

WYROK

z dnia 29 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach **13 i 24 lipca 2015 r.** w Warszawie odwołań wniesionych 29 czerwca 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez wykonawców:

- A. B&W Usługi Ogólnobudowlane B. D., Pruszcz Gdański, Bilfinger Infrastructure S.A. z siedzibą w Warszawie wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – sprawa o sygn. akt KIO 1371/15**
- B. Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie – sprawa o sygn. akt KIO 1383/15**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Przebudowa i budowa sieci elektro-energetycznej, kanalizacyjnej i c.o. kompleksu wojskowego JW 1641 w Inowrocławiu* (nr postępowania WP/PO/10/R/3)

prowadzonym przez zamawiającego: **Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Bydgoszczy**

przy udziale wykonawców zgłaszających swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

- A. CIEPŁOWNIK ELEKTROINWESTYCJE sp. z o.o. sp. k siedzibą w Poznaniu, „WIMAR” sp. z o.o. z siedzibą w Koronowie, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BOSS K. M., Bydgoszcz, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BOSS KLM” sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, J. H., H. B. „BOHAMET-ARMATURA” sp. j. z siedzibą w Białych Błotach wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum Spółki CIEPŁOWNIK INWESTYCJE – w sprawach o sygn. akt KIO 1371/15 i KIO 1383/15**
- B. B&W Usługi Ogólnobudowlane B. D., Pruszcz Gdański, Bilfinger Infrastructure S.A. z siedzibą w Warszawie wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – w sprawie o sygn. akt KIO 1383/15**

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1371/15 i nakazuje zamawiającemu – Rejonowemu Zarządowi Infrastruktury w Bydgoszczy**

unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a w ramach powtórzonych czynności – odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum Spółki CIEPŁOWNIK INWESTYCJE jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. Oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1383/15.
3. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1371/15 obciąża przystępującego – Konsorcjum Spółki CIEPŁOWNIK INWESTYCJE i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – B&W Usługi Ogólnobudowlane B. D., Pruszcz Gdański, Bilfinger Infrastructure S.A. z siedzibą w Warszawie** wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od **przystępującego – Konsorcjum Spółki CIEPŁOWNIK INWESTYCJE** na rzecz **odwołującego – B&W Usługi Ogólnobudowlane B. D., Pruszcz Gdański, Bilfinger Infrastructure S.A. z siedzibą w Warszawie** wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia kwotę **23600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.
4. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1383/15 obciąża **odwołującego – Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie** i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od **odwołującego – Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie** na rzecz **przystępującego – Konsorcjum Spółki CIEPŁOWNIK INWESTYCJE** kwotę **2214 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście czternaście złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.) na niniejszy wyrok –

Sygn. akt: KIO 1371/15
KIO 1383/15

w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bydgoszcy**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

{KIO 1371/15, KIO 1383/15}

Zamawiający: Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Bydgoszczy {dalej również: „RZI”} prowadzi w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.; dalej zwana również „ustawą pzp” lub „pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Przebudowa i budowa sieci elektro-energetycznej, kanalizacyjnej i c.o. kompleksu JW 1641 w Inowrocławiu* (nr postępowania WP/PO/10/R/3).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 23 marca 2015 r. pod nr 2015/S_062-107279, z tym że 30 marca 2015 r. Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie na tablicy ogłoszeń oraz na swojej stronie internetowej (www.rzi.hg.pl). Zamawiający przekazywał wykonawcom dopuszczonym do udziału w przetargu specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.}, a także zmiany i wyjaśnienia jej treści.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

18 czerwca 2015 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o rozstrzygnięciu postępowania – wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez: CIEPŁOWNIK ELEKTROINWESTYCJE sp. z o.o. sp. k siedzibą w Poznaniu, „WIMAR” sp. z o.o. z siedzibą w Koronowie, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe BOSS K. M., Bydgoszcz, Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „BOSS KLM” sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy, J. H., H. B. „BOHAMET-ARMATURA” sp. j. z siedzibą w Białych Błotach – wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako Konsorcjum Spółki CIEPŁOWNIK INWESTYCJE {dalej również: „Konsorcjum Ciepłownik”}.

{KIO 1371/15}

29 czerwca 2015 r. Odwołujący: B&W Usługi Ogólnobudowlane B. D., Pruszcz Gdański, Bilfinger Infrastructure S.A. z siedzibą w Warszawie wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia {dalej również: „Konsorcjum B&W”} wniósł w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (zachowując

wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) od powyższej czynności, a także od zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Ciepłownik.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 7 ust. 1 – przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
2. Art. 7 ust. 3 – przez wybór wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy pzp.
3. Art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Ciepłownik, pomimo że jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia decyzji o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Konsorcjum Ciepłownik.
2. Odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Ciepłownik jako niezgodnej z treścią SIWZ.
3. Wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący sprecyzował powyższą listę zarzutów przez wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania.

Odwołujący w pierwszej kolejności przytoczył lub opisał istotne według niego postanowienia zawarte w dokumentacji postępowania udostępnianej przez Zamawiającego.

Po pierwsze – zawarte w dokumencie pn. „Założenia wyjściowe do kosztorysowania dla wykonawców sporządzających kosztorysy ofertowe do przetargu na roboty budowlane pt: Zadanie 11321 Przebudowa sieci elektro-energetycznej, kanalizacyjnej, wodociągowej i c.o. wraz z wykonaniem opracowania studialnego zagospodarowania kompleksu” {dalej również: „Założenia wyjściowe do kosztorysowania”}:

– pkt 1.6 – *W przypadku zgłoszenia przez Wykonawcę rozwiązań zamiennych dotyczących materiałów, urządzeń i technologii przy zachowaniu parametrów technicznych i eksploatacyjnych co najmniej równoważnych do zawartych w dokumentacji projektowej i w cenie nie wyższej niż w kosztorysie ofertowym, Wykonawca jest obowiązany do przedłożenia Zamawiającemu niżej wymienionych dokumentów:*

- a) *analizy porównawczej parametrów techniczno-eksploatacyjnych zamiennego rozwiązania do zawartego w dokumentacji projektowej;*
- b) *DTR lub innego dokumentu określającego parametry techniczno-eksploatacyjne i zakres stosowania (zgodnie z ustawą z 16.04.2004 r. o wyrobach budowlanych) dla zamiennego materiału, urządzenia lub technologii.*

{w odwołaniu zrelacjonowano również, że pierwotnie była jeszcze lit. c, w której Zamawiający żądał *pisemnej zgody Wykonawcy dokumentacji projektowej*, od czego odstąpił na skutek wniosku wykonawcy, który zarzucił, że takie postanowienie jest niezgodne z art. 30 ust. 5 pzp}

– pkt 1.5 – *Opisy robót powinny jednoznacznie odpowiadać robotom wyszczególnionym w przedmiarach zamawiającego. Oferta nie będzie odrzucona o ile opis robót nie będzie miał wpływu na wykonanie robót zgodnie z dokumentacją projektową. Wykonawca będzie zobowiązany wykonać roboty zgodnie z rozwiązaniami podanymi w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej i przedmiarach, i rozliczyć roboty wg cen jednostkowych podanych w ofercie.*

P drugie – zawartych w części III SIWZ:

– zgodnie z pkt 1.1 ppkt 3 oferta powinna zawierać kosztorys ofertowy sporządzony zgodnie z wymaganiami zawartymi w ust. 2 części III SIWZ; zastrzeżono, że brak kosztorysu ofertowego skutkować będzie odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp;

– zgodnie z ust. 2 pkt 3 wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy;

– zgodnie z ust. 2 pkt 4 wykonawca ma obowiązek sporządzenia kosztorysu ofertowego metodą kalkulacji uproszczonej, na podstawie przedmiaru robót załączonego do SIWZ, uwzględniając w nim m.in. wszystkie wyszczególnione pozycje robót, ilości robót, technologię wykonania robót, wszystkie koszty niezbędne do wykonania zadania, a także wszelkie roboty towarzyszące; dodatkowo zastrzeżono, że nieuwzględnienie w wycenie chociażby jednej pozycji robót będzie przyczyną odrzucenia oferty.

Z tych postanowień Odwołujący wywiódł, że w przedmiotowym postępowaniu, z uwagi na kosztorysowy charakter wynagrodzenia, kosztorys ofertowy stanowi istotny element treści oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pt 2 pzp.

Następnie Odwołujący zrelacjonował, że w kosztorysie zawartym w ofercie Konsorcjum Ciepłownik w następujących pozycjach podało, że wyceniło rozwiązania równoważne do w stosunku do produktów opisanych przez Zamawiającego (w nawiasie) :

- 1) poz. 52 – studnie rewizyjne z PE (producent Weho);
- 2) poz. 56-59 – przepompownie (przepompownie np. firmy Purator);
- 3) poz. 62 – rury ochronne (rury ochronne firmy Hobas);
- 4) poz. 88-91 – podłączenie instalacji do sieci wodociągowej – do istniejących rurociągów – kołnierz specjalny zabezpieczony przed przesunięciem (kołnierz firmy Hawle) {według Odwołującego usunięcie nazwy producenta sugeruje rozwiązanie zastosowanie rozwiązania równoważnego};
- 5) poz. 132 – pompownia pożarowa kompaktowa z obudową (np. wg oferty Instacomact);

- 6) poz. 141-143 – kołnierz specjalny zabezpieczony przed przesunięciem (producent Hawle);
- 7) poz. 156-158 – rury ochronne (producent rur Hobas);
- 8) poz. 174-175 – kołnierz żeliwny (kołnierz żeliwny firmy Hawle);
- 9) poz. 181-183 – studzienki odpowietrzające systemowe (studzienki wg specyfikacji prod. Uponor Infra);
- 10) poz. 213-224 – przepompownie z pompami (pompy wg oferty firmy np. Purator);
- 11) poz. 225-229 – separator W-MAK (separator wg oferty firmy np. KWH pipę Poland);
- 12) poz. 230 – układ dwóch zbiorników wykonanych z rury Weholite (wg oferty firmy np. KWH Pipę Poland);
- 13) poz. 249-254 – kołnierz żeliwny (kołnierze żeliwny Hawle);
- 14) poz. 255-258 – układanie rur ochronnych (rury ochronne formy Hobas);
- 15) poz. 290-293 – kołnierz żeliwny (kołnierz żeliwny formy Hawle);
- 16) poz. 342-349 – studnie z PE (studnie z PE firmy Weho);
- 17) poz. 356-357 – studnie rewizyjne z PE (studnie rewizyjne z PE firmy Weho);
- 18) poz. 359-361 – przepompownie z pompami (pompy wg oferty np. firmy Purator);
- 19) poz. 362-365 – układanie rur ochronnych (rury ochronne firmy Hobas).

Odwołujący zarzucił, że pomimo zaoferowania w tych pozycjach rozwiązań równoważnych Konsorcjum Ciepłownik nie zawarło w kosztorysie ofertowym żadnych danych, które wskazywałyby na to, jakie konkretnie oferuje urządzenia lub materiały równoważne, a zatem nie jest możliwa ich identyfikacja. Ustaleń tych nie można dokonać w żaden inny sposób, gdyż Wykonawca nie załączył również do oferty dokumentów wymaganych w pkt 1.6 lit. a oraz b Założeń wyjściowych do kosztorysowania.

Odwołujący podniósł, że z przepisów ustawy pzp (art. 84 ust. 1 pzp, art. 87 ust. 1 pzp) wynika zasada określenia przez wykonawcę przedmiotu zamówienia w sposób wymagany w postępowaniu (w SIWZ) najpóźniej w terminie składania ofert, a także zakaz wprowadzania zmiany oferty po tym terminie. Oferta musi zawierać takie informacje, które pozwolą na identyfikację oferowanego przedmiotu.

Zdaniem Odwołującego obowiązek nałożony przez Zamawiającego na wykonawców w pkt 1.6 Założeń wyjściowych do kosztorysowania jest konsekwencją obowiązku wynikającego z art. 30 ust. 5 pzp, zgodnie z którym wykonawca, który powołuje się na rozwiązania równoważne opisywanym przez zamawiającego, jest obowiązany wykazać, że oferowany przez niego dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Zatem to na wykonawcy spoczywa ciężar udowodnienia okoliczności dotyczącej równoważności oferowanego przedmiotu zamówienia i to w sposób

określony przez zamawiającego.

Według Odwołującego skoro Wykonawca nie sprostął w treści oferty obowiązkowi wykazania, że oferowane przez niego urządzenia lub materiały równoważne spełniają wymogi Zamawiającego, aktualnie nie ma podstaw do naprawienia tej wady oferty w drodze wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 pzp, gdyż nie służą one uzupełnieniu treści oferty.

Zdaniem Odwołującego dokumenty wykazujące, że wykonawca zaoferował przedmiot równoważny przedmiotowi zamówienia nie podlegają również uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp jako dokumenty przedmiotowe w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp. Potwierdzenie równoważności zaoferowanego przedmiotu ma na celu weryfikację złożonej oferty pod kątem właściwego funkcjonowania efektu końcowego, zgodnego z założeniami zamawiającego, a więc oceny zgodności oferty z treścią specyfikacji. Ewentualne uzupełnienie tych dokumentów prowadziłyby do zmiany treści oferty, co jest niedopuszczalne na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy pzp.

Odwołujący dodał, że jakakolwiek ingerencja w treść oferty w powyższym zakresie prowadziłyby do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż wszyscy wykonawcy mieli obowiązek przedstawić Zamawiającemu do upływu terminu składania ofert kompletne oferty, zawierające jednoznaczne informacje odnośnie oferowanych materiałów, urządzeń i technologii. Gdyby umożliwić Konsorcjum Ciepłownik uzupełnienie zaistniałych braków, znalazłby się ono w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych uczestników niniejszego postępowania, którzy musieli podjąć ostateczne decyzje co do oferowanych materiałów i urządzeń do upływu terminu składania ofert.

{KIO 1383/15}

29 czerwca 2015 r. Odwołujący Skanska S.A. {dalej również: „Skanska”} wniósł w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (zachowując wymóg przekazania kopii odwołania Zamawiającemu) od wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Ciepłownik, a także od zaniechania wezwania Konsorcjum Ciepłownik oraz Konsorcjum B&W do udzielenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 – przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień

- uzasadniających wysokość ceny w ofertach: a) Konsorcjum Ciepłownik, b) Konsorcjum B&W, pomimo że oferty te zawierają rażąco niskie ceny.
2. Art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 – przez zaniechanie wezwania do wyjaśnień uzasadniających wysokość cen w ofertach: a) Konsorcjum Ciepłownik, b) Konsorcjum B&W, pomimo że poziom cen tych Wykonawców wskazuje, że ich oferty są niezgodne z SIWZ.
 3. Art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp – przez zaniechanie odrzucenia ofert: a) Konsorcjum Ciepłownik, b) Konsorcjum B&W, pomimo że sposób skalkulowania i poziom cen wskazuje, że złożenie tych ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
 4. Art. 7 ust. 1 – przez naruszenie powyżej wskazanych przepisów, które oznacza również przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum Ciepłownik.
2. Wezwania do złożenia wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny trybie art. 90 ust. 1 pzp Konsorcjum Ciepłownik i Konsorcjum B&W. .
3. Powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem wyjaśnień Konsorcjum Ciepłownik i Konsorcjum B&W *oraz okoliczności przywołanych w niniejszym piśmie.*
4. Odrzucenia ofert Konsorcjum Ciepłownik i Konsorcjum B&W.
5. Wybór oferty Skanska jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania w następujący sposób sprecyzował powyższą listę zarzutów.

{okoliczności wspólne dla podniesionych zarzutów – część wstępna uzasadnienia}

Odwołujący podał następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania jako mające znaczenie dla sprawy:

– postępowanie dotyczy udzielenie zamówienia na przebudowę i budowę instalacji sieci elektro-energetycznej, kanalizacyjnej, wodociągowej i c.o. w kompleksie lotniskowym 6005 Inowrocław Latkowo;

– Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k. z uwagi na jej niezgodność z zapisami części III ust. 2 pkt 7 SIWZ, polegającej na braku niektórych pozycji kosztorysowych;

– jako najkorzystniejszą ofertę Zamawiający wybrał ofertę Konsorcjum Ciepłownik, na drugim miejscu została sklasyfikowana oferta Konsorcjum B&W, a na trzecim – oferta Odwołującego, przy czym kryterium oceny ofert w 90% stanowiła cena, a drugim kryterium

było skrócenie terminu realizacji przedmiotu zamówienia (w tym kryterium wszystkie oferty uzyskały taką samą liczbę punktów: 10);

Odwołujący podał również, że Zamawiający przyjął jako podstawę rozliczenia ceny jednostkowe wskazane kosztorysie ofertowym (cena kosztorysowa).

W związku z powyższym według Odwołującego *każda jednostkowa cena stanowi w istocie ofertę danego wykonawcy.*

Według odwołującego zakres przedmiotu umowy, który zostanie ostatecznie wykonany, z następujących powodów nie jest przesądzony na etapie oferowania:

- przedmiot zamówienia składa się z następujących istotnych zakresów robót: (a) wykonanie robót żelbetowych i konstrukcyjnych, (b) przebudowa i budowa instalacji wodno-kanalizacyjnej, (c) przebudowa sieci elektro-energetycznej, z których pod względem technologicznym może zostać wykonany bez powiązania z pozostałymi robotami, w kolejności i zakresie zaawansowania dowolnie wybranym przez wykonawcę;
- Zamawiający nie narzucił terminu ani kolejności wykonywania robót;
- Zamawiający przewiduje płatności zgodnie z harmonogramem robót i finansowania przedstawianym przez wykonawcę po podpisaniu umowy (odpowiedzi nr 29-30 z 2 czerwca 2015 r. oraz § 10 ust. 6b umowy);
- Zamawiający zastrzegł sobie w umowie prawo jednostronnej rezygnacji z zakresu rzeczowego w związku z brakiem możliwości uzyskania finansowania (§ 3 ust. 7-9 umowy oraz odpowiedzi nr 1-3 z 14 maja 2015 r.).

Odwołujący podał również, że Zamawiający nie wzywał żadnego z oferentów do wyjaśnień w sprawie rażąco niskiej ceny.

Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę na następujące postanowienia {w pkt III uzasadnienia odwołania}:

- zgodnie z § 3 ust. 4 umowy wartość umowna może ulec zmianie w związku z pracami zamiennymi lub zaniechanymi uwzględnionymi w protokole konieczności oraz w kosztorysie ofertowym;
- zasady przyznawania i wyceniania robót dodatkowych reguluje § 5 umowy, który wskazuje na pierwszorzędną rolę kosztorysu ofertowego w kształtowaniu wysokości wynagrodzenia za roboty dodatkowe;
- płatności będą odbywały się zgodnie z harmonogramem robót i finansowania (§ 12 ust. 7 w zw. z § 22 ust. 4 umowy);
- rozliczenie w przypadku odstąpienia będzie się opierało na kosztorysie ofertowym (§ 27 ust 8-9 i § 28 ust. 2 umowy).

{ad pkt 1 listy zarzutów – pkt II uzasadnienia odwołania}

Zdaniem Odwołującego ponieważ kosztorysy obu Konsorcjów zawierają za pewne prace ceny, które nie pozwalają nawet na pokrycie kosztów koniecznych do poniesienia dla ich wykonania, oferty te zawierają rażąco niską cenę:

– oferta Konsorcjum Ciepłownik w zakresie wykonania zbiorników żelbetowych stanowi jedynie 48,44% wartości średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert w tym dziale, a jako całość jest o 14% niższa od wartości całości przedmiotu zamówienia podanej przez Zamawiającego;

– oferta Konsorcjum B&W w zakresie wykonania robót elektrycznych stanowi jedynie 61,93% wartości średniej arytmetycznej pozostałych cen ofert w tym dziale, a jako całość jest o 10,11% niższa od wartości całego przedmiotu zamówienia podanej przez Zamawiającego.

Odwołujący stwierdził, że taka różnica do średniej ceny pozostałych ofert w powyżej wskazanych działach znajduje odzwierciedlenie w rażąco niskich cenach jednostkowych tych ofert.

Według Odwołującego powyższe zestawienie cenowe powinno budzić uzasadnione wątpliwości Zamawiającego co do rażąco niskiej ceny w ofertach tych Wykonawców oraz prowadzić do bardziej szczegółowego badania cen poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego w ramach wyjaśnień na podstawie art. 90 ust. 1 pzp. Zwłaszcza w sytuacji, gdy rozliczenie kontraktu zostanie oparte o cenę kosztorysową.

Odwołujący stwierdził, że rażąco niska cena dotyczy również cen jednostkowych i może mieć miejsce także w sytuacji, gdy różnica pomiędzy ceną globalną oferty odrzuconej z powodu rażąco niskiej ceny nie wykazuje znaczącej procentowej różnicy w stosunku do ceny globalnej oferty wybranej.

Zdaniem Odwołującego w dalszej kolejności Zamawiający powinien odrzucić oferty tych oferentów, którzy nie udowodnią, że poszczególne ceny jednostkowe zostały należycie wycenione i zawierają realne koszty wykonania zakresu zamówienia oraz ich wycena jest zgodna z SIWZ.

W zakresie wykazania, że nie jest możliwe wykonanie pewnych robót za ceny wskazane przez oba Konsorcja odesłano do pkt II uzasadnienia odwołania.

W podsumowaniu zamieszczonym w pkt II uzasadnienia odwołania Odwołujący następująco oszacował wpływ zniżenia cen analizowanych tam pozycji na cenę całej oferty: Konsorcjum Ciepłownik (bez kosztów pracy) – 5 mln zł netto, Konsorcjum B&W – 3,5 mln zł. Zdaniem Odwołującego takie zniżenie ofert tylko w tych pozycjach powinno wywołać uzasadnione wątpliwości Zamawiającego w zakresie rażąco niskiej ceny.

{ad pkt 2 listy zarzutów – pkt II uzasadnienia odwołania}

Odwołujący powołał się na to, że Zamawiający:

- w pkt 2 części III tomu I SIWZ wymagał, aby cena danej pozycji kosztorysu ofertowego zawierała wszelkie roboty towarzyszące wykonaniu zasadniczej pozycji robót, a każda cena jednostkowa robót zawierała narzuty zysku, koszty pośrednie oraz koszty zakupu;
- w pkt 1.7 Założeń wyjściowych do kosztorysowania wskazał, że wykonawcy powinni zwrócić uwagę na krotności podane w przedmiarze;
- nie dopuszczał scalania kilku pozycji z wykazu robót w jedną pozycję kosztorysową;
- w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (dalej również: „STWiORB”) zawarł szczegółowe ustalenia podstawy płatności, wyszczególniając czynności, jakie należy wykonać w ramach danych pozycji kosztorysu.

W ocenie Odwołującego takie wymogi SIWZ są zrozumiałe w kontekście przewidywanej przez Zamawiającego rezygnacji z zakresu rzeczowego z uwagi na brak finansowania, przy jednoczesnym pozostawieniu wykonawcom swobody wyboru kolejności i terminu wykonywania poszczególnych robót.

Odwołujący zarzucił, że ponieważ cena poszczególnych pozycji kosztorysów ofertowych Konsorcjum Ciepłownik i Konsorcjum B&W jest nierealna, oferty te są niezgodne z SIWZ. Według Odwołującego ponieważ wyceniając wartość wszystkich czynności i elementów składających się na dane pozycje kosztorysowe, Wykonawcy ci nie uwzględnili wszystkich wymagań precyzyjnie wskazanych i opisanych przez Zamawiającego, uzasadniona jest teza, że treść ich ofert nie odpowiada treści SIWZ, gdyż STWiORB zawierają opis przedmiotu zamówienia i stanowią integralną część SIWZ.

Odwołujący wskazał na następujące pozycje z kosztorysów ofertowych Konsorcjum Ciepłownik i Konsorcjum B&W i podniósł następujące okoliczności:

1. betonowanie ław (poz.140), betonowanie ścian (poz.150)
i betonowanie płyt stropowych poz. 160)

Konsorcjum Ciepłownik – ok. 113,12 zł/m³, Konsorcjum B&W – 244,49 zł/m³; najniższa cena na rynku hurtowym jaką można uzyskać za beton C 25/30-W8 (wymagany w projekcie dla tych pozycji kosztorysu) wraz z transportem z betoniarni oddalone o 6 do 43 km od miejsca realizacji inwestycji – 290 zł/m³.

Cena tych pozycji jest znacząco niższa niż w poz. 90 dotyczącej betonowania podkładów, gdzie wymagany jest beton niższej jakości (C 12/15) Konsorcjum Ciepłownik – 278,66 zł/m³, Konsorcjum B&W – 586,88 zł/m³; cena rynkowa betonu wraz z transportem – 190 zł/m³.

Z STWiORB wynika, że w cenie należy uwzględnić również

- do ceny 1 m³ betonu w kwestionowanych pozycjach – koszt wykonania pomostów roboczych, wbudowania i zagęszczania mieszanki betonowej, pielęgnacji betonu, wykonania

pomiarów i badań (str. 28);

– koszt zakupu i dostarczenia niezbędnych czynników produkcji, wykonania rusztowania z pomostem, oczyszczenia deskowania, przygotowania i transportu mieszanki, ułożenia mieszanki betonowej z zagęszczeniem i pielęgnacją, wykonania przerw dylatacyjnych, wykonania w konstrukcji wszystkich wymaganych projektem otworów, jak również osadzenia potrzebnych zakotwień, marek, rur itp., rozbiórki deskowań, rusztowań i pomostów, oczyszczenia stanowiska pracy i usunięcia materiałów rozbiórkowych będących własnością wykonawcy, wykonania badań i pomiarów kontrolnych (pkt 9 str 36).

2. zbrojenie konstrukcji monolitycznych prętami stalowymi (poz. 310)

Konsorcjum Ciepłownik – ok. 302,11 zł/tonę, Konsorcjum B&W – 2810,78 zł zł/tonę; ceny pozostałych oferentów – nawet 8 tys. zł za tonę; cena złomu – 3 tys. zł za tonę;

Cena z oferty Konsorcjum Ciepłownik:

– nie pozwala pokryć nawet kosztu zakupu materiału zbrojeniowego;
– stanowi 4,66% ceny pozostałych oferentów, niedoszacowanie ceny oferty o ok. 1,8 mln zł netto na tej pozycji.

Cena z oferty Konsorcjum B&W:

– pozwoli jedynie na zakup materiału i transport, sprefabrykowanie elementów zbrojeniowych i części kosztów wbudowania;
– nie pokryje pełnej kwoty robocizny, kosztów ogólnych i zysku.

3. przepompownie (poz. 359.d.1. - 361 d.1.)

Konsorcjum Ciepłownik:

– przepompownia Ps. 2 w poz. 359 d.1 – 1.673,23 zł, w poz. 57 d.1 – 116165,73 zł
– przepompownia Ps. 4 w poz. 361 d.1 – 1.673,23 zł, w poz. 59 d.1 – 126876,98 zł
– średnia cena jednej przepompowni w ofertach nieodrzuconych – 48,5 tys. zł; cena jednostkowa (niższa) stanowi 3.5% średniej wartości pozostałych ofert;
– zamawiający wymagał podania takiej samej ceny dla obu pozycji każdej z rodzajów przepompowni (odp. na pyt. 36 z 2 czerwca 2015 r.)
– nie wiadomo według której wartości zostanie rozliczona cena za daną przepompownię

4. zaniżone koszty pracy (str. 5, 28 i 32 kosztorysu Konsorcjum Ciepłownik)

Konsorcjum Ciepłownik skalkulowało koszty pracy poniżej minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę – zgodnie z § 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 11 września 2014 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę w 2015 r., Dz. U. z 2014 r. poz. 1220, od dnia 1 stycznia 2015 r. ustala się minimalne wynagrodzenie za pracę w wysokości 1750 zł; zgodnie z ustawą

Kodeks pracy minimalny wymiar czasu pracy wynosi 168 godzin miesięcznie, gdyż nie można uznać, że stawka 5,10 zł/r-g (str. 28) w branży budowlane spełnia wymagania tych przepisów prawa.

Dla branży elektrycznej Konsorcjum Ciepłownik wskazuje już stawkę 16,65 zł/r-g (str. 32) oraz 15 zł/r-g dla branży robót wodno-kanalizacyjnych (str. 5).

5. układanie kabli miedzioowych

(poz. 5.d.1.1 oraz poz. 36 d.1.4.1; poz. 89 d.1.4.4.3 oraz poz. 102 d.1.4.4.5)

Konsorcjum B&W:

- cena jednostkowa ułożenia 1 mb kabla wielożyłowego miedzioowego układanego pojedynczo (1*YKY 4x240 mm²) w poz. 89 d.1.4.4.3 i poz. 102 d.1.4.4.5 jest identyczna jak cena jednostkowa ułożenia 1 mb dwóch identycznych kabli wielożyłowych układanych równolegle (2*YKY 4x240 mm²) w poz. 5 d.1.1 i poz. 36 d.1.4.1 i wynosi 225,66 zł;
- taka wycena jest oderwana od ich realnej wartości, gdyż cena jednostkowa ułożenia dwóch kabli powinna być około 2x większa od ceny 1 kabli;
- cena jednostkowa ułożenia nawet pojedynczego kabla miedzioowego nie pokrywa nawet ceny materiału, gdyż ceny rynkowe (dostawca hurtowy) na zakup tego rodzaju kabli wynoszą ponad 230,00 zł/m dla pojedynczego kabla, bez ceny pozostałych materiałów niezbędnych do jego ułożenia, takich jak: spoiwo cynowo-ołowiane LC-40, benzyna ekstrakcyjna, wazelina techniczna, lakier asfaltowy, opaski kablówce, taśma z folii polietylenowej do oznakowania tras kablówce, słupki oznaczeniowe, taśma izolacyjna, materiały pomocnicze, a także bez kosztów transportu i robocizny ułożenia kabli.
- STWiOR (str. 38 i nn.) wskazuje na zakres prac i wymagania materiałowe w związku z budową linii kablówce, co powinno stanowić koszt pokrywany ceną; przy skrzyżowaniu z innymi instalacjami podziemnymi lub z drogami, kabel należy układać w przepustach kablówce (stosować rury Arot), które powinny być zabezpieczone przed przedostawaniem się do ich wnętrza wody i przed ich zamuleniem (str. 43); kabel ułożony w ziemi na całej swej długości powinien posiadać oznaczniki identyfikacyjne; łączenie, odgałęzienie i zakańczanie kabli należy wykonywać przy użyciu muf i głowic kablówce; wykonawca winien użyć odpowiednich narzędzi: spawarki transformatorowej do 500 A, zagęszczarki wibracyjnej spalinowej 70 m³/h, sprzętu do czyszczenia i sprawdzania przepustów, smarownicy przepustów;
- sposób wyceny ułożenia dwóch kabli równolegle w ofercie jest zatem niezgodny z pkt 1.7 Założeń wyjściowych do kosztorysowania oraz części III tomu I SIWZ, w którym Zamawiający wyraźnie wskazuje na obowiązek uwzględnienia krotności podanych ilości w danych pozycjach przedmiaru oraz wszystkich kosztów składających się na wykonanie

danego działu.

6. budowa stacji kontenerowej trafo STP 1 (poz. 81 d.1.4.4.21)
oraz trafo STP 2 (poz. 93 d.1. 4.4.4)

Konsorcjum B&W:

- cena za budowę nowej stacji trafo STP 1 w ofercie Konsorcjum B&W – 239092,73 zł, a średnia arytmetyczna cen wszystkich oferentów – 370067,41 zł;
- cena za budowę nowej stacji trafo STP 2 w ofercie Konsorcjum B&W – 227450,52 zł, średnia arytmetyczna cen wszystkich oferentów – 348113,4752 zł;
- najniższa na rynku oferta na samo urządzenie stacji trafo STP – 334400,00 zł; należy do niej doliczyć koszty montażu, wyposażenia, pomiarów i odbiorów dokonywanych przez ENEA; na potrzeby kosztorysu inwestorskiego Zamawiający przyjął 180 r-g robocizny;
- można się domyślać, że Konsorcjum B&W nie uwzględniło w cenie agregatu prądowórczego, którego koszty mogą sięgać nie mniej niż 120.000 zł

{ad pkt 3 listy zarzutów – ostatni akapit pkt II i pkt III uzasadnienia odwołania}

Według Odwołującego dokonanie tylko formalnie, a nie realnie wyceny wskazanych powyżej pozycji stanowi przejaw niedołożenie należytej staranności, którego nie można uznać za normalne, konkurencyjne działanie wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. Konkurencja, także na rynku zamówień publicznych, powinna cechować się bowiem uczciwymi zwyczajami i praktykami po stronie przedsiębiorców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia. Stwierdzenie działania naruszającego dobre obyczaje, jeśli prowadzi bądź może prowadzić do naruszenia interesu innego przedsiębiorcy, należy uznać za wypełnienie podstaw do uznania, że w tym wypadku Konsorcjum B&W i Konsorcjum Ciepłownik dopuścili się czynu nieuczciwej konkurencji, co winno skutkować odrzuceniem ich ofert.

W odwołaniu podniesiono również, że badanie cen jednostkowych pozwala ustalić, czy nie miało miejsce przeliczenie kosztów pomiędzy poszczególnymi pozycjami lub działami robót oraz czy realnie ceny ofert są porównywalne, a w związku z tym czy nie zostało naruszone równe traktowanie oferentów.

Odwołujący podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu ceny jednostkowe wskazane przez wykonawców w formularzu ofertowym nie są jedynie składnikiem ceny łącznej (wynagrodzenia wykonawcy), lecz *pełnią funkcję samodzielnych cen, w oparciu, o które jest naliczane wynagrodzenie za wykonanie wyodrębnionych prac, stanowiących jeden z niezależnych elementów przedmiotu zamówienia.*

Według Odwołującego w kontekście przyszłej rezygnacji Zamawiającego z części robót oraz samodzielnego ustalania przez wykonawcę zamówienia kolejności wykonywanych

robót i terminu ich wykonania, wynagrodzenia za roboty dodatkowe na podstawie kosztorysu itp. konieczne jest zbadanie, czy nie miała miejsca rażąco niska cena jednostkowa, która dla rozliczenia tej inwestycji będzie miała ogromne znaczenie.

Odwołujący wywiódł, że w tych okolicznościach, nawet jeśli łączna cena oferty nie odbiega znacząco od poziomu cen innych wykonawców, zastosowany przez wykonawcę sposób kalkulacji cen jednostkowych prowadzić może do wniosku, że wykonawca roboty, które wycenił nawet wyżej niż konkurenci, wykona na początku, a te nieoszacowane nie będzie w stanie zrealizować po zaoferowanych stawkach lub Zamawiający z nich zrezygnuje pod koniec inwestycji.

Odwołujący stwierdził, że w przypadku rezygnacji przez Zamawiającego z części przedmiotu zamówienia mogłoby się okazać, że realnie oferta Skanska będzie znacznie tańsza niż oferta Konsorcjum Ciepłownika lub oferta Konsorcjum B&W. Miałoby to miejsce, gdyby do momentu rezygnacji konkurenci wykonali wyłącznie roboty wodnokanalizacyjne oraz roboty elektryczne. Wówczas wartość wykonanych robót wyniosłaby łącznie odpowiednio ok.: 26 mln (Skanska), 28 mln (Konsorcjum B&W) i ok. 29 mln (Konsorcjum Ciepłownik). Takie różnice miałyby miejsce tylko dlatego, że nie zostały realnie wycenione prace dotyczące robót żelbetowych oraz robót elektrycznych dla poszczególnych pozycji jednostkowych. Odwołujący zastrzegł, że te konfiguracje mogą być znacznie bardziej złożone, gdyż wykonawca nie musi wykonywać robót całymi działami robót ale dowolnie konfigurować roboty z kilku działów równocześnie lub oddzielnie. Według Odwołującego może też się zdarzyć, że cena za realnie wykonane roboty przez Konsorcjum B&W lub Konsorcjum Ciepłownik będzie jeszcze droższa niż przy opisanym przypadku.

Zdaniem Odwołującego wyeliminowaniu takiej nieprawidłowości służy właśnie wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskich cen jednostkowych (czyli elementów oferty).

Ponadto w odwołaniu podniesiono, że złożenie oferty stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji stanowi osobną przesłankę odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp), której Zamawiający w *bieżącym stanie faktycznym* nie zastosował. Odwołujący wskazał, że w ustawie z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji {dalej również: „uznk”} wskazane zostały znamiona działań będące czynem nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk jest to utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Odwołujący podkreślił, że dla przyjęcia czynu nieuczciwej konkurencji przepisy nie wymagają, aby nastąpiło naruszenie interesu innego przedsiębiorcy, wystarczy jedynie

ustalenie zagrożenia interesu mającego wagę gospodarczą dla innych wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zdaniem Odwołującego w tej sprawie został zagrożony interes nie tylko pozostałych wykonawców ale także interes Zamawiającego. Takie działanie Konsorcjum Ciepłownik i Konsorcjum B&W jest objęte także dyspozycją normy prawnej zawartej w art. 3 ust. 1 uznk i jako takie stanowi samoistną podstawę stwierdzenia, że w danym przypadku mamy do czynienia z nieuczciwymi praktykami.

{KIO 1371/15, KIO 1383/15}

3 lipca 2015 r. wpłynęły do Prezesa Izby zgłoszenia przez Konsorcjum Ciepłownik zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego do Prezesa Izby przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawach o sygn. akt KIO 1371/15 i KIO 1383/15 po stronie Zamawiającego.

2 lipca 2015 r. wpłynęło do Prezesa Izby zgłoszenie przez Konsorcjum B&W przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1383/15 po stronie Zamawiającego.

Ponieważ powyższe przystąpienia zostały zgłoszone w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu (od przekazania kopii odwołania przez Zamawiającego) i wymogu przekazania jego kopii stronom danego postępowania, a także nie zgłoszono co do nich opozycji, Izba nie miała podstaw do stwierdzenia ich nieskuteczności.

13 lipca 2015 r. wpłynęły do Izby odpowiedzi Zamawiającego na odwołania (datowane na 10 lipca 2015 r.), w których oświadczył, że działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy pzp, uwzględni w całości przedstawione w nich zarzuty.

13 lipca 2015 r. na posiedzeniu Przystępujący zgłosili sprzeciwy co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania – Konsorcjum Ciepłownik w sprawach o sygn. akt KIO 1371/15 i KIO 1383/15, a Konsorcjum B&W w sprawie o sygn. akt KIO 1383/15.

Ponieważ żadne z odwołań nie zawierało braków formalnych, a wpisy od nich zostały uiszczone – podlegały rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby którekolwiek z odwołań podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępujących nie zostały również

złożone w tym zakresie odmienne wnioski.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, na skutek wniesionych sprzeciwów obie sprawy, stosownie do art. 186 ust. 4 pzp, zostały skierowane do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowisko. Zamawiający nie stawiał się na posiedzenie i rozprawę, pomimo prawidłowego zawiadomienia o ich terminie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Odwołujących i Przystępujących) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniach, piśmie Odwołującego Skanska z 23 lipca 2015 r., odpowiedziach na odwołania, zgłoszeniach przystąpienia, pismach Przystępującego Konsorcjum Ciepłownik z 7 lipca 2015 r., piśmie Przystępującego Konsorcjum B&W z 10 lipca 2015 r., a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący legitymują się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożyli ważne oferty. Jednocześnie objęte zarzutami odwołania naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp dotyczą wyżej sklasyfikowanych ofert, a zatem mogą Odwołujących narażać na szkodę, gdyż w przeciwnym razie mogliby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów zawartych w odwołaniach, Izba stwierdziła, że odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1371/15 zasługuje na uwzględnienie, natomiast odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1383/15 podlega oddaleniu.

{KIO 1371/15}

Izba ustaliła następujące istotne okoliczności dla rozpoznania odwołania:

W odwołaniu adekwatnie przytoczono brzmienie pkt 1.6 Założeń wyjściowych do kosztorysowania w brzmieniu po wyjaśnieniach udzielonych przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie 32 {z pisma nr 3045/15 z 21 maja 2015 r., na którym widnieje dodatkowo data 22 maja 2015 r.}.

Założenia wyjściowe do kosztorysowania zostały udostępnione przez Zamawiającego wraz z s.i.w.z., a następnie były przedmiotem pytań zgłaszanych przez wykonawców, udzielanych przez Zamawiającego wyjaśnień, a także zmian, o których Zamawiający informował wszystkich wykonawców na takich samych zasadach {okoliczność bezsporna}.

W ramach formalności, jakie powinny zostać dopełnione po wyborze oferty, Zamawiający przewidział m.in. złożenie zestawienia materiałów, urządzeń i sprzętu wynikających ze złożonego kosztorysu {część VII s.i.w.z. pkt 4.1}.

Ponadto Izba ustaliła odnośnie wskazanego w odwołaniu wykazu pozycji kosztorysu ofertowego Konsorcjum Ciepłownik dotyczącego sieci wod.-kan. i przyłącza, z uwzględnieniem wyjaśnień treści s.i.w.z. udzielanych przed terminem składania ofert przez Zamawiającego, co następuje.

{ad pkt 1, 9, 16, 17}

Poz. 52 – studnie rewizyjne z PE (producent Weho), poz. 181-183 – studzienki odpowietrzające systemowe (studzienki wg specyfikacji prod. Uponor Infra), poz. 342-349 – studnie z PE (studnie z PE firmy Weho) oraz poz. 356-357 – studnie rewizyjne z PE (studnie rewizyjne z PE firmy Weho) – do istniejącego w przedmiarach opisu dopisano: *wyceniono studnie betonowe rozwiązanie równoważne*.

Upřednio Zamawiający – w odpowiedzi na wniosek wykonawcy o dopuszczenie do zastosowania jako materiałów równoważnych rur i zbiorników betonowych zamiast rur i zbiorników tworzywowych ze względu na występujące na terenie inwestycji warunki gruntowo-wodne – dopuścił powyższe, pod warunkiem opracowania na własny koszt dokumentacji projektowej i uzyskania zamiennej decyzji o pozwoleniu na budowę {pkt 52 pisma 3045/15 z 21 maja 2015 r.}.

{ad pkt 2, 10, 18}

Poz. 56-59 – przepompownie (przepompownie np. firmy Purator), poz. 213-224 – przepompownie z pompami (pompy wg oferty firmy np. Purator), poz. 359-361 – przepompownie z pompami (pompy wg oferty np. firmy Purator) – do istniejącego w przedmiarach opisu dopisano: *rozwiązanie równoważne lub wyceniono rozwiązanie*

równoważne.

Upřednio Zamawiający – na wniosek wykonawcy o podanie wymaganych parametrów technicznych pompowni ścieków, aby można było zastosować materiał równoważny, gdyż nie wynikają one z opisu technicznego, a podawanie nazw własnych (Purator), bez podania wydajności pomp, średnic orurowania wewnętrznego, punktu pracy pomp oraz wysokości podnoszenia, stanowi naruszenie zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji – wyjaśnił, że nazwy producenta i produktu są nazwami przykładowymi i dopuszcza dokonywanie zmian z zachowaniem parametrów technicznych, które znajdują się w dokumentacji projektowej (zał. 13 Purator Latkowo cz. 3) {pkt 20 pisma 2813/15 z 13 maja 2015 r., na którym widnieje również data 12 maja 2015 r.}.

{ad pkt 3, 7, 14, 19}

Poz. 62 – rury ochronne (rury ochronne firmy Hobas), poz. 156-158 – rury ochronne (producent rur Hobas), poz. 255-258 – układanie rur ochronnych (rury ochronne formy Hobas), poz. 362-365 – układanie rur ochronnych (rury ochronne firmy Hobas) – do istniejącego opisu dodano: *rozwiązanie równoważne* lub *wyceniono rozwiązanie równoważne*.

Upřednio Zamawiający – na pytanie wykonawcy, który zwrócił uwagę, że na profilach {rysunkach zawartych w dokumentacji projektowej} występują rury osłonowe stalowe, natomiast w przedmiarze pojawiają się rury Hobas – wyjaśnił, że można je stosować zamiennie. {pkt 18 pisma 3314/15 z 2 czerwca 2015 r.}

{ad pkt 4, 6, 8, 13, 15}

Poz. 88-91 – podłączenie instalacji do sieci wodociągowej – do istniejących rurociągów – kołnierz specjalny zabezpieczony przed przesunięciem (kołnierz firmy Hawle) – z istniejącego opisu usunięto nazwę własną.

Poz. 141-143 – kołnierz specjalny zabezpieczony przed przesunięciem (producent Hawle), poz. 174-175 – kołnierz żeliwny (kołnierz żeliwny firmy Hawle), poz. 249-254 – kołnierz żeliwny (kołnierze żeliwny Hawle), poz. 290-293 – kołnierz żeliwny (kołnierz żeliwny formy Hawle) – do istniejącego opisu dodano: *wyceniono rozwiązanie równoważne*.

{ad pkt 5}

Poz. 132 – pompownia pożarowa kompaktowa z obudową (np. wg oferty Instacomact) – pozostawiono istniejący opis kończący się sformułowaniem *np. Instalcomact typu: PP-IC 81/250 DD b/diesel 68 kW + CR 3-17/1,5 kw lub rozwiązanie równoważne*.

{ad pkt 11}

Poz. 225-229 – separator W-MAK (separator wg oferty firmy np. KWH pipe Poland) – do istniejącego opisu dodano: *wyceniono rozwiązanie równoważne*.

Uprzednio Zamawiający – na wniosek wykonawcy o podanie parametrów technicznych separatorów substancji ropopochodnych, które mają być zamontowane w ramach budowy kanalizacji sanitarnej i deszczowej, gdyż podane numery typów separatorów wskazują na konkretnego producenta i nie można na podstawie podanych symboli dobrać materiału równoważnego, który sam Zamawiający dopuszcza – wyjaśnił, że parametry techniczne separatorów zostały podane w dokumentacji projektowej w pkt 1.6. 4 Sieci kanalizacji deszczowej {pkt 22 pisma 2813/15 z 13 maja 2015 r.}.

{ad pkt 12}

Poz. 230 – układ dwóch zbiorników wykonanych z rury Weholite (wg oferty firmy np. KWH Pipe Poland) – do istniejącego opisu dodano: *przyjęto rozwiązanie równoważne*.

Uprzednio Zamawiający:

- po pierwsze – na pytanie wykonawcy, czy Zamawiający dopuszcza wykonanie zbiorników retencyjnych wód deszczowych znajdujących się przed przepompowniami ścieków deszczowych jako stalowych lub z gotowych prefabrykatów żelbetowych (zdaniem pytającego rozwiązanie wybrane przez projektanta, z materiałów PP i PE, jest jednym z najdroższych i nie jest najprostsze z uwagi na warunki gruntowe) – wyraził zgodę na proponowane rozwiązanie, jeżeli wykonawca na własny koszt opracuje projekty zastępcze i uzyska konieczne decyzje) {pkt 13 pisma 2813/15 z 13 maja 2015 r.};
- na pytanie wykonawcy, czy Zamawiający dopuszcza zastosowanie na zbiornikach retencyjnych Zr1-Zr7 rur z żywicy poliestrowej CC-GRP dz3270 z połączeniami systemowymi ze zintegrowaną uszczelką EPDM, zapewniające całkowitą szczelność systemu, z drabinkami złazowymi z aluminium, przytwierdzonych do ściany komina śrubami, o parametrach zgodnych z dokumentacją projektową (które przywołano), zgodnie z aprobatami ITB oraz IBDIM (które wymieniono) – odpowiedział, że dopuszcza taką zmianę {pkt 23 pisma 2813/15 z 13 maja 2015 r.}.

W piśmie nr 2813/15 z 13 maja 2015 r. znalazły się również następujące wyjaśnienia:

- na pytanie wykonawcy, czy Zamawiający dopuszcza dokonywanie zmian w opisach pozycji kosztorysowych w stosunku do sporządzonego przez siebie przedmiaru robót (zwrócono uwagę, że w niektórych pozycjach są wskazane nazwy producentów, co jest niezgodne z zasadami uczciwej konkurencji i tym samym niezgodne z ustawą pzp) – Zamawiający wyjaśnił, że nazwy producentów zostały podane jako przykładowe i dopuszcza dokonywanie zmian z zachowaniem parametrów technicznych {pkt 9};
- na pytanie wykonawcy, czy Zamawiający wyrazi zgodę na zmianę nazwy wzgl. usunięcie

niektórych, zdaniem oferenta, zbędnych materiałów w przedmiarze robót wod.-kan. – Zamawiający odpowiedział, że wyraża zgodę na modyfikację przedmiarów dotyczącą nazw własnych {pkt 10}.

W piśmie z 21 maja 2015 r. (które wpłynęło do Zamawiającego 25 maja 2015 r) Wykonawca B&W B. D., w nawiązaniu do powyższych wyjaśnień, zwrócił się do Zamawiającego o określenie, czy podtrzymuje postawione w Założeniach wyjściowych do kosztorysowania warunki zastosowania rozwiązań zamiennych i urządzeń równoważnych. Zwrócono uwagę, że szczególnie problematyczny jest postawiony w pkt 1.6 lit. c obowiązek uzyskania na etapie składania ofert pisemnej zgody wykonawcy dokumentacji projektowej.

Na piśmie tym zamieszczono ręczną adnotację: *Załączono nowe Założenia wyjściowe do odp. Nr 4 (w uwagach na końcu pisma).*

W piśmie nr 3314/15 z 2 czerwca 2015 r., ostatnich wyjaśnieniach udzielonych przez Zamawiającego, powyższe pytanie nie zostało zamieszczone, natomiast na końcu pisma zamieszczono uwagę, że Zamawiający załącza zmodyfikowane Założenia wyjściowe do kosztorysowania (co polegało m.in. na usunięciu lit. c z pkt 1.6).

Reasumując, Izba ustaliła, że:

- Zamawiający co prawda dopuścił materiały i rozwiązania równoważne w stosunku materiałów i rozwiązań wskazanych przez podanie nazwy własnej lub pochodzenia, dopuszczając w tym zakresie zmianę opisów pozycji w kosztorysie ofertowym, czyli wymagając zgłoszenia w ten sposób zaoferowanych rozwiązań zamiennych dotyczących materiałów, urządzeń i technologii, jednakże dla potwierdzenia zachowania parametrów technicznych i eksploatacyjnych co najmniej równoważnych do zawartych w dokumentacji projektowej materiałów, urządzeń i technologii, żądał w takim przypadku przedstawienia dodatkowych dokumentów: po pierwsze – analizy porównawczej parametrów techniczno-eksploatacyjnych, po drugie – dokumentacji techniczno-ruchowej (DTR) lub innego dokumentu określającego parametry techniczno-eksploatacyjne i zakres stosowania;
- po wyborze najkorzystniejszej oferty przed podpisaniem umowy Zamawiający wymagał przedstawienia zestawienia materiałów, urządzeń i sprzęty wynikających ze złożonego kosztorysu, czyli takich, które zostały w nim wskazane przez podanie danych umożliwiających ich identyfikację;
- Konsorcjum Ciepłownik poprzestało na wskazaniu w pozycjach objętych odwołaniem, że zaoferowało rozwiązania równoważne, nie dokonując ich identyfikacji w kosztorysie ofertowym, a także nie załączając żadnych z wymaganych przez Zamawiającego

dokumentów.

Izba zważyła w pierwszej kolejności, że rozstrzygana sprawa nie dotyczy prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia dokonanego przez Zamawiającego, gdyż termin na wniesienie odwołania w tym zakresie już dawno upłynął. Takie odwołanie nie zostało złożone, choć wykonawcy na etapie wyjaśnień treści s.i.w.z. zgłaszali Zamawiającemu swoje zastrzeżenia i wnioski w tym zakresie. Izba nie jest zatem uprawniona do rozstrzygania, czy Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty {czyli zgodnie z art. 29 ust. 1 pzp}, ani czy Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję {czego zabrania art. 29 ust. 2 pzp}, ani nawet, czy w przedmiotowym postępowaniu wystąpiła specyfika przedmiotu zamówienia, w połączeniu z niemożnością jego opisanie po stronie Zamawiającego, uzasadniająca opis przez wskazanie znaków towarowych {co według art. 29 ust. 3 pzp uprawnia do takiego wskazania, jeżeli towarzyszą mu wyrazy „lub równoważny”}. Przedmiotem rozstrzygnięcia w tej sprawie nie jest zatem również kwesta, czy przedmiot zamówienia został opisany za pomocą norm, aprobat, specyfikacji technicznych i systemów odniesienia, o których mowa w ust. 1-3 art. 30 pzp, a Zamawiający wskazał, że dopuszcza rozwiązania równoważne do opisanych w ten sposób {co nakazuje art. 30 ust. 4 pzp}. Również poza granicami kognicji Izby w tej sprawie jest rozstrzyganie, czy Zamawiający w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców {o których mowa w art. 7 ust. 1 pzp} zażądał – działając na zasadzie art. 25 ust. 1 pkt 2 pzp – dokumentów potwierdzających przez oferowane roboty budowlane jego wymagań określonych w s.i.w.z.

Natomiast Izba w tej sprawie musiała rozstrzygnąć, czy w kontekście ostatecznie ukształtowanego przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia i zakresu zażądanych przez Zamawiającego dokumentów na potwierdzenie spełniania wymagań z tego opisu wynikających, Odwołujący słusznie zarzuca, że dla pozycji objętych zarzutami odwołania Konsorcjum Ciepłownik nie sprecyzowało oferowanych rozwiązań równoważnych oraz nie załączyło dokumentów potwierdzających ich równoważność w stosunku do produktów wskazanych z nazwy lub pochodzenia w dokumentacji postępowania.

W drugiej kolejności rozważenia wymaga zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd,

że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Art. 82 ust. 3 pzp zastrzega przy tym dla oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę pisemną pod rygorem nieważności, natomiast samo rozumienie terminu *oferta* należy przede wszystkim wywodzić z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Nie budzi przy tym wątpliwości, że z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty jest zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie.

W pozostałym zakresie zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności jeżeli zamawiający wymaga od wykonawców składających oferty – poza potwierdzenia ogólnym oświadczeniem o zgodności z opisem przedmiotu zamówienia – podania konkretnych parametrów, nazwy, modelu, typu etc., pozwalających na jednoznaczną identyfikację przedmiotu oferty – porównanie tak skonkretyzowanej treści oferty z treścią wymagań opisu przedmiotu zamówienia zawartego w s.i.w.z. jest podstawą do stwierdzenia ich wzajemnej zgodności albo niezgodności.

Nieskonkretyzowanie przez wykonawcę treści oferty w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, również może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z., gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelną zasadę równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Z tego względu w doktrynie prezentowany jest pogląd, że w zakresie zastosowania przesłanki odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp mieści się również sporządzenie oferty w inny sposób, niż żądał tego zamawiający, o ile niezgodność taka dotyczy elementów treści oferty w aspekcie formalnym i materialnym, choć nie może tu chodzić wyłącznie o niezgodność sposobu spełnienia tych aspektów {por. J. Pieróg w: *Prawo zamówień Publicznych*.

Komentarz, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2009}. Z kolei w judykaturze podobnie wskazuje się, że niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania s.i.w.z. dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane są w s.i.w.z. {por. np. uzasadnienie wyroku Izby z 13 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2478/13}.

Nie ulega również wątpliwości, że niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi postanowieniami s.i.w.z. (z uwzględnieniem wyjaśnień ich treści, których zamawiający udzielał w odpowiedzi na pytania wykonawców).

Wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nie zawsze będzie to podstawą do odrzucenia oferty, gdyż art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp wprost odsyła do art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia faktyczne i powyższe rozważania, Izba stwierdziła że Konsorcjum Ciepłownik, wbrew jednoznacznie wyrażonemu w Założeniach wyjściowych do kosztorysowania i wyjaśnieniach treści s.i.w.z. oczekiwaniu Zamawiającego, nie sprecyzowało oferty w zakresie zaoferowanych rozwiązań równoważnych w sposób umożliwiający weryfikację zgodności ich parametrów z opisem przedmiotu zamówienia, gdyż w opisie tych pozycji zaniechało zidentyfikowania wycenionych przez siebie rozwiązań równoważnych, a ponadto nie załączyło do oferty żadnych dokumentów dotyczących tych rozwiązań. W ten sposób Zamawiający został pozbawiony możliwości oceny przedmiotu oferty, który *de facto* – nie został określony.

O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, a w konsekwencji – złożenia oferty zgodnej z s.i.w.z. {tak m.in. wyroki Izby z: 3 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 556/12), 9 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2343/12, KIO 2346/12), 22 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/13), 10 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1266/13) – o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy

wykonawcami. Ustawa Prawo zamówień publicznych przewiduje instrumenty służące odczytaniu treści złożonego oświadczenia woli – jeśli jest ono niejednoznaczne {instytucja wyjaśnień z art. 87 ust. 1 pzp}, a także służące poprawieniu oferty – jeśli wprost nie odpowiada ona treści s.i.w.z. {instytucja poprawiania omyłek z art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp}. Art.87 ust. 2 pkt 1 i 2 pzp obliguje natomiast zamawiającego do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich oraz oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. W postępowaniu o zamówienie publiczne nie została bowiem wyłączona ogólna, charakterystyczna dla prawa cywilnego zasada ustalania treści złożonego oświadczenia woli w sposób odzwierciedlający zamiar strony i cel złożenia oświadczenia.

Jednakże istotne elementy tego oświadczenia woli – jak skonkretyzowany w sposób wymagany przez Zamawiającego przedmiot oferowanego świadczenia – powinny się jednak w ofercie znaleźć, w przeciwnym razie nie sposób ustalić treści tego oświadczenia bez jego istotnej zmiany lub prowadzenia ustaleń z wykonawcą już po terminie składania ofert, co jest niedopuszczalne na mocy klauzuli zawartej w art. 87 ust. 1 zd. 2 pzp. Zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jednakże niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Przywołane powyżej instytucje służą jak najwierniejszemu odtworzeniu intencji wykonawcy w zakresie złożonego zamawiającemu oświadczenia woli, odczytaniu jego treści. Zastosowanie tych instrumentów jest jednak możliwe wtedy, gdy wykonawca w swojej ofercie wyartykułował oświadczenie woli w sposób umożliwiający takie odczytanie bezpośrednio lub pośrednio, choćby przez pryzmat załączonych do oferty dokumentów składanych na potwierdzenie, że przedmiot oferty odpowiada wymaganiom zamawiającego.

W rozstrzyganej sprawie mamy do czynienia z taką sytuacją, że Konsorcjum Ciepłownik nie skonkretyzowało oferowanych rozwiązań równoważnych w stopniu pozwalającym na ocenę, co dokładnie zostało zaoferowane. Braki oferty Konsorcjum Ciepłownik w tym zakresie nie mogą być uzupełniane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, gdyż sprowadzałoby się to do negocjowania treści oferty po terminie składania ofert. Stanowiłoby też naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, gdyż Konsorcjum Ciepłownik miałoby więcej czasu od innych wykonawców na sprecyzowanie urządzenia zgodnego z treścią wymagań s.i.w.z. W tej sytuacji niedopuszczalne byłoby również wzywanie w trybie art 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia niezłączonych do oferty dokumentów dotyczących rozwiązań równoważnych, gdyż *de facto* prowadziłoby do podania po upływie terminu

składania ofert informacji pozwalających na ustalenie, co konkretnie zostało zaoferowane jako rozwiązania równoważne.

Z tych względów Izba uznała za zasadny zarzut dotyczący definitywnej niezgodności oferty Konsorcjum Ciepłownik z s.i.w.z., wynikającej z niepodlegającego poprawieniu czy uzupełnieniu niezastosowaniu się do wymagania sprecyzowania oferowanych rozwiązań równoważnych w sposób umożliwiający ich weryfikację pod względem spełniania parametrów opisu przedmiotu zamówienia. W konsekwencji Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum Ciepłownik jako najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem odrzucenia tej oferty.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 pzp, z uwzględnieniem art. 186 ust. 6 pkt 3 pzp. W pierwszej kolejności zaliczono do tych kosztów uiszczony przez Odwołującego Konsorcjum B&W wpis – zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Ponadto stosowanie do art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b kosztami postępowania odwoławczego obciążono Przystępującego Konsorcjum Ciepłownik, od którego – zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia – zasądzono na rzecz Odwołującego Konsorcjum Ciepłownik poniesione przez niego koszty z tytułu uiszczzonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunków złożonych do zamknięcia rozprawy.

{KIO 1383/15}

Na wstępie Izba zaznacza, że pomimo podzielenia dalszego wyводу na trzy części, stanowisko odnośnie znaczenia określonych postanowień s.i.w.z. wyrażone przy okazji rozstrzygnięcia jednego z zarzutów należy uznać za aktualne również w kontekście pozostałych zarzutów. Odwołanie zostało zredagowane w taki sposób, że te same lub zbliżone okoliczności zostały poruszone w kontekście odrębnych kwalifikacji prawnych,

a czasem kilkakrotnie powtórzone. Przy powyższej prezentacji okoliczności zawartych w uzasadnieniu odwołania dokonano (w miarę możliwości) ich uporządkowania, kierując się zamieszczoną na wstępie odwołania listą zarzutów. Rozstrzygnięcie powtarzających się kwestii zostało przede wszystkim zamieszczone przy okazji rozpoznawania zarzutu, dla którego w ocenie Izby mogły one mieć największe znaczenie.

I.

Pierwszy zarzut na wstępie odwołania został określony jako naruszenie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp polegające na zaniechaniu wezwania Przystępujących do wyjaśnień w trybie pierwszego z tych przepisów, pomimo że złożone przez nich oferty zawierają rażąco niską cenę (co stanowi podstawę odrzucenia oferty uregulowaną w drugim z przywołanych przepisów). Z uzasadnienia odwołania wynika, że powyższy zarzut opiera się na następującym założeniu: ponieważ każda z tych ofert w zakresie jednego z trzech podstawowych zakresów (działów) robót jest niższa znacznie więcej niż 30% od średniej arytmetycznej pozostałych ofert, powinno to być podstawą wezwania na podstawie art. 90 ust. 1 pzp, z uwagi na przyjęcie za te prace cen poniżej kosztów ich wytworzenia, czyli takich, które nie pozwalają na pokrycie nakładów koniecznych do ich wykonania.

Izba ustaliła następujące okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia tego zarzutu:

W zakres przedmiotu zamówienia wchodzi następujące prace do wykonania: przebudowa istniejącej stacji trafo ST-1 i ST-2 – zakres abonencki (rozdzielnice odpływowe nn. 0,4 kV), przebudowa istniejących zalicznikowych sieci kablowych nn. 0,4 kV wychodzących z tych stacji trafo, budowa abonenckiego przyłącza kablowego SN 15 kV 3*YHAKxs 1*120 mm², budowa kontenerowych stacji trafo STP-1 i STP-2, zabudowa układu pomiarowego pośredniego w stacji trafo STP-2, budowa i przebudowa sieci wodociągowej bytowo-gospodarczej i na cele przeciwpożarowe, budowa przepompowni, budowa sieci kanalizacji sanitarnej (tłocznej i grawitacyjnej), budowa sieci kanalizacji deszczowej, budowa żelbetowego zbiornika retencyjnego i wykonanie ogrodzenia przepompowni – przy czym szczegółowy zakres robót określono w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz projektach budowlanych wykonawczych {pkt 3.2 - 3.3 części I s.i.w.z.}.

Zamawiający nie dopuszczał możliwości składania ofert częściowych na tak określony przedmiot zamówienia {pkt 4.2 części I s.i.w.z.}.

Wartość udzielanego zamówienia została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 38.748.965,42 zł {pkt 2.2 protokołu postępowania}, a bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał, że zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę

47.661.227,47 zł. {pkt 11.1 protokołu postępowania}.

W postępowaniu zostały złożone następujące oferty uszeregowane od najniższej do najwyższej ceny: (1) ALSTAL Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Jacewie {dalej również: „Alstal”} – 29.258.731,86 zł, (2) Konsorcjum Ciepłownik – 40.901.263,93 zł, (3) Konsorcjum B&W – 42.857.788,20 zł, (4) Skanska – 45.372.458,04 zł, (5) IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie i Przedsiębiorstwo AGAT S.A. z siedzibą w Koluszkach wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – 45.510.000,00 zł. {pkt 12 protokołu postępowania}.

Z powyższych danych wynika, że:

- średnia arytmetyczna cen wszystkich złożonych ofert wynosi 40.780.048,41 zł, a średnia arytmetyczna cen ofert bez oferty Alstal – 43.660.377,54 zł
- cena oferty Konsorcjum Ciepłownik stanowi 85,82% kwoty przewidzianej przez Zamawiającego oraz stanowi 100,30% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert i 93,68% średniej arytmetycznej cen ofert bez oferty Alstal;
- cena oferty Konsorcjum B&W stanowi 89,92% kwoty przewidzianej przez Zamawiającego oraz stanowi 105,09% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert i 98,16% średniej arytmetycznej cen ofert bez oferty Alstal;
- cena oferty Skanska stanowi 95,20% kwoty przewidzianej przez Zamawiającego oraz stanowi 111,26% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert i 103,92% średniej arytmetycznej cen ofert bez oferty Alstal ;

Zamawiający nie wzywał żadnego z wykonawców do wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy pzp

Oferta złożona przez Alstal została przez Zamawiającego odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp z powodu niezgodności treści z treścią s.i.w.z., polegającej na tym, że w załączonym do oferty kosztorysie budowlanym branży sanitarnej brakuje poz. od 184 do 210, co zostało zakwalifikowane jak błąd skutkujący niezgodnością z postanowieniem części III ust. 2 pkt 7 s.i.w.z. {w uwadze zamieszczonej w tym pkt składającym się na opis sposobu obliczenia ceny oferty Zamawiający zastrzegł, że nieuwzględnienie w wycenie chociażby jednej pozycji robót będzie przyczyną odrzucenia oferty}.

Zgodnie z art. 90 ust. 1 pzp, jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty

mających wpływ na wysokość ceny, w szczególności w zakresie: 1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U, Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314); 2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Na tle poprzedniego brzmienia art. 90 ust. 1 pzp *{Zamawiajmy w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny}* w orzecznictwie i doktrynie wskazywano na zasadność wszczęcia procedury wyjaśniającej cenę oferty jeżeli odbiega ona o 10% od średniej ceny grupy ofert o zbliżonych cenach, względnie o 20% od wartości szacunkowej zamówienia.

Dostrzegano jednocześnie że są to generalne i niewiążące wskazania, wprost niewynikające z art. 90 ust. 1 pzp ani innych przepisów dotyczących zamówień publicznych, które nie muszą być adekwatne w okolicznościach każdego konkretnego przypadku. W szczególności w wyroku z 28 kwietnia 2011 r. (sygn. akt 814/11) Izba zauważyła, że: *Ustalenie jakichkolwiek sztywnych wskaźników nie jest {na gruncie art. 90 ust. 1 pzp} możliwe i dopuszczalne (...) Brak wskazania przez ustawodawcę tychże wskaźników ma chronić przed wszelkim automatyzmem i bezrefleksyjnym („na wszelki wypadek”, czy „z ostrożności) wdrażaniem postępowania wyjaśniającego w przedmiocie rażąco niskiej ceny.*

Analogiczne stanowisko pojawiło się również w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 14 czerwca 2010 r. (sygn. akt XIX Ga 230/10) Sąd Okręgowy w Katowicach stwierdził, co następuje: *Przepis art. 90 ust. 1 Pzp upoważnia zamawiającego do wszczęcia procedury wyjaśniającej, jeżeli poweźmie uzasadnione wątpliwości dotyczące ceny oferty. Przyjęcie zatem wyłącznie arytmetycznego kryterium i automatyczne uznawanie cen za rażąco niskie jest niedopuszczalne. Zainicjowanie procedury wyjaśniającej w trybie art. 90 ust. 1 Pzp pozostawione zostało zamawiającemu. Podkreślić należy, iż wymieniony przepis nie nakłada żadnych warunków, kiedy to postępowanie należy wdrożyć. Zamawiający zatem nie ma obowiązku wdrożenia postępowania sprawdzającego w każdym przypadku. Nie można podzielić zarzutów skargi, że obowiązek wykazania, iż cena oferty jest rażąco zaniżona nałożony jest na zamawiającego co wynika z art. 90 ustawy Pzp. (...) Jeżeli zamawiający nie poweźmie wątpliwości co do tego czy cena oferty jest rażąco zaniżona to w sporze z innym wykonawcą*

obowiązują ogólne zasady dowodowe w tym art. 6 k.c., zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Przy czym wspomniany wyrok zapadł na tle stanu faktycznego, w którym wszystkie złożone oferty zawierały ceny niższe od oszacowania dokonanego przez zamawiającego, jednocześnie cena najtańszej oferty odbiegała od pozostałych dwóch ofert nie więcej niż o 16%. Było to podstawą do uznania, że ceny usług na rynku przewozowym uległy obniżeniu w stosunku do oszacowania dokonanego przez zamawiającego, a różnice pomiędzy cenami złożonych ofert nie uzasadniają powstania wątpliwości co do rażącego zaniżenia ceny w wybranej ofercie.

W aktualnym stanie prawnym zmieniło się jedynie tyle, że wprowadzono sztywne kryteria 30% różnicy w stosunku do oszacowania wartości zamówienia przez zamawiającego {co należy rozumieć w tym przypadku jako wartość uwzględniającą kwotę podatku od towarów i usług} lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert – wystąpienie jednego z nich zostało podane jako przykład sytuacji, w której cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i ma wzbudzić wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez niego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, co obliuguje do wezwania wykonawcy do wyjaśnień.

W rozstrzyganej sprawie nie zachodzi żadne z przywołanych powyżej kryteriów. Oczywiście jest, że według aktualnego brzmienia art. 90 ust. 1 pzp ceny ofert złożonych przez Konsorcjum Ciepłownik i Konsorcjum B&W nie wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i nie musiały budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w s.i.w.z. Również według zaostrzonych kryteriów przyjmowanych w doktrynie i orzecznictwie nie ma podstaw do powstania takich wątpliwości – ceny tych ofert odbiegają znacząco mniej niż 10% od średniej grup ofert o zbliżonych cenach (czyli wyliczonej bez uwzględnienia oferty Astal), a także znacząco mniej niż 20% od wartości oszacowania dokonanego przez Zamawiającego.

Zarówno ustawa pzp, jak również prawo unijne nie definiują pojęcia „rażąco niskiej ceny”. Zgodnie z ugruntowaną linią orzecznictwa istotne jest to, że przy ocenie, czy mamy do czynienia z rażąco niską ceną należy brać pod uwagę cenę całkowitą oferty, a nie ceny za poszczególne elementy oferty, chyba że okoliczności dotyczące postępowania wskazują na szczególne znaczenie cen jednostkowych. W tym postępowaniu, które dotyczy zamówienia na roboty budowlane, czyli osiągnięcia określonego z góry rezultatu {o czym szerzej poniżej}, skalkulowanie pewnych pozycji na znacznie niższym poziomie niż średnio w innych ofertach, nie ma znaczenia, skoro w odniesieniu do całej ceny oferty nie można

powiedzieć, że wydaje się rażąco niska w stosunku do przedsięwzięcia budowlanego, które ma za nią zostać zrealizowane. Odwołujący nigdzie nie twierdzi w odwołaniu, że ceny ofert Konsorcjum Ciepłownik i Konsorcjum B&W są rażąco zaniżone w stosunku do całości przedmiotu zamówienia, skupiając się wyłącznie na wybranych pozycjach, które jego zdaniem wpłynęły na zniżenie wyszczególnianych przez niego działów technologicznych robót. Spekulacje Odwołującego, o ile wyższe byłyby ceny tych ofert, gdyby te pozycje skalkulowano na poziomie sugerowanym przez Odwołującego są bez znaczenia dla sprawy. Podobnie jak zgłoszone przez Odwołującego dowody na potwierdzenie kształtowania się na rynku cen materiałów objętych pozycjami zakwestionowanymi jako zaniżone.

Zgodnie z orzecznictwem sądów powszechnych cena rażąco niska, to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i ewentualnie innych ofert złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publiczne {wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08}. Pogląd taki prezentuje również Krajowa Izba Odwoławcza w szeregu orzeczeń dotyczących rażąco niskiej ceny. W okolicznościach rozstrzyganej sprawy nie zachodzi wątpliwość co do możliwości zrealizowania przedmiotowego zamówienia za ceny wskazane w ofertach Konsorcjum Ciepłownik i Konsorcjum B&W.

II.

Drugi zarzut na wstępie odwołania został określony jako naruszenie art. 90 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp polegające na zaniechaniu wezwania Przystępujących do wyjaśnień w trybie pierwszego z tych przepisów, pomimo że poziom zaoferowanych przez nich cen wskazuje, że ich oferty są niezgodne z s.i.w.z. (czyli podlegają odrzuceniu na podstawie drugiego ze wskazanych przepisów). Z uzasadnienia odwołania wynika, że powyższy zarzut opiera się na następującym założeniu: przy kosztorysowym rozliczeniu robót każda cena jednostkowa stanowi (odrębną) ofertę, której zgodność z treścią s.i.w.z. należy badać przez pryzmat tego, czy cena ta umożliwia zrealizowanie zakresu prac objętych daną pozycją kosztorysową, przy uwzględnieniu wymagań wynikających ze STWiORB. Dalsza część uzasadnienia odwołania została poświęcona wskazaniu i wykazaniu, które pozycje z kosztorysów ofertowych Konsorcjum Ciepłownik i Konsorcjum B&W nie odpowiadają temu założeniu, gdyż cena pozycji nie pozwala nawet na pokrycie kosztów jej realizacji. Zarzuty odwołania sprowadzają się do twierdzenia, że skoro według opisu sposobu obliczenia ceny oferty przy kalkulacji ceny danej pozycji robót należało uwzględnić koszt wykonania zarówno prac zasadniczych, jak i towarzyszących szczegółowo opisanych w STWiORB, jeżeli wartość danej pozycji w ofercie nie pokrywa tych kosztów,

oznacza to niezgodność treści oferty z treścią s.i.w.z. Wezwanie Przystępujących w trybie art. 90 ust. 1 pzp miałyby zatem *de facto* służyć potwierdzeniu, że ich oferty na te pozycje są niezgodne z treścią s.i.w.z. według przyjętego w odwołaniu założenia.

Zdaniem składu orzekającego Izby przyjęte w odwołaniu rozumienie przesłanki odrzucenia oferty nie mieści się w zakresie zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który omówiono powyżej przy okazji rozstrzygnięcia sprawy o sygn. akt KIO 1371/15. Wbrew temu, co sugeruje Odwołujący, kosztorysowe wynagrodzenie na etapie wykonania robót budowlanych nie zmienia tego, że oferta niepodzielnie dotyczy realizacji całości przedsięwzięcia budowlanego opisanego za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Oferta może zostać uznana za niezgodną z s.i.w.z., gdy z jej treści wynika, że nie obejmuje swoim zakresem całości prac składających się na przedmiot zamówienia lub oferowany sposób czy termin wykonania tych prac nie odpowiada wymaganemu. Tymczasem odwołanie nie zawiera takiego zarzutu w stosunku do ofert Przystępujących.

Natomiast Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, że każdą pozycję kosztorysową należy traktować jako odrębną ofertę, którą należy uznać za niezgodną z treścią s.i.w.z., jeżeli nie pokrywa kosztów prac zasadniczych i towarzyszących wynikających ze STWiORB dla tej pozycji. Z uwagi na powyższe nie ma potrzeby rozstrzygnięcia, czy cena jednostkowa wskazana w objętych szczegółowymi zarzutami odwołania pozycjach kosztorysów ofertowych pokrywa koszty wykonania prac objętych tymi pozycjami, gdyż nawet wystąpienie takiej sytuacji nie oznaczałoby, że oferty Konsorcjum Ciepłownik i Konsorcjum B&W nie odpowiadają treści s.i.w.z. Zgłoszone przez Odwołującego dowody na potwierdzenie kształtowania się na rynku cen materiałów objętych pozycjami zakwestionowanymi jako zaniżone są bez znaczenia dla sprawy.

Nie sposób jednak nie zauważyć, że rozumowanie Odwołującego doprowadziło go do sprecyzowania zarzutu niezgodności treści oferty polegającej na zbyt niskiej wycenie przepompowni, które choć – jak sam przyznaje – nie wchodzi w zakres przedmiotu zamówienia, gdyż zostały błędnie zdublowane w ostatecznej wersji przedmiarów, pomimo że wykonawcy zwracali na to uwagę.

Izba nie podziela również zaprezentowanej w odwołaniu interpretacji postanowień s.i.w.z. dotyczących sposobu obliczenia ceny oferty. W ramach opisu sposobu obliczania ceny oferty {ust. 2 części I s.i.w.z.} Zamawiający zobowiązał wykonawcę do sporządzenia na podstawie przedmiaru robót załączonego do SIWZ kosztorysu ofertowego metodą kalkulacji uproszczonej {ust. 2 pkt 4}. Zamawiający zastrzegł, że cena wynikająca

z podsumowania wszystkich pozycji tego kosztorysu będzie uznana za prawidłową, nawet jeżeli inna cena zostanie wpisana w formularzu oferty {ust. 2 pkt 4 ppkt 8}. Jednocześnie wyłącznie pominięcie jakiejś pozycji w całości, względnie scalenie kilku pozycji w jedną zostało obarczone rygorem odrzucenia oferty {uwaga zamieszczona pod ppkt 7 pkt 2 ust. 2}. Wyliczenie co powinien uwzględniać kosztorys ofertowy {pkt 4 ust. 2}, odnosi się do jego całości, a nie tylko poszczególnych pozycji. W szczególności wskazanie, że każda pozycja kosztorysu ofertowego winna zawierać cenę jednostkową obejmującą narzuty zysku, kosztów pośrednich oraz kosztów zakupu {ppkt 7 pkt 4 ust. 2}, nie oznacza egzekwowalnego w kontekście zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z. nakazu, aby każda z pozycji kosztorysu w oderwaniu od całości miała przynosić zysk. Podobnie jak nakaz uwzględnienia mogących wystąpić rodzajów kosztów niezbędnych do wykonania zadania {ppkt 3 pkt 4 ust. 2} czy rodzajów robót towarzyszących {ppkt 43 pkt 4 ust. 2}, należy to odczytywać jako zastrzeżenie, że uwzględnienie tego typu kosztów przy kalkulacji kosztorysu ofertowego w cenach jednostkowych ma znaczenie, gdyż według tych stawek będzie rozliczane wynagrodzenie na etapie realizacji zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu znaczenie cen jednostkowych jest przy tym mniejsze niż sugeruje to Odwołujący powołując się na zasadę wynagrodzenia kosztorysowego. Należy wziąć pod uwagę, że wg s.i.w.z. *podana cena ofertowa będzie wynagrodzeniem kosztorysowym* {ust. 2 pkt 3}, a zgodnie z wzorem umowy stanowi wysokość wynagrodzenia, które otrzyma wykonawca za wykonanie przedmiotu umowy, stanowiące wynik iloczynu ilości wykonanych robót i cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym {§ 3 ust. 3}, przy czym rozliczenie rzeczywiście wykonanych i odebranych robót według cen jednostkowych pozycji wynikających z kosztorysu ofertowego stanowi jedną z przyczyn, które mogą stanowić podstawę do zmiany wynagrodzenia wykonawcy {§ 23 ust. 2 lit. e}. W to uregulowanie wpisuje się również odrębne postanowienie przewidujące możliwość zmiany wartości umowy określonej na podstawie kosztorysu ofertowego w związku z ewentualnymi pracami zamiennymi lub zaniechanymi {§ 3 ust. 4}.

Z przywołanych postanowień wynika, że kosztorysowość wynagrodzenia utożsamiono przede wszystkim z wyliczeniem go na podstawie kosztorysu ofertowego, a nie z rozliczaniem faktycznie wykonanych robót wg cen jednostkowych podanych w kosztorysie, które może, ale nie musi być podstawą do zmiany wysokości wynagrodzenia odpowiadającego cenie oferty. Wynagrodzenie na etapie realizacji umowy ma co do zasady odpowiadać cenie oferty. Interpretacji takiej nie podważają postanowienia dotyczące rozliczeń {§ 12 wzoru umowy}, przewidujące rozliczenie fakturami przejściowymi

do wysokości 90% wartości wynagrodzenia umownego, a także obowiązek załączenia do każdej faktury obmiarów i kosztorysu powykonawczego.

W odwołaniu zasugerowano również, jakoby zawarte w pkt 9 *Postawy płatności* STWiORB (str. 36) wyliczenie dotyczyło tylko trzech zakwestionowanych pozycji, podczas gdy ma ono charakter ogólny i odnosi się do wszystkich robót objętych SST-5 *Konstrukcje żelbetowe*, czyli wszystkich robót związanych z wykonywaniem konstrukcji betonowych i żelbetowych w obiektach kubaturowych oraz obiektach budownictwa inżynierskiego, a tym samym dotyczy wszystkich czynności mających na celu wykonanie robót związanych z: przygotowaniem mieszanki betonowej, wykonywaniem deskowań wraz z usztywnieniem, układaniem i zagęszczaniem mieszanki betonowej i pielęgnacją betonu. W rzeczywistości pozycji dotyczących tych robót jest znacznie więcej i każdy wykonawca według swojego uznania decydował, gdzie je uwzględni.

III.

Trzeci zarzut na wstępie odwołania został określony jako naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 pzp, polegające na zaniechaniu odrzucenia ofert Przystępujących, pomimo że sposób skalkulowania i poziom ceny wskazuje, że złożenie przez nich ofert stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Z uzasadnienia odwołania wynika w pierwszej kolejności, że ten czyn nieuczciwej konkurencji stanowi niedołożenie należytej staranności zawodowej przejawiające się w dokonaniu jedynie formalnie, a nie realnie wyceny pozycji zakwestionowanych jako niezgodne z s.i.w.z. z uwagi na zaniżenie ich wyceny, co miałyby naruszać dobre obyczaje, jeżeli prowadzi do naruszenia interesu innego przedsiębiorcy.

Przede wszystkim ów zarzut opiera się na następujących założeniach: po pierwsze – ceny jednostkowe dotyczą wyodrębnionych prac, które stanowią niezależne elementy przedmiotu zamówienia, po drugie – każdy z trzech zasadniczych działów robót ma odrębny charakter, po trzecie – Przystępujący zamierzają wykonać jedynie te roboty (lub działy), dla których nie zaniżyli cen jednostkowych, co mają im umożliwić postanowienia umowy. Konkluzja jest taka, że w przypadku wykonania robót w takim niepełnym zakresie, mogłoby się okazać, że wykonanie tych zakresów robót byłoby tańsze według cen z oferty Odwołującego. W czym Odwołujący zdaje [ogólna konkluzja na końcu pkt III uzasadnienia] się upatrywać zagrożenie swojego interesu, a także interesu Zamawiającego.

Art. 89 ust. 1 pkt 4 pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Według art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu

nieuczciwej konkurencji (t.j. Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.) {dalej również: „ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji” lub „uznk”} czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Jest to tzw. klauzula generalna, do której można się odwołać, jeżeli dane zachowanie nie wypełnia znamion żadnego ze stypizowanych w dalszych przepisach uznk czynów nieuczciwej konkurencji.

Izba stwierdziła, że przedstawione w odwołaniu argumenty nie świadczą o tym, że złożenie przez któregośkolwiek z Przystępujących oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji. Odwołujący nawet nie zadał sobie trudu zidentyfikowania dobrych obyczajów, które miałyby zostać w tym przypadku naruszone. Natomiast błędnie zdaje się utożsamiać sam fakt złożenia konkurencyjnych ofert w stosunku do jego własnej oferty za naruszenie dobrych obyczajów. Odwołujący sam przecież przyznaje, że łączna cena ofert Przystępujących nie odbiega od poziomu cen ofert złożonych w postępowaniu. Przypisywanie konkurentom nienależytej staranności przy kalkulowaniu niektórych cen jednostkowych niczemu w okolicznościach tej sprawy nie służy i pozostaje w oderwaniu od wskazywanej przez Odwołującego kwalifikacji prawnej.

Przede wszystkim wszystkie przyjęte przez Odwołującego założenia są nieadekwatne w tej sprawie i stanowią nieudolną próbę wpasowania okoliczności tego postępowania pod wyrwane z kontekstu tezy z uzasadnienia wyroku Izby z 24 września 2014 r. (sygn. akt KIO 1844/14), który zapadł w zupełnie odmiennych okolicznościach. Większość argumentacji w tej części uzasadnienia odwołania {pkt III}, nie tylko w części przedstawionej jako cytaty, opiera się na ustaleniach lub rozważaniach zawartych w uzasadnieniu wspomnianego orzeczenia, które dotyczyło postępowania o udzielenie zamówienia na usługi mechanicznego oczyszczania miejskich jezdni w sezonie zimowym i letnim. Specyfiką tego typu przedmiotu zamówienia jest, że stanowi agregację szeregu odrębnych i niezależnych od siebie czynności, co do których nie ma pewności, czy i w jakiej skali wystąpią na etapie realizacji zamówienia. Stąd szczególne znaczenie cen jednostkowych dla poszczególnych czynności, które mogą być badane pod kątem zarówno rażąco niskiej ceny, jak i manipulowania wysokością poszczególnych cen dla uzyskania korzystnego bilansu w świetle kryteriów oceny ofert lub z uwagi na przewidywany faktyczny zakres realizacji zamówienia. Nie bez znaczenia jest również, że zamówienie na tego typu usługi ma charakter tzw. umowy starannego działania.

W przypadku zamówienia na roboty budowlane mamy do czynienia z tzw. umową rezultatu, czyli zobowiązaniem wykonawcy do osiągnięcia rezultatu opisanego w dokumentacji projektowej za wynagrodzeniem określone w ofercie, przy czym cena oferty

określa je ostatecznie (wynagrodzenie ryczałtowe) lub w sposób przybliżony, z dokładnym określeniem podstaw do ustalenia jego ostatecznej wysokości w postaci cen jednostkowych (wynagrodzenie kosztorysowe). Rezultat, który ma być osiągnięty, w reżimie zamówień publicznych musi być dokładnie opisany w sposób wynikający z art. 31 ust. 1 pzp (z uwzględnieniem przepisów wykonawczych wydanych na podstawie art. 31 ust. 4 pzp) i nie może ulegać zasadniczym zmianom, niezależnie od charakteru wynagrodzenia umownego. Jednym z elementów dokumentacji projektowej jest przedmiar robót, zawierający zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania wraz ze szczegółowym ich opisem lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis oraz wskazaniem właściwych szczegółowych specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych, z wyliczeniem i zestawieniem ilości jednostek przedmiarowych robót podstawowych. Z kolei dla każdej pozycji przedmiaru robót należy podać między innymi nazwę i opis oraz obliczenia ilości jednostek miary, które powinny być wyliczone na podstawie rysunków w dokumentacji projektowej. Rozliczenie kosztorysowe według cen jednostkowych nie oznacza, że zakres ostatecznie zrealizowanych prac może znacząco odbiegać od zakresu przewidywanego na etapie udzielenia zamówienia.

Przechodząc konkretnie do założeń przyjętych w odwołaniu. Po pierwsze – oczywiście niezgodne z istotą zamówienia na roboty budowlane jest założenie, że poszczególne prace stanowią niezależne elementy przedmiotu zamówienia, gdyż składają się one na uszeregowane w kolejności technologicznej wykonania zestawienie przewidywanych prac koniecznych dla zrealizowania obiektu lub obiektów budowlanych. Co do zasady pewnym zmianom ulec może jedynie zakres ilościowy poszczególnych prac i tu objawia się znaczenie cen jednostkowych, które pozwalają na ich rozliczenie na etapie realizacji zamówienia.

Po drugie – nawet jeżeli przedmiot tego zamówienia składa się pod względem technologicznym z trzech odrębnych działów, zamówienie to nie zostało podzielone na części i obejmuje niepodzielnie zrealizowanie rezultatu opisanego w dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót {o czym szerzej powyżej}.

Po trzecie – przypisanie czynu nieuczciwej konkurencji nie może opierać się na czystej spekulacji, a taką jest zakładania przez Odwołującego, co uczynią Przystępujący na etapie realizacji zamówienia. Równie dobrze można spekulować, że Odwołujący w pierwszej kolejności wykonałby roboty dotyczące zbiorników żelbetowych, które wycenił najdrożej spośród wszystkich złożonych ofert, a na końcu roboty dotyczące instalacji wodno-kanalizacyjnych, które wycenił około trzy miliony niżej niż w pozostałych ofertach

(z wyjątkiem oferty Alstal). Przede wszystkim Odwołujący zdaje się nie dostrzegać, że ewentualne ograniczenie zakresu zrealizowanych robót jest nie tylko okolicznością przyszłą i niepewną, ale zupełnie niezależną od wykonawcy zamówienia, gdyż Zamawiający wyłącznie na swoją rzecz zastrzegł takie uprawnienie w przypadku braku niezbędnych środków finansowych umożliwiających sfinansowanie realizacji przedmiotu zamówienia w pełnym zakresie (§ 2 ust. 9 wzoru umowy). Brak określenia szczegółowych zasad takiego ograniczenia, ani kolejności wykonywania robót, świadczy o tym, że klauzula ta ma charakter wyjątkowy, a Zamawiający zainteresowany jest zrealizowaniem całości inwestycji.

W ocenie Izby kwestia robót dodatkowych nie pozostaje w żadnym związku z zarzutami odwołania, gdyż z istoty swej są to roboty nieobjęte zamówieniem podstawowym, których wykonanie stało się niezbędne na skutek sytuacji niemożliwej wcześniej do przewidzenia, przy dodatkowych obostrzeniach wynikających z art. 67 ust. 1 pkt 5 pzp, udzielane jako odrębne zamówienie z wolnej ręki, co wprost opisano w § 5 ust. 1 wzoru umowy. W tym kontekście kosztorys ofertowy, o którym mowa w § 5 ust. 2, nie jest kosztorysem ofertowym składanym w związku z zamówieniem podstawowym.

W odniesieniu do przywołania w odwołaniu brzmienia art. 15 ust. 1 pkt 1 uznk Izba stwierdza, że odwołanie nie precyzuje żadnych okoliczności dotyczących tego przepisu.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 2 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 pzp, z uwzględnieniem art. 186 ust. 6 pkt 3 pzp. W pierwszej kolejności zaliczono do tych kosztów uiszczony przez Odwołującego Skanska wpis – zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Ponadto stosowanie do art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. a kosztami postępowania odwoławczego obciążono Odwołującego Skanska, od którego – zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia – zasądzono na rzecz Przystępującego Konsorcjum Ciepłownik poniesione przez niego koszty z tytułu uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy (ponieważ do obu spraw został złożony jeden rachunek na kwotę 4428 zł, w tej sprawie zasądzono połowę tej kwoty).

Przewodniczący: