

WYROK
z dnia 9 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2020 r. przez wykonawcę **SOLKAN Sp. z o.o.** z siedzibą w Rzeszowie przy ul. Mikołaja Reja 12 (35-211 Rzeszów) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Instytut Energetyki Oddział Ceramiki CEREL** z siedzibą w Boguchwale przy ul. Technicznej 1 (36-040 Boguchwała)

przy udziale wykonawcy **TEXOM Sp. z o.o.** z siedzibą w Krakowie przy Alei Pokoju 1 (31-548 Kraków), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **SOLKAN Sp. z o.o.** z siedzibą w Rzeszowie i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **SOLKAN Sp. z o.o.** z siedzibą w Rzeszowie na rzecz zamawiającego **Instytut Energetyki Oddział Ceramiki CEREL** z siedzibą w Boguchwale kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2379/20

Uzasadnienie

Instytut Energetyki Oddział Ceramiki CEREL z siedzibą w Boguchwale zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. - Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej: „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: *Rozbudowa, nadbudowa i dobudowa budynku biurowo-laboratoryjnego dla potrzeb Lotniczego Centrum Wdrożenia Ogniw Paliwowych oraz Nowoczesnych Ceramicznych Materiałów Konstrukcyjnych wraz z towarzyszącą infrastrukturą techniczną* (numer postępowania: 5/20/PN), zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17 kwietnia 2020 r., pod numerem 530282-N-2020.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, nie przekraczała kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 21 września 2020 r. wykonawca **SOLKAN Sp. z o.o.** z siedzibą w Rzeszowie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 87 ust. 1 Pzp przez jego niezastosowanie i niewezwanie do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty przez **TEXON sp. z o.o.** z siedzibą w Krakowie;
 - art. 91 ust. 1 Pzp, przez wybranie oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ;
 - art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez nieuprawnione nieodrzućenie oferty **TEXON sp. z o.o.** z siedzibą w Krakowie, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty co do której zamawiający nie ma pewności czy jest zgodna z Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”).
- W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie odwołującemu:
- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
 - powtórzenia czynności badania i oceny ofert w tym wezwanie **TEXON sp. z o.o.** do wyjaśnień, w trybie art. 87 ust. 1 Pzp;
 - odrzucenie oferty **TEXON sp. z o.o.** jako niezgodnej z SIWZ;
 - dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, że legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Pzp. Zwrócił uwagę, że miejsce, jakie zajęłyby w rankingu ofert w sytuacji, gdyby złożona przez **TEXON sp. z o.o.** oferta podlegała odrzuceniu, jak też zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie go możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp odwołujący wskazał, że w orzecznictwie przez pojęcie „treść oferty” należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. „Treść oferty” to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego

wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy dotyczące przedmiotu oraz zakresu lub wielkości zamówienia, składane wraz z formularzem ofertowym. Tak więc kosztorys ofertowy wymagany przez zamawiającego stanowi treść oferty. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i którego przyjęcia oczekuje. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (zob. wyrok z 24 października 2008 r. KIO/UPZ 1093/08). W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 k.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odrzuceniu podlega oferta, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności ze specyfikacją niemających istotnego charakteru. Zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp ma miejsce w sytuacji niemożności wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia jej zgodności z treścią SIWZ na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, z zastrzeżeniem zakazu zmian w treści oferty wynikającym z drugiego zdania tego przepisu lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Reasumując powyższe, odwołujący przyjął, iż niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanego i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie. W przypadku zamówienia na wykonanie robót budowlanych ocenie pod kątem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp podlega wyceniony przedmiar robót budowlanych, który ma na celu weryfikację złożonej oferty pod kątem wyceny wszystkich wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia elementów (zob. wyrok z 31 października 2008 r. KIO/UPZ 1119/08). Jeżeli kosztorys ofertowy jest dokumentem, w którym wykonawca robót budowlanych wycenia zestawienie przewidywanych do wykonania robót budowlanych, to niezgodność treści złożonego kosztorysu ofertowego z treścią przedmiaru robót budowlanych zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W celu ustalenia zgodności treści oferty z treścią SIWZ - w toku badania i oceny ofert zamawiający powinien żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert (art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze Pzp). Oczywiście w ramach wyjaśnień niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem art. 87 ust. 1a i 2 Pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Wyjaśnieniami nie można przywrócić możliwości ponownego uzupełnienia wadliwie złożonego dokumentu (zob. wyrok z 13 września 2010 r. KIO 1863/10). Istotne w przedmiotem sprawie jest, iż zamawiający w rozdziale XII SIWZ jasno wskazał, iż wykonawca składający ofertę wraz z ofertą zobowiązany jest złożyć kosztorys uproszczony lub szczegółowy. Jednocześnie z SIWZ wynika, iż cena jaką wskazuje w ofercie wykonawca jest ceną ryczałtową. Logika rozumowania zamawiającego wymagającego złożenia kosztorysu wydaje się być jasna - kosztorys jest mu niezbędny do weryfikacji zgodności oferty z SIWZ. Poza tym skoro zamawiający żądał przedłożenia takiego dokumentu, zobowiązany jest do jego zweryfikowania pod względem zgodności z SIWZ. Zgodnie z przyjętą linią orzecniczą zamawiający uprawniony jest do żądania od wykonawców złożenia kosztorysu niezależnie od tego, że umówione przez strony wynagrodzenie miało być wynagrodzeniem ryczałtowym. W opozycji do takiego żądania nie stoi bowiem żaden z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, w szczególności przepisy Pzp, ani kodeksu cywilnego. Ponieważ złożony wraz z formularzem ofertowym kosztorys ofertowy jest dokumentem, za pomocą którego wykonawca akceptuje wielkość lub zakres przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, to niezgodność treści kosztorysu ofertowego z treścią przedmiaru robót budowlanych lub projektu budowlanego stanowiących treść opisu przedmiotu zamówienia zawartego w SIWZ, stanowi niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Wskazanie w SIWZ, że wykonawca wraz z formularzem oferty składa wyceniony kosztorys robót budowlanych, który stanowi integralną część treści oferty oznacza, że sposób wyceny przedmiaru robót budowlanych stanowi ustalony przez zamawiającego sposób obliczenia ceny i w oparciu o niego należy dokonać oceny zgodności przedłożonego kosztorysu z przedmiarem i dokumentacją udostępnionymi przez zamawiającego. Istotne jest iż kosztorys ofertowy nie stanowi natomiast dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, który może podlegać uzupełnieniu lub wyjaśnieniu w trybie odpowiednio art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Kosztorys ofertowy stanowi bowiem element oferty w rozumieniu art. 66 k.c., jako podstawa kalkulacji ceny oferty, tj. jednego z istotnych postanowień przyszłej umowy. Treść kosztorysu ofertowego podlega więc wyjaśnieniu na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Obowiązkiem zamawiającego jest rzetelna ocena złożonych ofert, zaś w przypadku braku informacji w określonym zakresie, wystąpienie do wykonawcy czy też odpowiednich podmiotów, celem zbadania określonych informacji. Obowiązkiem zamawiającego jest żądanie złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty. Ja wskazuje KIO „nieuprawnione byłoby wyjaśnienie treści oferty prowadzące do jej uzupełnienia bądź zmiany. Wyjaśnieniu podlegać może w szczególności niespójna treść oferty bądź innego rodzaju niejasności. Za taką niespójność czy niejednoznaczność nie można jednak uznać braku określonych oświadczeń w treści złożonej przez wykonawcę oferty. – KIO 579/13, wyrok z 27 marca 2013 roku. W ocenie odwołującego zamawiający nie podjął żadnych działań zmierzających do wyjaśnienia danych podanych w ofercie, nie mówiąc o podjęciu badań w zakresie weryfikacji czy złożona oferta jest zgodna z SIWZ. Wskazuje na to brak wezwania wykonawcy którego oferta została uznana za najkorzystniejszą do wyjaśnienia treści oferty. Jest to o tyle istotne, że oferta TEXON sp. z o.o. zawiera kosztorys uproszczony, zawierający całkowicie odmienne jednostki od wskazanych w przedmiarach. W ocenie odwołującego żądany przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu kosztorys ofertowy stanowił merytoryczną treść oferty bowiem zamawiający przewidział określonego rodzaju rozwiązania w przedmiotowym postępowaniu związane ze sposobem wykonania i rozliczenia zamówienia, dla których istotne jest właśnie kosztorys. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej kosztorys ofertowy nie ma charakteru informacyjnego, służącego wyłącznie do zobrazowania sposobu wyliczenia ryczałtowej ceny całkowitej oferty. Kosztorys ofertowy wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu - to wprost oferta. Dodatkowo na uwagę odwołującego zasługuje treść pisma z dnia 31 sierpnia 2020 r. jakie TEXON sp. z o.o. przedłożyło w ramach wyjaśnień co do przedstawionych zastrzeżeń przez odwołującego do treści ich oferty. Na stronie 3 przedmiotowego pisma zostało zamieszczone oświadczenie, w którym czytamy, iż „nie da się wyciągnąć wniosków, że kosztorys załączony do oferty ma jakiegokolwiek znaczenie przekładające się na zakres przyszłego zobowiązania, które powinno znaleźć odzwierciedlenie w treści oferty.” Zamawiający w ogóle nie podjął

