

WYROK
z dnia 5 sierpnia 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Klaudia Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2019 r. przez wykonawcę **Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie (30-732)** w postępowaniu prowadzonym przez **Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Skawinie (32-050)**

przy udziale wykonawcy **Arco System Sp. z o.o. z siedzibą w Oświęcimiu (32-600)**, zgłaszającego przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego z tego powodu, że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwagi na brak cen jednostkowych mikropali przy obowiązującym wynagrodzeniu powykonawczym (kosztorysowym), co skutkuje przyjęciem, iż oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny i kosztu oraz nastąpiło zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z opisem przedmiotu zamówienia, a także w zakresie zarzutu wyboru oferty przystępującego pomimo, że oferta ta winna zostać odrzucona i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.), oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

2. kosztami postępowania obciąża **Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Skawinie (32-050)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie (30-732)** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z siedzibą w Skawinie (32-050)** na rzecz wykonawcy **Instal Kraków S.A. z siedzibą w Krakowie (30-732)** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na „Zadanie 1 - Kontrakt 1 Modernizacja Stacji Uzdatniania Wody w Skawinie.” przez Zakład Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Radziszowska 11, 32-050 Skawina (dalej „zamawiający”) wykonawca Instal Kraków S.A., ul. Konstantego Brandla 1, 30-732 Kraków (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec:

1. wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Arco System Sp. o.o., ul. Unii Europejskiej 24, 32-600 Oświęcim (dalej „Arco System” albo „przystępujący”),
2. zaniechania odrzucenia oferty Arco System z uwagi na jej niezgodność z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej jako „SIWZ”), niezgodność z opisem przedmiotu zamówienia (dalej „SIWZ”) oraz z uwagi na to, że oferta ta zawiera błędy w obliczeniu ceny oraz zawiera rażąco niską cenę lub rażąco niski koszt i istotne części składowe ceny,
3. zaniechania odtajnienia, a następnie udostępnienia pełnej treści złożonych przez Arco System wyjaśnień w zakresie sposobu wyliczenia ceny, pomimo nieskutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odwołujący zarzucił zamawiającego naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 poz. 1986 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 87 ust. 1 tejże ustawy w związku z art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej „UZNK”), poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Arco System pomimo, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ z uwagi na brak cen jednostkowych mikropali przy obowiązującym wynagrodzeniu powykonawczym (kosztorysowym), co skutkuje przyjęciem, iż oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny i kosztu oraz, że nastąpiło zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z opisem przedmiotu zamówienia, prowadzenie niedopuszczalnych negocjacji, które doprowadziły do zmiany treści złożonej przez Arco System oferty oraz naruszenie uczciwej konkurencji,
2. art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 tejże ustawy w związku z art. 3 ust. 1 UZNK, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Arco System, pomimo, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub rażąco niski koszt i istotne części składowe ceny, a jej złożenie z uwagi na zaoferowanie drabin nierdzewnych, konstrukcji wsporczych nierdzewnych, umocnienia ścian wykopów pod obiekty specjalne, wykonania

zabezpieczenia wykopów ob. nr 8 w formie palisady z pali o średnicy do 600 mm w cenach rażąco niskich stanowi czyn nieuczciwej konkurencji,

3. art. 90 ust. 1, poprzez zaniechanie wezwania Arco System do wyjaśnienia rażąco niskiego kosztu,
4. art. 8 ust. 1-4 w związku z art. 11 ust. 4 UZNK, tj. zasadę jawności postępowania, poprzez zaniechania udostępnienia pełnej treści złożonych przez Arco System wyjaśnień w zakresie sposobu obliczenia ceny, kosztu, cen jednostkowych, pomimo, iż Arco System nie wykazało, iż zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa,
5. art. 7, poprzez wybór oferty Arco System, pomimo faktu, iż powinna ona zostać odrzucona w przedmiotowym postępowaniu, przez co zamawiający nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. udostępnienie mu całej treści złożonych przez Arco System wyjaśnień z 24.06.2019 r. w tym Części B (część zastrzeżona) dotyczących sposobu obliczenia ceny, cen jednostkowych, kosztu wraz ze wszystkimi załącznikami, a w przypadku braku ku temu podstaw, nakazanie udostępnienia treści wyjaśnień bez załączników,
3. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
4. wezwanie Arco System do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiego kosztu,
5. odrzucenia oferty Arco System po powtórzeniu czynności oceny ofert,
6. wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 tejże ustawy odwołujący podał, że wynagrodzenie wykonawcy, zgodnie z pkt 12 ppkt 5 SIWZ, ma charakter obmiarowy (kosztorys powykonawczy), co oznacza, że wynagrodzenie zostanie ustalone na podstawie planowanych prac i przewidywanych kosztów.

Uzupełnił, że w wyjaśnieniach nr 6 z 18.04.2019 r. zamawiający udzielił odpowiedzi: *„Zamawiający informuje, iż zgodnie z zapisami pkt 12 ppkt 5 SIWZ wynagrodzenie Wykonawcy ma charakter obmiarowy (kosztorys powykonawczy) ”*, w konsekwencji czego kosztorys złożony przez wykonawcę stanowi część oferty i ma istotne znaczenie zarówno dla określenia oferowanego przedmiotu zamówienia oraz cen jak też ilości jednostek.

Podał, że w kosztorysie ofertowym Arco System pn. *„12_PRJTW_06 - inst + sieci technologicznej konst. mechaniczne - zbiornik do płukania z pompownią wody płucznej ob. nr 6”* w pozycjach 82 i 115 brak jest ceny jednostkowej i wartości netto dotyczących

wykonania mikropali śr. 200 mm zbrojonych żerdzią systemową zagłębiony 100 cm poniżej stropu piasku.

Dowód nr 1 – kosztorys ofertowy Arco System pn. „12 PR TW 06 - inst. + sieci technologiczne, konst. mechaniczne - zbiornik do płukania z pompownią wody płuczei ob. nr 6”.

Skonstatował, że brak ceny jednostkowej przy wynagrodzeniu kosztorysowym skutkuje odrzuceniem oferty, która zawiera taki błąd, a błędu takiego nie można skorygować w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż prowadziłoby to do nieuprawnionych negocjacji z oferentem i w konsekwencji do zmiany treści złożonej oferty.

Uznał, że kosztorys złożony przez wykonawcę stanowi część oferty i ma istotne znaczenie zarówno dla określenia oferowanego przedmiotu zamówienia, cen, jak też ilości jednostek.

Wskazał nadto, że zgodnie z SIWZ pkt 12 ppkt 8 „Opis sposobu obliczenia ceny” *„Kwota kontraktowa winna obejmować całkowity koszt wykonania przedmiotu zamówienia, winna być ona wyrażona w PLN z uwzględnieniem cen jednostkowych również podanych w PLN.”*, zaś w ppkt. 17 SIWZ znajduje się zapis, iż niezastosowanie się do wymagań z ppkt 10 i ppkt 15 (ppkt 15 dotyczy obowiązku ujęcia wszystkich elementów w wycenie jednostkowej) skutkować będzie odrzuceniem oferty.

Dodatkowo wskazał, że w wyjaśnieniach nr 13 z dnia 9 maja 2019 r. w odpowiedzi na pytanie nr 3 czytamy: *„Zamawiający potwierdza, że Wykonawcy zostanie wypłacona wartość będąca iloczynem rzeczywiście zrealizowanych jednostek obmiarowych i ceny jednostkowej zawartej w kosztorysie ofertowym”*.

Podniósł, że wypłacenie tak określonej wartości nie będzie obiektywnie możliwe bez znajomości wszystkich cen jednostkowych.

Zdaniem odwołującego oczywistym jest, że oferta zawierająca takie błędy, jak brak ceny jednostkowej powinna zostać odrzucona, a zamawiający nawet nie ma obowiązku zwrócenia się o udzielenie wyjaśnień do wykonawcy.

Podał, że zamawiający 06.06.2019 r. wezwał Arco System do złożenia wyjaśnień dotyczących braku cen jednostkowych i wartości netto pozycji 82 i pozycji 115 w kosztorysie ofertowym, a wykonawca Arco System w wyjaśnieniach z 11.06.2019 r. przyznał, że w w/w pozycjach – *„(...) nie zostały podane ceny oraz nie zostały podane wartości netto pozycji ponieważ:*

- *wartość pozycji nr 82 z uwagi na charakter prac została ujęta w pozycjach od 76 do 81 elementu 1.2.3.2 Roboty ziemne kosztorysu ofertowego,*
- *wartość pozycji nr 115 została ujęta w pozycjach od 110 do 114 elementu 1.2.4.2*

Roboty ziemne kosztorysu ofertowego."

W ocenie odwołującego z powyższego wynika, że Arco System potwierdził brak wskazania w kosztorysie cen jednostkowych ww. pozycji, przy czym próbując wyjaśnić ich brak wskazał na rzekome uwzględnienie ich w innych pozycjach robót ziemnych.

Stanął na stanowisku, że nie sposób się zgodzić, iż roboty związane z mikropalami są zawarte w przywołanych pozycjach kosztorysowych, ponieważ ani przywołana podstawa pozycji kosztorysowej, ani opis robót zawarty w pozycji kosztorysowych robót ziemnych wskazanych przez Arco System w wyjaśnieniu z 11.06.2019r. nie potwierdza, iż wykonanie mikropali zbrojonych żerdzią systemową jest zawarte w tychże pozycjach kosztorysowych robót ziemnych.

Dowód nr 2 – wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień w sprawie braku cen jednostkowych mikropali z 06.06.2019 r.

Dowód nr 3 – wyjaśnienia Arco System z 11.06.2019 r.

Podkreślił, że Arco System nie wskazał również w wyjaśnieniach ceny jednostkowej wykonania mikropali zbrojonych żerdzią systemową, co – wedle odwołującego – należy uznać za potwierdzenie braku cen jednostkowych.

Wskazał, że w wyjaśnieniach nr 4 z 18.04.2019 r. zamawiający na następujące pytanie jednego z oferentów: *„W toku analizy dokumentacji przetargowej stwierdzono rozbieżności pomiędzy przedmiarami, a dokumentacją projektową. Które dokumenty są obowiązujące do wyceny, czy przedmiar należy traktować jako opis przedmiotu zamówienia”* odpowiedział: *„Tak, Zamawiający potwierdza, że Przedmiar należy traktować jako opis przedmiotu zamówienia.”*

Uznał, że z powyższej odpowiedzi wynika, że w kosztorysie ofertowym muszą się znaleźć wszystkie pozycje z przedmiaru robót, gdyż to przedmiar, a w konsekwencji sporządzone zgodnie z przedmiarem kosztorysy ofertowe opisują przedmiot zamówienia i weryfikują, czy przedmiot zamówienia jest zgodny z SIWZ, tj. wymaganiami zamawiającego.

Podkreślił, iż na każdej drugiej stronie każdego kosztorysu Arco System oświadczył: *„Opis ofertowanego przedmiotu zamówienia zawarty został w poszczególnych pozycjach kosztorysu.”*

Podsumował, że brak ceny jednostkowej i brak ceny za wykonanie mikropali zbrojonych żerdzią systemową potwierdza jednoznacznie, iż zakres ten nie został zaoferowany przez Arco System.

Zdaniem odwołującego nie można za wiarygodne uznać wyjaśnienie Arco System, że mikropale zbrojone żerdzią systemową są uwzględnione w pozycjach kosztorysowych robót ziemnych, gdyż wykonanie mikropali jest specyficznym zakresem różniącym się zasadniczo

od robót ziemnych – mikropale zbrojone żerdzią systemową, zgodnie ze Specyfikacją Techniczną ST-09 – mikropale iniekcyjne (pkt 1.6.1), która stanowi część Specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót (dalej „STWiOR”), wymagają przed przystąpieniem do realizacji między innymi sporządzenia dodatkowej dokumentacji technologicznej przez specjalistyczne przedsiębiorstwo wykonujące mikropale. Wskazał, że pomimo, iż przedmiot zamówienia jest realizowany na podstawie dokumentacji zamawiającego i to nią jest też opisany, to jedynie w przypadku wykonania mikropali wymagają one sporządzenia przez specjalistyczne przedsiębiorstwo wykonujące mikropale dodatkowej dokumentacji projektowej mikropali, sporządzenia dla każdego mikropala metryki zawierającej między innymi: numer mikropala, średnicę wiercenia i uformowanego trzonu, rzędną głowicy, rzędną podstawy, warunki gruntowe, rodzaj zaczynu iniekcyjnego, objętość wtłoczonego zaczynu lub zużytego cementu zawierającej.

Na powyższej podstawie uznał, że cena jednostkowa za wykonanie 1 kompletu mikropala o średnicy 200 mm zbrojonego żerdzią systemową obejmuje również wykonanie specjalistycznej dokumentacji projektowej, natomiast wykonanie robót ziemnych w pozycjach od 76 do 81 oraz w pozycjach od 110 do 114 kosztorysu ofertowego Arco System pn. „12_PR_TW_06 - inst + sieci technologiczne, konst. mechaniczne - zbiornik do płukania z pompownią wody płucznej ob. nr 6” jest wykonywane na podstawie dokumentacji zamawiającego.

Podniósł, że wskazanie ceny jednostkowej za kompleksowe wykonanie mikropala (w tym również wykonanie projektu) o średnicy 200 mm zbrojonego żerdzią systemową jest również istotne z tego powodu, iż w przypadku gdyby warunki gruntowe w miejscu wykonania pali okazały się inne niż podaje to ogólna dokumentacja geologiczna, to zgodnie z pkt 6.2 ST-09 „Mikropale iniekcyjne” dopuszczone jest przeprojektowanie mikropali np. poprzez zwiększenie lub zmniejszenie ich ilości – brak ceny jednostkowej za wykonanie 1 kpi mikropala o średnicy 200 mm zbrojonego żerdzią systemową uniemożliwi rozliczenie powykonawcze tych pali.

Dowód nr 4 – Specyfikacja Techniczna ST-09 - Mikropale iniekcyjne.

W ocenie odwołującego potwierdzeniem, iż Arco System nie zaoferował ani nie wycenił mikropali o średnicy 200 mm zbrojonych żerdzią systemową jest porównanie w Tabeli nr 1 (Dowód nr 5) wartości kosztorysowych wykonania mikropali przez poszczególnych oferentów wraz z porównaniem wartości kosztorysowych wykonania robót ziemnych w pozycjach od 76 do 81 oraz w pozycjach od 110 do 114 kosztorysów ofertowych pn. „12_PR_TW_06 - inst + sieci technologiczne, konst mechaniczne - zbiornik do płukania z pompownią wody płucznej ob. nr 6” poszczególnych oferentów.

Podał, że z Tabeli nr 1 wynika, że pozostali oferenci, poza Arco System, zaoferowali wykonanie mikropali o średnicy 200 mm zbrojonych żerdzią systemową w następujących

cenach jednostkowych:

Instal Kraków S.A. – cena jednostkowa 4.000 zł, cena 8 kpl: 32.000 zł,

ABT Sp. z o.o – cena jednostkowa 4.945 zł, cena 8 kpl: 39.560 zł,

Inżynieria Rzeszów S.A. – cena jednostkowa 5.260 zł, cena 8 kpl: 42.240 zł.

Uznał, że analiza sumarycznej wartości pozycji kosztorysowych robót ziemnych od poz. 76 do 81 oraz pozycji od 110 do 114 prowadzi do jednoznacznego wniosku, że wyjaśnienie Arco System, iż cena za wykonanie mikropali jest zawarta w cenie w/w robót ziemnych jest nieprawdziwa i sprzeczna ze stanem faktycznym – w szczególności widać to po zsumowaniu pozycji robót ziemnych od nr 110 do 114:

	Arco System	Instal Kraków S.A.	ABT Sp. z o.o	Inżynieria Rzeszów S.A.
Łączna wartość pozycji	8.150,26	37.869,26	36.872,66	14.063,53
wykonanie 4 kpl mikropali w zł	BRAK	16.000,00	19.780,00	21.120,00
Razem pozycje 110 do 115	8.150,26	53.869,26	56.652,66	35.183,53

Zakładając, że twierdzenie Arco System, iż cena 4 kpl mikropali jest zawarta w cenie pozycji robót ziemnych od nr 110 do 114 kosztorysu ofertowego jest prawdziwe – wywodził odwołujący – to, przyjmując cenę najniższą ze wszystkich zaoferowanych za wykonanie 4 kpl mikropali, tj. cenę odwołującego wynoszącą 16.000,00 zł, to łączna cena Arco System za roboty ziemne wynosząca 8.150,26 zł i rzekomo zawierająca również wykonanie 4 kpl mikropali jest niższa dwukrotnie od najniższej ceny zaoferowanej za mikropale (8.150,26 zł w ofercie Arco System za roboty ziemne wraz z mikropalami – 16.000,00 zł, za 4 kpl mikropali wg najniższej zaoferowanej ceny wśród oferentów – 7.849,74 zł) daje wynik ujemny, co potwierdza, że w pozycjach kosztorysowych robót ziemnych od 110 do nr 114 Arco System nie jest uwzględnione wykonanie 4 kpl mikropali o średnicy 200 mm zbrojonych żerdzią systemową.

Gdyby jednak przyjąć założenie – wywodził dalej odwołujący – że mikropale są w cenie robót ziemnych w pozycjach od 110 do 114 i najniższą cenę za wykonanie 4 kpl mikropali zaoferowaną w niniejszym postępowaniu i wynoszącą 16.000 zł, to oznaczałoby również, że Arco System zaoferował te prace po cenach dumpingowych, nawet nie za wartość 0, ale musiałby do nich dopłacić 7.849,74 zł – oferowanie cen dumpingowych stanowi czyn nieuczciwej konkurencji i naruszenie art. 3 ust. 1 ustawy UZNK.

Dowód nr 5 – Tabela nr 1.

Dowód nr 6 – oferta Geo-KompSp. Z o.o. z 28.05.2019 r. wraz z referendami, certyfikatami systemu ANP (żerdzie systemowe) i ogólnymi warunkami wykonania fundamentów pośrednich Geo-Komp.

Uznał, że zamawiający, uwzględniając wyjaśnienia Arco System z 11.06.2019 r. – nie odrzucając jego oferty ze względu na brak cen jednostkowych mikropali oraz nie zaoferowanie wykonania tychże mikropali zaakceptował dopuszczenie się czynu nieuczciwej konkurencji, poprzez zaoferowanie ceny dumpingowej za wykonanie robót ziemnych w pozycjach od nr 110 do nr 114. Zamawiający dopuścił się tym samym przeprowadzenia nieuprawnionych negocjacji, czym naruszył art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

W odniesieniu do naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 UZNK odwołujący stwierdził, że analizując kosztorysy Arco System należy stwierdzić, że oferta zawiera ceny jednostkowe, które zostały zaniżone.

W pozycjach kosztorysowych 101 i 134 kosztorysu pn. „12_PR_TW_06 - inst + sieci technologiczne, konst mechaniczne - zbiornik do płukania z pompownią wody płucznej ob. nr 6” została wyceniona drabina ze stali nierdzewnej o wadze 80 kg (0,08 tony).

Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z dokumentacją techniczną są to dwie drabiny systemowe z wyciąganym podchwytym o szerokości 340mm, wyposażone w stopnie antypoślizgowe wykonane ze stali nierdzewnej, przeznaczone do zamontowania w Komorze Przyłączeniowej nr 1 (KP 1) i nr 2 (KP 2).

Podał, że Arco System zaoferował wykonanie i montaż 1 drabiny za kwotę 295,09 zł, co w przeliczeniu na cenę jednostkową 1 kg gotowego, pełnowartościowego wyrobu z atestem ze stali nierdzewnej daje cenę jednostkową w wysokości 3,69 zł za 1 kg.

Oświadczył, że jest to koszt zaniżony w stosunku do cen rynkowych co najmniej dziesięciokrotnie.

Wskazał, że zaoferował cenę jednostkową wyższą o 974%, ABT o 1170% lub 1001%, a Inżynieria Rzeszów wyższą o 1490%.

Stwierdził, że cena jednostkowa za wykonanie i montaż drabiny ze stali nierdzewnej zaoferowana przez Arco System odpowiada cenie skupu złomu ze stali nierdzewnej oferowanej przez firmy trudniące się handlem złomem.

Dowód nr 7 – Przykładowe ceny skupu złomu ze stali nierdzewnej ze stron internetowych skupów złomu.

Odwołujący oświadczył że w swojej strukturze organizacyjnej posiada specjalistyczny Zakład Produkcji Przemysłowej wytwarzający konstrukcje z różnego rodzaju metali w tym

również ze stali nierdzewnych i posiadający uprawnienia specjalistyczne do ich wytwarzania.

Dowód nr 8 – Certyfikaty ISO, AOAP Instal Kraków S.A. oraz certyfikaty, uprawnienia w zakresie produkcji i wytwarzania konstrukcji.

Oświadczył, że ww. Zakład, wytwarzając różnego rodzaju konstrukcje współpracuje z dostawcami materiałów konstrukcyjnych, po zakupie których wytwarza konstrukcje, prefabrykaty, wyroby i z kalkulacji szczegółowej Zakładu wynika, że koszt wytworzenia 1 szt. drabiny bez marży (zysku) wynosi 2.612,22 zł, przy koszcie roboczogodziny równej 65 zł / 1 godz., co oznacza, przyjmując nawet najniższą stawkę godzinową (gwarantowaną) obowiązującą w Polsce na tzw. „rękę” dla pracownika (bez naliczenia obciążeń pracodawcy), że koszt wyprodukowania drabiny wynosi 1.610 zł, czyli ponad 5 razy więcej niż zaoferował Arco System.

Dowód 9 – Tabela nr 2.

Odwołujący podniósł, że rażąco niski koszt można stwierdzić również w:

- *pozycji 129 - konstrukcje podparć, zawieszek i osłon wykonanych ze stali nierdzewnej wraz z ich montażem cena jednostkowa jest niższa od 3,5 do 5 razy w porównaniu do cen rynkowych zaoferowanych przez pozostałych oferentów,*
- *pozycji 165 dot. wykonania również konstrukcji podparć, zawieszek i osłon wykonanych ze stali nierdzewnej wraz z ich montażem cena jednostkowa jest niższa od 2 do 3 razy w porównaniu do cen rynkowych zaoferowanych przez pozostałych oferentów.*

Podał, że cena jednostkowa w kosztorysach pozostałych oferentów przedstawia się w następująco:

- Instal Kraków S.A.: 37,32 zł / za 1 kg,
- ABT Sp. z o.o: 50,55 zł / za 1 kg,
- Inżynieria Rzeszów S.A: 54,08 zł / za 1 kg i 52,99 zł / za 1 kg.

Na podstawie powyższego stwierdził, że cena jednostkowa za gotowy wyrób jakim są konstrukcje podparć, zawieszek, osłon podana przez Arco System i wynosząca 10,85 zł w przypadku pozycji nr 129 jest niższa od ceny za 1 kg samego materiału potrzebnego do wyprodukowania danego elementu np. koszt zakupu profili kształtują się na poziomie, zgodnie z ofertą jednego ze składów / hurtowni od 11,44 zł do 13,39 zł za 1 kg, a zatem są wyższe od ceny jednostkowej gotowego wyrobu zaoferowanego przez Arco System.

Zauważył, że łączna cena zaoferowana przez Arco System za wykonanie konstrukcji 1,23 tony wsporczych ze stali nierdzewnej w poz. 129 wynosi 13.351,76 zł, a zgodnie z kalkulacją ww. Zakładu (bez marży zysku) wynosi 41.736,72 zł .

Dowód 10 – Tabela nr 3 – kalkulacja własna drabin, konstrukcji wsporczych, podparć Zakładu – cena rynkowa roboczogodziny.

Dowód nr 11 – Tabela nr 3 wersja 2 – wersja kalkulacji Zakładu dla najniższej zagwarantowanej stawki roboczogodziny wynoszącej 14,7 zł / 1 rbg dla której dla pozycji 129 w dalszym ciągu cena zaoferowana przez Arco System (13.351, 76 zł) jest niższa dwukrotnie od kalkulacji Zakładu (25.416,15 zł).

Dowód nr 12 – Tabela nr 3 wersja 3 – wersja kalkulacji Zakładu dla stawki roboczogodziny wynoszącej 0 zł / 1 rbg dla której dla pozycji 129 cena zaoferowana przez Arco System (13.351, 76 zł) jest również niższa od kalkulacji Zakładu (20.646,52 zł).

Uznał, że cena konstrukcji wsporczej, podparć jest niższa nawet od ceny materiału.

Dowód nr 13 – przykładowe oferty dostawców stali nierdzewnej.

Odnosnie do kosztu („12_PR_TW„06 - inst. + sieci technologiczne, konst. mechaniczne - zbiornik do płukania z pompownią wody płucznej ob. nr 6") w pozycjach 77 i 111 – umocnienie ścian wykopów pod obiekty specjalne na sieciach zewnętrznych w gruntach suchych wraz z rozbiórką, umocnienie palami szalunkowymi stalowymi, głębokość wykopu do 6,0, podniósł, że cena jednostkowa jest niższa od 2,5 do 10,5 razy w stosunku do cen zaoferowanych przez pozostałych oferentów.

Dowód 14 – Tabela nr 4.

Podał, że rażąco niski koszt stwierdził również w kosztorysie ofertowym Arco System pn. „I_PR_AR+KN„08-architektura i konst. budowlane budynku mieszania i napowietrzania wody ob. nr 8" w pozycjach od nr 5 do nr 8 dot. zabezpieczenia wykopów w formie palisady z pali o średnicy do 600 mm (H=12,0 m) z betonu C30/37 ze zbrojeniem koszowym w gruncie kat. IV.

Dowód nr 15 – Tabela nr 5 – porównanie cen Arco System, ABT Sp. z o.o. i Inżynierii Rzeszów S.A.

	Arco System	ABT Sp. z o.o	Inżynieria Rzeszów S.A.
Łączna wartość pozycji	224.499,68	551.334,16	732.175,77

Podsumował, że łączna wartość wykonania palisady w ofercie Arco System jest od 2,5 do ponad 3 razy niższa niż w kosztorysach konkurencji.

Dowód 15 – kosztorys ofertowy Arco System pn. „1 PR AR+KN 08-architektura i konst. budowlane budynku mieszania i napowietrzania wody ob. nr 8"

Dowód 16 – Tabela nr 5.

Wskazał na wymóg z pkt 12 ppkt 13 SIWZ: „Cena jednostkowa uwzględnia wszystkie koszty robocizny, materiałów (z uwzględnieniem kosztów zakupu), pracy, sprzętu i środków transportu technologicznego niezbędnych do wykonania robót objętych daną jednostką przedmiarową oraz koszty pośrednie i zysk.”

Stwierdził, że wartość cen jednostkowych podana przez Arco System w pozycjach wskazanych powyżej sugeruje, że warunek z SIWZ pkt 12 ppkt 13 „Opis sposobu obliczenia ceny” nie został spełniony.

Podał, że zamawiający 11.06.2019 r. wezwał Arco System do złożenia wyjaśnień niektórych pozycji kosztorysowych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, tj.

- pozycji 101 i 134 kosztorysu pn. „12_PR_TW_06 - inst + sieci technologiczne, konst mechaniczne - zbiornik do płukania z pompownią wody płucznej ob. nr 6” - drabina ze stali nierdzewnej o wadze 80 kg (0,08 tony);
- pozycji 129 i 165 kosztorysu pn. „7_PR_TW_08 - inst + sieci technologiczne i wod-kan, konst mechaniczne budynek mieszania i napowietrzania wody ob. nr 8” – wykonanie i montaż konstrukcji podparć, zawieszzeń i osłon wykonanych ze stali nierdzewnej wraz z ich montażem.

Wskazał, że 24.06.2019 r. Arco System złożyło wyjaśnienia, które zostały podzielone na część jawną i niejawną.

Stwierdził, że nie może odnieść się do części zastrzeżonej przez Arco System jako tajemnica przedsiębiorstwa.

Podniósł, że zamawiający zaniechał wyjaśnienia innych pozycji kosztorysowych w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp pomimo, iż w sposób znaczący odbiegają one od cen rynkowych – zaniechanie dotyczy następujących ww. pozycji kosztorysowych Arco System, a mianowicie:

- nr 77 i 111 dot. umocnienia ścian wykopów pod obiekty specjalne na sieciach zewnętrznych w gruntach suchych wraz z rozbiórką, umocnienie palami szalunkowymi stalowymi, głębokość wykopu do 6,0 w kosztorysie pn. „12_PR_TW_06 - inst. + sieci technologiczne, konst. mechaniczne - zbiornik do płukania z pompownią wody płucznej ob. nr 6”;
- nr 5 do nr 8 dot. zabezpieczenia wykopów w formie palisady z pali o średnicy do 600 mm (H=12,0 m) z betonu C30/37 ze zbrojeniem koszowym w gruncie kat. IV w kosztorysie pn. „I_PR_AR+KN_08-architektura i konst. budowlane budynku mieszania i napowietrzania wody ob. nr 8”

W odniesieniu do naruszenia art. 8 ust. 1-4 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 UZNK odwołujący podał, że zamawiający, na wniosek odwołującego o udostępnienie mu kompletu korespondencji skierowanej i otrzymanej od uczestników postępowania po dacie otwarcia ofert, 15.07.2019 r. udostępnił odwołującemu Protokół z postępowania przetargowego wraz z korespondencją pomiędzy uczestnikami postępowania przetargowego a zamawiającym, która miała miejsca po dacie otwarcia ofert.

Wskazał, że przepis art. 8 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest jawne, a tym samym cała oferta winna być jawna, a także, że zgodnie z przepisem art. 96 ust. 3 ustawy Pzp jawny jest też protokół z postępowania wraz z załącznikami, przy czym załącznikami są oświadczenia, zawiadomienia oraz inne dokumenty i informacje składane przez zamawiającego i wykonawców (art. 96 ust. 2 ustawy Pzp), a załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wskazał nadto, że od naczelnej zasady jawności postępowania przepis art. 8 ust. 2 ustawy Pzp wprowadza wyjątek – możliwość ograniczenia dostępu do informacji związanych z postępowaniem w przypadkach określonych w ustawie Pzp (zgodnie z przepisem art.8 ust. 3 ustawy Pzp (zdanie pierwsze): *„Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępnione oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa”*).

Stwierdził dalej, że jeżeli wykonawca zastrzegł, że pewne informacje nie mogą być ujawnione jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, to zamawiający winien dokonać oceny skuteczności i poprawności „wykazania”, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa – jeżeli wykonawca nie wykazał (nie udowodnił), że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, to informacje takie nie podlegają ochronie i muszą być udostępnione każdemu, kto o nie wystąpi.

Podniósł, że wykonawca, który zastrzega, że informacje nie mogą być udostępnione jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, obowiązany jest wykazać (udowodnić), że informacje te istotnie stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, przy czym brak takiego wykazania (udowodnienia) obliguje zamawiającego do udostępnienia zastrzeżonych informacji.

Uzupełnił, że zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania i co najmniej uprawdopodobnienia, że zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa nastąpiło w sposób uprawniony – brak wyjaśnień lub udzielenie zbyt ogólnikowych wyjaśnień winno wskazywać na niezasadność dokonanego zastrzeżenia.

W ocenie odwołującego taka sytuacja, tj. bezrefleksyjna ocena i uznanie niejako automatycznie zastrzeżonych przez Arco System informacji i jako tajemnicę przedsiębiorstwa, miała miejsce w niniejszym postępowaniu.

Stwierdził, że zamawiający oparł swoją decyzję jedynie na pisemnych uzasadnieniu Arco System załączonym do wyjaśnień z 24.06.2019 r. – takie działanie jawi się jako dalece asekuracyjne, prowadzące do naruszenia naczelnej zasady postępowania jaką jest jawność procedury udzielania zamówienia publicznego.

Zdaniem odwołującego zastrzeżenia poczynione przez Arco System nie stanowi dowodu, że zastrzegane informacje rzeczywiście stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa –

uzasadnienie jest nad wyraz ogólne, lakoniczne, możliwe do sporządzenia praktycznie na potrzeby każdego postępowania i przez każdego wykonawcę i nie zostało poparte jakimkolwiek dowodem podczas, gdy wyjaśnienia winny być dokładne, kompleksowe i nie budzące wątpliwości, szczegółowe na tyle, aby umożliwić zarówno zamawiającemu, pozostałym wykonawcom, jak i organowi rozpatrującemu ewentualne odwołanie w tym zakresie, odniesienie się do konkretnych zastrzeżonych informacji.

Dodał, że zasada jawności jest podstawową zasadą zamówień publicznych i wyjątki od niej powinny być interpretowane w sposób ścisły, stosowane w drodze proporcjonalnego odstępowania oraz być odpowiednie i w sposób nie budzący wątpliwości uzasadnione.

Podsumował, że zamawiający nie wywiązał się w sposób należyty z nałożonych na niego przez ustawodawcę obowiązków, w sposób bezkrytyczny przyjął zarówno treść oświadczeń Arco System, jak i bez głębszej analizy zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa dokumentów uznał, że zastrzeżenia są prawidłowe, choć zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa winno mieć charakter wyjątkowy – fundamentalną zasadą prawa zamówień publicznych jest jawność postępowania o zamówienie publiczne i jawność ofert; zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa, lecz winien żądać od wykonawcy wykazania się zastrzeżeniem tajemnicy w sposób uprawniony, w szczególności bezpodstawne utrudnienie powszechnego dostępu do informacji w prowadzonym postępowaniu nie pozwala na urzeczywistnienie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W odniesieniu do naruszenie art. 7 ustawy Pzp stwierdził, że wobec powyższego uzasadnienia odwołania i przedłożonych dowodów nie ulega wątpliwości fakt naruszenia przez zamawiającego dyspozycji art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z dnia 25 lipca 2019 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, złożonych przez zamawiającego na posiedzeniu i rozprawie w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem pism przystępującego z dnia 24 czerwca 2019 r., Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 29 lipca 2019 r., pisemnego stanowiska przystępującego – pismo z dnia 5 sierpnia 2019 r., a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego zaprezentowanych w toku posiedzenia i rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił w pierwszej kolejności, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Nieprawidłowe dokonanie przez zamawiającego czynności badania i oceny oferty przystępującego – zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy oznaczałoby, że odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego pomimo, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ z uwagi na brak cen jednostkowych mikropali przy obowiązującym wynagrodzeniu powykonawczym (kosztorysowym), co skutkuje przyjęciem, iż oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny i kosztu oraz, że nastąpiło zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z opisem przedmiotu zamówienia, prowadzenia niedopuszczalnych negocjacji, które doprowadziły do zmiany treści złożonej przez przystępującego oferty oraz naruszenia uczciwej konkurencji, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 UZNK zasługuje na uwzględnienie w zakresie dotyczącym zaniechania odrzucenia oferty przystępującego pomimo, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ z uwagi na brak cen jednostkowych mikropali przy obowiązującym wynagrodzeniu powykonawczym (kosztorysowym), co skutkuje przyjęciem, iż oferta ta zawiera błąd w obliczeniu ceny i kosztu oraz, że nastąpiło zaoferowanie przedmiotu zamówienia

niezgodnego z opisem przedmiotu zamówienia (zarzut odwołania oznaczony na str. 2 pod lit. „A”).

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W rozdziale 3 „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 1.5. zamawiający wskazał, że „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera dokumentacja projektowa, oraz STWiOR, jak i przedmiar, stanowiące załącznik do SIWZ i będące jej integralną częścią.”

Zgodnie z rozdziałem 3 „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 3 i 4 SIWZ:

- „Wykonawca musi dołączyć do oferty obliczenie ceny oferty dla całości zamówienia wyliczonej w oparciu o własną kalkulację, a przedstawić w formie kosztorysów opracowanych na podstawie przedmiarów zawartych w SIWZ, tj. kosztorysów uproszczonych. Cena musi uwzględniać wymagania i zapisy niniejszej SIWZ oraz jej załączników, w szczególności dokumentacji projektowej.” (pkt 3),
- „Wykonawca musi zaoferować przedmiot zamówienia zgodny z wymogami Zamawiającego określonymi w SIWZ i jej załącznikach, przy czym zobowiązany jest dołączyć do oferty kosztorysy uproszczone opracowane na podstawie przedmiarów zawartych w SIWZ, tj. kosztorysy uproszczone z nośnikami cenotwórczymi stanowiącymi podstawę do wykonania kosztorysów. Ewentualne braki w wycenach pozycji robót oraz materiałów i sprzętu w kosztorysie uproszczonym nie stanowią podstawy do żądania dodatkowego wynagrodzenia i przyjmuje się, że Wykonawca zobowiązał się wykonać wszystkie roboty wynikające z SIEZ i jej załączników w cenie oferty. Kosztorysy uproszczone stanowią jedynie podstawę do oceny zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami SIWZ oraz do rozliczenia robót.” (pkt 4).

W rozdziale 3 „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 9 zamawiający wskazał także, iż „Warunki realizacji zamówienia zawarte zostały we wzorze umowy (kontraktu) stanowiącym integralną część SIWZ.”

Dalej, zgodnie z rozdziałem 12 „Opis sposobu obliczenia ceny” pkt 5, 10, 12, 15 i 17 SIWZ:

- „(...) wynagrodzenie ma charakter obmiarowy (kosztorys powykonawczy)” (pkt 5),
- „Wykonawca obliczając Kwotę Kontraktową musi uwzględnić w wycenionym Przedmiarze robót wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w Przedmiarze robót. Wykonawca nie może samodzielnie wprowadzać zmian do Przedmiaru robót.” (pkt 10),
- „W cenach elementów rozliczeniowych muszą zostać uwzględnione koszty robót podstawowych, pomocniczych i towarzyszących, koszty zapleczy i drogi

technologicznej, koszt projektu organizacji ruchu na czas prowadzenia robót, koszt zajęcia pasa drogowego, itp. (...). Zamawiający uznaje, że cena przedstawiona przez Wykonawcę jest kompletna i obejmuje wszystkie koszty niezbędne do wykonania roboty podstawowej oraz robót pomocniczych i towarzyszących niezbędnymi do prawidłowego ich wykonania.” (pkt 12),

- *„Wykonawca nie może żądać dodatkowego wynagrodzenia z tytułu nie ujęcia wszystkich elementów w wycenie jednostkowej.” (pkt 15),*
- *„Niezastosowanie się do wymagań z pkt. 10 i 15 powyżej będzie skutkowało odrzuceniem oferty.” (pkt 17).*

Zamawiający, pismem z dnia 18 kwietnia 2019 r. udzielił także na pytanie nr 3 o treści: *„W toku analizy projektowej stwierdzono rozbieżności między przedmiarami, a dokumentacją projektową, szczególnie w zakresie ilości. Które dokumenty są obowiązujące do wyceny, czy przedmiar robót należy traktować jako opis przedmiotu zamówienia.”* następującej odpowiedzi: *„Tak, Zamawiający potwierdza, że Przedmiar należy traktować jako opis przedmiotu zamówienia.”*

W złożonym Kosztorysie ofertowym (12_PR_TW_06-inst. + sieci technologiczne, konst. Mechaniczne – zbiornik do płukania z pompownią wody płucznej ob. nr 6”) przystępujący w odniesieniu do pozycji nr 82 oraz 115 (Wykonanie mikropali śr. 200 mm zbrojonych żerdzią systemową zagłębiony 100 cm poniżej stropu piasku, 4 kpl) nie wpisał ceny i wartości pozycji netto.

Odpowiadając na wezwanie zamawiającego z dnia 6 czerwca 2019 r. do wyjaśnienia treści oferty w zakresie pozycji 82 i 115, przystępujący – w piśmie z dnia 11 czerwca 2019 r. – oświadczył, że *„- wartość pozycji nr 82 z uwagi na charakter prac została ujęta w pozycjach od 76 do 81 elementu 1.2.3.2. Roboty ziemne kosztorysu ofertowego – wartość pozycji nr 115 została ujęta w pozycjach od 110 do 114 elementu 1.2.4.2. Roboty ziemne kosztorysu ofertowego”.*

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp stanowi: *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3; (...) 6) zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu;”*

Abstrahując od celowości powielania przez zamawiającego tych samych treści w odrębnych postanowieniach SIWZ, zamawiający, przy przewidzianym wynagrodzeniu kosztorysowym (12.5.), wymagał od wykonawców w szczególności w rozdziale 3 pkt 3, w rozdziale 3 pkt 4 SIWZ, w rozdziale 12 pkt 1 SIWZ, załączenia do oferty kosztorysów

uproszczonych – kosztorysów opracowanych na podstawie przedmiarów zawartych w udostępnionej przez zamawiającego SIWZ.

Obowiązek wyceny przez wykonawców wszystkich pozycji przedmiarowych (12.10) zamawiający uzasadnia przyjęty w SIWZ charakter wynagrodzenia, tj. kosztorysem powykonawczym.

Dostrzeżenia nadto wymaga, że zamawiający ustanowił zakaz wprowadzania przez wykonawców zmian w przedmiarach robót, stanowiących podstawę opracowania kosztorysów uproszczonych, co oznacza jednocześnie zakaz ujmowania pozycji kosztorysowych w innych pozycjach. Zakaz ten został dodatkowo wyartykułowany przez zamawiającego w Wyjaśnieniach nr 3 z dnia 18 kwietnia 2019 r. w następujący sposób: *„Zamawiający informuje, iż nie wyraża zgody na edytowanie własnych pozycji, zmieniać obmiary, jednostki, opisy itp.”* (odpowiedź nr 6).

Rygor odrzucenia oferty wykonawcy z tego powodu, że wykonawca, obliczając Kwotę Kontraktową nie uwzględnił w wycenionym Przedmiarze robót wszystkich pozycji przedmiarowych opisanych w Przedmiarze robót, przy jednoczesnym zakazie samodzielnego wprowadzania zmian do Przedmiaru robót (o czym mowa w rozdziale 12 pkt 10 SIWZ) zamawiający wprost wskazał w rozdziale 12 pkt 17 SIWZ.

Przystępujący nie wycenił pozycji 82 i 115 oraz dokonał niedozwolonej zmiany pozycji kosztorysowych. Bo choć formalnie (technicznie) przystępujący nie wykreślił z kosztorysu pozycji dotyczących mikropali (82 i 115 z kosztorysu 12), ani nie rozszerzył opisu żadnej z pozycji, to – jak oświadczył w piśmie do zamawiającego z dnia 11 czerwca 2019 r. – przeniósł je do innych pozycji (76 – 81 i 110 – 114).

Brak wyceny pozycji 82 i 115 oznacza zarazem brak możliwości rozliczenia wykonania prac wedle ustalonych w przedmiotowym postępowaniu i odnoszących się w jednakowym stopniu do wszystkich wykonawców reguł – jak wskazał zamawiający dodatkowo w piśmie z dnia 9 maja 2019 r. (Wyjaśnienia nr 13): *„Wykonawcy zostanie wypłacona wartość będąca iloczynem rzeczywiście zrealizowanych jednostek obmiarowych i ceny jednostkowej zawartej w kosztorysie ofertowym”*.

Przystępujący sporządził zatem ofertę z naruszeniem wymogów z rozdziału 12 pkt 10 SIWZ wprowadzającego nakaz wyceny wszystkich pozycji kosztorysowych, a jednocześnie zakaz zmian pozycji przedmiarowych.

Powyższe stanowi zarówno błąd co do obliczenia ceny, jak i stanowi o niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ, co obligowało zamawiającego do odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał także, w rozdziale 3 pkt 4 SIWZ oraz w odpowiedzi nr 3 z dnia

18 kwietnia 2019 r. – Wyjaśnienia nr 4, że to właśnie kosztorysy uproszczone stanowią podstawę do oceny zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami SIWZ (przy czym całkowicie niezrozumiałym jest użycie „jedynie” w zdaniu „*Kosztorysy uproszczone stanowią jedynie podstawę do oceny zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z wymaganiami SIWZ i rozliczenia robót.*” skoro niezgodność treści oferty z treścią SIWZ (wymaganiami SIWZ co do przedmiotu zamówienia) obliguje zamawiającego, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, do odrzucenia oferty.

Biorąc pod uwagę wskazaną przez zamawiającego w SIWZ rolę (weryfikacja zgodności z SIWZ) oraz doniosłość (rygor odrzucenia) kosztorysów ofertowych stwierdzić należy, z uwagi na charakter samego kosztorysu jako dokumentu wymagającego wypełnienia przez wykonawcę, że potwierdzeniem objęcia ofertą zakresu robót zgodnie z opisem poszczególnych pozycji przedmiaru była wycena tychże pozycji. Innymi słowy, wycena pozycji oznacza, iż wykonawca objął ofertą daną pozycję. I odwrotnie – brak wyceny pozycji oznacza, że wykonawca nie objął ofertą tej pozycji

Powyższe przesądza o konieczności uznania, że treść oferty przystępującego w zakresie dotyczącym wykonania mikropali nie jest zgodna z treścią SIWZ, tj. z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w przedmiarze, co obligowało zamawiającego do odrzucenia tejże oferty dodatkowo na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Przystępujący sporządził zatem ofertę z naruszeniem wymogów z rozdziału 12 pkt 10 SIWZ wprowadzającego nakaz wyceny wszystkich pozycji kosztorysowych, a jednocześnie zakaz zmian pozycji przedmiarowych, jednocześnie nie wykazując zamawiającemu, ze względu na brak wyceny pozycji nr 82 i 115 (jak wymagał zamawiający), iż zaoferował mikropale.

W ocenie składu orzekającego Izby powoływanie się przez przystępującego, w kontekście sposobu wypełnienia pozycji przedmiarowych, na regulacje umowne (Część II SIWZ Wzór umowy) nie było trafne, ponieważ nie znajdują one zastosowanie na etapie ofertowania (skłania i oceny ofert), ale dopiero na etapie realizacji przedmiotu zamówienia w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta zostanie wybrana.

Postanowienia odnoszące się do sposobu obliczenia ceny i wypełnienia przedmiarów – sporządzania kosztorysu zostały ujęte przez zamawiającego w innej niż wzór umowy części SIWZ, tj. w Części I – Instrukcji dla wykonawców (w tym przede wszystkim w rozdziale 12).

Skład orzekający Izby stanął także na stanowisku, wobec jednoznacznego nakazu wyceny wszystkich pozycji kosztorysowych, a jednocześnie zakazu zmian pozycji przedmiarowych, że postanowienie rozdziału 3 pkt 4 należy rozumieć w ten sposób, iż braki w wycenach to „niedoszacowania” pozycji, w przypadku których wykonawca nie mógłby

żądać dodatkowego wynagrodzenia.

Skład orzekający Izby uznał nadto, iż zamawiający nie mógł poprawić oferty przystępującego (pozycji 82 i 115 kosztorysu ofertowego) z zastosowaniem przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ nie był w stanie – na podstawie innych części oferty przystępującego – samodzielnie ustalić sposobu tej poprawy. Poprawa taka musiałaby zostać poprzedzona wskazaniem przez przystępującego w szczególności cen jednostkowych tych pozycji, co bezsprzecznie stanowiłoby złamanie zakazu negocjacji co do złożonej oferty (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zdanie drugie).

Jedynie na marginesie stwierdzić należy, co podkreślał odwołujący (str. 6 odwołania, zdanie pierwsze), że cen jednostkowych mikropali przystępujący nie wskazał w wyjaśnieniach z dnia 11 czerwca 2019 r., tj. nie podał w jakiej wysokości we wskazanych pozycjach ujął ceny mikropali. Cen tych przystępujący nie podał nawet na rozprawie, odwołując się do rzekomo „łatwego” sposobu ich ustalenia (różnica w pozycjach), czemu skład orzekający Izby nie dał wiary, ponieważ stanowisko przystępującego w tym zakresie było labilne i niejasne, a żadna konkretna wartość nie padła (choć było to – wedle przystępującego – tak proste).

Skład orzekający Izby nie dopatrył się natomiast naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – w skierowanym przez zamawiającego do przystępującego wezwaniu z dnia 6 czerwca 2019 r. (w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp) i odpowiedzi przystępującego z dnia 11 czerwca 2019 r. żadnych negocjacji pomiędzy nimi. Zamawiający, wbrew twierdzeniu odwołującego, nie dokonał – w wyniku wezwania i wyjaśnień – żadnych zmian w treści oferty przystępującego, tj. nie uzupełnił pozycji 82 i 115.

Skład orzekający Izby zauważa nadto – w nawiązaniu do wniosku odwołującego, iż zamawiający dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji [str. 8 odwołania, akapit zaczynający się od „*Zatem Zamawiający uwzględniając wyjaśnienia Arco System (...)*], że we wskazanym przez odwołującego przepisie art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp mowa o czynie nieuczciwej konkurencji jakiego dopuszcza się wykonawca, poprzez złożenie oferty, nie zaś o czynie nieuczciwej konkurencji zamawiającego.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty przystępującego pomimo, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub rażąco niski koszt i istotne części składowe ceny, a jej złożenie z uwagi na zaoferowanie drabin nierdzewnych, konstrukcji wsporczych nierdzewnych, umocnienia ścian wykopów pod obiekty specjalne, wykonania zabezpieczenia wykopów ob. nr 8 w formie palisady z pali o średnicy do 600 mm w cenach rażąco niskich stanowi

czyn nieuczciwej konkurencji, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 UZNK, a także zaniechania wezwania przystępującego do wyjaśnienia rażąco niskiego kosztu, czym zamawiający naruszył przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp (zarzut odwołania oznaczony na str. 2 pod lit. „B”)

Na rozprawie odwołujący oświadczył, że jest to zarzut ewentualny, który zgłosił na wypadek, gdyby skład orzekający Izby nie uwzględnił (choćby w części) zarzutu oznaczonego w odwołaniu na str. 2 pod lit. „A” (str. 7 Protokołu posiedzenia i rozprawy, drugi akapit).

Wobec częściowego uwzględnienia zarzutu oznaczonego w odwołaniu pod lit. „A” ze skutkiem nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty przystępującego, co odpowiada najdalej idącemu żądaniu odwołującego wobec oferty przystępującego (str. 2 odwołania lit. „f”) skład orzekający Izby odstąpił od oceny zarzutu oznaczonego w odwołaniu na str. 2 pod lit. „B”).

Zarzut zaniechania udostępnienia pełnej treści złożonych przez przystępującego wyjaśnień w zakresie sposobu obliczenia ceny, kosztu, cen jednostkowych, pomimo, iż przystępujący nie wykazał, iż zastrzeżone przez niego informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, czym zamawiający naruszył przepis art. 8 ust. 1-4 ustawy Pzp w związku z art. 11 ust. 4 UZNK (zarzut odwołania oznaczony na str. 2 pod lit. „C”)

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Pismem z dnia 13 czerwca 2019 r. zamawiający wezwał przystępującego, z powołaniem się na przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w zakresie rażąco niskiej ceny 4 pozycji kosztorysowych.

Przystępujący wyjaśnienia złożył – w pismach z dnia 24 czerwca 2019 r. – załączając 3 oferty podmiotów zewnętrznych oraz własne „Kosztorysy ofertowe – wyjaśnienia”.

W pierwszym z pism wskazał, że wyjaśnienia – *„Informacja dotycząca wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny”* – składają się z dwóch części: ogólnej „A” oraz „B”. Zastrzegł, że część „B” wraz z załącznikami zawiera informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa i wniósł o ich nieudostępnianie.

Część „A” to 5-cio stronicowy dokument (strona ostatnie zawiera jedno niepełne zdanie) – uzasadnienie zastrzeżenia.

Jak wynika z treści odwołania (*„Uzasadnienie utajnienia sporządzone przez Arco System jest nad wyraz ogólne, lakoniczne, możliwe do sporządzenia praktycznie na potrzeby każdego postępowania i przez każdego wykonawcę. Co więcej, nie zostało poparte jakimkolwiek dowodem.”* – str. 14 odwołania, pierwszy akapit), co odwołujący potwierdził na

rozprawie (str. 4 Protokołu posiedzenia i rozprawy) treść części „A” pisma została odwołującemu udostępniona i jest mu znana (str. 4 Protokołu posiedzenia i rozprawy).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Art. 8 ust. 3 ustawy Pzp brzmi: *„Nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4. Przepis stosuje się odpowiednio do konkursu.”*

Nie budzi wątpliwości składu orzekającego Izby, co podnosił przystępujący w swoim stanowisku pisemnym, że zastrzeżenie informacji w oświadczeniach lub dokumentach składanych na wezwanie zamawiającego po terminie składania ofert z oczywistych względów nie może nastąpić *„nie później niż w terminie składania ofert”* i winno nastąpić wraz ze złożeniem oświadczeń lub dokumentów, które informacje wymagające ochrony zawierają. Tego zresztą odwołujący – wbrew odmiennej ocenie przystępującego – wcale nie kwestionował.

Podnieść należy, że odwołujący nie przedstawił w istocie żadnej argumentacji przemawiającej za tym, aby – w świetle treści uzasadnienia zastrzeżenia informacji przystępującego w części „A” – odmówić informacjom tym ochrony. Odwołujący zaprezentował li tylko argumenty ogólnej natury, z którymi nie sposób się nie zgodzić [a to: zamawiający winien dokonać oceny skuteczności i poprawności „wykazania”, że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, wykonawca, który zastrzega informacje obowiązany jest wykazać (udowodnić), że informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, zamawiający nie może bezkrytycznie akceptować zastrzeżenia tajemnicy, zastrzeżenie tajemnicy winno mieć charakter wyjątkowy], ale z którymi odwołujący winien skonfrontować treść uzasadnienia przystępującego, czego zupełnie i w odwołaniu, i na rozprawie zabrakło.

Odwołujący na podstawie tych ogólnych wywodów wysnuł wniosek, będący opinią własną odwołującego, iż *„bezrefleksyjna ocena i uznanie niejako automatycznie zastrzeżonych przez Arco System informacji jako tajemnicę przedsiębiorstwa, miała miejsce m.in. w nin. postępowaniu. (...). (...) zastrzeżenia poczynione przez Arco System jest nad wyraz ogólne, lakoniczne, możliwe do sporządzenia praktycznie na potrzeby każdego postępowania i przez każdego wykonawcę.”* (str. 14 odwołania, pierwszy akapit).

Jedynym wymagającym odniesienia się przez skład orzekający Izby twierdzeniem odwołującego jest to, iż dokonane przez przystępującego zastrzeżenie nie zostało poparte jakimkolwiek dowodem.

Skład orzekający Izby podnosi jednak, że w przywołanym na wstępie art. 8 ust. 3

ustawy Pzp nie ma mowy o „udowodnieniu”, a „jedynie” o „wykazaniu”, co oznacza, że każdorazowo w okolicznościach danej sprawy wymaga rozważenia, czy złożenie dowodu/dowodów jest niezbędne. Także w tym zakresie brak argumentacji odwołującego.

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Niezależnie od powyższego dostrzec należy, wobec częściowego uwzględnienia zarzutu z odwołania oznaczonego na str. 2 pod lit. „A” i w konsekwencji nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty odwołującego, że nawet gdyby zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 8 ustawy Pzp potwierdził się, to stwierdzenie takiego naruszenia nie mogłoby prowadzić do uwzględnienia odwołania ze względu na brak wpływu tego naruszenia na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp). Nawet w przypadku stwierdzenia naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 8 ustawy Pzp skład orzekający Izby nie nakazałby zamawiającemu, zgodnie z żądaniem odwołującego (żądanie ze str. 2 odwołania lit. „c”), udostępnienia mu całej treści wyjaśnień przystępującego z dnia 24 czerwca 2019 r.

Zarzut wyboru oferty przystępującego, która to oferta powinna zostać odrzucona, przez co zamawiający nie zapewnił zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ustawy Pzp zasługuje na uwzględnienie (zarzut odwołania oznaczony na str. 2 pod lit. „D”)

W konsekwencji uznania, że oferta przystępującego winna zostać odrzucona (zarzut odwołania oznaczony na str. 2 pod lit. „A”) skład orzekający Izby uznał także, że dokonując wyboru oferty przystępującego zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie można bowiem zakwalifikować postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym zamawiający poddaje ocenie z zastosowaniem ustalonych kryteriów oceny zarówno oferty podlegające odrzuceniu, jak i w pełni poprawne, jako prowadzonego z zachowaniem uczciwej konkurencji i równego traktowania, a tym bardziej, gdy zamawiający dokonuje wyboru takiej oferty.

Skład orzekający Izby nie dopuścił dowodów:

- nr 1-3 załączonych przez odwołującego do odwołania, ponieważ stanowiły część dokumentacji postępowania przekazanej Izbie przez zamawiającego,
- nr 4-6 załączonych do odwołania oraz ze złożonego przez odwołującego Katalogu nr 2-01 Nakładów Rzeczowych WACETOB Budowie i roboty ziemne, ponieważ okoliczności na które zostały złożone nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia wobec generalnego zakazu

dokonywania przez wykonawców zmian w przedmiarach robót, który to zakaz obejmuje także ujmowania pozycji kosztorysowych w innych pozycjach,

- nr 7-16 załączonych przez odwołującego do odwołania, ponieważ zostały złożone na potwierdzenie okoliczności związanych z zarzutem ewentualnym, od którego rozpoznania skład orzekający Izby (o czym mowa wyżej) odstąpił,
- załączonych przez przystępującego do stanowiska pisemnego, ponieważ zostały złożone na potwierdzenie okoliczności, które nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia wobec generalnego zakazu dokonywania przez wykonawców zmian w przedmiarach robót (mikropale), który to zakaz obejmuje także ujmowania pozycji kosztorysowych w innych pozycjach, zostały złożone na potwierdzenie okoliczności związanych z zarzutem ewentualnym, od którego rozpoznania skład orzekający Izby (o czym mowa wyżej) odstąpił oraz – dowód nr 8 referencje przystępującego, ponieważ przystępujący nie wskazał na potwierdzenie jakich okoliczności, dotyczących którego z zarzutów zostały złożone.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: