

WYROK

z dnia 20 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant Marta Sioma

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 marca 2018 r. przez wykonawcę: Warbud S.A. 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 32

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Muzeum Wojska Polskiego 00-495 Warszawa, Al. Jerozolimskie 3

przy udziale:

1. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD S.A. 00-844 Warszawa, ul. Grzybowska 87, MAR-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. 03-262 Warszawa, ul. Pawła Włodkowica 2C, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego;

2. wykonawcy Budimex S.A. 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Warbud S.A. 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 32 i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego wykonawcę Warbud S.A. 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 32 tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 613/ 18

Uzasadnienie

Zamawiający: Muzeum Wojska Polskiego 00-495 Warszawa,
Al. Jerozolimskie 3 prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie

o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa Muzeum

Wojska Polskiego -1 etap". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku

Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 147-305205 w dniu 3 sierpnia 2017 r.

Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp”.

Zamawiający w dniu 20 marca 2018 r. przekazał wykonawcom, drogą elektroniczną, „Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej” oraz poinformował wykonawcę Warbud S.A. 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 32 o odrzuceniu jego oferty.

Odwolujący: Warbud S.A. 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 32 wniósł, w dniu 30 marca 2018 r., odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego;
2. art. 87 ust. 2 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia omyłki w ofercie odwołującego, a w konsekwencji bezzasadne odrzucenie oferty;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD S.A. z siedzibą w Warszawie oraz Mar-Bud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka

komandytowa z siedzibą w Warszawie (dalej „Konsorcjum IDS-BUD”) pomimo, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ;

4. art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993 r. (t.j. z dnia 9 lutego 2018 r.; Dz.U. z 2018, poz. 419 - dalej: „uznk”) poprzez zaniechanie ujawnienia całości oferty złożonej przez Konsorcjum IDS-BUD mimo, iż zastrzeżone przez tego wykonawcę informacje nie spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a wykonawca ten nie wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia.

Odwolujący wniósł, na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, o uwzględnienie odwołania w całości i uchylenie skutków prawnych zaskarżonych

czynności zamawiającego poprzez nakazanie mu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. unieważnienie czynności badania i oceny ofert;
3. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
4. dokonanie powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu i w konsekwencji odrzucenie oferty Konsorcjum IDS-BUD,
5. udostępnienia odwołującemu całej oferty Konsorcjum IDS-BUD

Uzasadniając zarzuty odwołania oraz swoje żądania odwołujący wskazał, co następuje:

W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie zamawiającego jej treść jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - dalej „SIWZ”. Zamawiający wskazał, iż treść oferty nie odpowiada pkt XII. 28 SIWZ, gdyż suma kwot wskazanych w pkt VI, VII, VIII formularza ofertowego różni się od ceny całkowitej brutto z pkt I formularza ofertowego o kwotę 1.000.000,00 zł. Zamawiający, w uzasadnieniu swojej decyzji wskazał, iż w jego ocenie nie było podstaw do poprawienia omyłki w ofercie w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego. W pierwszej kolejności wskazywał, iż nie było podstaw do odrzucenia oferty odwołującego. Całkowita cena jego oferty jest prawidłowa - wynika bowiem zarówno ze złożonych kosztorysów, jak i Tabel wartości elementów scalonych, co nie było kwestionowane przez zamawiającego. Zgodnie z pkt XII. 28 SIWZ wykonawca, po wpisaniu do formularza ofertowego, ceny całkowitej brutto, miał ją następnie podzielić na trzy części, tj. na maksymalne kwoty brutto, przewidziane do sfinansowania przez zamawiającego w roku 2018, 2019, 2020, określone według uznania wykonawcy, dostosowanego do przewidywanych terminów zakończenia wykonywania poszczególnych robót. Kwoty te należało wpisać w pkt VI - VIII formularza ofertowego. Podział wynagrodzenia na trzy części dotyczy „przewidywanych” terminów wykonywania robót, a zatem nie jest to podział wiążący czy też niezmienny. Już chociażby z tego powodu brak było podstaw, aby z powodu omyłki w tej części oferty, ofertę odrzucić jako niezgodną z treścią SIWZ. Ponadto, zdaniem odwołującego, zaistniałą omyłkę można poprawić co najmniej na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2) lub 3) ustawy Pzp. Nie można się przy tym zgodzić ze stanowiskiem zamawiającego, iż takie poprawienie prowadziłoby do złożenia „dodatkowego oświadczenia woli w zamian za firmę Warbud”. Stanowczego podkreślenia wymaga, iż zamawiający wprost w SIWZ przewidział procedurę poprawienia kwot przewidzianych do sfinansowania przez zamawiającego w poszczególnych latach realizacji zamówienia, tj. kwot podawanych przez wykonawców w punktach VI-VIII formularza ofertowego. A zatem zamawiający nie tylko dopuścił możliwość zmiany wysokości ww. kwot w stosunku do kwot zadeklarowanych przez wykonawców, lecz również wskazał sposób w jaki będzie dokonywał tej zmiany. Zgodnie z pkt XIII 9 SIWZ (dodanym Zawiadomieniem nr 27 z dnia 5 stycznia 2018r.) Zamawiający dopuścił możliwość zmiany, w trakcie oceny oferty, podziału wynagrodzenia brutto na lata 2018, 2019 i 2020, wskazując że ewentualne poprawienie dotyczy będzie roku 2020. Bez znaczenia przy tym pozostaje okoliczność, iż zamawiający powiązał powyższą procedurę z procedurą poprawienia łącznego wynagrodzenia brutto. Skoro bowiem zamawiający dopuścił możliwość dokonania dalej idącej poprawki, tj. poprawki łącznego wynagrodzenia brutto, czyli ceny całkowitej oferty i to w przypadku wszystkich rodzajów omyłek określonych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, to brak jest podstaw do przyjęcia, że nie ma możliwości poprawienia omyłki występującej w jednej z pozycji VIII formularza ofertowego, w sytuacji w której nie dochodzi do zmiany łącznego wynagrodzenia brutto. Innymi słowy, skoro zamawiający dopuścił możliwość dokonywania poprawek znacznie dalej idących, to nie może odrzucić oferty powołując się na brak możliwości poprawienia omyłki, która w znacznie mniejszym stopniu ingeruje w treść oferty - nie wpływa bowiem na jej cenę. Zamawiający, działając zgodnie z procedurą opisaną w pkt XIII 9 SIWZ wskazał, iż dokona poprawienia kwoty wskazanej dla roku 2020, niezależnie od tego, w którym miejscu Tabeli wartości elementów scalonych czy Kosztorysów doszłoby do poprawienia omyłki w cenie. Tym samym, zamawiający jednoznacznie wskazał w

SIWZ, iż nawet gdyby poprawka dotyczyła wartości robót przewidzianych do wykonania w 2018 czy 2019 roku, to i tak poprawieniu ulegnie wyłącznie wartość wskazana dla roku 2020. Wobec tak jednoznacznych postanowień SIWZ, nie może być mowy, wbrew twierdzeniu zamawiającego, o składaniu przez zamawiającego oświadczenia woli w zamian za wykonawcę.

Odwołujący podkreślał, iż w toku postępowania, zamawiający korzystał z możliwości przewidzianej w pkt XIII 9 SIWZ i dokonywał poprawienia kwot w pozycji VIII formularza ofertowego u następujących wykonawców:

- a) Konsorcjum IDS-BUD;
- b) Budimex;
- c) Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. HOCHTIEF Polska S.A. z siedzibą w Warszawie oraz POLAQUA sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie.

Stąd twierdzenie zamawiającego, iż poprawienie omyłki w ofercie odwołującego nie jest możliwe, stanowi nie tylko naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, ale jest również działaniem niezgodnym z wytycznymi zawartymi w SIWZ przez zamawiającego. Co więcej, gdyby w kosztorysach czy Tabelach wartości elementów scalonych, przygotowanych przez odwołującego, były omyłki, co nie miało miejsca, wówczas zamawiający nie miałby wątpliwości co do możliwości i sposobu poprawienia takowej omyłki w ofercie wykonawcy, bez względu na jej wartość, a oferta odwołującego nie zostałaby odrzucona. Tym samym odwołujący został niejako „ukarany” za bezbłędne sporządzenie kosztorysów i Tabel wartości elementów scalonych.

W dalszej treści odwołania wywodził, iż zaistniałą omyłkę można poprawić zarówno w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2) jak również art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp. Wskazując na możliwość poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp podnosił, że w pkt XII. 28 SIWZ zamawiający wskazał, iż maksymalne kwoty brutto,

przewidziane do sfinansowania przez zamawiającego w roku 2018, 2019, 2020 wykonawca miał obliczyć poprzez podzielenie całkowitej kwoty brutto na trzy części. Nie jest zatem prawdą, iż wpisując ww. kwoty nie był zobowiązany dokonać operacji rachunkowej na liczbach, tylko wpisać ww. kwoty w sposób dowolny. Gdyby przyjąć stanowisko zamawiającego za prawidłowe, to w ogóle nie doszłoby do wystąpienia omyłki. Ponadto sam zamawiający wskazuje, iż niezgodność treści oferty w treści SIWZ polega na tym, iż suma kwot z pozycji VI, VII i VIII nie odpowiada cenie całkowitej oferty. Skoro cena całkowita oferty jest prawidłowa - wynika bowiem zarówno ze złożonych kosztorysów, jak i Tabel wartości elementów scalonych - to omyłka nastąpiła w wyniku działania matematycznego polegającego na podziale tej kwoty na trzy części. Również wartość o jaką pomylił się odwołujący jest oczywista, zamawiający nie miał żadnych problemów z jej ustaleniem na podstawie prostego działania matematycznego polegającego na odjęciu od ceny całkowitej oferty sumy kwot z pozycji VI, VII i VIII. Tym samym poprawienie omyłki również przebiegać będzie na podstawie prostego działania matematycznego, tj. odejmowania od ceny całkowitej oferty kwot przewidzianych do sfinansowania w latach 2018, 2019, a pozostała wartość stanowić będzie kwotę przewidzianą do sfinansowania w roku 2020. Powyższe działanie matematyczne zgodne jest również z procedurą opisaną przez zamawiającego w pkt XIII 9 SIWZ. W konsekwencji brak jest podstaw do odmowy poprawienia ww. omyłki we wskazanym sposób.

Powyższa omyłka jest również możliwa do poprawienia, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, jako inna omyłka niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. Poprawienie ww. omyłki nie powoduje istotnych zmian w treści oferty, bowiem nie ma żadnego wpływu na cenę oferty - cena ta pozostaje niezmienna. Omyłka nie ma również żadnego wpływu na zakres zobowiązania wykonawcy wynikający z oferty. Zmianie ulega jedynie hipotetyczna wartość wynagrodzenia, która jest jedynie przewidywana do wypłaty w roku 2020.

Zamawiający, w informacji o odrzuceniu oferty wskazuje, iż w celu poprawienia omyłki na podstawie ww. przepisu muszą zostać spełnione cztery przesłanki:

- musi wystąpić niezgodność między treścią oferty a SIWZ;
- niezgodność musi mieć charakter omyłki;
- z SIWZ musi wynikać sposób poprawienia omyłki;

- poprawienie omyłki nie może spowodować istotnych zmian w treści oferty.

Zdaniem zamawiającego w przypadku omyłki w ofercie odwołującego, nie została spełniona druga przesłanka, ponieważ wykonawca był zobowiązany do podziału kwot „wg własnego uznania” to nie mogło dojść do omyłki gdyż było to „świadome złożenie oświadczenia woli o określonej treści”. Powyższa argumentacja stoi w sprzeczności nie tylko z zasadą doświadczenia życiowego ale również z całą ideą dla której została stworzona instytucja poprawienia omyłki. Celem działania wykonawcy jest bowiem złożenie oferty zgodnej z treścią SIWZ. Cena oferty wynika zarówno z kosztorysów jak również z Tabel wartości elementów scalonych. Tym samym twierdzenie, że wykonawca celowo wpisał wynagrodzenie, które przewiduje do wypłaty za poszczególne lata realizacji zamówienia, jako wynagrodzenie niższe od ceny złożonej oferty, jest niezgodne z zasadami logicznego myślenia i doświadczenia życiowego. O tym, że sytuacja zaistniała w ofercie odwołującego nie była zamierzonym działaniem lecz stanowi niezamierzoną omyłkę, świadczy również odpowiedź odwołującego na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 30 stycznia 2018 r.

Na marginesie odwołujący wskazuje, iż ustawodawca, w przypadku poprawienia omyłki w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp przewidział procedurę braku zgody wykonawcy na dokonanie poprawki. Tym samym, nawet gdyby doszło do poprawienia przez zamawiającego omyłki w sposób niezgodny z wolą wykonawcy, to dysponuje on narzędziami, które takiej ingerencji w treść oferty mają zapobiec.

Zamawiający twierdzi również, iż nie została spełniona trzecia przesłanka, tj. że z SIWZ nie wynika sposób poprawienia omyłki. Jednak, jak to już zostało wskazane powyżej, zamawiający, na podstawie pozostałych informacji zawartych w ofercie, nie miał najmniejszego problemu z ustaleniem, że omyłka polega na podaniu w pozycjach od VI do VIII kwoty niższej o 1.000.000,00 zł. Nie ma zatem żadnych wątpliwości o jaką kwotę należy poprawić omyłkę i nie ma tutaj mowy o składaniu oświadczenia woli zamiast wykonawcy. Ponadto, wbrew twierdzeniu zamawiającego, sposób poprawienia omyłki wynika wprost z postanowień SIWZ, tj. z pkt XIII 9 SIWZ. Przy czym ustanawiając tę zasadę, zamawiający świadomie wskazał, że bez względu na to, w którym miejscu kosztorysu dojdzie do omyłki, to korekcie ulegnie kwota wynagrodzenia przewidzianego w roku 2020, a więc korekcie ulegnie punkt VIII formularza ofertowego. Przy czym wobec jednoznacznej procedury przewidzianej w SIWZ oraz mając na uwadze zasadę „a maiori ad minus” z której wynika, że skoro można zrobić więcej, to tym bardziej można zrobić mniej, brak jest podstaw do twierdzenia, że zamawiający poprawiając omyłkę musiałby złożyć oświadczenie woli za wykonawcę.

Za całkowicie niezasadne należy również uznać stanowisko, iż zmiana treści oferty miałaby charakter „istotny” wobec okoliczności, iż w wyniku poprawki nie zmienia się ani cena ani zakres świadczenia wykonawcy, a kwoty wskazane w pkt VI-VIII formularza ofertowego miały charakter jedynie propozycji. Ponadto, wobec ceny całkowitej oferty Warbud, która wynosiła 270.476.999,96 zł omyłka dotyczy kwoty stanowiącej zaledwie 0,37 % wartości oferty. Trudno jest zatem twierdzić, że ma ona charakter istotny.

Podsumowując, zamawiający odrzucając ofertę odwołującego i nie dokonując poprawienia omyłki w jej treści naruszył nie tylko treść art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz 87 ust. 2 ustawy Pzp, ale również wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum IDS-BUD pomimo, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ

Odwołujący podnosił, że zgodnie z pkt X formularza ofertowego, Zamawiający

wymagał podania w ofercie zastosowanych przez Wykonawcę stawek do kosztorysowania, w tym m. in. wskaźnika zysku (pkt 4) i wskaźnika kosztów pośrednich (pkt 5). Przy czym zamawiający dopuścił możliwość zastosowania różnych stawek jedynie do różnych rodzajów robót (branż) wskazując, iż w takim przypadku należy albo wpisać wszystkie stawki dla każdego rodzaju robót (każdej branży), który był wyceniany odrębnie albo wyliczyć średnią arytmetyczną dla poszczególnych stawek i wpisać wyliczoną wartość. Konsorcjum IDS-BUD w formularzu ofertowym wpisało ww. wskaźniki, które nie odpowiadają wskaźnikom zastosowanym w złożonych kosztorysach. Z załączonych do oferty kosztorysów jednoznacznie wynika, iż zostały one sporządzone przy zastosowaniu innych wskaźników, niż te, które zostały podane w formularzu ofertowym. W szczególności wskazać należy, iż zamawiający dopuścił zastosowanie różnych stawek wyłącznie dla poszczególnych rodzajów robót (branż). Tymczasem

Konsorcjum IDS-BUD zastosowało różne stawki w ramach tych samych branż. Takie działanie powoduje niezgodność treści oferty Konsorcjum IDS-BUD z treścią SIWZ. Rozbieżności te widać w każdej branży. Ze względu na obszerność kosztorysów i brak możliwości przywołania w odwołaniu wszystkich zastosowanych przez Konsorcjum IDS-BUD wskaźników, odwołujący wskazywał, że zarzut dotyczy wszystkich pozycji kosztorysowych i wszystkich branż, wymieniając w treści odwołania pozycje zawierające największe rozbieżności.

I tak rozbieżność zastosowanych stawek waha się:

- dla wskaźnika kosztów pośrednich od wartości 188 209,39% dla pozycji kosztorysu 3 562 do wartości 1,51% dla pozycji kosztorysu 2 957;
- dla wskaźnika zysku od wartości 172,28 % dla pozycji kosztorysu 2 404 do wartości 0,04% dla pozycji kosztorysu 2 519.

W konsekwencji średnia arytmetyczna wskaźnika kosztów pośrednich wynosi 252,27 % a nie jak zostało to podane w formularzu ofertowym 45,82%, a średnia arytmetyczna zysku wynosi 13,81%, a nie 11,57%.

Powyższe oznacza, iż stawki podane przez Konsorcjum IDS-BUD w formularzu ofertowym nie są stawkami użytymi, przez tego wykonawcę, do sporządzenia kosztorysów ofertowych, a tego wymagał zamawiający.

Niezgodności tej nie można poprawić jako omyłki rachunkowej, czy innej omyłki niepowodującej istotnej zmiany treści oferty, bowiem w sytuacji w której prawie każda pozycja została sporządzona z zastosowaniem odmiennych wskaźników, nie wiadomo, którą z zaproponowanych stawek należałoby wybrać do poprawienia ewentualnej omyłki. Podkreślenia wymaga, iż o ile zamawiający dał wykonawcom dużą swobodę przy przygotowywaniu kosztorysu ofertowego, to jednak z żelazną konsekwencją, odpowiadając na wszystkie pytania wykonawców, żądał, aby kosztorys sporządzony był metodą kalkulacji szczegółowej i zawierał rozbięcie każdej ceny jednostkowej na koszty bezpośrednie, tj. koszty robocizny, materiałów i sprzętu oraz koszty pośrednie i zysk wykonawcy. Vide: Zawiadomienie nr 3 z dnia 20 września 2017 r. pkt IX, odpowiedź na pytanie nr 39 z dnia 3 października 2017 r., odpowiedź na pytanie 53 z dnia 9 października 2017 r., gdzie dodatkowo zamawiający wyjaśnił, iż sporządzenie kosztorysu ofertowego metodą kalkulacji szczegółowej jest niezbędne do ewentualnego ustalenia na etapie oceny ofert, czy oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, natomiast na etapie wykonania zamówienia, kosztorys ofertowy sporządzony metodą kalkulacji szczegółowej będzie pomocny przy określeniu wysokości kosztów ewentualnych robót zaniechanych przez zamawiającego, odpowiedź na pytanie 141 z dnia 24 października 2017 r., czy odpowiedź na pytanie 502 z dnia 20 grudnia 2017 r.

Ponadto, zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 157 z dnia 1 grudnia 2017 r. zamawiający wskazał, iż wykonawca sporządzając kosztorys ofertowy, może dokonać zmiany podstawy wyceny wszystkich pozycji przedmiarowych, w tym również może zmienić nakłady na robociznę, materiały i sprzęt (nakłady R, M, S) przypisane danej pozycji kosztorysowej, na analizy indywidualne, analizy własne lub inne dowolne sposoby wyceny, przy czym zamawiający nie wymienił tutaj wskaźników kosztów pośrednich i zysku. Tym samym, wskaźniki kosztów pośrednich i zysku miały być stałym i niezmiennym elementem oferty, wynikającym z kosztorysów, a zgodnie z pkt X formularza ofertowego zamawiający dopuścił zastosowanie różnych stawek wskaźników jedynie w ramach różnych branż. Zamawiający dopuścił dowolne metody wyceny w kosztorysach, jednakże nie dopuścił dowolnych zasad sporządzania takowych kosztorysów. Zgodnie z wieloma wyjaśnieniami treści SIWZ kosztorys załączony do oferty musiał być szczegółowy, nie uproszczony. Zasady kosztorysowania obowiązujące na rynku budowlanym są obowiązujące dla każdego wykonawcy. Konsorcjum IDS przygotowało kosztorysy z użyciem różnych wskaźników niemal w każdej pozycji. Do tego wykonawca nie dostosował się do wymagań zamawiającego, aby obliczyć wartości kosztorysowe jako sumy iloczynów ilości jednostek przedmiarowych robót i ich cen jednostkowych. Niemal każda pozycja kosztorysu została wyliczona błędnie i wartość nie jest iloczynem jednostek przedmiarowych robót i ich cen jednostkowych.

Zamawiający żądał podania w ofercie stawek do kosztorysowania, gdyż stosownie do par. 20 ust. 19 Załącznika nr 14 do SIWZ - Istotnych postanowień umowy - stawki do kosztorysowania podane w ofercie będą miały, co do zasady, zastosowanie do obliczania wynagrodzenia za wykonanie wszelkich robót, wykonywanych przez przyszłego wykonawcę w wyniku zmian wprowadzonych aneksem do umowy lub załączników do umowy. Potwierdzenie tej okoliczności znajduje się również w pkt XI formularza ofertowego, który również stanowi, że stawki do kosztorysowania określone

w pkt X oferty będą miały zastosowanie do obliczania wynagrodzenia za wykonanie wszelkich robót, które zostaną zlecone wykonawcy w wyniku zmian wprowadzonych aneksem do umowy lub załączników do umowy.

Z powyższego wynika, iż intencją zamawiającego było, aby do wszelkich robót dodatkowych zastosowanie miały te same stawki, które wykonawca zastosował do wyceny robót w złożonej ofercie. Zamawiający wymagał podania w formularzu ofertowym tych stawek, poprzez złożenie w tym zakresie odrębnego oświadczenia, co powoduje, że stawki podane w formularzu ofertowym stanowią istotną treść oferty. Zamawiający, żądając złożenia kosztorysów sporządzonych metodą kalkulacji szczegółowej, ma możliwość zweryfikowania, czy rzeczywiście podane przez Wykonawcę w formularzu ofertowym stawki są tożsame z zastosowanymi przy sporządzaniu kosztorysów, a także, czy oświadczenie, złożone przez wykonawcę w formularzu ofertowym, jest oświadczeniem prawdziwym i prawidłowym. Gdyby bowiem zamawiający zostawił wykonawcom dowolność w określaniu stawek w pkt X formularza ofertowego, to nie wymagałby złożenia oświadczenia, iż kosztorys ofertowy został sporządzony przy zastosowaniu tych stawek. W konsekwencji, niezgodność stawek podanych w formularzu ofertowym ze stawkami użytymi w kosztorysach powoduje niezgodność oferty z treścią SIWZ, a także powoduje złożenie oświadczenia wprowadzającego w błąd zamawiającego. Tym samym treść oferty Konsorcjum IDS-BUD jest niezgodna z treścią SIWZ i oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw.

z art. 11 ust. 4 uznk poprzez zaniechanie ujawnienia całości oferty złożonej przez

Konsorcjum IDS-BUD, mimo iż zastrzeżone przez tego wykonawcę informacje nie

spełniają przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a wykonawca ten nie

wykazał zasadności dokonanego zastrzeżenia.

Odwołujący podnosił, że zastrzeżenie jawności informacji ze względu

na tajemnicę przedsiębiorstwa stanowi wyjątek od zasady jawności postępowania, w związku z tym, przesłanki umożliwiające jego zastosowanie powinny być interpretowane ściśle. Zgodnie z brzmieniem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawca chcący zastrzec zawarte w ofercie informacje stanowiące dla niego tajemnicę przedsiębiorstwa, zobowiązany jest wykazać, nie później niż w terminie składania ofert, że nie mogą być one udostępniane i udowodnić, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. W celu skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, konieczne jest zatem nie tylko wykazanie, iż dane informacje spełniają obiektywne przesłanki uznania za tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, ale również - prawidłowe wykazanie tego faktu nie później niż w dniu składania ofert. Bezasadność dokonanego zastrzeżenia, brak złożenia w ofercie uzasadnienia lub też złożenie niedostatecznie przekonującego uzasadnienia skutkować musi odtajnieniem przedmiotowych informacji. Obowiązek zbadania prawidłowości dokonanego przez wykonawcę zastrzeżenia spoczywa na zamawiającym, który zgodnie z art. 8 ust. 1-3, jak również art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązany jest do rzetelnego przeprowadzenia tej czynności i ujawnienia informacji nieprawidłowo objętych przez wykonawcę klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa.

W myśl art. 11 pkt 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Tym samym, określona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- a) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- b) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- c) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

Nie można uznać za skuteczne zastrzeżenia jawności oferty jedynie w celu uniemożliwienia innym wykonawcom weryfikacji jej prawidłowości, bez względu na rzeczywiste spełnienie przesłanek umożliwiających zastrzeżenie informacji jako

tajemnicy przedsiębiorstwa. Utrzymanie takiego zastrzeżenia, stanowi naruszenie nie tylko art. 8 ust. 1-3 Pzp, ale również zasady równego traktowania wykonawców i poszanowania zasad uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust. 1 Pzp.

Za nieuzasadnione należy również uznać zastrzeżenie całości dokumentów, w sytuacji, gdy mogą one zawierać także informacje nie zasługujące na ochronę jako tajemnica przedsiębiorstwa. Nie jest bowiem możliwe całościowe, ogólne zastrzeżenie dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa, tylko ze względu na to, iż w ich treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem wykonawcy podlegają ochronie na podstawie art. 11 ust. 4 uznk. Ujawnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje - słowa/wyrażenia - które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp - tak m.in. w wyroku KIO z dnia 8 lipca 2015 r., KIO 1229/15. Uzasadniając zastrzeżenie informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, wykonawca powinien w stosunku do każdej z tych informacji wskazać i udowodnić, iż spełniają przesłanki z art. 11 ust. 4 uznk. Nie jest wystarczające przy tym

jedynie twierdzenie wykonawcy, iż informacja takie przesłanki spełnia, ale konieczne jest tego konkretne wykazanie, w odniesieniu nie tylko do rodzaju zastrzeżonych informacji, ale do konkretnych danych podlegających zastrzeżeniu przez wykonawcę.

Ciężar udowodnienia, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który przedmiotowego zastrzeżenia dokonuje. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby (wyrok KIO z dnia 7 listopada 2011 r., KIO 2255/11, KIO 2283/11; wyrok KIO z dnia 7 czerwca 2011 r. KIO 1072/11).

Odnosząc się do treści oferty Konsorcjum IDS-BUD odwołujący podnosił, że w uzasadnieniu utajnienia całości kosztorysów dotyczących betonu architektonicznego Konsorcjum IDS-BUD wskazało, iż chronioną informacją jest fakt współpracy z podmiotami/ dostawcami oraz informacje o przyjętych przez te podmioty założeniach cenowych lub zastosowanych rozwiązaniach techniczno- organizacyjnych, jak również uzyskane przez tego wykonawcę korzystne warunki finansowe. Takie uzasadnienie byłoby właściwe, gdyby do oferty miały zostać załączone oferty podwykonawców. Natomiast, jak wynika z wyjaśnień Konsorcjum IDS-BUD, kosztorysy zostały sporządzone nie przez podwykonawców ale przez pracowników IDS-BUD „dostęp do materiałów zawartych w ofercie posiadali tylko upoważnieni pracownicy IDS-BUD S.A. biorący bezpośredni udział w ich opracowywaniu. Archiwum z materiałami w wersji elektronicznej jest przechowywane w zaszyfrowanym katalogu sieciowym z ograniczonym dostępem tylko i wyłącznie dla uprawnionych pracowników IDS- BUD

S.A co więcej, w przygotowaniu i kompletowaniu oferty dla Zamawiającego brali udział wyłączenie pracownicy IDS-BUD S.A. zatrudnieni na umowę o pracę." Informacje zawarte w kosztorysach nie pochodzą bezpośrednio od podwykonawców/ dostawców, ale zostały opracowane i przygotowane przez pracowników członka konsorcjum, tj. IDS-BUD S.A. tym samym, w świetle uzasadnienia utajnienia zawartego w ofercie, nie mogą stanowić tajemnicy przedsiębiorstwa Konsorcjum IDS-BUD, ani żadnego z jego członków. Ponadto, wbrew twierdzeniom zawartym w uzasadnieniu utajnienia kosztorysów, kosztorysy nie zawierają żadnych informacji na temat „indywidualnych rozwiązań techniczno-organizacyjnych" a jedynie informacje dotyczące ceny jednostkowej oraz składowych tej ceny tj. kosztu materiału, robocizny i sprzętu. W konsekwencji stwierdzić należy, iż kosztorysy te nie zawierają informacji, które mogłyby stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, co uzasadniałoby ich utajnienie, a wykonawca przedstawił wyjaśnienia, które nie uzasadniają utajnienia.

Zamawiający, w dniu 3 kwietnia 2018 r. poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili, w dniu 5 kwietnia 2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej), wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD S.A. 00-844 Warszawa, ul. Grzybowska 87, MAR-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. 03-262 Warszawa, ul. Pawła Włodkowica 2C. W złożonym piśmie procesowym wnieśli o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 6 kwietnia 2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej), wykonawca Budimex S.A. 01-040 Warszawa, ul. Stawki 40 zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego. Wskazał, iż popiera stanowisko odwołującego w zakresie nieprawidłowej oceny oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD S.A. 00-844 Warszawa, ul. Grzybowska 87, MAR-BUD Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością Sp. k. 03-262 Warszawa, ul. Pawła Włodkowica 2C

a w konsekwencji zaniechanie czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy.

Zamawiający na posiedzeniu w dniu 13 kwietnia 2018 r., złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości podnosząc, w zakresie zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty odwołującego, że wykonawca miał wpisać w Formularzu oferty w pkt VI-VIII kwoty wynikające z podziału zaproponowanej przez niego ceny ofertowej. Następnie wartości te zamawiający miał zamiar przenieść do umowy zawieranej z wykonawcą, a zatem miały one stanowić część zobowiązania. Podkreślał, że z pkt III.9 SIWZ wynika, iż możliwa jest zmiana kwot wpisanych w tych punktach jedynie w przypadku, gdy zmianie ulegnie wysokość łącznego wynagrodzenia brutto, w wyniku poprawienia omyłek o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1, 2 lub 3 ustawy Pzp. Tym samym nie dotyczyło to każdego przypadku, w którym dowolny wykonawca popełnił błąd. Wskazywał ponadto, że kwoty wynikające z podziału wynagrodzenia wykonawca miał wpisać według własnego uznania, dostosowując je do terminów wykonania poszczególnych robót. Chcąc dokonać poprawienia omyłki zamawiający musiałby uznaniowo przesądzić w którym roku odwołujący otrzyma wynagrodzenie wyższe o 1 mln zł. Wpisanie błędnych kwot, zdaniem zamawiającego, nie jest efektem błędnej operacji rachunkowej albowiem wykonawca miał za zadanie wpisać określone kwoty dzieląc wartość wynagrodzenia na trzy lata. Nie jest to zatem działanie matematyczne na liczbach, które można prześledzić, a zatem nie jest możliwe stwierdzenie błędu w tym działaniu.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum IDS-BUD wskazał, że zamawiający wymagał w pkt X Formularza ofertowego aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia podał stawki do kosztorysowania zastosowane przez wykonawcę przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego, w tym m.in. wskaźnika kosztów pośrednich i zysku. Przewidział również, że w przypadku gdy wykonawca przyjmie różne stawki dla różnych rodzajów robót (branż) w treści Formularza oferty wpisze albo wszystkie zastosowane stawki, albo wyliczy średnią arytmetyczną dla poszczególnych stawek i wpisze wyliczoną wartość. Sformułowanie „dla różnych rodzajów robót (branż)” nie oznacza tylko takiej sytuacji w której ta sama stawka została zastosowana do wszystkich robót w ramach jednej branży, a inna stawka do wszystkich robót w ramach innej branży, ale obejmuje również sytuacje w której inna stawka została zastosowana do każdej roboty w ramach danej branży lub do niektórych robót w ramach danej branży. W swojej ofercie Konsorcjum IDS-BUD zastosowało różne stawki w ramach tych samych branż, co jest zgodne z treścią SIWZ. Zamawiający nie narzucił wykonawcom sposobu czy też metody obliczenia wskaźników kosztów pośrednich i zysku, nie istnieją również przepisy powszechnie obowiązujące, które regulowałyby tą kwestię. Wykonawca poprawnie wyliczył i wpisał w odpowiednich punktach Formularza oferty wartości tych wskaźników, co zamawiający skontrolował w oparciu o złożone kosztorysy ofertowe. Zamawiający podnosił, że dopuścił w postępowaniu dowolne zasady sporządzania kosztorysów ofertowych, o czym świadczą zapisy Rozdziału XII SIWZ. W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania udostępnienia całości oferty Konsorcjum IDS-BUD jego zdaniem, po zbadaniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, zaszyły okoliczności o których mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Zastrzeżone w kosztorysach informacje dotyczyły wyceny elementów betonu architektonicznego na 6 stronach, na których zawarte zostały również informacje na temat indywidualnych rozwiązań techniczno - organizacyjnych a zatem, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie były to tylko informacje dotyczące ceny jednostkowej i składowych tej ceny. Po analizie wyjaśnień zamawiający stwierdził, że wykonawca ten wykazał, że zastrzeżone informacje mają charakter techniczny, technologiczny i organizacyjny przedsiębiorstwa, posiadają wartość gospodarczą a także nie zostały ujawnione do wiadomości publicznej i podjęto w stosunku do nich działania w celu zachowania ich poufności.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Zamawiający: Muzeum Wojska Polskiego 00-495 Warszawa, Al. Jerozolimskie 3 prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Budowa Muzeum Wojska Polskiego -1 etap”.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 147-305205 w dniu 3 sierpnia 2017 r.

Zamawiający, w Rozdziale XII SIWZ, opisał sposób obliczenia ceny ofertowej, wskazując w tym zakresie, że:

1. obliczenie ceny całkowitej brutto za wykonanie zamówienia należy rozpocząć od sporządzenia kosztorysu ofertowego (pkt 1);
2. kosztorys ofertowy należy sporządzić zgodnie z przedmiarami robót, stanowiącymi załączniki nr 85-114 SIWZ, metodą kalkulacji szczegółowej tj. poprzez obliczenie wartości kosztorysowej robót objętych przedmiarami robót jako sumy iloczynu ilości jednostek przedmiarowych robót i ich cen jednostkowych bez podatku od towarów i usług, przy czym ceny jednostkowe należy podać w szczegółowym rozbiu na koszty bezpośrednie tj. koszty robocizny, materiałów i sprzętu oraz koszty pośrednie i zysk wykonawcy (pkt 2);
3. Przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego należy przyjąć, że ma on charakter pomocniczy i informacyjny, nie będzie stanowił podstawy rozliczeń częściowych pomiędzy zamawiającym i wybranym wykonawcą oraz nie będzie stanowił załącznika do umowy w sprawie zamówienia publicznego (pkt 10);
4. Po wpisaniu wszystkich cen jednostkowych we wszystkich pozycjach kosztorysu ofertowego należy dokonać sumowania według tych pozycji, które składają się na poszczególne elementy scalone, określone w tabeli wartości elementów scalonych, stanowiącej załącznik nr 13 do SIWZ (pkt 12);
5. Przy sporządzaniu tabeli wartości elementów scalonych należy przyjąć, że ma ona charakter wiążący, będzie stanowił podstawę rozliczeń częściowych pomiędzy zamawiającym i wybranym wykonawcą oraz będzie stanowił załącznik do umowy w sprawie zamówienia publicznego (pkt 16);
6. Łączną wartość netto, łączną wartość podatku od towarów i usług oraz łączną wartość brutto, wyliczoną z tabeli wartości elementów scalonych należy wpisać do formularza ofertowego w miejsca przewidziane dla ceny całkowitej netto, kwoty całkowitej podatku od towarów i usług oraz ceny całkowitej brutto, kwotowo i słownie (pkt 27);
7. Po wpisaniu ceny całkowitej brutto do formularza ofertowego należy ją podzielić na trzy części tj. na maksymalne kwoty brutto, przewidywane do sfinansowania przez zamawiającego w roku 2018, 2019, 2020, określone według uznania wykonawcy, dostosowanego do przewidywanych terminów zakończenia wykonywania poszczególnych robót (pkt 28).

Zamawiający, w Rozdziale XIII SIWZ pkt 1 przewidział następujące kryteria, którymi będzie się kierował przy ocenie ofert:

- 1) Cena całkowita brutto - 60%
- 2) Okres podstawowy gwarancji jakości - 40%

Do SIWZ zamawiający załączył Istotne postanowienia umowy - dalej „IPU” (załącznik nr 14), w których przewidział, w §3 - Zakres zamówienia w ust. 3: szczegółowy zakres zamówienia określają projekty budowlane, projekty wykonawcze, przedmiary robót, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych ogólne i szczegółowe oraz decyzje administracyjne. Ponadto w ust. 4 zawarł informację, iż „zakresu zamówienia nie określają postanowienia kosztorysu ofertowego, załączonego przez wykonawcę do oferty złożonej w postępowaniu poprzedzającym zawarcie niniejszej umowy”. W §17 ust. 2 IPU, że wynagrodzenie za realizację przedmiotowej umowy ma charakter ryczałtowy, zaś łączne wynagrodzenie wykonawcy wynika z tabeli wartości elementów scalonych (ust. 6). Łączne wynagrodzenie płacone będzie przez zamawiającego w częściach, a wartości poszczególnych części również wynikały będą z tabeli wartości elementów scalonych (§17 ust. 8 IPU). W §17 ust. 28 - 30 zamawiający wskazał, że maksymalna wartość wynagrodzenia wypłaconego wykonawcy w poszczególnych latach tj. w roku 2018, 2019 i 2020 będzie wynosiła określoną kwotę, która zostanie wpisana na podstawie oświadczenia złożonego przez wykonawcę w ofercie. Zawarł również informację, że środki na realizację zamówienia pochodzą będą z dotacji celowej inwestycyjnej, udzielonej zamawiającemu przez Ministerstwo Obrony Narodowej w poszczególnych latach. W §20 IPU zamawiający zastrzegł, iż dopuszcza dokonywanie zmian zawartej umowy na podstawie art. 144 ust. 1 pkt ustawy Pzp, co będzie miało miejsce w wymienionych przypadkach. Do takich okoliczności zaliczył:

- w ust. 1 pkt 25 - konieczność zmniejszenia lub zwiększenia maksymalnych części łącznego wynagrodzenia, które mogą zostać wypłacone wykonawcy w poszczególnych latach kalendarzowych, bez zmiany wysokości łącznego wynagrodzenia brutto;
- w ust. 1 pkt 38 - w przypadku poinformowania zamawiającego przez instytucje finansujące niniejsze zamówienie o ograniczeniu środków przeznaczonych na jego sfinansowanie, która

powoduje nieaktualność postanowień niniejszej umowy lub załączników do niniejszej umowy;

- w ust. 1 pkt 39 - w przypadku poinformowania zamawiającego przez instytucje finansujące niniejsze zamówienie o ograniczeniu środków przeznaczonych na jego sfinansowanie, która powoduje konieczność zmniejszenia kwoty łącznego wynagrodzenia brutto. W dalszej części w §20 ust. 5 opisał w jaki sposób rozliczone zostanie wynagrodzenie wykonawcy w przypadku zmniejszenia, przez instytucje finansujące, środków na realizację przedmiotowego zamówienia. W tym zakresie zapisał, że podstawę określenia wysokości kwot wynagrodzenia wykonawcy, objętych proporcjonalnym zmniejszeniem w przypadku poinformowania zamawiającego przez instytucje finansujące niniejsze zamówienie o ograniczeniu środków przeznaczonych na jego sfinansowanie lub w przypadku rezygnacji z wykonania części zamówienia przez zamawiającego będzie stanowił kosztorys częściowy, sporządzony przez wykonawcę metodą kalkulacji szczegółowej i zatwierdzony przez zamawiającego, zawierający pozycje dla robót zaniechanych z kosztorysu ofertowego wykonawcy, załączonego do oferty złożonej w postępowaniu poprzedzającym zawarcie niniejszej umowy. Ustalono jednocześnie, w ust. 6 poniżej, że w przypadku zaistnienia rozbieżności pomiędzy kwotami wynikającymi z kosztorysu częściowego a kwotami wynikającymi z tabeli wartości elementów scalonych podstawę określenia wysokości kwot wynagrodzenia wykonawcy, objętych proporcjonalnym zmniejszeniem w przypadku poinformowania zamawiającego przez instytucje finansujące niniejsze zamówienie o ograniczeniu środków przeznaczonych na jego sfinansowanie lub w przypadku rezygnacji z wykonania części zamówienia przez zamawiającego, stanowi tabela wartości elementów scalonych. W IPU §20 ust. 19 przewidziano również, że do obliczenia wynagrodzenia za wykonanie wszelkich robót, wykonywanych przez wykonawcę w wyniku zmian wprowadzonych aneksem do umowy lub załączników do niniejszej umowy wykonawca zobowiązuje się stosować stawki do kosztorysowania zawarte w ofercie złożonej w postępowaniu poprzedzającym zawarcie niniejszej umowy chyba, że zamawiający wyrazi zgodę na zastosowanie innych stawek do kosztorysowania.

Zamawiający, w Formularzu oferty, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, wymagał aby wykonawcy, w pkt od VI do VIII zadeklarowali maksymalne kwoty brutto, przewidywane do sfinansowania przez zamawiającego w latach 2018, 2019, 2020 określone przez nich według uznania, dostosowane do przewidywanych terminów zakończenia wykonywania poszczególnych robót. Zgodnie z oświadczeniem składanym w pkt IX Formularza wykonawca miał obowiązek załączenia do oferty kosztorysu ofertowego oraz tabeli wartości elementów scalonych, sporządzone zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. Pkt X zawierał natomiast oświadczenie wykonawcy, że kosztorys ofertowy sporządzony został przy zastosowaniu następujących stawek do kosztorysowania:

- (1) stawka roboczogodziny -zł (słownie:złotych);
- (2) wskaźnik kosztów zakupu materiałów -% (słownie:procent);
- (3) wskaźnik kosztów użycia sprzętu - % (słownie:procent);
- (4) wskaźnik zysku - % (słownie:procent);
- (5) wskaźnik kosztów pośrednich - % (słownie: procent);

oraz zastrzeżenie, że : W przypadku, gdy przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego wykonawca przyjmuje różne stawki dla różnych rodzajów robót (branż), w treści formularza ofertowego należy albo wypisać wszystkie stawki dla każdego rodzaju robót (każdej branży), który był wyceniany odrębnie, albo wyliczyć średnią arytmetyczną dla poszczególnych stawek i wpisać wyliczoną wartość; jeżeli wskaźnik kosztów użycia sprzętu wykonawca ujmuje we wskaźniku kosztów pośrednich, wówczas w pozycji „wskaźnik kosztów użycia sprzętu” należy wpisać „0” lub wykreślić miejsce przewidziane na wpisanie tego wskaźnika. Pkt XI natomiast zawierał zobowiązanie, że wykonawca będzie stosował stawki do kosztorysowania określone w pkt X niniejszej oferty do obliczania wynagrodzenia za wykonanie wszelkich robót, które zostaną zlecone przez zamawiającego w wyniku zmian wprowadzonych aneksem do umowy lub załączników do umowy, chyba że zamawiający wyrazi zgodę na zastosowanie innych stawek do kosztorysowania.

Zamawiający, w odpowiedzi na pytania wykonawców kierowane w toku postępowania, udzielał wyjaśnień oraz dokonywał zmian SIWZ w powyższym zakresie. Tak między innymi:

1. Zawiadomieniem nr 27 o wyjaśnieniu i zmianie treści SIWZ z dnia 5 stycznia 2018 r., działając na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp dodał w Rozdziale XII pkt 9 o treści: „W przypadku, gdy w którejkolwiek ofercie w trakcie jej oceny wystąpi konieczność poprawienia omyłek o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1, 2 lub 3 ustawy Pzp i w wyniku ich poprawienia ulegnie zmianie wysokość łącznego wynagrodzenia brutto, zamawiający

uwzględni tę zmianę również w limitach wynagrodzeń na poszczególne lata poprzez dokonanie odpowiedniego poprawienia w ofercie maksymalnej kwoty brutto, przewidywanej do sfinansowania w roku 2020, określonej przez wykonawcę według uznania dostosowanego do przewidywanych terminów zakończenia wykonywania poszczególnych robót”.

2. Odpowiadając na pytanie nr 157 o treści: „(...) czy można zmienić nakłady R, M, S przypisane danej pozycji kosztorysowej”, w zawiadomieniu nr 14 z dnia 1 grudnia 2017 r. wyjaśnił, że: „zamawiający wyjaśnia, że zawiadomieniem nr 3 z dnia 20 września 2017 r. zmienił pkt XII.8 SIWZ w ten sposób, że przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego dopuścił zmianę podstaw wyceny w dowolnych pozycjach w stosunku do podstaw wyceny, wskazanych w poszczególnych pozycjach przedmiaru robót (...) a także dopuścił stosowanie analiz indywidualnych, analiz własnych lub innych, dowolnych sposobów wyceny. W tej sytuacji wykonawca, sporządzając kosztorys ofertowy, może dokonać zmiany podstaw wyceny wszystkich pozycji przedmiarowych, w tym również może zmienić nakłady na R, M, S, przypisane danej pozycji kosztorysowej na analizy własne, analizy indywidualne lub inne, dowolne sposoby wyceny”.

W wyznaczonym terminie oferty złożyło sześciu wykonawców, w tym Warbud S.A. oraz Konsorcjum IDS-BUD. Zaproponowali oni w swoich ofertach następujące warunki realizacji zamówienia oraz złożyli następujące oświadczenia:

Warbud S.A. zaproponował cenę za realizację zamówienia: 270 476 999,96 zł. Kwotę tę rozbił na trzy lata w taki sposób, iż: przewidywana do sfinansowania kwota na rok 2018 wynosiła 90 390 240,00 zł., w roku 2019: 114 586 800,00 zł., w roku 2020 zaś 64 4999 959,96 zł.

Okres podstawowy gwarancji jakości: 120 miesięcy.

Stawki do kosztorysowania:

- (1) stawka roboczogodziny - 20,00 zł.;
- (2) wskaźnik kosztów zakupu materiałów - 5,00 %;
- (3) wskaźnik kosztów użycia sprzętu - 0 %;
- (4) wskaźnik zysku - 16,00 %;
- (5) wskaźnik kosztów pośrednich - 75 %.

Konsorcjum IDS-BUD zaoferowało za wykonanie zamówienia cenę całkowitą brutto: 255 840 000,03 zł. Kwota ta została podzielona na trzy lata, zgodnie z wymaganiami zamawiającego w następujący sposób: w roku 2018 - 111 000 000,00 zł., 2019 - 119 000 000,00 zł., w 2020 - 25 840 000,00 zł.

Okres podstawowy gwarancji jakości: 120 miesięcy.

Stawki do kosztorysowania:

- (1) stawka roboczogodziny - 23,00 zł.;
- (2) wskaźnik kosztów zakupu materiałów - 6,00 %;
- (3) wskaźnik kosztów użycia sprzętu - 0 %;
- (4) wskaźnik zysku - 11,57 %;
- (5) wskaźnik kosztów pośrednich - 45,82 %.

Obydwaj wykonawcy załączyli do Formularza oferty tabele wartości elementów scalonych oraz kosztorysy ofertowe.

Zamawiający, w dniu 30 stycznia 2018 r. wezwał wykonawcę WARBUD S.A. do wyjaśnień dotyczących treści jego oferty w zakresie w jakim ten w Formularzu oferty wpisał w pkt VI-VIII kwoty brutto przewidziane do sfinansowania, niezgodnie z oświadczeniem złożonym w pkt I tj. w jakim łączna cena brutto za realizację zamówienia była niezgodna z sumą wartości kwot podzielnych na poszczególne lata (różnica wynosiła 1 000 000,00 zł.). Pismem z dnia 2 lutego 2018 r. wezwany wykonawca udzielił wyjaśnień w których potwierdził, że cena zaproponowana w ofercie jest ceną prawidłową, wynikającą z tabeli wartości elementów scalonych i kosztorysów ofertowych, zaś podczas podziału tej kwoty doszło do niezamierzonej przez wykonawcę omyłki, którą jego zdaniem można

poprawić na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Intencją wykonawcy było podanie kwot brutto do sfinansowania na poszczególne lata w taki sposób, aby suma ich odpowiadała podanej cenie całkowitej.

Zamawiający w dniu 20 marca 2018 r. przekazał wykonawcom, drogą elektroniczną, „Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej”, wybierając ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: IDS-BUD S.A. 00-844 Warszawa, ul. Grzybowska 87, MAR-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. 03-262 Warszawa, ul. Pawła Włodkowica 2C oraz poinformował wykonawcę Warbud S.A. 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 32 o odrzuceniu jego oferty.

Odwolujący: Warbud S.A. 02-672 Warszawa, ul. Domaniewska 32 wniósł, w dniu 30 marca 2018 r., odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, ofertą odwołującego i przystępującego: IDS-BUD S.A., MAR-BUD Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. złożonymi w postępowaniu, korespondencją prowadzoną przez zamawiającego z wykonawcami, dowodami złożonymi na rozprawie przez odwołującego w postaci opinii prywatnej w sprawie sposobu obliczenia wartości kosztów pośrednich oraz zysku dla załączonych pozycji kosztorysowych, przygotowanej przez Stowarzyszenie kosztorysantów budowlanych, kalkulacji wskaźnika kosztów pośrednich i zysku, sporządzonej przez odwołującego na podstawie i po analizie kosztorysów złożonych przez Konsorcjum IDS-BUD, dowodami złożonymi przez przystępującego Konsorcjum IDS-BUD w postaci kalkulacji własnej, potwierdzającej prawidłowość wyliczeń w pkt X Formularza oferty oraz w postaci przeliczenia wartości kosztorysu ofertowego przy przyjęciu wskaźników zastosowanych przez Konsorcjum IDS-BUD i nieprawidłowo wyliczonych przez odwołującego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp w kwestionowaniu decyzji podjętych przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp i ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się zarzutów i naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W przypadku gdyby potwierdziły się zarzuty odwołania oferta Konsorcjum IDS-BUD zostałaby odrzucona a oferta złożona przez odwołującego uznana za najkorzystniejszą wskutek czego uzyskałby on zamówienie. Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba, odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów, zważyła co następuje:

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut odwołującego w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum IDS-BUD pomimo, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ

Formułując ten zarzut odwołujący podnosił, że jego zdaniem niezgodność oferty Konsorcjum IDS-BUD wynika z następujących okoliczności:

- 1) Zamawiający dopuścił zastosowanie różnych stawek wyłącznie dla poszczególnych rodzajów robót (branż). Tymczasem Konsorcjum IDS-BUD zastosowało różne stawki w ramach tych samych branż.
- 2) Konsorcjum IDS-BUD w pkt X Formularza ofertowego wpisało wskaźniki kosztów pośrednich i zysku, które nie odpowiadają wskaźnikom zastosowanym w złożonych kosztorysach. Z wyliczeń odwołującego wynika, że średnia arytmetyczna wskaźnika kosztów pośrednich wynosi 252,27 % a nie jak zostało to podane w formularzu ofertowym 45,82%, a średnia arytmetyczna zysku wynosi 13,81%, a nie 11,57%.

Stawki z Formularza ofertowego nie są zatem stawkami użytymi, przez tego wykonawcę, do sporządzenia kosztorysów ofertowych, a tego wymagał zamawiający.

Odnosząc się do powyższego zarzutu należy na wstępie zauważyć, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, które wybrał zamawiający znaczenie kosztorysu ofertowego w postępowaniu należy rozpatrywać z dwóch niezależnych perspektyw, biorąc pod uwagę cele jakim służyć ma kosztorys: etapu badania oferty oraz etapu realizacji umowy.

I tak na etapie sporządzania oferty wykonawca nie może samodzielnie zmieniać zakresu określonego przez zamawiającego, opisanego dla robót budowlanych w dokumentacji projektowej, przedmiarach robót, dokumentacji technicznej wykonania i odbioru robót. Zamawiający weryfikuje wówczas czy zaoferowany przedmiot zamówienia jest kompletny i poprawny oraz czy został prawidłowo wyceniony. Cena ryczałtowa jest ceną niezmienną, a zatem istotne jest aby zakres opisany w ofercie wykonawcy zawierał wszystkie elementy opisane w SIWZ. Ponadto określony w sposób szczegółowy zakres wyceny pozwala zamawiającemu na ocenę oferty również pod kątem możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny. Taką też rolę nadał zamawiający kosztorysom ofertowym składanym przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu. Zarówno w treści SIWZ, jak też odpowiadając na pytania wykonawców kilkakrotnie podkreślał pomocniczy i orientacyjny charakter wyliczeń zawartych w kosztorysach ofertowych. Znaczenie, jakie nadał składanym kalkulacjom sprowadzało się do możliwości oceny ofert pod kątem możliwości zaoferowania rażąco niskiej ceny. Swoją decyzję w tym zakresie opierał na dotychczasowych doświadczeniach w realizacji złożonych inwestycji.

Z punktu widzenia etapu umowy kosztorys ofertowy nabiera odmiennego znaczenia, nawet w sytuacji gdy przewidywane wynagrodzenie jest ryczałtowe a więc w założeniu swoim niezmiennie. Jego zastosowanie nie wyklucza bowiem przypadków kiedy nie ulegnie on zmianie w trakcie realizacji ani też, że jego poszczególne elementy nie będą wykorzystane do rozliczeń pomiędzy zamawiającym a wykonawcą w sytuacjach przewidzianych umową. Zamawiający w niniejszym postępowaniu w treści IPU wskazał, że kosztorys sporządzony przez wykonawcę w postępowaniu nie będzie stanowił załącznika do umowy, podstawą rozliczeń będzie tabela wartości elementów scalonych. Jednakże w przypadku opisanym w § 20 ust. 5 będzie on służył wyliczeniu wartości robót w razie rezygnacji przez zamawiającego z wykonania części zamówienia, zastrzegając jednak, w § 20 ust. 6, że jeżeli występuje rozbieżność pomiędzy kwotami wynikającymi z kosztorysu częściowego oraz tabeli wartości elementów scalonych, podstawę wyliczenia stanowi zawsze tabela wartości elementów scalonych. Prowadzi to do wniosku, że również na etapie realizacji zamówienia charakter sporządzonych kosztorysów był pomocniczy w stosunku do obliczeń dokonanych przez wykonawcę i wpisanych przez niego w tabeli wartości elementów scalonych.

Tym samym działanie zamawiającego, które na etapie oceny ofert sprowadzało się do kontroli poprawności zakresu oraz wyliczeń zawartych w tabeli wartości elementów scalonych należy uznać za prawidłowe i zgodne z zapisami SIWZ. Niezależnie od powyższego, w wyniku zarzutów sformułowanych przez odwołującego, zamawiający dokonał weryfikacji obliczeń zawartych w kosztorysach ofertowych sporządzonych przez Konsorcjum IDS-BUD, nie stwierdzając w nim błędów rachunkowych.

Odnosząc się do podnoszonych przez odwołującego niezgodności z treścią SIWZ Izba uznała twierdzenia za nieuprawnione, nie wynikające z niniejszej dokumentacji przetargowej. Konsorcjum IDS-BUD, w pkt X Formularza oferty wpisało wskaźniki, które zdaniem odwołującego, zostały wyliczone niezgodnie z instrukcją zawartą w SIWZ, albowiem z jej treści wynikało, że możliwe jest zastosowanie różnych stawek jedynie dla różnych rodzajów robót (branż). Konsorcjum IDS-BUD zastosowało różne wskaźniki w ramach tych samych branż, co w świetle zapisów pkt X Formularza oferty było niedopuszczalne. Izba uznała w tym zakresie, że taka interpretacja jest nieuzasadniona. Z treści cytowanego pkt X wynikało jedynie, że w przypadku gdy wykonawca przyjmie różne stawki dla różnych rodzajów robót (branż) w treści formularza albo wpisuje wszystkie zastosowane stawki albo też wylicza ich średnią arytmetyczną. Z cytowanego zapisu, jak też z żadnych z przeanalizowanych przez Izbę zapisów SIWZ oraz zmian w tym zakresie, wprowadzanych przez zamawiającego nie wynika, że ten narzucił wykonawcy zastosowanie wskaźników jednakowych dla danej branży. Konsorcjum IDS-BUD przyjęło metodę wyliczeń współczynnika kosztów pośrednich poprzez obliczenie ilorazu średniej arytmetycznej z sumy wszystkich kosztów pośrednich (suma wszystkich kosztów pośrednich podzielona przez ilość wszystkich pozycji kosztorysowych) do średniej arytmetycznej z sumy całej robocizny (suma całej robocizny podzielona przez ilość wszystkich pozycji kosztorysowych), zaś współczynnika zysku poprzez obliczenie ilorazu średniej arytmetycznej z sumy zysku (suma całego zysku podzielona przez ilość wszystkich pozycji kosztorysowych) do średniej arytmetycznej sumy całej robocizny i sprzętu (suma całej robocizny i sprzętu podzielona przez ilość wszystkich pozycji kosztorysowych). Należy zgodzić się z twierdzeniem zamawiającego, że przyjęta przez Konsorcjum IDS-BUD metoda była dopuszczalna. Nie

istnieją bowiem przepisy prawa powszechnie obowiązującego, które nakazywałyby obrać określoną metodę lub sposób wyliczenia kosztów pośrednich i zysku. Ograniczenia w tym zakresie mógł wprowadzić zamawiający opisując w treści SIWZ, w jaki sposób należało te wartości wyliczyć i wskazać w kosztorysie ofertowym. Zamawiający nie doprecyzował jednak zapisów SIWZ we wskazanym zakresie. Z treści dowodu przedłożonego przez odwołującego w postaci opinii sporządzonej przez Stowarzyszenie Kosztorysantów Budowlanych wynika, że przyjęty sposób naliczania wartości kosztów pośrednich i zysku jest nieprawidłowy, albowiem „w kosztorysowaniu robót nie stosuje się różnych wskaźników kosztów pośrednich i zysku dla poszczególnych robót podstawowych, a co za tym idzie dla poszczególnych pozycji kosztorysowych w jednej branży”. W dokumencie tym przywołano między innymi zasady wynikające z Polskich Standardów Kosztorysowania Robót Budowlanych wyd.

Stowarzyszenie Kosztorysantów Budowlanych, uznając je za wiążące wykonawców w postępowaniu, jako podstawa sporządzenia kosztorysu ofertowego. Należy zauważyć, że obecnie żadne regulacje prawne nie narzucają zamawiającemu, jakie wymogi powinien postawić przed wykonawcami w kwestii przygotowania przez nich kosztorysowej kalkulacji na roboty budowlane, pozostawiając mu w tym względzie wolny wybór. Obszar kalkulacji kosztorysowej robót budowlanych jest bardzo szeroki - obejmuje zagadnienia dotyczące nie tylko metod i formuł kalkulacyjnych, ale również podstaw rzeczowych i cenowych, sposobów ustalania składników cenotwórczych, kalkulacji robót w warunkach szczególnych, układu i zawartości kosztorysu itd. Stąd też trudno sobie wyobrazić, że zamawiający opracuje na użytek konkretnego zamówienia opis, który wyczerpie wszystkie zagadnienia bez potrzeby sięgania po dodatkowe materiały. Może w tym zakresie odnieść się do cytowanych „Polskich Standardów ...”, powołując się na konkretne rozwiązania przyjęte w tym wydawnictwie ale jeśli to uczyni fakt ten powinien jasno wynikać z opisu sposobu obliczenia ceny zawartego w SIWZ. W braku takich zapisów nie można metody tej przyjąć jako jedyną, obowiązującą w danym postępowaniu. Fakt, że odwołujący obrał inną metodę wyliczeń w swojej ofercie, polegającą na ustaleniu jednej procentowej wartości wskaźników, a następnie przeliczył każdą pozycję przy ich zastosowaniu, nie oznacza, że jest to jedyna, dopuszczalna metoda sporządzenia kosztorysu.

Kolejna, z podnoszonych przez odwołującego kwestii, dotyczy zastosowania przez Konsorcjum IDS-BUD w pkt X Formularza ofertowego wskaźników kosztów pośrednich i zysku, które nie odpowiadają wskaźnikom zastosowanym w złożonych kosztorysach. Z wyliczeń odwołującego przedstawionych na rozprawie wynika, że średnia arytmetyczna wskaźnika kosztów pośrednich wynosi 252,27 % a nie jak zostało to podane w formularzu ofertowym 45,82%, a średnia arytmetyczna zysku wynosi 13,81%, a nie 11,57%. Niezgodność z treścią SIWZ polega jego zdaniem na tym, że stawki z Formularza ofertowego nie są tymi, które zostały użyte przez wykonawcę do sporządzenia kosztorysów ofertowych, a tego wymagał zamawiający.

Na wstępie należy zauważyć, iż kwestii tej odwołujący nadał znaczenie pomimo, że jak wskazał zamawiający w SIWZ (§20 ust. 19 IPU) stawki do kosztorysowania podane w ofercie będą miały, co do zasady, zastosowanie do obliczania wynagrodzenia za wykonanie wszelkich robót, wykonywanych przez przyszłego wykonawcę w wyniku zmian wprowadzonych aneksem do umowy lub załączników do umowy, a zatem dopiero na etapie realizacji zamówienia. Ponadto, pomimo ich niewątpliwej funkcji umożliwiającej rozliczenie robót na etapie umowy, nie sposób nie zauważyć, iż nie stanowiły one kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu, a zatem nie miały wpływu na wybór oferty Konsorcjum IDS-BUD.

Niezależnie od powyższego, w ocenie Izby, odwołujący nie udowodnił, że wyliczenia średnich stawek do kosztorysowania zastosowanych przez Konsorcjum IDS-BUD, są błędne. Według obliczeń dokonanych przez Konsorcjum IDS-BUD, co potwierdził zamawiający, średnia wpisana przez tego wykonawcę, wynikająca ze wszystkich pozycji kosztorysu jest średnią wyliczoną w sposób prawidłowy. Izba nie znalazła podstaw aby kwestionować wyliczenia dokonane przez zamawiającego i Konsorcjum IDS-BUD zwłaszcza, że odwołujący nie dysponował kosztorysami w pełnym zakresie, albowiem część z nich (dotycząca betonu architektonicznego) została objęta tajemnicą przedsiębiorstwa.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

w zw. z art. 11 ust. 4 uznk poprzez zaniechanie ujawnienia całości oferty złożonej przez

Konsorcjum IDS-BUD mimo, iż zastrzeżone przez tego wykonawcę informacje nie spełniają

przesłanek do uznania ich za tajemnicę przedsiębiorstwa, a Wykonawca ten nie wykazał

zasadności dokonanego zastrzeżenia - Izba uznała zarzut za niezasadny

prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada jawności postępowania. Wyjątkiem od tej zasady jest art. 8 ust. 3 Pzp który stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - dalej „uznk”, w art. 11 ust. 4 definiuje tajemnicę przedsiębiorstwa jako "nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności". Zgodnie z art. 11 ust. 4 uznk przez tajemnicę przedsiębiorstwa rozumie się nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne przedsiębiorstwa lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności. Informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli spełnia łącznie trzy warunki:

- a) ma charakter techniczny, technologiczny, organizacyjny przedsiębiorstwa lub posiada wartość gospodarczą,
- b) nie została ujawniona do wiadomości publicznej,
- c) podjęto w stosunku do niej niezbędne działania w celu zachowania poufności.

W ocenie Izby Konsorcjum IDS-BUD, zastrzegając w swojej ofercie informacje znajdujące się w kosztorysach, dotyczące wyceny elementów betonu architektonicznego wykazało, że w niniejszej sprawie zaistniały wszystkie przesłanki do zastosowania wyjątku od zasady jawności postępowania. Po analizie uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa przedstawionej zamawiającemu przez Konsorcjum IDS-BUD (część jawna oraz część niejawna, prezentująca zastosowane przez wykonawcę rozwiązania) Izba uznała, że stanowiło ono prawidłową podstawę dla nieodtajnienia zastrzeżonych informacji.

Izba nie podziela też stanowiska odwołującego, że Konsorcjum IDS-BUD zastrzegło, w sposób nieuprawniony całość dokumentów, tylko ze względu na to, iż w ich treści mogły znaleźć się pojedyncze informacje, które zdaniem wykonawcy podlegają ochronie na podstawie art. 11 ust. 4 uznk a w takim przypadku utajnieniu mogą podlegać jedynie konkretne informacje - słowa/wyrażenia - które spełniają wszystkie warunki wymagane dla zastosowania wyjątku, o którym mowa w art. 8 ust. 3 ustawy Pzp. Należy zauważyć, że zastrzeżone informacje dotyczyły jedynie części kosztorysów odnoszących się do wyceny elementów betonu architektonicznego, jak podkreślono w uzasadnieniu zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa robót o charakterze skomplikowanym, dla realizacji których niezbędne jest posiadanie odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, zarówno w celu ich należytej wyceny, jak też dla wykonania tych prac. Nie może umknąć uwadze, iż w tej części zastrzeżenia kosztorysów dokonał również inny wykonawca, biorący udział w postępowaniu, także zwracając uwagę na wysoce specjalistyczny charakter prac.

Ciężar udowodnienia, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa spoczywa na wykonawcy, który przedmiotowego zastrzeżenia dokonuje. Zamawiający zaś, oceniając zasadność zastrzeżenia określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, nie opiera się wyłącznie na samym uzasadnieniu przedstawionym przez wykonawcę, choć niewątpliwie jest to dokument kluczowy dla oceny zaistnienia przesłanek dla uznania, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 uznk, czy też nie zasługują na tego rodzaju ochronę i podlegają odtajnieniu w oparciu o zasadę jawności postępowania.

Odwołujący zarzucał zamawiającemu, że ten zaniechał odtajnienia kosztorysów pomimo, że te nie zawierają żadnych informacji na temat „indywidualnych rozwiązań techniczno-organizacyjnych” a jedynie informacje dotyczące ceny jednostkowej oraz składowych tej ceny tj. kosztu materiału, robocizny i sprzętu. W ocenie Izby odwołujący nie wziął pod uwagę faktu, o którym mowa powyżej a zatem, że ocena dokonywana przez zamawiającego odnosiła się do przedstawionych przez odwołującego informacji. Nie wziął również pod uwagę, że zamawiający dopuścił dokonywanie zmian w treści kosztorysów ofertowych, w stosunku do przekazanych przedmiarów robót. Tym samym każdy wykonawca miał możliwość zarówno dodawania nowych pozycji, usuwania istniejących a także zmiany podstaw wyceny. Skorzystało z tej możliwości Konsorcjum IDS-BUD, które w kosztorysach zawierających wycenę elementów betonu architektonicznego dokonało takowych zmian, zawierając w nich między innymi informacje o stosowanych rozwiązaniach techniczno-organizacyjnych. Tym samym twierdzenie, że kosztorysy w tej części zawierają jedynie ceny jednostkowe, które jako takie nie mogą zostać utajnione, nie znajduje oparcia w stanie faktycznym.

Uzasadnienie zastrzeżenia w swojej jawnej części odnosiło się do konkretnych danych z zastrzeżonej części oferty a zatem do opisu techniczno-technologicznego oraz założeń cenowo - kosztowych. Oceniane w ten sposób, miało konkretny charakter, ponieważ wskazywało jakie informacje nie zostały ujawnione i z jakich powodów powinny pozostać niejawne. Informacje w zakresie m. in. zastosowanych rozwiązań techniczno - organizacyjnych bez wątpienia posiadają dla Konsorcjum IDS-BUD istotną, wymierną wartość gospodarczą. W ocenie Izby warunki zastrzeżenia powyższych informacji zostały spełnione, a odwołujący nie sprostął wykazaniu, że należało prezentowane informacje odtajnić. Z pewnością również celem zastrzeżenia zawartych w kosztorysie informacji nie było uniemożliwienie innym wykonawcom weryfikacji ich prawidłowości, albowiem brak tych danych nie uniemożliwiał odwołującemu sformułowania innych zarzutów będących przedmiotem niniejszego odwołania. Przystępujący - Konsorcjum IDS-BUD chciał ochronić dane, które ponad wszelką wątpliwość mają dla niego istotną wartość gospodarczą.

Należy zauważyć również, że art. 8 ust. 3 ustawy Pzp nie wymaga od wykonawcy udowodnienia, że zastrzeżona informacja stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa, a jedynie wykazanie tego. Konsorcjum IDS-BUD wskazało, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, że zachowanie ich w tajemnicy pozostaje jego wolą oraz podjęte zostały środki, by informacje te nie stały się powszechnie dostępne. Odwołujący w toku postępowania nie udowodnił okoliczności przeciwnej, co prowadzi do uznania, że Konsorcjum IDS-BUD prawidłowo wykazało, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Tym samym zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 8 ust. 1 - 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznano za niepotwierdzony.

Izba uznała za zasadny zarzut w zakresie naruszenia przez zamawiającego art. 89

ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W ocenie zamawiającego jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ bowiem treść oferty nie odpowiada pkt XII.28 SIWZ, gdyż suma kwot wskazanych w pkt VI, VII, VIII Formularza ofertowego różni się od ceny całkowitej brutto z pkt I formularza ofertowego o kwotę 1.000.000,00 zł. Zamawiający, w uzasadnieniu swojej decyzji wskazał, iż w jego ocenie nie było podstaw do poprawienia omyłki w ofercie w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Rozpoznając ten zarzut należy na wstępie zauważyć, że zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeśli jej treść jest niezgodna z treścią SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Z kolei przepis art. 87 ust. 2 ustawy Pzp pozwala na poprawienie: (i) oczywistych omyłek pisarskich, (ii) oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, oraz (iii) innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w jej treści. Jak wynika z ugruntowanego już orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej treść oświadczenia woli składanego w ofercie należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się w złożeniu oferty i realizacji zamówienia na warunkach zgodnych z wymaganiami SIWZ. Jednakże w przypadku wystąpienia niezgodności w treści oferty z wymaganiami SIWZ kluczową sprawą jest możliwość ustalenia treści oświadczenia, co do oferowanego przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji oraz zgodnie z wymaganiami, w sposób nie naruszający zasady uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami w danym postępowaniu. Zazwyczaj popełnienie takich nieprawidłowości nie jest skutkiem zamierzonego działania wykonawcy, jednakże ich sposób poprawienia musi być oczywisty - nie budzący obiektywnie wątpliwości.

Zamawiający, informując odwołującego o odrzuceniu jego oferty wskazywał, że decyzja ta podyktowana jest brakiem możliwości dokonania stosownej poprawy w ofercie odwołującego, albowiem ani na podstawie obowiązujących przepisów, ani też z żadnych zapisów SIWZ taka możliwość nie wynika. Z tym poglądem nie sposób się zgodzić. Zdaniem Izby, w niniejszym stanie faktycznym, zamawiający miał podstawy dla zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp i poprawienia omyłki w tym trybie. Należy również zauważyć, że w pkt XII.28 SIWZ wskazano, iż maksymalne kwoty brutto, przewidziane do sfinansowania przez zamawiającego w roku 2018, 2019, 2020 wykonawca oblicza poprzez podzielenie całkowitej kwoty brutto na trzy części. Tym samym wyjściową kwotą dla wyliczenia tej wartości i podzielenia jej na poszczególne lata była cena wpisana w Formularzu oferty w pkt I. Wpisując kwoty w pkt VI-VIII wykonawca zobowiązany był dokonać operacji rachunkowej na liczbach. Błąd w ofercie odwołującego niewątpliwie wynika z błędnego podziału ceny ofertowej na poszczególne lata realizacji inwestycji, będącej przedmiotem niniejszego zamówienia. Zamawiający nie kwestionował, że wyliczona przez odwołującego cena oferty jest prawidłowa i wynika ze złożonych kosztorysów jak też Tabel wartości elementów skalonych, a ta wartość była wyjściową dla dokonywania kolejnych

obliczeń.

Co więcej, zamawiający przewidział wprost w SIWZ procedurę, jaka zostanie zastosowana w przypadku, gdy w złożonych ofertach wystąpią błędy rachunkowe. Zgodnie z zapisem w Rozdziale XIII pkt 9 SIWZ (dodanym Zawiadomieniem nr 27 z dnia 5 stycznia 2018 r.) Zamawiający dopuścił możliwość zmiany, w trakcie oceny oferty, podziału wynagrodzenia brutto na lata 2018, 2019 i 2020 wskazując że ewentualne poprawienie dotyczyć będzie roku 2020. Na tej zasadzie, korzystając z zapisów SIWZ poprawił kwoty w pkt VIII Formularza ofertowego w trzech ofertach kwalifikując je jako omyłki rachunkowe. W przypadku odwołującego uznał, że skoro ten w sposób prawidłowy obliczył swoją cenę ofertową to nie jest również możliwe wykonanie działania matematycznego poprzez odjęcie od ceny oferty kwot wpisanych na rok 2018 i 2019 i ustalenie, w sposób prawidłowy, kwoty przeznaczonej do sfinansowania w roku 2020. Zdaniem Izby zamawiający był nie tylko uprawniony, lecz zobowiązany do zmiany treści oferty odwołującego w tym zakresie. Należy zgodzić się z odwołującym, który stoi na stanowisku, że został niejako „ukarany” za prawidłowe wyliczenie ceny. Gdyby bowiem przyjąć stanowisko zamawiającego nawet niewielki błąd w obliczeniu ceny w Tabeli wartości elementów scalonych uprawniałby następnie zamawiającego do następczego przeliczenia kwot wpisanych w pkt VI-VIII Formularza oferty.

Ponadto należy zauważyć, że wobec zapisów SIWZ, w swojej treści jednoznacznych i stanowczych, nie może być mowy, wbrew twierdzeniu zamawiającego, o składaniu oświadczenia woli w zamian za wykonawcę. Nie można się zgodzić również ze stanowiskiem, iż zamawiający w ten sposób w zastępstwie wykonawcy decydowałby o podziale kwoty, którą ten otrzyma w poszczególnych latach realizacji zamówienia. Podział, którego miał dokonać wykonawca dotyczył przewidywanych do sfinansowania przez zamawiającego w roku 2018, 2019, 2020, określonych według jego uznania kwot. Wykonawca miał powiązać te kwoty jedynie z przewidywanymi przez siebie terminami zakończenia wykonywania poszczególnych robót, a zatem nie był to podział wiążący czy też niezmienny. Zamawiający nie określił w tej materii żadnych dodatkowych wymogów, dotyczących np. procentowego zaawansowania robót w poszczególnych latach. Co więcej z treści IPU wynika, że kwoty te, na etapie realizacji zamówienia, mogą ulegać zmianie albowiem zamówienie to jest finansowane z dotacji celowej inwestycyjnej, udzielonej zamawiającemu przez Ministerstwo Obrony Narodowej. Instytucja finansująca podejmuje w tym zakresie decyzje w poszczególnych latach, a zatem zamawiający zabezpieczył się na tę okoliczność przewidując zmiany w wysokości wynagrodzenia wypłacanego wykonawcy w poszczególnych latach.

Izba nie podziela również stanowiska zamawiającego, że nie mogło dojść do omyłki przy podziale kwot z tego tylko powodu, iż wykonawcy byli zobowiązani to uczynić według własnego uznania. Było to świadome złożenie oświadczenia woli o określonej treści, co jak dowodzi powoduje, że wpisanie takich a nie innych kwot było świadomym działaniem wykonawcy. Twierdzenia takie są nieuprawnione. Z jednej strony trudno upatrywać się celowości działania w przypadku, gdy wykonawca wpisując wartość robót w podziale na poszczególne lata oczekuje wynagrodzenia mniejszego o milion złotych od tego, które wynika z wyliczonej przez niego ceny ofertowej, w sytuacji gdy kryterium oceny ofert jest łączna wartość oferty. Niewątpliwie celem działania każdego wykonawcy jest złożenie oferty poprawnej, zgodnej z treścią SIWZ. Dowodem na to, że sytuacja zaistniała w ofercie odwołującego nie była zamierzonym działaniem, lecz stanowi niezamierzoną omyłkę, świadczy również jego odpowiedź, udzielona na wyzwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 30 stycznia 2018 r. W swoim piśmie odwołujący, wyjaśniając rozbieżności potwierdza, że doszło do niezamierzonej omyłki z jego strony przy podziale ceny ofertowej. Zamawiający winien zakwalifikować tę omyłkę jako omyłkę rachunkową i dokonać jej poprawienia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp. Nie było tym samym podstaw do uznania, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Jednakże, mając na uwadze treść art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Izba pomimo stwierdzenia zasadności tego zarzutu nie uwzględniła odwołania. Jego uwzględnienie nie ma bowiem wpływu na wynik niniejszego postępowania, oferta IDS-BUD pozostanie ofertą najkorzystniejszą zgodnie z kryteriami oceny ofert ustalonymi przez zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego.

Przewodniczący: