

WYROK
z dnia 12 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2023 r. przez wykonawcę Santex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sędziszowie Małopolskim w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Powiatowych w Wieliczce przy udziale wykonawcy „Keller - Polska” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w części, uznając za uzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu Zarząd Dróg Powiatowych w Wieliczce:
 - 1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty „Keller - Polska” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych,
 2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,
 3. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Santex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sędziszowie Małopolskim w 2/3 (słownie: dwóch trzecich) części oraz zamawiającego Zarząd Dróg Powiatowych w Wieliczce w 1/3 (słownie: jednej trzeciej) części:
 - 3.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez wykonawcę Santex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sędziszowie Małopolskim wpis od odwołania w wysokości 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) oraz koszty postępowania odwoławczego wykonawcy Santex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sędziszowie Małopolskim poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych),
 - 3.2. zasądza od Powiatu Wielickiego na rzecz Santex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sędziszowie Małopolskim kwotę 4 534 zł (słownie: cztery tysiące pięćset trzydzieści cztery złote) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.
- Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1813/23

UZASADNIENIE

W dniu 26 czerwca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Santex spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Sędziszowie Małopolskim (dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pod nazwą „Zabezpieczenie i stabilizacja osuwiska wraz z odbudową drogi i usunięciem skutków w ciągu drogi powiatowej nr 2020K Łazany – Niegowić w m. Łazany w km 0+265,65 -0+490,49” (dalej jako „Postępowanie”) prowadzonym przez zamawiającego Zarząd Dróg Powiatowych w Wieliczce (dalej jako „Zamawiający”) „wobec 1) zaniechania odrzucenia oferty Keller Polska sp. z o.o. (dalej jako „Keller”) jako: a. niezgodnej z warunkami zamówienia; b. złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji; c. zawierającej błędy w obliczeniu ceny; 2) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu oraz wybrania oferty Keller.”.

Odwołujący zarzucił naruszenie

- „1) art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Keller jako niezgodnej z treścią specyfikacji warunków zamówienia w wyniku nieuwzględnienia w poz. 3 d.1. „Uzbrojenie pali rurą prostokątną walcowaną” wszystkich wymaganych kosztów, w tym nakładów robocizny i sprzętu oraz przerzucenie ich do poz. 4 d.1 „Wypełnienie pali betonem, zamknięcie, beton C30/37”;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Keller, jako oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającym na niedopuszczalnym manipulowaniu ceną oferty w oparciu o pozycję kosztorysu oznaczoną jako 3 d.1. oraz 4 d.1

3)art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Keller jako oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny, wynikające z zaniżenia wartości poz. 3 d.1 w kosztorysie.”.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

„1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2.odrzućenia oferty Keller jako niezgodnej z treścią specyfikacji warunków zamówienia, złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji, tudzież zawierającej błąd w obliczeniu ceny;

3.dokonania ponownej oceny ofert z pominięciem oferty Keller”,

a także o „zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie”.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca „Keller - Polska” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim (dalej jako „Przystępujący”). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 23 marca 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2023/BZP 00148834/01.

W punkcie 20.1 Specyfikacji Warunków Zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) określono, że „Ofertę składa się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym, lub osobistym, lub w formie elektronicznej opatrzonej podpisem kwalifikowanym (art. 63 ust 2 Pzp) – Ofertę stanowi formularz oferty wraz z kosztorysem ofertowym - wzór załącznik A i A1 do SWZ”.

W punkcie 26.3 SWZ Zamawiający określił, że „Cena jednostkowa powinna zawierać całkowity koszt wykonania obmiarowej jednostki elementu, a w szczególności: - robocizna bezpośrednią, - wartość materiałów i wbudowanych urządzeń wraz z kosztami zakupu i transportu - wartość pracy sprzętu wraz z kosztami jego sprowadzenia na teren budowy, przemieszczenia między stanowiskami pracy oraz odwiezienia z terenu budowy. - koszty pośrednie obejmujące: płace personelu i kierownika budowy, koszty zarządu jednostki gospodarczej, koszty urządzenia eksploatacji i likwidacji zaplecza, koszty obsługi geodezyjnej, oznakowania i zabezpieczenia robót, wydatki BHP, i Ppoż., należności za usługi obce na rzecz budowy, opłaty za dzierżawę placów, należności za badania i ekspertyzy. - inne koszty: związane z realizacją zadania i organizacją terenu budowy, zabezpieczeniem terenu budowy itp. (wykonanie mi. tablicy informacyjnej) - zysk kalkulacyjny zawierający ewentualne ryzyko wykonawcy z tytułu innych wydatków mogących wystąpić w okresie gwarancyjnym.”.

Kosztorys ofertowy, którego wzór stanowił załącznik nr A1 do SWZ, ma treść „Wykonanie właściwych prac w ramach zadania pn.: „Zabezpieczenie i stabilizacja osuwiska wraz z odbudową drogi i usunięciem skutków w ciągu drogi powiatowej nr 2020K Łazany – Niegowić w m. Łazany w km 0+265,65 -0+490,49” (...)

Lp.	Nr spec. techn.	Opis	Jedn. przedm.	Ilość	Cena jedn.	Wartość
(...)						
KONSTRUKCJA OPOROWA						
1 d.1	M-12.02.03	Wiercenia dla pali średnicy 600mm	m	980,0000		0,00
2 d.1	M-12.02.03	Wiercenia dla pali średnicy 800mm	m	4445,0000		0,00
3 d.1	M-12.02.03	Uzbrojenie pali rurą prostokątną walcowaną	t	565,4450		0,00
4 d.1	M-12.02.03	Wypełnienie pali betonem, zamknięcie, beton C30/37	m3	2410,0000		0,00
5 d.1	M-12.02.03	Skucie głowicy pala do projektowanej rzędnej do 25cm	m2	108,2980		0,00
6 d.1	M-12.00.02	Kotwy gruntowe kompletne, prętowe ze stali 670/800 z podwójnym zabezpieczeniem antykorozyjnym DCP wraz z zaczynem cementowym	m	1571,0000		0,00
7 d.1	M-12.01.06	Zbrojenie konstrukcji betonowych oczepów żelbetowych, zbrojenie o średnicy do 8 mm	kg	34362,0000		0,00
8 d.1	M-12.01.05	Budowle żelbetowe o objętości do 1,0 m3, beton C30/37 – oczep pala	m3	245,6000		0,00
9 d.1	M-12.02.03	Wywóz samochodami samowyładowczymi, grunt kategorii III. Odległość wg kalkulacji wykonawcy	m3	2559,4450		0,00
10.d.1	M-12.02.03	Wykonanie warstwy wyrównawczej z chudego betonu o grubości 10cm	m2	251,5000		0,00

Razem dział: KONSTRUKCJA OPOROWA				0,00
----------------------------------	--	--	--	------

(...)"

Oferty w Postępowaniu złożyli Odwołujący i Przystępujący.

Część oferty Przystępującego stanowił dokument zatytułowany „Kosztorys ofertowy”, o treści: „(...)

Nr	Podstawa	Opis robót	Jm	Ilość	Cena jedn.	Wartość netto
(...)						
9	Element	KONSTRUKCJA OPOROWA				
9.1	M-12.02.03	Wiercenia dla pali średnicy 600mm	m	980,000	330,00	323 400,00
9.2	M-12.02.03	Wiercenia dla pali średnicy 800mm	m	4 445,000	340,00	1 511 300,00
9.3	M-12.02.03	Uzbrojenie pali rurą prostokątną walcowaną	t	565,445	5 720,00	3 234 345,40
9.4	M-12.02.03	Wypełnienie pali betonem, zamknięcie, beton C30/37	m3	2 410,00	310,00	747 100,00
9.5	M-12.02.03	Skucie głowicy pala do projektowanej rzędnej do 25 cm	m2	108,298	320,00	34 655,36
9.6	M-12.00.02	Kotwy gruntowe kompletne, prętowe ze stali 670/800 z podwójnym zabezpieczeniem antykorozyjnym DCP wraz z zaczynem cementowym	m	1 571,000	560,00	879 760,00
9.7	M-12.01.06	Zbrojenie konstrukcji betonowych oczepów żelbetonowych, zbrojenie o średnicy do 8 mm	kg	34 362,000	7,15	245 688,30
9.8	M-12.01.05	Budowle żelbetowe o objętości do 1,0 m3, beton C30/37 - oczep pala	m3	245,600	949,00	233 074,40
9.9	M-12.02.03	Wywóz samochodami samowyładowczymi, grunt kategorii III. Odległość wg kalkulacji wykonawcy	m3	2 559,445	45,00	115 175,03
9.10	M-12.02.03	Wykonanie warstwy wyrównawczej z chudego betonu o grubości 10cm	m2	251,50	49,40	12 424,10

"

W dniu 16 maja 2023 r. Zamawiający przekazał Przystępującemu datowane na ten sam dzień pismo o treści „Na podstawie art. 224 ust 1 ustawy z dnia 11 września 2019 Prawo Zamówień Publicznych, tekst jednolity (Dz.U. z 2022 r., poz. 1710) wzywam do udzielenia wyjaśnień dotyczących części składowych kosztorysu ofertowego, pozycji „3.d.1 tj. Uzbrojenie pali rurą prostokątną walcowaną” Wyjaśnienia powinny wpłynąć do Zamawiającego do dnia 19.05.2023 r. do godziny 13:00 pod rygorem odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust 1 pkt. 8. Uzasadnienie: Zgodnie z art. 224 ust 1 Zamawiający ma prawo wezwać wykonawcę do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, jeżeli części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wedle wiedzy Zamawiającego cena jednostkowa kluczowej pozycji kosztorysu wydaje się rażąco niska i budzi wątpliwości Zamawiającego. W związku z powyższym proszę o wskazanie jakie okoliczności miały wpływ na niską cenę uzbrojenia pali rurą prostokątną walcowaną w szczególności w zakresie: • kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002r o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. z 2020 r. poz. 2207) • wyjątkowo korzystnych warunków dostawy stali, • kosztów związanych z przepisami prawa pracy i zabezpieczeniem społecznym, wraz z przedstawieniem dowodów potwierdzających wskazane okoliczności. Ustalenie czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, będzie dokonane w oparciu o złożone wyjaśnienia i dokumenty. Zgodnie z art. 226 ust 1 pkt 8 uPzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.”

W dniu 19 maja 2023 r. Przystępujący przekazał Zamawiającemu datowane na ten sam dzień pismo zatytułowane „WYJAŚNIENIA WYKONAWCY DOTYCZĄCE CENY OFERTY WRAZ Z ZASTRZEŻENIAMI TAJE PRZEDSIĘBIORSTWA” (dalej jako „Wyjaśnienia”) o treści „W odpowiedzi na wezwanie z 16 maja 2023 roku w zakresie złożenia wyjaśnień (wraz z załączeniem dowodów) dotyczących ceny oferty, działając w imieniu Keller Polska, wyjaśniam, jak niżej. W pierwszej kolejności Wykonawca podkreśla, że odnosi się w swoim piśmie głównie do pozycji kosztorysu 3.d.1 „Uzbrojenie pali rurą prostokątną walcowaną” oraz pozycji: „Konstrukcja oporowa”, ponieważ w takim zakresie Wykonawca został wezwany do złożenia wyjaśnień. Gdyby Zamawiający oczekiwał szerszych wyjaśnień, w szczególności objaśnienia sposobu obliczenia ceny w zakresie innych pozycji formularza cenowego, uprzejmie prosimy o informację w tym zakresie. Podstawowym elementem cenotwórczym dla pozycji kosztorysu 3.d.1 był koszt zakupu materiału, tj. rur prostokątnych walcowanych. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zdecydował się na zastosowanie takich rur, co jest rozwiązaniem stosunkowo rzadkim. W konsekwencji trudno też mówić o powszechnie obowiązujących stawkach, za jakie może być dokonany zakup rur prostokątnych walcowanych, ponieważ będzie to produkt podlegający zawsze indywidualnej wycenie. Pewnym punktem odniesienia może stać się może stać się oczywiście cena stali, jednak należy pamiętać, że w ostatnim czasie podlega ona znaczącym wahaniom, które wiążą się

z normalizacją cen po okresie pandemii jak i agresji zbrojnej Federacji Rosyjskiej na Ukrainę i związanych z nią przerw w przerw w łańcuchach dostaw. W zakresie ceny stali Keller Polska znajdował w się w szczególnie korzystnej sytuacji ekonomicznej, a to z przyczyn wskazanych poniżej. Jeden z Jeden z producentów wyrobów ze stali, tj. SALZGITTE MANNESMANN STAHLHANDEL od kilku miesięcy podejmował próby nawiązania współpracy z Keller Polska. W związku z prowadzonymi negocjacjami nt. warunków szerszej współpracy przy jednoczesnej potrzebie wyceny materiału pracy do oferty w przedmiotowym Postępowaniu, Keller Polska uzyskał od ww. dostawcy wyjątkowo preferencyjną referencyjną wycenę rur prostokątnych walcowanych. W załączeniu składamy ofertę złożoną w toku negocjacji, a obejmującą wycenę produktów niezbędnych do zrealizowania zamówienia. Jak wynika z treści oferty treści oferty zawiera ona koszt samego materiału, jak i transportu w miejsce realizacji zamówienia. W pozycji kosztorysu 3.d.1 Wykonawca dodatkowo skalkulował marżę na realizacji kontraktu na poziomie 1%. Natomiast dla realizacji zadania opisanego w kosztorysie ofertowym jako „Konstrukcja oporowa” konieczne było dodatkowo uwzględnienie kosztów, które nie zostały wprost wskazane w kosztorysie w pozycji 3.d.1 „Uzbrojenie pali rurą prostokątną walcowaną”, takich jak: • Koszt sprzętu, • Koszt robocizny, • Koszt spawania rur, W/w koszty Wykonawca uwzględnił dla całego zadania pn. „Konstrukcja oporowa” w pozycji 4.d.1. Wypełnienie pali betonem. W procesie realizacji przewidzianych robót budowlanych trudno oddzielić pozycję 4.d.1 od pozycji od 1 d.1 do 3.d.1, które stanowią element jednego procesu budowlanego, obejmującego wykonanie pali w gruncie, ponieważ jest to de facto jedno zadanie i jeden proces, który nie został podzielony na podzadania w kosztorysie, jaki Zamawiający dołączył do oferty, Wykonawca skalkulował te koszty w pozycji 4.d.1 „Wypełnienie pali betonem, zamknięcie, beton C30/37”. W tej pozycji Zamawiający w ocenie Wykonawcy oczekiwał skalkulowania ceny betonu C30/37, ale również procesu budowlanego wypełnienia pali betonem. Wykonawca zrozumiał, że skoro pozycje od 1 d.1 do 4 d.1 dotyczą wykonania pali w gruncie to nie ma znaczenia do której z tych pozycji zostaną przypisane dodatkowe, a niezbędne do wykonania koszty, które stanowią jeden łączny koszt jednego procesu. W załączeniu (załącznik nr 2) przedstawiamy tabelę potwierdzającą, że pozycja 4.d.1 została przez Wykonawcę skalkulowana w sposób obejmujący koszt zadania, a przez to – jest ona u Wykonawcy droższa niż w przypadku pozostałych wykonawców. Załącznik nr 2 pokazuje również, że w odniesieniu do zadania Konstrukcja oporowa poszczególni wykonawcy składający oferty zaoferowali rozbieżne (o 30% i więcej) ceny za poszczególne pozycje. Na marginesie, z najdalej idącej ostrożności i mając na uwadze treść odwołania, jakie zostało złożone przez Wykonawcę SANTEX sp. z o.o. w niniejszym postępowaniu, wskazać należy, że nie może być mowy o jakiegokolwiek manipulacji poszczególnymi pozycjami kosztorysu przez Wykonawcę. Zamawiający w dokumentacji postępowania przewidział zastosowanie określonego rozwiązania, którego elementem sine jest non jest uzbrojenie pali rurą prostokątną walcowaną. Innymi słowy w ramach przewidzianego w dokumentacji Postępowania nie może mieć miejsca sytuacja, w której Zamawiający zleci wykonanie pozycji 1.d.1, 2.d.1, 4.d.1, 5.d.1, 6.d.1, 7.d.1, 8.d.1, 9.d.1, 10.d.1, a nie zleci realizacji pozycji 3.d.1. Również podkreślenia wymaga, że zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego opublikowanymi na etapie składania ofert, ewentualne zmiany przedmiotu umowy zostały dopuszczone "zgodnie z §2 ust 11 wzoru umowy.", czyli tylko wtedy, gdy wiązać się będą z oszczędnością po Stronie Zamawiającego i tylko na zasadzie decyzji Zamawiającego. Nie może być mowy również o manipulowaniu pozycjami kosztorysu z uwagi na chęć optymalizacji podatkowej, ponieważ wszystkie roboty budowlane objęte zadaniem Konstrukcja oporowa objęte są identyczną stawką podatku VAT. Dodatkowo wskazujemy, że Wykonawca przewidział również w ramach przedmiotowego Postępowania rezerwę związaną z niemożliwymi do przewidzenia na etapie ofertowania wydatkami na poziomie 200.000 zł. Podstawą obliczenia ceny była praca zespołu projektowego Keller Polska, wieloletnie doświadczenie w realizacji podobnych robót budowlanych oraz aktualne ceny materiałów dostępne wyłącznie dla Wykonawcy. Odnosząc się całościowo do ceny oferty złożonej w Postępowaniu przez Keller Polska wskazuję, że cena ta celowo - mając na uwadze sytuację rynkową i trudne do przewidzenia przyszłe ograniczenia inwestycji publicznych – zakłada stosunkowo niską marżę i wysoką kwotę stanowiącą zabezpieczenie ewentualnych dodatkowych kosztów. Z całą jednak odpowiedzialnością należy podkreślić, że realizacja zamówienia będzie dla wykonawcy rentowna i roboty budowlane zostaną wykonane z zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i obowiązującymi standardami. Jako jedna z największych i najbardziej doświadczonych firm realizujących budowlane związane z pracami ziemnymi oraz geotechnicznymi zapewniamy, że kalkulacja kosztorysu opracowanego dla celów sporządzenia oferty została sporządzona rzetelnie, w oparciu nasze doświadczenia, krajowe normy oraz dane zewnętrzne określające wysokość koniecznych do poniesienia kosztów. O przewadze konkurencyjnej Keller Polska, która pozwala na oferowanie realizacji robót budowlanych na konkurencyjnych warunkach, przesądzają: a) fakt zatrudniania pracowników w oparciu o umowy o pracę na czas nieokreślony, za wynagrodzeniem co najmniej odpowiadającym minimalnej stawce godzinowej obowiązującej w roku 2023 tj. 23,50 zł. Keller Polska zatrudnia łącznie 533 pracowników (dowód: Zaświadczenie Dyrektora Personalnego Keller Polska o stanie o stanie zatrudnienia), dzięki czemu ma możliwość swobodnego skierowania do realizacji przedmiotowego zamówienia optymalnej liczby osób. Dodatkowo w Keller Polska na stałe zatrudnione jest 23 spawaczy z czego z czego 5 zostanie oddelegowane do realizacji zamówienia. Powyższe zasoby, jakimi Wykonawca dysponuje, pozwalają na uzyskanie przewagi

konkurencyjnej nad mniejszym podmiotem, który będzie musiał korzystać z pomocy podwykonawców lub dopiero poszukiwać pracowników dla potrzeb realizacji Kontraktu. Biorąc pod uwagę fakt, że zawód spawacza zgodnie z raportem Barometr Zawodów, sporządzonym przez Wojewódzki Urząd Pracy w Krakowie, jest jednym z najbardziej deficytowych zawodów w Polsce. b) fakt zatrudniania specjalistów posiadających samodzielne uprawnienia budowlane. Ze uprawnienia budowlane. Z uwagi na to, że Keller Polska zatrudnia kilkudziesięciu specjalistów posiadających samodzielne uprawnienia budowlane, koszt zapewnienia osoby posiadającej uprawnienia budowlane do kierowania robotami w specjalności konstrukcyjno - budowlanej bez ograniczeń jest relatywnie niższy niż u wykonawców, którzy muszą taką osobę „pozyskać” na potrzeby realizacji zamówienia, c) preferencyjne warunki zakupu materiałów budowlanych. Dzięki oszczędnościom na poziomie 25% od cen ofertowych dostawcy materiałów, mogliśmy zaoferować konkurencyjną cenę e) posiadanie przez Keller Polska specjalistycznego sprzętu potrzebnego do wykonania przedmiotu zamówienia umożliwia poczynienie znaczących oszczędności w zakresie kosztów realizacji poszczególnych robót, tj. pozwala. Keller Polska bezkosztowo (ponosząc wyłącznie koszt amortyzacji) przekazać do potrzeb realizacji zamówienia minimum 2 spośród dostępnych palownic, jakimi dysponuje Keller Polska. Palownice zostały zakupione przez Spółkę, więc nie stanowią źródła dodatkowych kosztów takich jak najem czy koszty kredytu. Dodatkowo używanie minimum 2 palownic w celu przyspieszenia prac pozwoli Wykonawcy na ograniczenie kosztów stałych związanych z realizacją zamówienia przez skrócenie czasu jego realizacji.”.

W dniu 29 maja 2023 r. Odwołujący wniósł odwołanie w Postępowaniu wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, tj. wobec: 1) zaniechania odtajnienia wszystkich fragmentów wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę Keller Polska sp. z o.o. w dniu 19 maja br. odnoszących się do treści złożonej oferty; 2) zaniechania odrzucenia oferty Keller jako zawierającej rażąco niską cenę; 3) zaniechania odrzucenia oferty Keller jako niezgodnej z warunkami zamówienia; 4) zaniechania odrzucenia oferty Keller jako złożonej w ramach czynu nieuczciwej konkurencji; 5) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzucenia oraz wybrania oferty Keller. W odwołaniu tym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: „1) art. 18 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dalej: „UZNK” poprzez nieuzasadnione przyjęcie, że zastrzeżone przez Keller fragmenty Wyjaśnień RNC, złożonych w dniu 19 maja br. stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów UZNK i zostały skutecznie zastrzeżone przez tego wykonawcę, podczas gdy Keller nie wykazał, aby informacje te miały taki charakter, w szczególności nie przedstawił dostatecznych dowodów potwierdzających przywoływane okoliczności na potwierdzenie zasadności utajnienia złożonych wyjaśnień; względnie, lecz jedynie w przypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt. 1 powyżej lub uznania, że zarzuty dotyczące oceny oferty Keller nie są przedwczesne: 2) art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 5 i 6 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Keller jako oferty z rażąco niską ceną w sytuacji, gdy treści udzielonych wyjaśnień nie wykazuje, że zaoferowana cena umożliwia wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia i obowiązującymi przepisami; 3) art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Keller jako oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającym na niedopuszczalnym manipulowaniu ceną oferty w oparciu o pozycję kosztorysu oznaczoną jako „3 d.1. Uzbrojenie pali rurą prostokątną walcowaną”; 4) art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Keller jako niezgodnej z treścią specyfikacji warunków zamówienia, w wyniku nieuwzględnienia w poz. „3 d.1. Uzbrojenie pali rurą prostokątną walcowaną” wszystkich wymaganych kosztów, w tym robocizny i sprzętu.”.

Wyrokiem z dnia 14 czerwca 2023 r. wydanym w postępowaniu sygn. KIO 1541/23 Izba uwzględniła ww. odwołanie i nakazała Zamawiającemu „1.1. unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, 1.2. odtajnienie wadliwie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa wyjaśnień dotyczących ceny oferty wraz z załącznikami, złożonych przez wykonawcę Keller Sp. z o.o. z siedzibą w Ożarowie Mazowieckim i udostępnienie ich odwołującemu, 1.3. powtórzenie badania i oceny ofert”. W uzasadnieniu przedmiotowego wyroku Izba wskazała, że „W związku z żądaniem Odwołującego rozpoznania przez Izbę odwołania w zakresie pozostałych zarzutów odwołania, tj. zarzutu nr 2, 3 oraz 4, tylko w wypadku nieuwzględnienia zarzutu z pkt. 1 odwołania lub uznania, że zarzuty dotyczące oceny oferty Przystępującego nie są przedwczesne, wobec uwzględnienia przez Izbę odwołania w zakresie zarzutu nr 1, odwołalnie w zakresie pozostałych zarzutów nie podlegało rozpoznaniu.”.

W dniu 19 czerwca 2023 roku Zamawiający przekazał Odwołującemu przy użyciu środka komunikacji elektronicznej datowany na ten sam dzień dokument o treści „Zabezpieczenie i stabilizacja osuwiska wraz z odbudową drogi i usunięciem skutków w ciągu drogi powiatowej nr 2020K Łazany - Niegowić w m. Łazany w km 0+265,65 - 0+490,49” 1. INFORMACJA O WYBORZE NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY. Wybrano najkorzystniejszą ofertę i złożoną przez Keller Polska Sp. z o.o., ul. Poznańska 172, 05-850 Ożarów Mazowiecki, Cena wybranej oferty 9 833 794,98 zł brutto (słownie: dziewięć milionów osiemset trzydzieści trzy tysiące siedemset dziewięćdziesiąt cztery złote 98/100), tj.: 7 994 955,27zł netto (słownie: siedem milionów dziewięćset dziewięćdziesiąt cztery tysiące dziewięćset pięćdziesiąt pięć złotych 27/100) oraz podatek od towarów i usług VAT w kwocie 1 838 839,71zł Uzasadnienie wyboru:

Wykonawca spełnia wymagane warunki udziału w niniejszym postępowaniu. Oferta jest kompletna, ważna i nie podlega odrzuceniu. Wykonawca złożył ofertę najkorzystniejszą dla Zamawiającego, ocenianą na podstawie kryteriów ceny oraz długości okresu gwarancji i rękojmi za wady. Z przedłożonych dokumentów wynika, że Wykonawca posiada wiedzę i doświadczenia niezbędne do wykonywania robót stanowiących przedmiot zamówienia. 2. INFORMACJA O ZŁOŻONYCH OFERTACH 1) Przedsiębiorstwo Inżynieryjne "IMB-Podbeskidzie" Spółka z o.o., Górny Bór 31a, 43-430 Skoczów, 2 REMOST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Przemysłowa 10, 39-200 Dębica, 3) SANTEX Sp. z o.o., Wspóln 13B, 39-120 Sędziszów Małopolski 4) Keller Polska Sp. z o.o., Poznańska 172, 05-850 Ożarów Mazowiecki, 5) AARSLEFF Sp. z o. o., Aleja Wyścigowa 6, 02-681 Warszawa 6) Przedsiębiorstwo Budowlano- Melioracyjne „TOLOS P. W. i wspólnicy Sp.k. ul. Kleszczowska 28, 44-240 Żory 3. STRESZCZENIE OCENY I PORÓWNANIE ZŁOŻONYCH OFERT:

Numer oferty	Liczba pkt w kryterium		Łączna liczba pkt
	Cena (60 pkt)	Kryterium długość okresu gwarancji (40 pkt)	
1	53,78	40,00	93,78
2	49,69	40,00	89,69
3	56,66	40,00	96,66
4	60,00	40,00	100,00
5	53,58	40,00	93,58
6	53,35	40,00	93,35

(...)"

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji Postępowania, załączonych do odwołania: pisma z 12 czerwca 2023 r. i pisma z 9 czerwca 2023 r. oraz wyroku Izby w sprawie o sygn. KIO 1541/23.

Izba zważyła, co następuje:

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”, Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Izba nie stwierdziła przy tym, aby zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania.

Niezasadne w ocenie Izby było stanowisko Przystępującego, iż odwołanie wniesione w niniejszej sprawie „powinno zostać odrzucone na podstawie art. 528 pkt. 3 oraz art. 528 pkt. 4 ustawy prawo zamówień publicznych, tj. z powodu wniesienia go po terminie przewidzianym w art. 515 pkt. 2a) ustawy prawo zamówień publicznych, a także wobec faktu, że w odwołaniu Santex powołuje się wyłącznie na okoliczności znane mu wcześniej i podniesione w odwołaniu z 29 maja 2023 roku (KIO 1541/23)”.

Brak było podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 4) Pzp, zgodnie z którym „Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego”.

Aby dopuszczalne było odrzucenie odwołania na podstawie tego przepisu zgodnie z dyspozycją wynikającej z niego normy, muszą wystąpić wszystkie okoliczności stanowiące hipotezę tej normy, którymi są:

- a) odwołujący w odwołaniu powołuje się na te same okoliczności, które były przedstawiane w innym odwołaniu,
- b) odwołujący w odwołaniu nie powołuje się na okoliczności, które nie były przedstawiane w innym odwołaniu, o którym mowa w pkt a),
- c) inne odwołanie, o którym mowa w pkt a), dotyczyło tego samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
- d) inne odwołanie, o którym mowa w pkt a), było wniesione przez tego samego odwołującego,
- e) okoliczności, o których mowa w pkt a), były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, o którym mowa w pkt a).

Aczkolwiek niewątpliwie odwołanie wniesione w postępowaniu odwoławczym o sygn. KIO 1541/23 było odwołaniem na zaniechanie czynności odrzucenia oferty Przystępującego w Postępowaniu, a podnoszone w nim przez Odwołującego zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp były sformułowane identycznie jak zarzuty naruszenia tych przepisów w niniejszej sprawie, to zarzuty te nie były rozstrzygane w postępowaniu odwoławczym o sygn. KIO 1541/23, co jednoznacznie wynika z uzasadnienia wydanego w tym postępowaniu wyroku z dnia 14 czerwca 2023 r., w którym wskazano, iż „odwołalnie w zakresie pozostałych zarzutów [tj. w zakresie zarzutów naruszenia „art. 226 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 5 i 6 PZP”, „art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP” i „art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP” – przyp. KIO] nie podlegało rozpoznaniu”; w konsekwencji nie były przedmiotem rozstrzygnięcia w

sprawie odwołania wniesionego w postępowaniu odwoławczym o sygn. KIO 1541/23 okoliczności składające się na ww. zarzuty – co przyznał Przystępujący w piśmie z 6 lipca 2023 r.

W sytuacji, gdy Odwołujący w odwołaniu powołuje się na te same okoliczności, które były przedstawiane w innym odwołaniu – rozpoznawanym w postępowaniu odwoławczym o sygn. KIO 1541/23 - ale które nie były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie owego innego odwołania, art. 528 ust. 4 Pzp nie może zostać zastosowany w niniejszej sprawie bez względu na to, dlaczego okoliczności te nie były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie owego innego odwołania.

Odnosząc się do twierdzenia, że odwołanie zostało wniesione „po terminie przewidzianym w art. 515 pkt. 2a) ustawy prawo zamówień publicznych” należy wskazać, iż w Pzp nie ma przepisu art. 515 pkt 2a). Biorąc pod uwagę treść całego art. 515 Pzp Izba uznała, że Przystępujący powołuje się na art. 515 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp, który stanowi, że „odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej”.

W świetle treści tego przepisu oczywiste jest, że dla określenia terminu wniesienia odwołania istotny jest wyłącznie termin przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania; nie ma więc w tym zakresie znaczenia termin „zapoznania się” „z wszystkimi okolicznościami, które stanowią obecnie uzasadnienie dla odwołania”.

Zdaniem Izby, w zakresie, w jakim odwołanie wniesione w niniejszej sprawie zostało wniesione na zaniechanie czynności odrzucenia oferty Przystępującego, za czynność Zamawiającego stanowiącą podstawę wniesienia przedmiotowego odwołania należy uznać wybór oferty najkorzystniejszej - złożonej przez Przystępującego. Mając na uwadze, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego najkorzystniejszą ofertą może zostać wybrana wyłącznie oferta, która nie podlega odrzuceniu, dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez danego wykonawcę, oznacza, że w ocenie zamawiającego oferta ta nie podlega odrzuceniu (a tym samym, że zamawiający jej nie odrzuca i nie odrzuci – chyba że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej zostanie unieważniona). Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, złożonej przez Przystępującego oznaczała zatem, że Zamawiający nie dokonuje czynności jej odrzucenia.

Nie ulega zaś wątpliwości, że informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej - złożonej przez Przystępującego - została przekazana przy użyciu środka komunikacji elektronicznej w piśmie zatytułowanym „Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty”, co nastąpiło 19 czerwca 2023 r.

Koniec określonego w art. 515 ust. 1 pkt 2) lit. a) Pzp terminu na wniesienie odwołania, wynoszącego 5 dni od dnia przekazania tej informacji, przypadał w sobotę 24 czerwca 2023 r., a zatem zgodnie z art. 509 ust. 2 Pzp, stanowiącym, iż „jeżeli koniec terminu do wykonania czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy”, termin ten upływał w poniedziałek 26 czerwca 2023 r., w którym to dniu odwołanie zostało wniesione do Prezesa Izby.

Wobec powyższego brak było podstaw do przyjęcia, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w Pzp.

Po zapoznaniu się z argumentacją stron i uczestnika postępowania odwoławczego, wyrażoną w pismach złożonych w postępowaniu odwoławczym oraz przedstawioną w trakcie rozprawy w dniu 10 lipca 2023 roku, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, zgodnie z którym „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia” był uzasadniony.

Mając na uwadze treść oferty Przystępującego oraz Wyjaśnień Izba uznała za okoliczność nie budzącą wątpliwości, że określona w kosztorysie ofertowym składającym się na ofertę złożoną w Postępowaniu przez Przystępującego w pozycji 3.d.1 „Uzbrojenie pali rurą prostokątną walcowaną” cena jednostkowa nie uwzględniała kosztów sprzętu, robocizny i spawania rur; jak wynika z treści Wyjaśnień, koszty te nie tylko w zakresie „uzbrojenia pali rurą prostokątną walcowaną”, ale w zakresie wykonania całego „zadania opisanego w kosztorysie ofertowym jako „Konstrukcja oporowa”” zostały uwzględnione w cenie jednostkowej w pozycji 4.d.1 „Wypełnienie pali betonem”.

Kluczowym zagadnieniem dla rozstrzygnięcia odwołania było to, czy nieuwzględnienie kosztów sprzętu, robocizny i spawania rur w cenie jednostkowej w pozycji 3.d.1 kosztorysu ofertowego i uwzględnienie tych kosztów w cenie jednostkowej w pozycji 4.d.1 tego kosztorysu było zgodne z pkt 26.3 SWZ.

W świetle treści art. 7 pkt 29) Pzp, stosownie do którego „ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o warunkach zamówienia - należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego” oczywistym jest, że postanowienie specyfikacji warunków zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia

publicznego określające co powinna zawierać cena jednostkowa podana w ofercie wykonawcy stanowi warunek zamówienia w rozumieniu tego przepisu. Nie było przy tym sporne, że pkt 26.3 SWZ ma zastosowanie do cen jednostkowych podawanych w kosztorysie ofertowym składającym się na ofertę wykonawcy składaną w Postępowaniu oraz że ceny te „stanowią” treść oferty.

W ocenie Izby z treści zawartego w tym postanowieniu sformułowania „cena jednostkowa powinna zawierać całkowity koszt wykonania obmiarowej jednostki elementu, a w szczególności: - robocizna bezpośrednią, - wartość materiałów i wbudowanych urządzeń wraz z kosztami zakupu i transportu - wartość pracy sprzętu wraz z kosztami jego sprowadzenia na teren budowy, przemieszczenia między stanowiskami pracy oraz odwiezienia z terenu budowy. (...)” wynika, że każda z cen jednostkowych podawanych w kosztorysie ofertowym składającym się na ofertę wykonawcy składaną w Postępowaniu musi uwzględniać wszystkie koszty, których poniesienie jest konieczne w celu wykonania danych prac (w przeliczeniu na jednostkę obmiarową), w tym koszty robocizny i koszty pracy sprzętu; na marginesie wyłącznie można wskazać, że każda z tych cen musi także uwzględniać (rzecz jasna w części) koszty ogólne (których poniesienie jest konieczne w celu wykonania zamówienia, ale nie będące kosztami ponoszonymi w celu wykonania poszczególnych prac), zysk i podatki (z wyłączeniem podatku od towarów i usług).

Wobec powyższego cena jednostkowa określona w kosztorysie ofertowym składającym się na ofertę złożoną w Postępowaniu przez Przystępującego w pozycji 3.d.1 „Uzbrojenie pali rurą prostokątną walcowaną” musiała uwzględniać - w przeliczeniu na jednostkę obmiarową - koszty robocizny i sprzętu, których poniesienie jest konieczne w celu wykonania „uzbrojenia pali rurą prostokątną walcowaną”.

W konsekwencji w sytuacji, gdy koszty robocizny i sprzętu, których poniesienie jest konieczne w celu wykonania „uzbrojenia pali rurą prostokątną walcowaną” nie były uwzględnione w cenie jednostkowej określonej w kosztorysie ofertowym składającym się na ofertę złożoną w Postępowaniu przez Przystępującego w pozycji 3.d.1, występowała niezgodność pomiędzy treścią tej oferty a warunkiem zamówienia wynikającym z pkt 26.3 SWZ.

Izba nie znalazła podstaw do uznania, że nieuwzględnienie rzeczonych kosztów w cenie jednostkowej określonej w kosztorysie ofertowym składającym się na ofertę złożoną w Postępowaniu przez Przystępującego w pozycji 3.d.1 i uwzględnienie tych kosztów w cenie jednostkowej określonej w tym kosztorysie w pozycji 4.d.1 nie stanowiło niezgodności treści tej oferty z ww. warunkiem zamówienia.

Odnosząc się do powoływanych przez Zamawiającego wyroków Izby wydanych w postępowaniach sygn. KIO 687/17, sygn. KIO 693/17, sygn. KIO 1379/17 i sygn. KIO 498/20 należy wskazać, że ocena, czy treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, jest dokonywana w świetle warunków zamówienia w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem nawet w sytuacji, gdy treść oferty w dwóch różnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jest identyczna, ocena jej zgodności z warunkami zamówienia może dać różny wynik; o zasadności dokonania identycznej oceny zgodności z warunkami zamówienia ofert złożonych w różnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego może być więc mowa wyłącznie wtedy, gdy warunki zamówienia w tych postępowaniach są identyczne. Brak jest zaś podstaw do uznania, że warunki zamówienia w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w którym zapadły ww. wyroki były identyczne jak w Postępowaniu, wobec czego stanowisko Izby wyrażone w uzasadnieniach tych wyroków nie może być uznane za określenie sposobu, w jaki należy oceniać zgodność treści oferty Przystępującego z warunkami zamówienia w Postępowaniu.

Zdaniem Izby powiązanie ze sobą technologicznie czy funkcjonalnie poszczególnych prac wymienionych we wzorze kosztorysu ofertowego w części „Konstrukcja oporowa”, w szczególności „Uzbrojenie pali rurą prostokątną walcowaną” i „Wypełnienie pali betonem” nie może skutkować uznaniem, że nie jest niezgodna z pkt 26.3 SWZ treść oferty, w której koszty robocizny i sprzętu, których poniesienie jest konieczne w celu wykonania „uzbrojenia pali rurą prostokątną walcowaną”, nie zostały uwzględnione w cenie jednostkowej określonej w kosztorysie ofertowym składającym się na ofertę złożoną w Postępowaniu przez Przystępującego w pozycji 3.d.1, a zostały uwzględnione w cenie jednostkowej określonej w tym kosztorysie w pozycji 4.d.1. W świetle treści pkt 26.3 SWZ, w którym koszty, których poniesienie jest konieczne w celu wykonania danych prac, są wymienione równorzędnie z kosztami ogólnymi, oraz uwzględniając, że w postanowieniu tym nie jest określone, w jakim zakresie koszty ogólne powinny być uwzględnione w poszczególnych cenach jednostkowych określonych w kosztorysie ofertowym składającym się na ofertę złożoną w Postępowaniu, przyjęcie takiego stanowiska skutkowałoby koniecznością przyjęcia, że zgodne z tym postanowieniem jest uwzględnienie w danej cenie jednostkowej określonej w kosztorysie ofertowym składającym się na ofertę złożoną w Postępowaniu nie tylko dowolnych kosztów wykonania prac wymienionych w danej części kosztorysu ofertowego, ale także kosztów ogólnych w dowolnym zakresie. Prowadziłoby to do sytuacji, że jedna cena jednostkowa mogłaby uwzględniać całość kosztów ogólnych (w przeliczeniu na jednostkę obmiarową), co nie zasługuje na aprobatę. W konsekwencji trzeba uznać za niedopuszczalne uwzględnianie w danej cenie jednostkowej jakichkolwiek kosztów wykonania innych prac niż prace określone w pozycji kosztorysu, której dotyczy ta cena jednostkowa.

Dodatkowo należy wskazać, że w ocenie Izby znajduje uzasadnienia przyjęcie, że nie prowadzi do niezgodności

z pkt 26.3 nieuwzględnienie w cenie jednostkowej prac „Uzbrojenie pali rurą prostokątną walcowaną”, określonej w kosztorysie ofertowym składającym się na ofertę złożoną w Postępowaniu przez Przystępującego w pozycji 3.d.1, kosztów robocizny w zakresie pracy spawaczy (spawania rur) i uwzględnienie tych kosztów w cenie jednostkowej prac „Wypełnienie pali betonem”. Wobec braku podstaw do przyjęcia, że w zakresie „wypełnienia pali betonem” spawacze będą wykonywali jakieś czynności, nie sposób uznać, że koszty ich pracy (spawania rur) mogą być uwzględnione w cenie jednostkowej tych prac, a nie być uwzględnione w cenie jednostkowej prac, które będą oni wykonywali.

Rzeczony powiązanie nie może więc prowadzić do takiego rozumienia warunku zamówienia w zakresie tego, jakie koszty wykonania zamówienia mają być uwzględnione w cenie jednostkowej, wynikającego z pkt 26.3 SWZ, który nie wynika wprost z treści tego postanowienia.

Powolywane przez Odwołującego okoliczności, iż nieuwzględnienie kosztów sprzętu, robocizny i spawania rur w cenie jednostkowej określonej w kosztorysie ofertowym składającym się na ofertę złożoną w Postępowaniu przez Przystępującego w pozycji 3.d.1 i uwzględnienie tych kosztów w cenie jednostkowej określonej w tym kosztorysie w pozycji 4.d.1 może spowodować szkodę po stronie Zamawiającego, oraz dotyczące wpływu takiego działania na wysokość wynagrodzenia wykonawcy w przypadku dokonywania „optymalizacji” (ograniczenia zakresu zamówienia) były bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Powstanie obowiązku odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, którego naruszenie zarzucono w odwołaniu, nie jest uzależnione od tego, czy niezgodność pomiędzy treścią oferty a warunkami zamówienia może spowodować szkodę po stronie zamawiającego bądź czy będzie miała wpływ na wysokość wynagrodzenia wykonawcy. Bez względu zatem na to, czy taka możliwość lub wpływ istnieje, czy nie, w przypadku gdy treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, przepis ten stosuje się; zbędne zatem było czynienie ustaleń i rozważań w tym zakresie.

W tym stanie rzeczy Zamawiający powinien odrzucić ofertę Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, a zaniechanie dokonania tej czynności stanowiło naruszenie tego przepisu.

Naruszenie przez Zamawiającego ww. przepisu Pzp miało istotny wpływ na wynik Postępowania, gdyż oferta Przystępującego została w nim wybrana jako najkorzystniejsza, co nie mogłoby nastąpić, gdyby Zamawiający nie dopuścił się tego naruszenia.

Powyższe uzasadniało uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp nie był uzasadniony.

Zgodnie z tym przepisem, „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.

Z treści odwołania wynika, że naruszenia tego przepisu Odwołujący upatruje w zaniechaniu odrzucenia oferty Przystępującego w sytuacji, gdy jego działanie „wypełniało dyspozycję art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako „uznk”). Mając na uwadze, że przepis ten stanowi, iż „czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta”, stwierdzenie, że działanie Przystępującego stanowiło opisany w art. 3 ust. 1 uznk czyn nieuczciwej konkurencji wymagało ustalenia, że działanie to: 1) było sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, 2) zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Odwołujący podniósł, że działanie Przystępującego narusza interes „klienta, tj. Zamawiającego”, natomiast nie wskazał jakichkolwiek okoliczności faktycznych i prawnych w zakresie sprzeczności tego działania z prawem lub dobrymi obyczajami, a nawet nie określił, czy działanie to jest sprzeczne z prawem czy z dobrymi obyczajami, a tym bardziej, z jaką normą prawną czy dobrym obyczajem jest sprzeczne.

W tym stanie rzeczy nie sposób było dokonywać ustaleń i rozważań w zakresie rzeczowej sprzeczności, a w konsekwencji stwierdzić, że działanie Przystępującego stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji opisany w art. 3 ust. 1 uznk.

Brak zatem było podstaw do stwierdzenia, że oferta Przystępującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu uznk, wobec czego powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7) Pzp.

Nie był uzasadniony również zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 10) Pzp, który stanowi, że „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu”.

Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 stycznia 2023 r. wydanego w postępowaniu sygn. KIO 35/23 „z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu, o którym stanowi art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp mamy do czynienia wówczas, gdy doszło do błędu co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego. W odróżnieniu od omyłki rachunkowej, która charakteryzuje się tym, że wykonawca nieprawidłowo wykona czynności arytmetyczne, składające się na obliczenie ceny, błędy w obliczeniu ceny nie nadają się do poprawienia, gdyż nie ma jednego sposobu, w jaki

można byłoby te błędy poprawić. Innymi słowy, jeśli mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca wskazuje w swojej ofercie cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, kalkulując w niej czynności, które nie są objęte przedmiotem zamówienia, lub też nie uwzględnia we wskazanej kwocie elementów, które ująć powinien - to wówczas wskazana przez wykonawcę cena jest nieprawidłowa, gdyż dotyczy innego stanu faktycznego niż przedmiot postępowania"; w uzasadnieniu wyroku z dnia 25 listopada 2022 r. wydanego w postępowaniu sygn. KIO 2939/22, Izba stwierdziła zaś, że „Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Dla zastosowania ww. podstawy odrzucenia oferty konieczne jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga to zatem stwierdzenia, iż odmienność sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna, gdyby wykonawca ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w specyfikacji warunków zamówienia. Z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieć zatem do czynienia w sytuacji przyjęcia przez wykonawcę niewłaściwych danych, wynikających przykładowo z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego, będących podstawą dokonywanej kalkulacji w świetle dokumentów zamówienia.”

Należy zauważyć, że w zakresie tego zarzutu w odwołaniu nieśpójnie zostały przedstawione okoliczności faktyczne składające się na ten zarzut – z jednej strony Odwołujący wskazuje, że błąd w obliczeniu ceny oferty Odwołującego wynika „z zaniżenia wartości poz. 3 d.1 w kosztorysie”, z drugiej zaś istnienie takiego błędu wywodzi z „przerzucania kosztów sprzętu i robocizny”, czyli z tego, że koszty sprzętu i robocizny, które powinny zostać uwzględnione w cenie jednostkowej określonej w kosztorysie ofertowym składającym się na ofertę złożoną w Postępowaniu przez Przystępującego w pozycji 3.d.1 zostały uwzględnione w cenie jednostkowej określonej w tym kosztorysie w pozycji 4.d.1.

Z twierdzeń Odwołującego w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp wynika, że jako okoliczność faktyczną stanowiącą zarzut art. 226 ust. 1 pkt 10) Pzp należy uznać uwzględnienie w cenie jednostkowej określonej w kosztorysie ofertowym składającym się na ofertę złożoną w Postępowaniu przez Przystępującego w pozycji 4.d.1 kosztów sprzętu i robocizny, które powinny zostać uwzględnione w cenie jednostkowej określonej w tym kosztorysie w pozycji 3.d.1.

Nie można uznać za trafne twierdzenie Odwołującego, iż „umieszczenie zatem kosztów z poz. 3 d.1. w poz. 4 d.1. sprawi, że cena ofertowa Wykonawcy (po przemnożeniu cen z danej rubryki przez odpowiadającą im liczbę jednostek) będzie zawsze wyższa, a zatem mniej korzystna dla Zamawiającego, niż gdyby koszty zostały właściwie rozdzielone pomiędzy pozycjami” ani to „zobrazowania” tego twierdzenia „na przykładzie hipotetycznego i uproszczonego wyliczenia, że nakłady błędnie przeniesione przez Keller z poz. 3 d. 1. do poz. 4 d. 1 wynoszą np. 10 zł”. Nie może budzić wątpliwości, że przedmiotowe twierdzenie i wyliczenie opiera się na założeniu, iż koszty, które zostały uwzględnione w cenie jednostkowej określonej w kosztorysie ofertowym składającym się na ofertę złożoną w Postępowaniu przez Przystępującego w pozycji 4.d.1 w przeliczeniu na jednostkę obmiarową (którą w pozycji 4.d.1 jest metr sześcienny, przy ilości wynoszącej 2410) powinny zostać uwzględnione w cenie jednostkowej określonej w tym kosztorysie w pozycji 3.d.1 w takiej samej wysokości w przeliczeniu na jednostkę obmiarową (którą w pozycji 3.d.1 jest tona, przy ilości wynoszącej 565,445). W sytuacji, gdy Przystępujący wskazywał na niezasadność takiego założenia, a Odwołujący nie wykazał jego zasadności, nie sposób było uznać, że uwzględnienie kosztów sprzętu i robocizny w cenie jednostkowej określonej w kosztorysie ofertowym składającym się na ofertę złożoną w Postępowaniu przez Przystępującego w pozycji 3.d.1 zamiast w cenie jednostkowej określonej w tym kosztorysie w pozycji 4.d.1 miało wpływ na cenę „całej” oferty Przystępującego.

Mając ponadto na uwadze, że Odwołujący nie twierdził, aby cena tej oferty obejmowała czynności, które nie są objęte przedmiotem zamówienia, lub też nie obejmowała czynności, które powinna obejmować, brak było podstaw do stwierdzenia, że oferta Przystępującego zawiera błąd w obliczeniu ceny, wobec czego powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10) Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono w punkcie 3. wyroku na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 2 pkt 1), § 5 pkt 1) i 2) oraz § 7 ust. 2 pkt 1), ust. 3 i ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości nieprzekraczającej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 10.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu

kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: (...) b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych (...). § 7 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części”, zaś § 7 ust. 3 ww. rozporządzenia, iż „w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 1 i 2, Izba rozdziela: 1) wpis stosunkowo, zasądzając odpowiednio od zamawiającego albo uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego kwotę, której wysokość ustali, obliczając proporcję liczby zarzutów przedstawionych w odwołaniu, które Izba uwzględniła, do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła; 2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i odpowiednio zamawiającym albo uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw”. § 7 ust. 6 ww. rozporządzenia stanowi, iż „koszty rozdzielone stosunkowo zaokrągla się w górę do pełnych złotych”.

Zgodnie z § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczony przez Odwołującego, tj. 10.000 złotych.

Odwołujący na posiedzeniu i rozprawie był reprezentowany przez pełnomocnika. Jak wynika ze złożonej do akt sprawy faktury, koszty postępowania odwoławczego Odwołującego obejmują wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych. Stosownie do § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia, zgodnie z którym do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego Izba mogła zaliczyć wynagrodzenie i wydatki pełnomocnika do kwoty 3.600 złotych, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego zaliczono wynagrodzenie pełnomocnika reprezentującego Odwołującego w wysokości 3.600 złotych.

Zważywszy że Izba uwzględniła jeden zarzut przedstawiony w odwołaniu, a dwóch nie uwzględniła, koszty postępowania odwoławczego w zakresie wpisu rozdzielono stosunkowo – w proporcjach 2/3 Odwołujący i 1/3 Zamawiający. W konsekwencji zgodnie z § 7 ust. 3 pkt 1) i 2) i ust. 6 ww. rozporządzenia zasądzono od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę stanowiącą sumę 1/3 kwoty uiszczony tytułem wpisu od odwołania oraz 1/3 uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego, zaokrągloną w górę do pełnych złotych.

Przewodniczący:.....