczne są utrzymywane w czystości i w stanie pełnej sprawności technicznej”,

–odповідzią Zamawiającego udzieloną na pytanie nr 35 ppkt 11 z dnia 18.07.2019 r. (odpowiedź Zamawiającego z 29.07.2019 r.), zgodnie z którą: „Zgodnie z pkt. 4 opisu proj. wykonawczego: Za kompletne opracowanie stanowiące podstawę wyceny należy przyjąć wszystko co zostało narysowane, opisane, objęte specyfikacją oraz nieujęte, a konieczne według Oferenta do prawidłowego wykonania instalacji oraz prawidłowego funkcjonowania obiektu. Rysunki i część opisowa są częściami dokumentacji wzajemnie uzupełniającymi się. Wszystkie elementy ujęte w części opisowej, a nie pokazane na rysunkach oraz pokazane na rysunkach, a nie ujęte w części opisowej, winny być traktowane, jakby były ujęte w obu.” pozwala i nakazuje obliczyć prawidłową ilość potrzebnych baterii natryskowych we wskazanych wyżej ilościach.

Odwołujący przedstawił zestawienie z rozbiem na Etapy, obrazujące ilość baterii przypisanych dla poszczególnych pomieszczeń i ich sumę w danym Etapie:

Lp.	Etap	Nr pomieszczenia	Ilość
1	I	-1.16	1
2	I	-1.17	1
3	I	-1.21	1
4	I	0.50	1
5	I	0.51	1
6	I	0.64	1
7	II	0.95	1
8	I	0.67	2

9	I	0.69	2
10	I	1.40	1
11	I	1.62	1
12	I	1.76	1
13	II	1.94	1
14	II	1.91	3
15	II	1.93	3
16	II	2.48	3
17	II	2.50	3
18	II	2.55	1
19	II	2.51	1
20	II	2.53	1
		suma etap I	13
		suma etap II	17
		suma:	30

Odwołujący podniósł, że Strabag w kosztorysie ofertowym w zakresie Etapu I, przewidział ilość baterii natryskowych (poz. 2.1.160 - str. 6) w liczbie 1 szt., a dla Etapu II, przewidział ilość baterii natryskowych (poz. 2.1.150 kosztorysu - str. 15) w liczbie 13 szt. (razem 14 sztuk dla obu Etapów). Zdaniem Odwołującego stanowi to niezgodność oferty z treścią SIWZ oraz błąd w obliczeniu ceny. Odwołujący przywołał przedstawioną wcześniej argumentację dotyczącą wynagrodzenia ryczałtowego oraz ryzyka kontraktowego wykonawcy. Stwierdził również, że dla opisywanej nieprawidłowości analogiczne zastosowanie ma przedstawiona wcześniej argumentacja dotycząca czynu nieuczciwej konkurencji.

12. Brak uwzględnienia zabezpieczenia wykopu - Odwołujący wskazał, że dla zrealizowania, przewidzianego w pkt. 2.3 lit a) SIWZ, zakresu robót objętych Etapem I zamówienia, konieczne jest wykonanie wykopu o głębokości (w najgłębszym miejscu zlokalizowanym w rejonie i sąsiedztwie funkcjonującego obiektu szkolnego dla dzieci) ok. 4,24 m (rys. „zał. 2 Mapa dokumentacyjna” stanowiący część dokumentacji geologiczno-inżynierskiej). Z dokumentacji geologicznej wynika nadto, że grunt, w której wykonany będzie wykop, stanowią piaski. Zgodnie natomiast z pkt. 2.7 SIWZ, „realizacja zadania inwestycyjnego będzie odbywać się przy czynnych obiektach – funkcjonująca placówka w starym budynku” – Etap I zamówienia realizowany będzie równoległe do jednoczesnego funkcjonowania jako internat dla dzieci budynku, który podlegać będzie rozbiórce dopiero w Etapie II zamówienia (pkt 2.3 lit. a SIWZ). Z dokumentacji projektowej wynika, że wykop dla Etapu I znajdować się będzie w bezpośrednim sąsiedztwie starego budynku internatu, który

znajduje się w słabym stanie technicznym (na co wskazuje m.in. cel i zakres inwestycji, tj. docelowa rozbiórka istniejącego obiektu szkolnego ze względu na zły stan obiektu).

Odwołujący powołał się na przepisy prawa dotyczące bezpieczeństwa i higieny pracy, stanowiące na mocy m.in. pkt. 2.10 SIWZ podstawę dla realizacji zamówienia, w szczególności przepisy rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 6 lutego 2003 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy podczas wykonywania robót budowlanych (§ 147 ust. 1 i 2, § 148, § 149) oraz powołał się na uregulowania branżowe (Standardy BHP z Porozumienia dla Bezpieczeństwa w Budownictwie dla wykopów wąsko przestrzennych i szerokoprzestrzennych), których stroną jest również Strabag. Podniósł, że dla Etapu I zamówienia koniecznym rozwiązaniem (zapewniającym zgodność z dokumentacją projektową dostarczoną przez Zamawiającego, przepisami BHP oraz umożliwiającym bezpieczne – niezagrażające katastrofą budowlaną - funkcjonowanie dotychczasowego budynku internatu dla dzieci równoległe z realizacją Etapu I), jest wykonanie wykopu w technologii wykopu obudowanego, nie zaś wykopu otwartego.

Zdaniem Odwołującego z kosztorysu Strabag (braku przewidzenia w kosztorysie wyceny rozwiązań technicznych stosowanych w przypadku wykopów obudowanych) wynika, że dla realizacji Etapu I zamówienia przyjął on rozwiązanie opierające się na technologii wykopu otwartego, tj. wykopu niezabezpieczonego i nieodpowiadającego opisanym wyżej wymogom. Powoduje to niezgodność oferty z SIWZ.

13. Brak uwzględnienia skarpy i zejścia do obszaru hipoterapii/dogoterapii - Odwołujący wskazał, że plan sytuacyjno-wysokościowy, stanowiący część dokumentacji projektowej przewiduje wykonanie po zachodniej stronie wznoszonego budynku skarpy oraz utwardzonego zejścia do znajdującego się w otoczeniu obszaru hipoterapii/dogoterapii. Konieczność wyceny powyższych elementów potwierdził Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr 91 pakiet 2 z dnia 2 lipca 2019 r. (odpowiedź z 17 lipca 2019 r., str. 5: „obszar hipoterapii ma stanowić urządzona nawierzchnia trawiasta – bez specjalnego układu warstw, utwardzone zejście ma stanowić nawierzchnia z kruszywa o typowy układzie warstw umożliwiającym ruch pieszy, nie przewiduje się specjalnego wyposażenia obszaru hipoterapii/dogoterapii”) oraz pytanie nr 13 lp. 80 z dnia 4 lipca 2019 r. (odpowiedź z dnia 17 lipca 2019 r., str. 21: „Jak wynika z przekroju B B oraz C C, skarpy należy wyprofilować do pochylenia w stosunku 1:1,5. Taki stosunek pochylenia skarpy nie wymaga umocnienia”).

Odwołujący podniósł, że w kosztorysie Strabag nie przewidziano pozycji wyceniających powyższe elementy w postaci skarpy oraz utwardzonego zejścia. Istotny brak uwzględnienia przedmiotowych elementów w wycenie, zwłaszcza w świetle powyższych odpowiedzi Zamawiającego na pytania oraz pkt. 13.2 SIWZ stanowi zatem o niezgodności oferty z treścią SIWZ.

14. Brak uwzględnienia prawidłowej ilości podkonstrukcji pod centrale wentylacyjne - Odwołujący wskazał, że projekt wykonawczy, obok centrali wentylacyjnych, przewiduje do realizacji przez wykonawców podkonstrukcji pod rzeźnione centrale wentylacyjne. W braku wiążącego przedstawienia ilości podkonstrukcji, wykonawcy powinni byli kierować się projektem oraz wiedzą z zakresu budownictwa oceniając w składanych wraz z ofertą kosztorysach, ilość podkonstrukcji jaką zamierzają przeznaczyć na poprawną realizację tego zakresu zamówienia. Wykonawcy przy dokonywaniu kalkulacji w przedmiotowym zakresie mogli przy tym uzupełniająco kierować się przedmiarem Zamawiającego, którego prawidłowa wersja dla branży konstrukcyjnej udostępniona została przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na pytanie nr 44 z dnia 5 sierpnia 2019 r. (Odpowiedź z dnia 13 sierpnia 2019 r., str. 8). Ww. przedmiar sporządzony przez Zamawiającego przedstawił szacowaną niezbędną ilość ww. podkonstrukcji na poziomie 1.468 kg. Odwołujący podniósł, że Strabag w poz. 2.6.470 Branża Sanitarna Etap I przedłożonego wraz z ofertą kosztorysu (str. 7) wskazał, że przewidywana przezeń ilość materiału potrzebnego do wykonania ww. podkonstrukcji wynosi 600 kg (a zatem o ponad 50% mniej niż to ocenił Zamawiający). Analogiczne (bądź wyższe) wartości przyjęli również wszyscy pozostali wykonawcy, co winno było co najmniej wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do prawidłowości sporządzenia i wyceny oferty Strabag. Zdaniem Odwołującego stanowi to niezgodność oferty z treścią SIWZ oraz błąd w obliczeniu ceny. Odwołujący przywołał przedstawioną wcześniej argumentację dotyczącą wynagrodzenia ryczałtowego oraz ryzyka kontraktowego wykonawcy. Stwierdził również, że dla opisywanej nieprawidłowości analogiczne zastosowanie ma przedstawiona wcześniej argumentacja dotycząca czynu nieuczciwej konkurencji.

15. Brak uwzględnienia zrzutu wody z odwodnienia wykopu w Etapie I - Odwołujący wskazał, że zgodnie z dokumentacją geologiczną, stanowiącą część dokumentacji projektowej, szacowana ilość wody wpływająca do wykopu stanowiącego część prac na podpiwniczonej części budynku wykonywanego w ramach Etapu I zamówienia wynosić będzie około 80-100 m<sup>3</sup>/h. Prace te, przewidziane na okres około 2 miesięcy, wymagać zatem będą bieżącego usuwania zebranej wody (odwodnienia wykopu). Odwołujący podniósł, że wobec braku przewidzianego w ofercie Strabag sposobu zabezpieczenia wykopu bądź wskazania w kosztorysie elementów wskazujących na zastosowanie innej technologii ograniczającej napływ wody do wykopu powoduje, że Przystępujący w ramach sporządzonej oferty musiał przewidzieć (a w konsekwencji zobowiązany był wycenić) usuwanie wody napływającej do wykopu w ramach realizacji Etapu I poprzez dokonanie zrzutu wody do lokalnej sieci kanalizacyjnej. Obowiązująca dla miejsca realizacji zamówienia stawka za zrzut wody wynosi, zgodnie z aktualnymi stawkami stosowanymi przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m. st. Warszawa S.A., 5,52 zł/m<sup>3</sup> netto. Uwzględniając zatem jedynie wysokość

opłaty przypadającej dla MPWiK Warszawa kalkulować w tym zakresie należy koszt odwodnienia wykopu w wysokości ok. 646.502,40 zł-808.128,00 zł netto.

Odwołujący podniósł, że Strabag w kosztorysie wycenił roboty związane z wykonaniem odwodnienia wykopu, wymagane do przeprowadzenia robót w części podpiwniczonej budynku, na kwotę 127.885,78 zł netto (poz. 1.30, str. 1), niewątpliwie pomijając zatem konieczność wykonania zrzutu wody z wykonanego wykopu. Zdaniem Odwołującego stanowi to niezgodność oferty z treścią SIWZ oraz błąd w obliczeniu ceny.

Niezależnie jednak od powyższego Odwołujący podniósł, przedmiotowy koszt winien był wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego, zarówno co do uwzględnienia w ofercie całości przedmiotu zamówienia i wymagań związanych z wykonaniem wykopu w Etapie I i jego odwodnienia, jak i wiarygodności ceny za wykonanie tego elementu zamówienia. Odwołujący stwierdził również, że dla opisywanej nieprawidłowości analogiczne zastosowanie ma przedstawiona wcześniej argumentacja dotycząca czynu nieuczciwej konkurencji.

Uzasadniając kolejno zarzuty dotyczące zaniechanie wezwania Strabag do złożenia wyjaśnień dotyczących oferty w zakresie zaniżonych ilościowo i cenowo elementów oraz zaniechanie odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, Odwołujący podniósł, że wobec zaniżenia ilości poszczególnych materiałów/asortymentów względem ilości ustalonych na podstawie SIWZ, w szczególności treści przedłożonych przez Zamawiającego dokumentacji projektowej:

- ilości betonu przeznaczonego na fundamenty dla Etapu I zamówienia,
- o ilości zbrojenia konstrukcji żelbetowej na wykonanie zbrojenia dla Etapu I i II zamówienia,
- o liczby baterii natryskowych przewidzianych w Etapie I i II zamówienia,
- o ilości podkonstrukcji pod centrale wentylacyjne,
- o zrzutu wody z odwodnienia wykopu w Etapie I zamówienia,

prawidłowa weryfikacja oferty Strabag winna skutkować po stronie Zamawiającego powstaniem uzasadnionych wątpliwości co do zgodności oferty z treścią SIWZ, a także prawdziwości złożonych w ofercie oświadczeń odnośnie zrealizowania zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego, za cenę zaoferowaną dla ww. elementów oraz wskazaną w ofercie cenę łączną.

Zdaniem Odwołującego, w szczególności wątpliwości Zamawiającego powinno wzbudzić:

- w jaki sposób Strabag przewidział wykonanie całości przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami opisanymi w SIWZ i wiążącymi parametrami określonymi w dokumentacji projektowej, skoro zaoferował wykonanie zamówienia przy zastosowaniu istotnie niższych ilości tych materiałów/asortymentów,

–w jaki sposób Strabag pokryje faktyczne koszty wykonania elementów, dla których przewidział w ofercie ilości zaniżone w stosunku do wartości wiążących na podstawie dokumentacji technicznej Zamawiającego, biorąc pod uwagę, że: wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, a Strabag podał dla ww. elementów ceny jednostkowe – wobec czego nie będzie mógł twierdzić, że koszt wykonania danego zakresu zamówienia zmieści się w cenie zaoferowanej dla tego zakresu (w takim wypadku doszłoby bowiem do zmiany treści oferty wskutek zwiększenia ilości przy niezmienionej cenie łącznej danego elementu zmniejszeniu ulegać musiałaby cena jednostkowa dla tego elementu).

Zdaniem Odwołującego skutkiem powyższego winno być skierowanie do Strabag wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących wyliczenia ww. istotnych części składowych ceny łącznej za wykonanie zamówienia, a w konsekwencji również wyjaśnień i dowodów dotyczących zaoferowanej ceny łącznej za wykonanie przedmiotu zamówienia. Zaniechanie w tym zakresie stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp i art. 90 ust. 1 Pzp. Odwołujący podkreślił, że skierowanie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, nie jest – w przeciwieństwie do procedury wyjaśnień wszczynanej na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy – uwarunkowane przekroczeniem pewnych z góry określonych limitów. Jest ono natomiast konieczne i uzasadnione w każdej sytuacji, gdy powstają wątpliwości co do ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę, niezależnie od tego, w jakim pozostaje ona w stosunku do kwoty przewidzianej przez Zamawiającego na realizację zamówienia oraz cen pozostałych oferentów.

Odwołujący podniósł również zarzut zaniechania odrzucenia oferty Strabag, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Stwierdził, że z uwagi na zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Strabag do złożenia wyjaśnień nie dysponuje szczegółowymi informacjami co do tego, jak konkretnie wykonawca skalkulował cenę ofertową, jednak z okoliczności faktycznych wynika, że Strabag:

–nie wycenił w sposób należyty i kompletny wszystkich elementów cenotwórczych składających się na opisany przez Zamawiającego zakres zamówienia i wymogi Zamawiającego co do jego realizacji;

–zaoferowana cena jest ceną oderwaną od rzeczywistości oraz ceną nierynkową, i nie została ona skalkulowana w oparciu o logiczne i sprawdzalne przesłanki.

Odwołujący postawił jako zarzut ewentualny zaniechanie unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, stwierdzając, że w przypadku uznania niezasadności zarzutów głównych, należy stwierdzić, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, z uwagi na doprowadzenie przez Zamawiającego do faktycznej nieporównywalności cen złożonych ofert. Przyjęcie bowiem, że wykonawca Strabag uprawniony był do kalkulacji ceny ofertowej z

uwzględnieniem zaniżonych względem dokumentacji projektowej i SIWZ wartości (ilości) poszczególnych materiałów/asortymentów, powoduje, że Zamawiający porównywał ze sobą ceny ustalone w oparciu o rozbieżne założenia.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 października 2019r. Zamawiający oświadczył, że uwzględni w części zarzuty zawarte w odwołaniu tj. w pkt:

- nr 2, tj. naruszenia art. 87 ust 1 Pzp w zw. z art. 82 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Strabag do złożenia wyjaśnień odnośnie sposobu wykonania przez Strabag zamówienia zgodnie z zakresem przewidzianym w SIWZ i zgodnie z dostarczoną przez Zamawiającego dokumentacją, w zakresie pkt a) – f), mimo, iż wskazanie przez Strabag w ofercie istotnie zaniżonych ilości/wartości dla tych materiałów/asortymentów względem ilości wynikających z SIWZ winno było wzbudzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do zgodności oferty Strabag z treścią SIWZ, a także prawdziwości złożonych w ofercie Strabag oświadczeń odnośnie zrealizowanych zamówienia zgodnie z wymogami Zamawiającego, za cenę zaoferowaną przez Strabag;

- nr 3, tj. art. 90 ust 1 Pzp w zw. z art. 7 ust 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Strabag do złożenia wyjaśnień i dowodów dotyczących wyliczenia zaoferowanych przez Strabag istotnych części składowych ceny łącznej za wykonanie zamówienia w zakresie dotyczącym: lit a) f),

a ponadto częściowo w zakresie wskazanym w pkt:

- nr 1 lit a) - o) jednakże w oparciu o art. 87 ust, 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania STRABAG do złożenia wyjaśnień odnośnie sposobu wykonania przez Strabag zamówienia zgodnie zakresem przewidzianym w SIWZ i zgodnie z dostarczoną przez Zamawiającego dokumentacją. W pozostałym zakresie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w pozostałej części oraz o nieobciążanie Zamawiającego kosztami postępowania.

Zamawiający motywował powyższe tym, że dopiero po umożliwieniu Strabag złożenia wyjaśnień we wskazanym wyżej zakresie uzasadnione będzie merytoryczne zbadanie oferty i ewentualne jej uwzględnienie lub też odrzucenie. Zatem w zakresie odwołania, w którym Odwołujący zarzuca brak odrzucenia oferty Strabag, tj. naruszenia przepisów art. 89 ust 1 pkt 2, w zw. z 89 ust. 1 pkt 6, w zw. z art. 7 Pzp, art. 89 ust 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 1 i ust. 3 w zw. z art. 7 Pzp, art. 89 ust 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust 1 Pzp i art. 3 u.z.n.k, przed umożliwieniem złożenia jej wyjaśnień w trybie art, 87 ust. 1 Pzp czy też 90 ust. 1 Pzp, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Ponadto wskazał, że zgodnie z art. 3 ust. 1 u.z.n.k, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Art. 15 ust. 1 zawiera uszczegółowienie zasady wskazanej w art. 3 ust. 1 i stanowi w pkt 1, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej

kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Taka okoliczność w najmniejszym nawet stopniu nie została wykazana przez Odwołującego. Zamawiający podkreślił, że dla wyczerpania dyspozycji tego przepisu niezbędnym pozostaje wykazanie dokonania sprzedaży towarów poniżej ich kosztów wytworzenia, przez co dochodzi do utrudnienia innym przedsiębiorstwom dostępu do rynku, a nadto utrudnienie to ma za swój cel eliminację innych przedsiębiorców. Sama sprzedaż poniżej kosztów własnych nie wystarcza jeszcze do zakwalifikowania danego zachowania jako czynu nieuczciwej konkurencji. Konieczne jest ponadto wykazanie, że doszło do tego w celu eliminacji innych przedsiębiorców, co oznacza, że dozwolona jest sprzedaż poniżej kosztów, dokonywana w innym celu. W takiej sytuacji bez znaczenia pozostawałby skutek nawet w postaci wyeliminowania przedsiębiorcy jako niezamierzony. Warunkiem realizacji przesłanki celu, o której mowa w analizowanym przepisie, jest dysponowanie przez sprawcę potencjałem zdolnym zamiar ten urzeczywistnić. Warunkiem dyktowania innym podmiotom zachowań na rynku jest posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej, która sprawia, że nie spotka się on z istotną konkurencją. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszym przypadku. Odwołujący się nie wykazał, iż Strabag, którego dotyczyły zarzuty odwołania posiada pozycję dominującą rynku. Zdaniem Zamawiającego nie sposób też przyjąć, iż działanie Strabag miało na celu wyeliminowanie Odwołującego się z rynku.

Zamawiający podkreślił, że Odwołujący formułując zarzuty zmierzające do odrzucenia oferty STRABAG w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6, a także 89 ust. 1 pkt 4, 89 ust. 1 pkt 3, czy też do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp oparł się o złożoną przez STRABAG dokumentację kosztorysową, jednakże zgodnie z utartym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej m.in. wyrok KIO 2616/13: obowiązkiem dostarczenia kosztorysu ofertowego przy wynagrodzeniu ryczałtowym nie można konsumować skutków przewidzianych w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowiącego podstawę do odrzucenia oferty z powodu oferowania przedmiotu zamówienia niezgodnego z treścią SIWZ. Tym bardziej, że Wykonawca składając ofertę oświadcza o oferowaniu zamawiającemu świadczenia zgodnego z treścią SIWZ.

Z kolei przedstawienie poprawionego kosztorysu ofertowego na wezwanie zamawiającego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy nie może stanowić podstawy do twierdzenia o złożeniu drugiej oferty w rozumieniu art. 82 ust. 1 ustawy. Także przedstawienie poprawionego kosztorysu nie stanowi zmiany oferty, ponieważ zakres świadczenia oraz wynagrodzenia wynikają z oferty odwołującego. Również czynność Zamawiającego odrzucenia oferty z powodu omyłek w kosztorysie ofertowym przy cenie ryczałtowej jest nieuzasadniona. Zauważył, że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych - z upoważnienia Prezesa Rady Ministrów odpowiadając na zapytanie nr 3791 w sprawie interpretacji ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczącej załączania kosztorysów ofertowych do oferty wskazał, iż:



„(II) Podstawą odrzucenia przez zamawiającego oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, może być tylko niezgodność treści tej oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Sankcja ta wynika z normy ustanowionej art. 82 ust. 3 Pzp, zgodnie z którą treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”.

Kosztorys ofertowy jest natomiast dokumentem, który służy ustaleniu ceny, czyli wynagrodzenia wykonawcy za zamawiane roboty budowlane, i jest odpowiedzią wykonawcy na wymagania zamawiającego dotyczące sposobu obliczenia ceny ofertowej. W przypadku wynagrodzenia o charakterze ryczałtowym składniki wynagrodzenia, które zazwyczaj składają się na kosztorys ofertowy, nie mają znaczenia dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż w tym wypadku istotne jest wynagrodzenie za całość robót, których wykonania w całości, zgodnie z dokumentacją projektową, podejmuje się wykonawca. W okolicznościach zawierania umów przewidujących wynagrodzenie ryczałtowe nie znajduje podstaw określanie przez wykonawcę, w postaci kosztorysu ofertowego, cen jednostkowych robót na bazie przedmiaru opracowanego przez Zamawiającego. Treść oferty wykonawcy wyczerpuje się bowiem w podanej kwocie globalnej za realizację przedmiotu zamówienia,

W przypadku oferty zawierającej cenę ryczałtową brak jest zatem podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający stwierdził ponadto, że skorzystanie z art. 87 ust 1 Pzp nie zawsze jest tylko uprawnieniem Zamawiającego, a naruszenie może być uznane za naruszenie przepisów postępowania. Przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, w każdym przypadku Zamawiający zobowiązany jest wyjaśnić wszelkie wątpliwości, a nawet powtórzyć czynności badania lub oceny oferty, także wówczas, gdy nie są one przedmiotem odwołania. Zanim więc Zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać, bacząc by wyjaśnić w trybie opisanym w art. 87 ust. 1 Pzp stwierdzone nieprawidłowości i dokonać poprawy omyłek zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 1-3 Pzp. Dopiero wyczerpanie tej procedury daje uprawnienia Zamawiającemu do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w konsekwencji odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W zakresie zarzutów dotyczących naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie wykazał, że zachodzą przesłanki uzasadniające na tym etapie unieważnienie postępowania w sprawie zamówienia publicznego, a tym bardziej nie zawarto jeszcze umowy ze STRABG (art. 146 ust. 6 Pzp).

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 9 października 2019r. zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów zawartych w odwołaniu, a ponadto wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Przystępujący w pierwszej kolejności odniósł się do charakteru prawnego samego kosztorysu ofertowego wskazując, że jego znaczenie determinuje treść SIWZ oraz regulacja przyszłej treści umowy, przy czym regulacja kosztorysu ofertowego znajduje się w pkt. 13.1 13.2 SIWZ, natomiast postanowienia wzoru umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ w żadnym stopniu nie odwołują się bezpośrednio do kosztorysu ofertowego. Zasadniczym dla oceny prawidłowości kosztorysu ofertowego jest więc ocena jego zgodności z SIWZ jako jedynego dokumentu, który definiuje zakres badania kosztorysu, która w według Przystępującego w żadnym wypadku nie daje możliwości stwierdzenia niezgodności z SIWZ ani stwierdzenia, że oferta Przystępującego zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, co wynika w szczególności z następujących okoliczności:

1. Zgodnie z pkt. 13.1 SIWZ: Cena oferty podana w formularzu ofertowym powinna być zgodna z ceną całkowitą wynikającą z podsumowania kosztów w harmonogramie rzeczowo-finansowym oraz kosztorysie ofertowym. W zakresie zarzutów odwołania należy stwierdzić, że nie ulega wątpliwości, że cena oferty Przystępującego jest zgodna z ceną całkowitą wynikającą z podsumowania kosztów w kosztorysie ofertowym, nie sposób zatem mówić o jakichkolwiek błędach w obliczeniu ceny.

2. Zgodnie z pkt. 13.2 SIWZ: Wykonawca w kosztorysie ofertowym określi ceny jednostkowe, materiał, z którego będą wykonywane poszczególne roboty, cenę całości zadania tj. sumę cen jednostkowych powiększoną o obowiązujących podatek VAT. W świetle powyższego postanowienia zamawiający nie zobligował wykonawców do wskazania żadnych ilości w kosztorysie, a skoro tak to ilości podane przez wykonawców nie mogą być przedmiotem badania. Na podstawie SIWZ dopuszczalne było bardzo ogólne określenie ilości np. w postaci - „1 komplet”.

3. Zgodnie z pkt. 13.2 SIWZ załączone do dokumentacji projektowej przedmiary robót budowlanych są jedynie materiałem pomocniczym i uzupełniającym dla wykonawców oraz nie stanowią podstawy do obliczenia ceny ofertowej. Skoro tak to nie można zarzucać nieprawidłowości ilości przyjętych przez wykonawcę w ofercie. Ilości te nie podlegają badaniu.

4. Zgodnie z pkt. 13.2 SIWZ celem złożenia kosztorysu ofertowego jest ocena sposobu kalkulacji i zgodności zakresu robót z dokumentacją techniczną co do technologii ich wykonania. Skoro Zamawiający sam w SIWZ ogranicza zakres oceny kosztorysu ofertowego wyłącznie do oceny co do technologii robót, niezgodny z SIWZ byłby jedynie taki kosztorys, który zakłada zmianę technologii. Kosztorys ofertowy Przystępującego nie zawiera żadnej zmiany technologii, wobec czego nie sposób zarzucić niezgodności kosztorysu z SIWZ, a Odwołujący nie stawia zarzutu w tym zakresie.

5. Zgodnie z pkt. 13.2 SIWZ w oparciu o złożony kosztorys ofertowy rozliczane będą ewentualne roboty dodatkowe i zamienne. Kosztorys ofertowy Przystępującego pozwala na wycenę robót dodatkowych i zamiennych, a ponadto podkreślił, że Odwołujący nie stawiał zarzutu w tym zakresie

6. Zgodnie z pkt. 13.2 SIWZ kosztorys ofertowy będzie traktowany przez Zamawiającego jako podstawa do ustalenia zaangażowania prac przy płatnościach częściowych. Kosztorys ofertowy Przystępującego pozwala na ustalenie stopnia zaangażowania prac przy płatnościach częściowych. Odwołujący nie stawiał zarzutu w tym zakresie.

7. Zgodnie z pkt. 13.2 SIWZ brak kosztorysu ofertowego będzie stanowił przesłankę do odrzucenia oferty. Zamawiający sam wskazuje, że jako naruszenie SIWZ skutkujące odrzuceniem oferty będzie uznawał wyłącznie sytuacje w której w ogóle nie doszło do złożenia kosztorysu ofertowego.

Zdaniem Przystępującego na podstawie powołanych argumentów należy stwierdzić, że kosztorys ofertowy podlega badaniu przez Zamawiającego wyłącznie w oparciu o jego rolę i znaczenie nadane mu przez Zamawiającego w SIWZ. W SIWZ Zamawiający pozostawił wykonawcom bardzo dużą swobodę w kreowaniu kosztorysu ofertowego, zobowiązując wykonawców jedynie do wskazania cen jednostkowych, oznaczenia materiału oraz wskazania ceny całości zadania (sumy cen jednostkowych).

Biorąc pod uwagę powyższe w ocenie Przystępującego ewentualnemu odrzuceniu mogłaby ulec jedynie oferta w ogóle nie zawierająca kosztorysu ofertowego lub też nie czyniłaby zadość pkt. 13.1 lub 13.2 SIWZ. Taka sytuacja w przypadku kosztorysu ofertowego Przystępującego nie ma jednak miejsca. W szczególności zawarte w kosztorysie ilości nie podlegają żadnemu badaniu, jako że to nie kosztorys ofertowy decyduje o zakresie przedmiotowym umowy.

Zgodnie bowiem z § 1 ust. 2 wzoru umowy, stanowiącym załącznik do SIWZ § 1 ust. 2 szczegółowy zakres przedmiotu umowy określają:

- 1) decyzja o pozwoleniu na budowę nr 2347/2018 z dnia 12 grudnia 2018 r. wraz z projektem budowlanym, projekt wykonawczy i dokumentacja geologiczno-inżynierska,
- 2) specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, stanowiące wraz z SIWZ załącznik nr 1 do niniejszej umowy;
- 3) oferta wykonawcy, stanowiąca załącznik nr 2 do niniejszej umowy,
- 4) harmonogram rzeczowo- finansowy, stanowiący załącznik nr 3.

Zgodnie natomiast z § 1 ust.5 wzoru umowy Wykonawca oświadcza, że jest w stanie, w ramach wynagrodzenia ryczałtowego wskazanego w § 6 ust. 1, wykonać niniejsza Umowę zgodnie ze wskazaną w niej dokumentacją i z zasadami ustalonymi w niniejszej Umowie, z

uwzględnieniem treści uzyskanych w trakcie trwania niniejszej Umowy pozwoleń, uzgodnień, decyzji niezbędnych do prawidłowego zrealizowania przedmiotu zamówienia.

Niezwykle istotne znaczenie dla oceny charakteru kosztorysu ma ryczałtowy charakter wynagrodzenia oraz rozkład ryzyk umownych wynikających z ewentualnego niedoszacowania przedmiotu umowy, pominięcia lub braki. Ryzyka te zostały w całości przerzucone na wykonawcę, tak więc wszelkie ewentualne niedoszacowania, błędy lub pominięcia w kosztorysie ofertowym nie będą miały żadnego wpływu na zakres przedmiotowy umowy. Wobec powyższego kosztorys ofertowy jako dokument pomocniczy w ogóle nie powinien być przedmiotem badania jego zgodności z SIWZ poza zakresem wyraźnie wskazanym przez Zamawiającego.

Przystępujący wskazał, że w §6 wzoru umowy określono, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy (ust. 1) a w wynagrodzeniu mieszczą się wszelkie koszty wykonania przedmiotu zamówienia wynikające wprost z dokumentacji projektowej, jak również w niej nie ujęte a bez których nie można wykonać przedmiotu umowy (ust.4). Zgodnie natomiast z ust. 5 tegoż paragrafu w wynagrodzeniu zostaną uwzględnione wszystkie koszty związane z wykonaniem umowy w tym m.in. koszty: postanowień, decyzji, ekspertyz, opinii, uzgodnień i zatwierdzeń przez uprawnione jednostki i urzędy zgodnie z wymogami przepisów prawa, koszty wykonania wszystkich robót niezbędnych do oddania do użytkowania przedmiotu umowy. W ust. 6 natomiast wskazano, że Wykonawca ponosi odpowiedzialność na zasadzie ryzyka z tytułu nieoszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy. Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do zadania zmiany wynagrodzenia określonego w ust. 1 niniejszego paragrafu

Przystępujący wskazał, że również pytania i odpowiedzi Zamawiającego potwierdzają pomocniczy charakter kosztorysu ofertowego. Przykładowo wskazał na następujące pytania i odpowiedzi:

- Prosimy o informację, w której pozycji kosztorysowej należy umieścić warstwę blachy trapezowej na dachu nad salą gimnastyczną? Odpowiedź: Zamawiający nie precyzuje układu kosztorysu ofertowego. Wykonawca może umieścić ten element w części dot. dachu, jednak to do wykonawcy należy decyzja, gdzie w kosztorysie umieści poszczególne elementy.

- W której części/w którym kosztorysie mają znaleźć się rozbiórki śmietnika, wiaty trybun betonowych? Odpowiedź: Zamawiający nie precyzuje układu kosztorysu ofertowego. To do wykonawcy należy decyzja, gdzie w kosztorysie umieści poszczególne pozycje.

- Czy udostępniony przez Zamawiającego harmonogram można modyfikować, tj. usuwać, dodawać lub zmieniać pozycje? Odpowiedź: Tak. Ostateczna wersja Harmonogramu będzie załącznikiem do umowy.

Zdaniem Przystępującego, z powyższych odpowiedzi Zamawiającego wynika wprost, iż Przystępujący oraz inni wykonawcy byli uprawnieni do całkowicie swobodnego kreowania

kosztorysu ofertowego, w tym mogli pomijać niektóre pozycje, dodawać inne pozycje, dokonywać innych zmian wg własnej oceny. Nie byli także związani przedmiotami Zamawiającego.

Dodatkowo wskazał, że o zgodności zakresu zaoferowanego przez Przystępującego świadczenia z SIWZ świadczą również oświadczenia Przystępującego zawarte w ofercie. W pkt. 1 formularza ofertowego Przystępujący oświadczył natomiast wprost, że oferuje wykonanie prac określonych w SIWZ oraz dokumentacji technicznej. W pkt. 2 powołanego dokumentu natomiast Przystępujący oświadczył, że w cenie oferty zostały uwzględnione wszystkie koszty realizacji zamówienia.

Przystępujący stwierdził również, że załączony do SIWZ wzór umowy w żadnym jego postanowieniu nie odwołuje się bezpośrednio do kosztorysu ofertowego, co potwierdza jedynie pomocniczy charakter tego dokumentu. Podkreślił, że ciężar dowodu w zakresie wykazania, że kosztorys ofertowy Strabag jest niezgodny z SIWZ spoczywał w całości na Odwołującym. W ocenie Przystępującego Odwołujący nie wykazał, ażeby Przystępujący dopuścił się zarzuconych naruszenia SIWZ przy sporządzeniu kosztorysu lub też by kosztorys zawierał błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. W związku natomiast z ograniczonym znaczeniem charakteru kosztorysu ofertowego i możliwości jego badania przy ocenie zgodności z SIWZ, ewentualne wzywianie do złożenia wyjaśnień przez Zamawiającego w trybie art. 87 Pzp jest w ocenie Przystępującego pozbawione sensu. Zamawiający nie był więc zobowiązany do wzywiania Przystępującego do wyjaśnienia treści oferty, jako że treść kosztorysu ofertowego nie wykazuje jakiegokolwiek niezgodności z SIWZ. Podobne stanowisko należy sformułować w zakresie ewentualnego wezwania w trybie art. 90 Pzp, skoro ilości wskazane w kosztorysie ofertowym nie podlegają badaniu przy ocenie zgodności oferty z SIWZ, co zostało już wskazane we wcześniejszych wywodach niniejszego sprzeciwu.

Stanowisko Przystępującego w zakresie charakteru kosztorysu znajduje pełne potwierdzenie w najnowszym orzecznictwie KIO, a w szczególności w wyroku KIO z dnia 15 kwietnia 2019r. sygnatura KIO 592/19 jak również we wcześniejszych orzeczeniach KIO, w tym m.in. KIO 2383/16, KIO 2616/13.

Przystępujący uznał za bezzasadne także pozostałe zarzuty odwołania, w tym w zakresie rażąco niskiej ceny oraz czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący, na którym spoczywa ciężar dowodu powyższego, nie wykazał, ażeby oferta Przystępującego zawierała rażąco niską cenę, czyli cenę niewiarygodną, nierealistyczną w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień. Cena wskazana przez Przystępującego znacząco nie odbiega także od cen z ofert pozostałych wykonawców. Co do zarzutu dotyczącego czynu nieuczciwej konkurencji to Odwołujący nawet nie podejnął próby szczegółowego uzasadnienia takiego zarzutu, nie wskazał nawet o jaki konkretny czyn nieuczciwej konkurencji chodzi i z jakich

względów uznaje, że działanie Przystępującego nie znajduje uzasadnienia w mechanizmie konkurencji.

Ponadto Przystępujący wskazał, że w jego ocenie brak jest podstaw do unieważnienia postępowania w trybie art. 93 Pzp z uwagi na brak zaistnienia przesłanki wystąpienia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

W konsekwencji Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

**Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, dowody i stanowiska stron oraz uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:**

**Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a zarzucane naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę Korporacja Budowlana Doraco sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego oraz wykonawcę STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W związku ze zgłoszeniem sprzeciwu przez Przystępującego Strabag co do zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, Izba skierowała odwołanie do rozpoznania na rozprawie.

**Izba ustaliła:**

Zgodnie w punkcie 13.1 SIWZ wskazał, że „W formularzu ofertowym Wykonawca podaje cenę brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia. Zamawiający przewiduje wynagrodzenie ryczałtowe (vide § 6 projektu umowy). Cena oferty podana w formularzu ofertowym powinna być zgodna z ceną całkowitą wynikającą z podsumowania kosztów w harmonogramie rzeczowo - finansowym oraz kosztorysie ofertowym.

Harmonogram rzeczowo-finansowy powinien być podzielony na dwa etapy, zgodnie z pkt. III (termin realizacji).

Uwaga!

Wzór harmonogramu finansowo rzeczowego (HRZ) stanowi załącznik do SIWZ. HRZ powinien być sporządzony zgodnie z wzorem, co do treści oraz opisu kolumn i wierszy. Wybrany Wykonawca przed podpisaniem umowy przedstawi ostateczną uszczegółowioną wersję HRZ, który będzie stanowił załącznik do umowy.”.

Zgodnie natomiast z punktem 13.2 „Wykonawca w kosztorysie ofertowym określi ceny jednostkowe na wszystkie prace związane z przedmiotowym zamówieniem, wraz z materiałem, z którego będą wykonywane poszczególne roboty oraz poda cenę całości zadania (tj. sumę cen jednostkowych powiększoną o obowiązujący podatek VAT).

Uwaga: Załączone do dokumentacji projektowej przedmiary robót budowlanych są jedynie materiałem pomocniczym i uzupełniającym dla wykonawców i nie stanowią podstawy do obliczenia ceny ofertowej. W wypadku ewentualnych rozbieżności jako nadrzędne należy przyjmować informacje zawarte w opisie, w drugiej kolejności w specyfikacji, a w trzeciej kolejności w przedmiarze robót. Kosztorys ofertowy należy sporządzić metodą uproszczoną (zgodnie z zasadami podanymi w publikacji „Polskie standardy kosztorysowania robót budowlanych”, wydana w październiku 2005 roku przez Stowarzyszenie Kosztorysantów Budowlanych). Wszystkie pozycje kosztorysu powinny zawierać cenę jednostkową - cena jednostkowa każdej pozycji kosztorysowej powinna obejmować koszty bezpośrednio robocizny, materiałów łącznie z kosztami zakupu, pracy sprzętu i transportu technologicznego oraz koszty pośrednie i zysk, (Zamawiający dopuszcza też kalkulację szczegółową).

Celem złożenia kosztorysu ofertowego jest ocena sposobu kalkulacji ceny i zgodności zakresu robót z dokumentacją techniczną co do technologii ich wykonania. W oparciu o złożony kosztorys ofertowy rozliczane będą ewentualne roboty zamienne i dodatkowe. Kosztorys ofertowy traktowany będzie przez Zamawiającego jako podstawa ustalenia zaangażowania prac przy płatnościach częściowych oraz w przypadku, o którym mowa w art. 145 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

Zamawiający wskazał ponadto, że brak kosztorysu będzie stanowił przesłankę do odrzucenia oferty.

**Izba zważyła:**

Przechodząc do merytorycznego rozpoznania zarzutów w pierwszej kolejności rozstrzygnięcia wymagała kwestia dotycząca charakteru składanego przez wykonawców wraz z ofertą kosztorysu ofertowego.

Izba w składzie orzekającym uznała, że niezależnie od przyjętego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego modelu należnego wykonawcy wynagrodzenia żaden przepis Pzp nie zwalnia Zamawiającego z obowiązków w zakresie badania oferty, w wyniku którego powstać może konieczność, przykładowo, poprawienia występujących w ofercie omyłek, wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, czy przeanalizowania oferty pod kątem rażąco niskiej ceny. W ocenie Izby przyjęcie

poglądu o niewiążącym charakterze kosztorysów utrudniałoby, o ile nie uniemożliwiałoby Zamawiającemu skuteczne przeprowadzenie procedury z art. 90 Pzp, której dopuszczalność nie jest ograniczona przyjętym w danej sprawie modelem wynagrodzenia wykonawcy. Wskazać należy, że ustalenie ryczałtowego wynagrodzenia nie wyłącza uprawnień Zamawiającego w zakresie badania kosztorysów ofertowych, co potwierdza orzecznictwo Izby (m.in. wyroki z 27 stycznia 2014 r., KIO 50/14, czy z 16 listopada 2012 r., KIO 2392/12, KIO 2410/12). Ponadto zauważyć należy, że Zamawiający wymagał złożenia kosztorysu ofertowego, aby mieć możliwość po pierwsze weryfikacji sposobu kalkulacji ceny i po drugie ustalenie zgodności zakresu robót z dokumentacją techniczną co do technologii ich wykonania.

W konsekwencji ustalenia więc, że Zamawiający pomimo ustalenia wynagrodzenia o charakterze ryczałtowym ma możliwość badania informacji zawartych w kosztorysie ofertowym skład orzekający uznał, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, bowiem Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp zaniechując odrzucenia oferty Przystępującego Strabag jako niezgodnej z treścią SIWZ w zakresie:

- 1) mocy zasilacza UPS,
- 2) baterii kondensatora,

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaoferowania przez Strabag zasilacza UPS o parametrach niezgodnych z SIWZ wskazać należy, że w Projekcie wykonawczym TOM VI (Projekt branży elektrycznej) w dziale „Uwagi końcowe” (str. 14) Zamawiający wskazał moc zasilacza UPS jako 5 kVA. Natomiast w udostępnionym wraz z dokumentacją projektową przedmiarze branży elektrycznej dla Etapu I w poz. 125 d.4.5 (str. 11) moc zasilacza określona została jako 4 kVA. W odpowiedzi na pytanie nr 13 lp. 1 z dnia 4 lipca 2019 r. Zamawiający określił moc zasilacza na poziomie 5 kVA. Podkreślić należy ponadto, że zgodnie z pkt 9.15 SIWZ: „W przypadku rozbieżności pomiędzy treścią niniejszej SIWZ, a treścią udzielonych odpowiedzi jako obowiązującą należy przyjąć treść pisma zawierającego późniejsze oświadczenie Zamawiającego.” W związku z tym należy przyjąć, że mocą zasilacza UPS, jaką winni byli uwzględnić wszyscy wykonawcy na potrzeby sporządzenia (i wyceny) oferty jest moc wskazana przez Zamawiającego w odpowiedzi z 17 lipca 2019 r., tj. 5 kVA. Tymczasem jak wynika z pozycji 4.5.30 kosztorysu ofertowego Strabag wykonawca ten zaoferował zasilacz awaryjny o mocy 4 kVA, a więc niezgodny z wymogiem Zamawiającego określonym w SIWZ. Powyższe stanowi więc konieczność do odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Tym samym Zamawiający zaniechując powyższej czynności naruszył powyższy przepis.



Skład orzekający Izby stwierdził, że Zamawiający winien był odrzucić ofertę wykonawcy Strabag na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zakresie zaoferowanych przez tego wykonawcę baterii kondensatorów. Wskazać bowiem należy, że w Projekcie wykonawczym TOM VI (Projekt branży elektrycznej), w dziale „Uwagi końcowe” (str. 14) Zamawiający podał, że „przyjęto baterię kondensatorów o mocy 100 kVar”. Tożsamą wartość wskazano również w sporządzonym przez Zamawiającego przedmiarze branży elektrycznej w poz. 124 d.4.5 (str. 11). Pytaniem z 4 lipca 2019 r. jeden z wykonawców zwrócił się do Zamawiającego o sprecyzowanie parametrów technicznych wymaganej baterii kondensatorów, z uwagi na podanie przez Zamawiającego tylko mocy całej baterii kondensatorów (pytanie nr 13 ppkt 2). Zamawiający w odpowiedzi na ww. pytanie z 17 lipca 2019 r. określił ostatecznie, że szczegółowe parametry baterii kondensatorów są następujące: Bateria 150/5 kVar z dławikami. Skład orzekający ustalił, że Przystępujący Strabag w pozycji 4.5.20 kosztorysu ofertowego podał, że zaoferował wykonanie baterii kondensatora o mocy 100 kVar (bez dławików), a więc nie spełniającej wymogów ustalonych przez Zamawiającego w SIWZ. Powyższe powoduje więc, że oferta Przystępującego w tym zakresie również jest niezgodna w treścią SIWZ i winna podlegać odrzuceniu.

Izba w składzie orzekającym za niezasadny uznała natomiast zarzut zawarty w punkcie 1 lit. j) dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Strabag jako niezgodnej z punktem 2.9 SIWZ oraz zawierającej błąd w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6) w zakresie dotyczącym nieuwzględnienia kwoty za realizację zamówienia w roku 2019 w wysokości przekraczającej górny limit finansowania inwestycji w roku 2019.

Wskazać należy, że w udzielonej w dniu 17 lipca 2019r. odpowiedzi na pytanie: „(...) Prosimy o określenie w jakich częściach, w jakich % w poszczególnych latach Zamawiający będzie finansował inwestycje? Brak danych może uniemożliwić sporządzenie oferty i jej wycenę.” Zamawiający wyjaśnił, że „zgodnie z WPF Zamawiający przewiduje finansowanie inwestycji w następujących proporcjach: rok 2019 - ok. 2%, rok 2020 - ok. 42%, rok 2021 - ok. 36%, rok 2022 – pozostałe”. Jak wskazywał natomiast na rozprawie Przystępujący Strabag przewidziane przez niego i wynikające z Harmonogramu rzeczowo – finansowego łączne koszty realizacji inwestycji w roku 2019 r. wynoszą 905.501,15 zł i przekraczają wskazaną przez Zamawiającego kwotę 900.000 zł o 0,16%, a więc mieszczą się w „granicy około 2%”. Skład orzekający podzielił w tym zakresie stanowisko Przystępującego i uznał, że skoro Zamawiający w udzielonej w dniu 17 lipca odpowiedzi na pytanie nr 6 pakiet 12 wskazał w sposób wyraźny proporcje finansowania na poszczególne lata, w tym na rok 2019r. określił ją w wysokości ok. 2%, to uwzględniając punkt 9.15 SIWZ, zgodnie z którym w przypadku rozbieżności pomiędzy treścią SIWZ, a treścią udzielonych odpowiedzi, jako obowiązującą należy przyjąć treść pisma zawierającego późniejsze oświadczenie Zamawiającego to do

oceny zgodności oferty w treścią SIWZ należało wziąć pod uwagę powyższą odpowiedź Zamawiającego a nie kwotę wskazaną w punkcie 2.9 SIWZ.

Izba nie nakazała natomiast odrzucenia oferty Przystępującego Strabag na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 6 Pzp w zakresie pozostałych pozycji wskazanych w punkcie 4.1. odwołania uznając, że nakazywanie tej czynności Zamawiającemu byłoby działaniem przedwczesnym. Podkreślić bowiem należy, że odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający może dokonać w sytuacji, kiedy niemożliwe jest wyjaśnienie jej treści na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp i potwierdzenia w ten sposób jej zgodności z SIWZ.

W okolicznościach niniejszej sprawy brak jest natomiast możliwości jednoznacznego przesądzenia, że Strabag:

- zaniżył ilość betonu przeznaczonego na fundamenty dla Etapu I zamówienia w stosunku do ilości wynikającej z dokumentacji projektowej zadania;
- zaniżył ilość zbrojenia konstrukcji żelbetowej na wykonanie zbrojenia dla Etapu I i II zamówienia w stosunku do ilości wynikającej z dokumentacji projektowej zadania;
- nie uwzględnił wymaganej przez SIWZ izolacji na rurociągach ciepła technologicznego dla rurociągów w instalacjach ciepła technologicznego o połączeniach spawanych o średnicy nominalnej 50, 65, 80 i 100 mm;
- nie uwzględnił wymaganego w SIWZ rozwiązania w postaci wykonania izolacji przeciwwodnej pod płytą fundamentową oraz na ścianach fundamentowych piwnic dla warstwy PG1 oraz SF1 z zastosowaniem mat bentonitowych mocowanych mechanicznie wraz z uszczelnieniami;
- nie uwzględnił wymaganego w SIWZ wykonania dodatkowej warstwy gładzi gipsowej na ścianach tynkowanych;
- nie uwzględnił wymaganego w SIWZ wykonania gładzi na sufitach tynkowanych niewykończonych sufitem podwieszanym;
- nie uwzględnił wymaganego w SIWZ wykonania tynkowania pod sufitami podwieszanymi;
- zaniżył wymaganej dokumentacją projektową liczby baterii natryskowych;
- nie uwzględnił wymaganego dokumentacją projektową oraz przepisami obowiązującego prawa zabezpieczenia wykopu podczas realizacji Etapu I zamówienia;
- nie uwzględnił wymaganego w SIWZ wykonania skarpy oraz zejścia do obszaru hipoterapii/dogoterapii;
- zaniżył ilości podkonstrukcji pod centrale wentylacyjne w stosunku do ilości wynikającej z SIWZ;
- nie uwzględnił zrzutu wody z odwodnienia wykopu w Etapie I zamówienia.

Podkreślić bowiem należy, że Przystępujący Strabag na rozprawie wskazywał i wyjaśniał, w których pozycjach kosztorysu ofertowego ujęte są brakujące ilości materiału i zaprzeczał, aby pominął w kosztorysie pozycje wskazywane przez Odwołującego. Tym samym skład orzekający uznał, że na obecnym etapie postępowania nakazywanie Zamawiającemu odrzucenia oferty byłoby działaniem przedwczesnym z uwagi na konieczność złożenia przez Strabag konkretnych wyliczeń i wyjaśnień potwierdzających okoliczność ujęcia w kosztorysie materiałów umożliwiających mu realizację zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ oraz dokumentacji projektowej. Jednakże, z uwagi na okoliczność, że Izba za zasadny uznała zarzut dotyczący niezgodności oferty Przystępującego w zakresie zasilacza UPS oraz baterii kondensatorów i nakazała jej odrzucenie, to pomimo uznania za zasadny zarzut nr 2 odwołania stwierdziła, że niecelowym byłoby nakazywanie Zamawiającemu wzywaniem Przystępującego Strabag do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

Z tego też względu Izba w składzie orzekającym pomimo uznania za zasadny zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp nie nakazywała wezwania Przystępującego Strabag do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Izba w składzie orzekającym uznała, że w niniejszej sytuacji zaistniały okoliczności, które winny były wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do sposobu skalkulowania przez Strabag ceny oferty i jej istotnych części składowych w zakresie:

- ilości betonu przeznaczonego na fundamenty dla Etapu I zamówienia;
- ilości zbrojenia konstrukcji żelbetowej na wykonanie zbrojenia dla Etapu I i II zamówienia;
- wykonania tynkowania pod sufitami podwieszanymi;
- liczby baterii natryskowych przewidzianych w Etapie I i II zamówienia;
- ilości podkonstrukcji pod centrale wentylacyjne;
- zrzutu wody z odwodnienia wykopu w Etapie I zamówienia.

Izba za niezasadne skład orzekający uznał natomiast zarzuty dotyczące naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Skorzystanie z powyższej sankcji możliwe jest natomiast dopiero po uprzednim wezwaniu wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny. Skoro więc w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wzywał Przystępującego Strabag do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie to brak jest podstaw prawnych do zastosowania przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp i odrzucenia oferty Strabag jako zawierającej rażąco niską cenę.

Skład orzekający stwierdził również, że Odwołujący nie zdołał wykazać, że złożenie oferty przez Strabag stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 u.z.n.k jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Realizacja przesłanki z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp nastąpić powinna w sytuacji, w której oferta wykonawcy wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, ale zarzut dopuszczenia się przez wykonawcę czynu nieuczciwej konkurencji powinien być udowodniony. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z 22 października 2002 r., II CKN 271/01, OSNC rok 2004, nr 2, poz. 26 "Uznanie konkretnego czynu za czyn nieuczciwej konkurencji wymaga bowiem ustalenia na czym określone działanie polegało oraz zakwalifikowania go jako konkretnego deliktu ujętego w rozdziale 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji albo deliktu nieujętego w tym rozdziale, lecz odpowiadającego hipotezie art. 3 ust. 1 tej ustawy". Zgodnie z art. 190 ust. 1 Pzp Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Odwołujący powyższemu obowiązkowi nie sprostał, nie przedstawił bowiem żadnego dowodu uzasadniającego postawiony przez siebie zarzut. Odwołujący nie podjął próby szczegółowego uzasadnienia postawionego zarzutu, nie wskazał ponadto o jaki konkretny czyn nieuczciwej konkurencji chodzi i z jakich względów uznaje, że działanie Przystępującego nie znajduje uzasadnienia w mechanizmie konkurencji.

Za niezasadny Izba uznała również zarzut dotyczący naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 146 ust. 6 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Skład orzekający uznał bowiem, że w niniejszym postępowaniu nie sposób uznać, że zostały złożone oferty ze sobą nieporównywalne, w konsekwencji czego postępowanie nie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji wyroku.

W przedmiotowej sprawie Izba uwzględniła odwołanie zarówno w zakresie zarzutów częściowo uwzględnionych przez Zamawiającego, co do których Przystępujący Strabag wniósł sprzeciw oraz za zasadne uznała zarzuty nieuwzględnione przez Zamawiającego. W konsekwencji kosztami postępowania obciążyła zatem Zamawiającego w części ½ oraz Przystępującego Strabag w części ½. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 20 000 zł oraz koszty poniesione przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 2 460zł (łącznie 22 460 zł). Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego oraz od Przystępującego Strabag na rzecz Odwołującego kwotę po 11 230 zł.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 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).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....