czynności wyjaśniających co to stwierdzenie oznacza w kontekście przedłożonej oferty. Nie wzbudziło u niego również niepokoju, iż oferta może nie być zgodna z SIWZ. W przedmiotowej sprawie należy również podkreślić, iż zamawiający w załączniku do SIWZ: Konspekt, Informacje uzupełniające do dokumentacji projektowej w pkt. od 1 do 4 wskazuje na konieczność opierania kosztorysu ofertowego na załączonym przedmiarze. TEXON sp. z o.o. sporządzając ofertę załączył kosztorys stosując całkowicie odmienne jednostki dla poszczególnych robót budowlanych co należy uznać jako pierwszy sygnał potrzeby wyjaśnienia treści składanej oferty, celem zweryfikowania czy jest ona zgodna z SIWZ. Na podstawie analizy złożonej oferty przez TEXON sp. z o.o. w ocenie odwołującego trudno jest jednoznacznie stwierdzić, czy oferta zawiera wszystkie elementy wymagane przez zamawiającego w tym szczególnie istnieje prace związane z wykonaniem palowania we właściwym zakresie i ilości. Wątpliwości te pojawia się poprzez zastosowania całkiem odmiennej jednostki w zakresie przedmiotowych prac. Odwołujący wyjaśnił, że zwracał na to szczególną uwagę w piśmie w jakim podniósł zastrzeżenia co do oferty TEXON sp. z o.o. (dowody: pismo SOLKAN sp. z o.o. dotyczące zastrzeżeń do oferty TEXON sp. z o.o., oferta TEXON sp. z o.o. Al. Pokoju 1, Kraków, pismo TEXON sp. z o.o. z dnia 3 sierpnia 2020 r.). Według odwołującego analizując zachowanie zamawiającego, nie można stwierdzić, iż zgodnie z regulacjami ustawy podszedł on do oceny ofert. Nie dokonał oceny w sposób rzetelny w oparciu o całą treść oświadczenia woli, nie oparł się na formalnym żądaniu przedstawienia określonej informacji celem zweryfikowania czy oferta jest zgodna z SIWZ. Odwołujący stwierdził, że zamawiający zaniechał dokonania rzetelnej oceny oferty TEXON sp. z o.o., a jej nie odrzucenie jest nieuprawnione. Powyższe potwierdzało, zdaniem odwołującego, także fakt, iż zamawiający nie wezwał TEXON sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, co nie pozwala stwierdzić w sposób nie budzący wątpliwości że oferta to jest zgodna z SIWZ.

W zakresie dwóch pozostałych zarzutów odwołujący wyjaśnił, że niewyjaśnienie przez zamawiającego a w konsekwencji nieodrzućcenie złożonej oferty złożonej przez TEXON sp. z o.o. nastąpiło z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jak bowiem wynika z orzecznictwa, zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy, gdy merytoryczna treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, bądź też nie ma możliwości stwierdzenia iż oświadczenie woli wykonawcy odpowiada treści SIWZ. Odwołujący dokonując analizy orzecznictwa stwierdził, iż istniejąca linia orzecznictwa potwierdza jego stanowisko. Na potwierdzenie stawianej tezy wskazał m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 23 stycznia 2013 r. o sygn. KIO 27/13.

Zdaniem odwołującego zamawiający nie dokonując odrzucenia oferty złożonej przez TEXON sp. z o.o. dokonał wyboru kolejnej z ofert, która w zaistniałej sytuacji, tj. niezgodności oferty TEXON sp. z o.o. z treścią SIWZ, nie jest ofertą najkorzystniejszą. Tego typu działanie narusza ogólne i obowiązujące regulacje Pzp. Po pierwsze zamawiający ma obowiązek a nie uprawnienie do starannego i należytego badania treści oferty. Badanie to winno opierać się na treści całego oświadczenia woli, a nie tylko na wybranych jego elementach. Jak wskazuje praktyka i linia orzecznictwa np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 23 stycznia 2013 r. KIO 27/13, regulacja art. 87 ust. 1 powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji zamawiającego, czyli prawa zamawiającego do żądania wyjaśnień jednakże połączonego z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zamawiający korzystając z tego uprawnienia (art. 87 ust. 1 Pzp) wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli. Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste „narzędzie” zamawiającego, dzięki któremu ma możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości, niejasności co do treści złożonej oferty pozwala mu na należyłą ocenę sytuacji (oferty). Tak więc obowiązkiem zamawiającego było wezwanie wykonawcy i żądanie przekazania określonych wymaganych informacji co do treści złożonej oferty. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 28 listopada 2012 r. - KIO 2558/12- wskazuje, iż zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Przepis ten służy zamawiającemu do wyjaśnienia treści złożonej oferty przed ewentualną czynnością odrzucenia bądź wyboru oferty.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca TEXOM Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. W piśmie stanowiącym zgłoszenie przystąpienia podał argumentację dotyczącą oddalenia odwołania.

Zamawiający w dniu 9 września 2020 r. złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba uznała, że odwołujący spełnił określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego, jako uczestnika wykonawcę TEXOM Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (zwanego dalej: „przystępującym”).

Izba dopuściła w przedmiotowej sprawie dowody z:

- 1) dokumentacji przekazanej po części w postaci papierowej, a po części w postaci elektronicznej zapisanej na płycie CD, przesłanej do akt sprawy w dniu 28 września 2020 r. przez zamawiającego oraz uzupełnionej na rozprawie, w tym w szczególności z treści:
 - SIWZ wraz z załącznikami;
 - oferty przystępującego wraz z załącznikami w tym ze złożonym kosztorysem;
 - pisma odwołującego z dnia 17 sierpnia 2020 r. skierowanego do zamawiającego, dotyczącego zastrzeżeń wobec oferty przystępującego;
 - pisma zamawiającego z dnia 24 sierpnia 2020 r. skierowanego do przystępującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp;
 - pisma przystępującego z dnia 31 sierpnia 2020 r. stanowiącego odpowiedź na powyższe wezwanie zamawiającego;
 - zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 16 września 2020 r.;
 - oświadczenia z dnia 3 września 2020 r. złożonego na podstawie art. 17 ust. 2 Pzp przez inspektora nadzoru

uczestniczącego w badaniu i ocenie ofert (dokument został złożony przez zamawiającego na rozprawie);
2) złożonego na rozprawie przez zamawiającego oświadczenia inspektora nadzoru z dnia 7 października 2020 r. dotyczącego badania ofert w postępowaniu.

Izba ustaliła co następuje

Zgodnie z rozdziałem IV ust. 7 SIWZ zamawiający wymagał, aby wykonawca przedłożył wraz z ofertą kosztorys ofertowy sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej lub szczegółowej.

W rozdziale XII ust. 8 pkt 2 zamawiający wskazał, że w skład oferty wchodzi kosztorys ofertowy sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej lub szczegółowej.

Z treści rozdziału XIV ust. 1 SIWZ wynikało, że obowiązującą formą wynagrodzenia za przedmiot umowy jest wynagrodzenie ryczałtowe w rozumieniu art. 632 k.c. Przedmiotowe założenie zostało powtórzone we wzorze umowy (§3 ust. 1 zdanie 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ).

Przedmiary robót w branży budowlanej, elektrycznej i sanitarnej zostały zawarte w ramach załącznika nr 9 do SIWZ.

Znaczenie założonego wraz z formularzem ofertowym kosztorysu zostało określone w §1 ust. 7 wzoru umowy, który w wyniku modyfikacji w ramach wyjaśnień treści SIWZ z dnia 29 lipca 2020 r. ostatecznie przyjął następujące brzmienie:

Integralną częścią niniejszej umowy jest kosztorys ofertowy opracowany zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 13 lipca 2001 r. w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych (Dz. U. Nr 80, poz. 867) – w wersji papierowej i elektronicznej. Kosztorys ten zawiera m.in. nazwy własne produktów (producentów) przewidzianych do wbudowania materiałów, wyrobów systemowych i urządzeń. Ponieważ zgodnie z niniejszą umową, obowiązującym wynagrodzeniem jest wynagrodzenie ryczałtowe, kosztorys ten jest jedynie dokumentem, który będzie wykorzystywany do obliczenia należnego wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku odstąpienia od umowy, a więc w sytuacji uregulowanej w § 11 niniejszej umowy.

Zgodnie z §2 ust. 4 wzoru umowy:

Realizacja przedmiotu umowy odbywać się będzie zgodnie ze sporządzonym przez Wykonawcę i zaakceptowanym przez Zamawiającego „Harmonogramem rzeczowo-finansowym”, stanowiącym integralną część niniejszej umowy. Harmonogram będzie podstawą do płatności faktur oraz bieżącej kontroli terminowości realizacji robót budowlanych. Zmiany harmonogramu rzeczowo-finansowego nie wymagają formy aneksu, ale muszą być przedstawione w formie pisemnej.

W pkt 4 Konspektu: Informacje uzupełniające do dokumentacji projektowej składającego się na załącznik nr 9 do SIWZ zamawiający wskazał:

Zamawiający umożliwia ingerencję Wykonawcy w zamieszczone przedmiary robót w sytuacji, gdy Wykonawca uważa, że w dokumentach tych nie uwzględniono pozycji koniecznych do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z dokumentacją projektową, SIWZ z załącznikami oraz sztuką budowlaną. Korekty takiej Wykonawca może dokonać poprzez dodanie pozycji poza kosztorysem podstawowym. W żadnym przypadku zmiany dokonywane przez Wykonawcę nie mogą ingerować w założenia projektowe i doprowadzać do nieporównywalności ofert.

Przystępujący złożył wraz z formularzem ofertowym kosztorys uproszczony.

Odwolujący pismem z dnia 17 sierpnia 2020 r. przedstawił zamawiającemu zastrzeżenia wobec oferty przystępującego, które dotyczyły złożonego przez przystępującego kosztorysu. W tym piśmie odwołujący przedstawił swoją argumentację odnośnie niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ.

Zamawiający pismem z dnia 24 sierpnia 2020 r. na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał przystępującego do wyjaśnień w zakresie okoliczności podniesionych przez odwołującego pismem z dnia 17 sierpnia 2020 r.

Przystępujący złożył wyjaśnienia pismem z dnia 31 sierpnia 2020 r.

Zamawiający w dniu 16 września 2020 r. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 87 ust. 1 Pzp – *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści;*
- art. 91 ust. 1 Pzp – *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;*
- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności skład orzekający pragnie wskazać, że zarówno zamawiający jak i przystępujący słusznie podnosili w swojej argumentacji brak skonkretyzowania i uszczegółowienia postawionych przez odwołującego zarzutów. W odwołaniu nie zostały wskazane żadne konkretne rozbieżności lub niezgodności pomiędzy kosztorysem złożonym przez przystępującego, a przedmiarami załączonymi do SIWZ. Spośród dziesięciu stron, z których składało się odwołanie, jedynym fragmentem odnoszącym się do okoliczności faktycznych dotyczących zarzutów był krótki, enigmatyczny i dwuzdaniowy passus, w którym odwołujący podniósł, że *Na podstawie analizy złożonej oferty przez TEXON sp. z o.o. w ocenie odwołującego trudno jest jednoznacznie stwierdzić, czy oferta zawiera wszystkie elementy wymagane przez zamawiającego w tym szczególnie istnieje prace związane z wykonaniem palowania we właściwym zakresie i ilości. Wątpliwości te pojawia się poprzez zastosowania całkiem odmiennej jednostki w zakresie przedmiotowych prac.* Odwołujący dopiero na rozprawie, a właściwie w ostatnim zdaniu repliki wyjaśnił, że szczegółowe niezgodności pomiędzy kosztorysem przystępującego, a przedmiarem zawarł i opisał w piśmie skierowanym do zamawiającego w dniu 17 sierpnia 2020 r. i w jego ocenie nie było konieczności powtarzania ich w odwołaniu. Izba mając na uwadze treść ustawy oraz jednolite orzecznictwo nie mogła przyznać racji odwołującemu i uznać powyższej argumentacji. Zgodnie z art. 180 ust. 3 Pzp odwołanie powinno wskazywać okoliczności faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania. Adekwatne było także przytoczone przez zamawiającego orzecznictwo, które kładło nacisk na to,

że niewystarczające jest ogólne twierdzenie o wystąpieniu określonego rodzaju nieprawidłowości, ale konieczne jest określenie ich zakresu faktycznego (zob. wyrok z 18 stycznia 2019 r. sygn. akt KIO 2711/18 lub wyrok z 19 listopada 2018 r. sygn. akt KIO 2223/18).

Z treści odwołania nie wynikało w jakim zakresie i ilości przywołane prace związane z wykonaniem palowania nie zostały przedstawione w kosztorysie przystępującego, ani jakie konkretnie jednostki zostały odmiennie zastosowane przez przystępującego. W pozostałym zakresie w odwołaniu szeroko zostało przytoczone orzecznictwo Izby oraz sądów. Przerzucenie całej warstwy obejmującej okoliczności faktyczne odwołania na inne pismo wytworzone w trakcie trwania procedury przetargowej nie mogło znaleźć uznania w rozważaniach Izby i zostało potraktowane jako próba proceduralnego dostosowania argumentacji do okoliczności sprawy i stanowiła niejako próbę przeciwdziałania błędnym założeniom poczynionym przy sporządzaniu odwołania.

Ponadto warto dodać, że jakkolwiek pismo odwołującego z dnia 17 lipca 2020 r. było zdecydowanie bardziej szczegółowe co do okoliczności faktycznych, to zamawiający pismem z dnia 24 sierpnia 2020 r. skierował do przystępującego wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, które wprost odnosiło się do wątpliwości odwołującego i w swej warstwie merytorycznej stanowiło powtórzenie argumentacji odwołującego. Przystępujący pismem z dnia 31 sierpnia 2020 r. złożył wyjaśnienia, natomiast odwołujący właściwie nie odniósł się do tych wyjaśnień. W odwołaniu postawił zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp przez jego niezastosowanie i niewezwanie przystępującego do złożenia wyjaśnień co do treści złożonej oferty oraz żądał wezwania przystępującego do wyjaśnień. W żaden sposób tego żądania nie uszczegółowił. W związku z tym musiały pojawić się kolejne wątpliwości co do tego w jakim zakresie przystępujący nie wyjaśnił okoliczności, co do których był wzywany i w jakim zakresie w dalszym ciągu jego oferta jest w opinii odwołującego niezgodna z treścią SIWZ.

Odnosząc się do meritum podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba uznała, że kosztorys, który wykonawcy mieli załączyć do oferty, w tym kosztorys uproszczony złożony przez przystępującego stanowił treść oferty, co niebicie wynika z rozdziału XII ust. 8 SIWZ. Jednakże zamawiający dopuścił w SIWZ możliwość składania kosztorysu opracowanego metodą kalkulacji uproszczonej i przy tym co bardzo istotne, nie narzucił sposobu i formy sporządzenia tego kosztorysu. Jedynym właściwie wymaganiem, które można przypisać do sporządzenia kosztorysu było cytowane powyżej postanowienie z pkt 4 *Konspektu: Informacje uzupełniające do dokumentacji projektowej*, składającego się na załącznik nr 9 do SIWZ. Postanowienie to stanowiło zastrzeżenie wskazujące, że zmiany dokonywane przez wykonawcę nie mogły ingerować w założenia projektowe i doprowadzić do nieporównywalności ofert. Odwołujący w swojej argumentacji nie wskazywał żadnych konkretnych i szczegółowych okoliczności z treści kosztorysu przystępującego, które stanowiłyby takie zmiany. Ponadto zamawiający na rozprawie przedstawił oświadczenie inspektora nadzoru, który brał udział w ocenie ofert oraz zwrócił uwagę na fragment uzasadnienia zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, w którym wskazano, że *Zaferowany zakres robót i ich zgodność z SIWZ (dokumentacja projektowa) zostały poddane ocenie merytorycznej przez Inspektora Nadzoru Budowlanego (wszystkie branże), wybranego dla tego postępowania i nie budzą zastrzeżeń. Została oceniona jako kompletna z punktu widzenia wymogów postawionych w SIWZ, uwzględnia również pominięte w przedmiarach udostępnionych przez Zamawiającego, a zawarte w dokumentacji projektowej elementy robót*. Wobec bardzo ogólnikowych stwierdzeń odwołującego i braku przedstawienia szczegółów dotyczących okoliczności faktycznych odwołania, skład orzekający nie znalazł powodów do zakwestionowania złożonego przez zamawiającego oświadczenia i przyjętego przez niego sposobu oceny oferty przystępującego.

W ocenie Izby bardzo istotną kwestią dla rozpoznania postawionych w odwołaniu zarzutów była treść cytowanego powyżej §1 ust. 7 wzoru umowy. W postanowieniu tym zamawiający wyraźnie podał powody wymagania dotyczącego złożenia przez wykonawców kosztorysu. Z treści postanowienia jednoznacznie wynika, że zgodnie z umową, obowiązującym wynagrodzeniem jest wynagrodzenie ryczałtowe, w związku z tym kosztorys miał być jedynie dokumentem, który będzie wykorzystywany do obliczenia należnego wynagrodzenia wykonawcy w przypadku odstąpienia od umowy, a więc w sytuacji uregulowanej w §11 umowy. Przedmiotowego zapisu nie można traktować jako podstawy odstąpienia od analizy kosztorysu pod kątem oceny jego zgodności z treścią SIWZ, ale mając na uwadze brak konkretnych wytycznych w SIWZ w zakresie jego sporządzenia, przedstawiony powyżej powód jego wymagania oraz duży stopień ogólności argumentacji odwołującego, Izba nie znalazła podstaw i uzasadnienia dla uwzględnienia któregośkolwiek zarzutu podniesionego w odwołaniu.

Z związku z tym Izba oddaliła podniesione w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 87 ust. 1, art. 91 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

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

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast wobec braku potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu, w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp, zatem odwołanie zostało przez Izbę oddalone.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z §3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego oraz zasądzając od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie z fakturą złożoną na rozprawie.

Przewodniczący:.....