Sygn. akt: KIO 1826/21

WYROK
z dnia 26 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Agata Mikołajczyk

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 czerwca 2021 r. przez odwołującego: **Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne "TRAKT" B., T. sp. j. z siedzibą w Kutnie (**ul. Woźniaków 110 99-300 Kutno) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto i Gmina Gąbin** (ul. Stary Rynek 16 09-530 Gąbin),

- przy udziale wykonawców:

A. **Wykonawstwo Robót Wodno-Sanitarnych „BANGO" spółka jawna S.G., Z.B., W.N. z siedzibą w Płocku**;

B. **Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane „WASKOP" E.W. z siedzibą w Płocku**;

- zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje: a) unieważnić czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Wykonawstwo Robót Wodno-Sanitarnych „BANGO" spółka jawna S.G., Z.B., W.N. z siedzibą w Płocku oraz czynność odrzucenia oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy: Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne "TRAKT" B., T. sp. j. z siedzibą w Kutnie; b)dokonać ponownego badania i oceny ofert z udziałem oferty wnoszącego odwołanie wykonawcy;

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego: **Miasto i Gmina Gąbin** i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od zamawiającego **Miasto i Gmina Gąbin** na rzecz odwołującego: **Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne "TRAKT" B., T. sp. j. z siedzibą w Kutnie**kwotę 13.600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

……..……..……..……..

Sygn. akt: KIO 1826/21

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 24 czerwca 2021 r. przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Budowlano-Produkcyjne "TRAKT" B., T. sp. j. z siedzibą w Kutniew postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto i Gmina Gąbin w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 i nast. ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP,] którego przedmiotem jest: „Przebudowa ulic wraz z kanalizacją deszczową na Oś. Pisarzy w Gąbinie-poprawa infrastruktury drogowej na gruntach stanowiących własność Miasta i Gminy Gąbin-Etap II".Numer referencyjny: GK.ZP.271,1.3.2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP w dniu 21.04.2021 r. Nr ogłoszenia 2021/BZP 00049543/01.

Odwołujący wskazał, że (…) *posiada interes w skorzystaniu ze środków ochrony prawnej z uwagi na to, że Zamawiający wadliwie, z naruszeniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych odrzucił ofertę Odwołującego na tej podstawie, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający w uzasadnieniu do czynności odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, że nie uwzględnił on w kosztorysie ofertowym wykonania robót teletechnicznych, podczas gdy wymóg taki wynikał z wyjaśnień treści SWZ z dnia 20.05.2021 r. Zamawiający w ramach przedmiotowych wyjaśnień SWZ nie opublikował nowego przedmiaru robót, który uwzględniałby nowe pozycje dotyczące wykonania robót teletechnicznych. Jednocześnie z treści wyjaśnień SWZ wynikało, że wykonanie robót teletechnicznych należy ująć w pozycjach istniejących już w ramach przedmiaru robót. W związku z tym Odwołujący ujął wykonanie robót teletechnicznych w kosztorysie ofertowym w ramach pozycji wynikających z przedmiaru robót. Zatem Zamawiający bezzasadnie odrzucił ofertę Odwołującego, skoro ujął on w niej wykonanie robót teletechnicznych. Gdyby Zamawiający prawidłowo przeprowadził proces badania i oceny oferty Odwołującego — a w tym wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty przed jej odrzuceniem — uzyskałby potwierdzenie, że treść oferty Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia, w tym obejmuje koszt wykonania robót teletechnicznych. Wówczas to Odwołujący uzyskałby zamówienie, bowiem jego oferta — w świetle ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny ofert — jest najkorzystniejsza spośród wszystkich złożonych ofert, które nie podlegały odrzuceniu. W wyniku naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego — Odwołujący utracił możliwość prawidłowego wykonania zamówienia, uzyskania zysku ekonomicznego oraz potwierdzeń prawidłowego wykonania zamówienia*".

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

I. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp — poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na okoliczność, że jej treść nie odpowiada warunkom zamówienia, tj. nie uwzględnia w ramach kosztorysu ofertowego wykonania robót teletechnicznych, podczas gdy Odwołujący ujął wykonanie robót teletechnicznych w kosztorysie ofertowym;

II. art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp - poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie ujęcia w kosztorysie ofertowym wykonania robót teletechnicznych;

III. art. 239 ust. 1 Pzp — poprzez wybór oferty wykonawcy Wykonawstwo Robót Wodno-Sanitarnych „BANGO" Sp. J S.G., Z.B., W.N. jako najkorzystniejszej w postępowaniu, podczas gdy to oferta Odwołującego — spośród ofert niepodlegających odrzuceniu jest ofertą najkorzystniejszą w świetle ustanowionych w postępowaniu kryteriów ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 15.06.2021 r.,

2.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 15.06.2021 r.,

3.powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

4.dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w wyniku ponownego badania i oceny ofert.

W uzasadnieniu w szczególności wskazał:

(…)

2. W postępowaniu oferty złożyło 6-ciu wykonawców w tym: Odwołujący, Wykonawstwo Robót Wodno-Sanitarnych „BANGO" spółka jawna S.G., Z.B., W.N.; Przedsiębiorstwo Instalacyjno-Budowlane „WASKOP" E.W. Odwołujący - cer oferty: 938 490,00 zł
3. Zgodnie z pkt 1 ppkt 3) SWZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia oraz opis wymagań Zamawiającego w zakresie realizacji i odbioru określono w załączonej dokumentacji oraz przedmiarze robót stanowiących załącznik nr 2 do SWZ, projektowanych postanowieniach umowy - załącznik nr 3 do SWZ.
4. Przedmiar "Robót nie obejmował pozycji dotyczących robót teletechnicznych.
5. Dnia 20.05.2021 r. Zamawiający opublikował wyjaśnienia treści SWZ, w ramach których nakazał uwzględnić w wycenie roboty teletechniczne.
W odpowiedzi na pytanie wykonawcy: „*W etapie I zostały wykonane prace teletechniczne w ul. Słowackiego, natomiast obecnie w ogłoszeniu brak informacji o dalszych pracach, które kolidują z projektowaną kanalizacją deszczową. Czy w wycenie należy uwzględnić roboty teletechniczne zgodnie z projektem zagospodarowania na pozostałej części osiedla?*"
Zamawiający wyjaśnił: „*W wycenie należy uwzględnić roboty teletechniczne na pozostałej części osiedla zgodnie z załączonym projektem zagospodarowania oraz przedmiarem robót*".
6. Zamawiający nie opublikował nowej wersji przedmiaru robót po wyjaśnieniach treści SWZ z dnia 20.05.2021 r. Jednocześnie Zamawiający posłużył się w treści wyjaśnień SWZ z dnia 20.05.2021 r. zwrotem, że roboty teletechniczne należy uwzględnić „zgodnie z załączonym J przedmiarem robót". Brak opublikowania nowej wersji przedmiaru robót w połączeniu z posłużeniem się ww. zwrotem w ramach wyjaśnień - sugerował, że wolą Zamawiającego było, aby wykonawcy uwzględnili wykonanie robót w ramach przedmiaru robót opublikowanego wraz z tj. w ramach pozycji tam już określonych, a nie w ramach pozycji samodzielnie przez siebie dopisanych.
7. Następnie w dniu 15.06.2021r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz jednocześnie o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający wskazał: „*Wykonawca nie uwzględnił w kosztorysie ofertowym robót, które zgodnie z odpowiedzią w dn. 20.05.2021 r. należało uwzględnić przy wycenie*." Jako najkorzystniejszą ofertę Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy Wykonawstwo Robót Wodno-Sanitarnych „BANGO" Sp. J. S.G., Z.B., W.N.
8. Zamawiający - przed odrzuceniem oferty Odwołujący — nie wezwał go do złożenia wyjaśnień co do treści oferty w zakresie uwzględnienia wykonania robót teletechnicznych.

W uzasadnieniu podniesionych w odwołaniu zarzutów wskazał, co następuje:

I. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp:
1. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia. Powodem dla którego Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego było nieuwzględnienie w kosztorysie ofertowym wykonania robót teletechnicznych.
2. Odwołujący sporządził kosztorys ofertowy na podstawie przedmiaru robót stanowiącego element SWZ (załącznik nr 2 do SWZ), zaś przedmiar robót nie obejmował pozycji dotyczących robót teletechnicznych. Natomiast Zamawiający, mimo że w ramach wyjaśnień treści SWZ z dnia 20.05.2021 r. zażądał uwzględnienia robót teletechnicznych w kosztorysie ofertowym nie opublikował wraz z tymi wyjaśnieniami nowego przedmiaru robót, który uwzględniałby pozycje dotyczące robót teletechnicznych. Jednocześnie w ramach wyjaśnień SWZ z dnia 20.05.2021 r. Zamawiający posłużył się zwrotem „zgodnie z załączonym przedmiarem robót". Spowodowało to, że treść warunków zamówienia w tym zakresie stała się niejednoznaczna. Z jednej strony wykonawcy zobowiązani zostali do uwzględnienia wykonania robót teletechnicznych w kosztorysie ofertowym, zaś z drugiej strony Zamawiający nie określił nowej wersji przedmiaru robót oraz wymagał ich uwzględnieniach w ramach załączonego przedmiaru robót. Odwołujący zinterpretował brak opublikowania nowej wersji przedmiaru robót - w połączeniu z posłużeniem się zwrotem w ramach wyjaśnień - w taki sposób, że wolą Zamawiającego było, aby wykonawcy uwzględnili wykonanie robót w ramach przedmiaru robót opublikowanego wraz z SWZ, tj. w ramach pozycji tam już określonych, a nie w ramach pozycji samodzielnie przez siebie dopisanych. Wobec powyższego Odwołujący uwzględnił ich wykonanie w kosztorysie ofertowym — w ramach pozycji istniejących już w przedmiarze robót, a nie poprzez samodzielne dodanie nowych pozycji.
3. Z kolei pozostali wykonawcy, których oferty nie zostały odrzucone (wykonawca BANGO oraz wykonawca WASKOP) ujęli wykonanie robót teletechnicznych w dodanych samodzielnie pozycjach przedmiaru robót. Różnica w podejściu między Odwołującym a wykonawcami BANGO oraz WASKOP, co do tego jak uwzględnić wykonanie robót teletechnicznych w kosztorysie ofertowym — potwierdza, że na skutek wyjaśnień SWZ z dnia 20.05.2021 r. warunki zamówienia stały się niejednoznaczne.
4. Odwołujący ustalił zakres robót teletechnicznych zgodnie z dokumentacją zamówienia a następnie uwzględnił wykonanie robót teletechnicznych pozycjach nr 2 i 17 kosztorysu ofertowego:

Lp.	Podstawa wyceny	Opis	Jedn. miary	Ilość	Cena zł	Wartość zł (5 x 6)
1	2	3	4	5	6	7
1	45112000-5	ROBOTY ZIEMNE				
2	KNR 2-01 03170501	Wykopy liniowe o ścianach pionowych pod fundamenty, rurociągi, kolektory w gruntach suchych kat. III-IV z wydobyciem urobku łopatą lub wyciągiem ręcznym; głębokość do 3,0m szerokość 0 8-1 5 m	rn3	347,963	108,10	37 614,48
17	KNR 2-01 0212-07	Roboty ziemne wykonywane koparkami podsiębiernymi 0.60 m3 w ziemi kat. I- III uprzednio zmagazynowanej w hałdach z transportem urobku samochodami samowyładowczymi na odległość 5 km	m3	3 095,048	25,90	80 147,26

Uwzględnienie wykonania robót teletechnicznych właśnie w pozycjach nr 2 i 17 kosztorysu ofertowego znajduje uzasadnienie merytoryczne. Pozycje to obejmują wykonanie wykopów oraz robót ziemnych. Z kolei roboty teletechniczne polegają - w szczególności - na przekładaniu kabli ujawnionych przez wykonawcę przy wykonywaniu wykopów oraz robót ziemnych, które to kable kolidują z rurami umieszczanymi przez wykonawcę w wykopach. Zatem zasadne było uwzględnienie wykonania robót teletechnicznych właśnie w pozycjach obejmujących wykonanie wykopów oraz robót ziemnych (pozycje nr 2 i 17 kosztorysu ofertowego). Potwierdzenie ujęcia wykonania robót teletechnicznych w pozycjach nr 2 i 17 kosztorysu ofertowego znajduje potwierdzenie w przyjętych tam przez Odwołującego cenach jednostkowych. Odwołujący przyjął ceny jednostkowe na poziomie 108,10 zł netto w pozycji nr 2 oraz 25,90 zł netto w pozycji nr 17, podczas gdy rynkowe ceny jednostkowe w zakresie tych prac są dużo niższe (wynoszą odpowiednio około 50 zł netto oraz 10 zł netto). Zatem Odwołujący nie dodał do kosztorysu ofertowego nowych pozycji - zgodnie ze wskazaniem Zamawiającego, że roboty teletechniczne należy uwzględnić zgodnie z załączonym przedmiarem robót (tj. przedmiarem

robót opublikowanym wraz z SWZ, skoro Zamawiający nie opublikował nowej wersji przedmiaru w ramach wyjaśnień SWZ z dnia 20.05.2021 r.).
5. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że w przypadku, gdy zamawiający dokonał zmiany warunków zamówienia w zakresie przedmiaru robót, lecz nie opublikował nowej wersji przedmiaru robót i na skutek tego warunki zamówienia stały się niejednoznaczne, wykonawca nie może być obciążony konsekwencjami tej niejednoznaczności, o ile uwzględnił zmianę w kosztach realizacji zamówienia. Wskazał na wyroki KIO: 1527/20 oraz 1046/19 i 1065/19 i wskazał, że na skutek wyjaśnień SWZ z dnia 20.05.2021 r. Odwołujący stwierdził, że uwzględni roboty teletechniczne w istniejących pozycjach kosztorysu. Odwołujący uwzględnił koszty wykonania robót teletechnicznych w kosztorysie ofertowym w taki sposób, że nie dodał nowych pozycji w stosunku do przedmiaru robót. Odwołujący postąpił więc zgodnie z wymogiem Zamawiającego, a mimo to został obciążony konsekwencjami sytuacji, gdzie sam Zamawiający nie dał podstaw do przedstawienia elementu jako odrębnej pozycji kosztorysowej. Wskazał ponadto, że w przypadku gdy zamawiający wprowadzi zmiany w warunkach zamówienia, lecz nie określi precyzyjnie sposobu uwzględnienia przez wykonawców tych zmian w kosztorysie ofertowym - wykonawcy nie mogą być obciążani negatywnymi konsekwencjami takiej niejednoznaczności.
6. Odrzucenie oferty w takich warunkach stanowi w istocie pokrzywdzenie Odwołującego poprzez obciążenie go konsekwencjami braków właściwych pozycji w przedmiarach. Należy mieć przy tym na względzie, że odbywa się to w warunkach, gdzie Odwołujący starał się zadośćuczynić wymogom określonym w zmodyfikowanych warunkach zamówienia, tj. uwzględnił wykonanie robót teletechnicznych „zgodnie z załączonym przedmiarem robót" a nie poprzez samodzielnie dodanie pozycji do przedmiaru robót.
7. Mając na uwadze powyższe — zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Treść oferty Odwołującego pozostaje zgodna z warunkami zamówienia, w tym warunkami określonymi w ramach wyjaśnień SWZ z dnia 20.05.2021 r., bowiem uwzględnił on w kosztorysie ofertowym wykonanie robót teletechnicznych. Postępowanie Zamawiającego doprowadziło do bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego.
II. Zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp w. zw z art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP
1.Zamawiający przed odrzuceniem oferty Odwołującego nie wezwał go na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty. W niniejszym postępowaniu wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień było tym bardziej uzasadnione, że odrzucenie oferty nastąpiło w związku z niejednoznacznymi warunkami zamówienia. Jak wspomniano w ramach uzasadnienia do zarzutu nr I - Zamawiający w ramach wyjaśnień SWZ z dnia 20.05.2021 r. nie opublikował nowego przedmiaru robót. Jednocześnie Zamawiający w ramach ww. wyjaśnień SWZ posłużył się zwrotem sugerującym, że roboty teletechniczne winny być uwzględnione w ramach przedmiaru robót opublikowane wraz z SIWZ („zgodnie z załączonym przedmiarem robót"). Spowodowało to, że treść warunków zamówienia w tym zakresie stała się niejednoznaczna - co Odwołujący opisał w ramach uzasadnienie do zarzutu nr I. Tymczasem w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że odrzucenie oferty z uwagi na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia w szczególności przy niejednoznaczności warunków zamówienia - powinna być poprzedzona czynnością wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Wskazał na wyroki: KIO 2144/19, KIO 2006/17
2.Dodał, że czynność odrzucenia oferty powinno poprzedzić wezwanie do złożenia wyjaśnień oraz, że zamawiający może dokonać odrzucenia oferty jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewni realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SWZ wymaganiom. Okoliczność braku jednoznacznego opisania w SWZ wymogów oferty (co w tym postępowaniu jest niewątpliwe) nie może skutkować dla wykonawcy, odrzuceniem jego oferty, jeśli jej treść mieści się w zakresie dokonanego opisu, (por. wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 20 marca 2007 roku, sygn. XIX Ga 80/07). Nadto stwierdzone okoliczności skutkujące uznaniem niezgodności treści oferty z SWZ, winny być da zamawiającego jednoznaczne i pewne. Czynność odrzucenia oferty winna być poprzedzona staranną analizą jej treści przez Zamawiającego, a dokonane ustalenia winny być kategoryczne i jednoznaczne. Zamawiający nie może domniemywać niezgodności treści oferty z SIWZ.W zakresie obowiązku ustalenia rzeczywistej treści oferty zamawiający jest zobligowany do prowadzenia postępowania z należytą starannością i dlatego nie może pozostawić żadnych elementów treści oferty do końca niewyjaśnionych. Wobec tego zamawiający, u którego zrodziły się jakiekolwiek wątpliwości co do treści oferty jest wprost zobowiązany (ze względu na regułę należytej staranności) a nie tyko uprawniony, do żądania wyjaśnień. Izba wskazuje, że zamawiający nie może nie wzywać wykonawcy do złożenia wyjaśnień/ zakładając z góry, że wyjaśnienia te nie wniosą nic do sprawy, bądź będą prowadziły do istotnej zmiany treści oferty. Dopóki zamawiający nie otrzyma tych wyjaśnień nie może przesądzić o niezgodności oferty z treścią SWZ. Po otrzymaniu wyjaśnień zamawiający powinien ponownie poddać ocenie daną ofertę, gdyż złożonymi wyjaśnieniami wykonawca jest związany na równi ze złożoną ofeną. Uzyskanie takich wyjaśnień jest niezbędne również z tego powodu, w przypadku odrzucenia oferty ciężar udowodnienia zaistnienia przesłanek wskazanych w odrzuceniu spoczywa na zamawiającym (art. 190 ust. 1 ZamPub). Mając na uwadze powyższe — Zamawiający przed odrzuceniem oferty Odwołującego winien był wezwać go do złożenia wyjaśnień — a w szczególności dlatego, że na skutek wyjaśnień SWZ warunki zamówienia stały się niejednoznaczne oraz, że czynność odrzucenia oferty powiązana była właśnie w tymi niejednoznacznymi warunkami zamówienia.
3. Co istotne - gdyby Zamawiający zastosował przepis art. 223 ust. 1 Pzp — uzyskałby od Odwołującego potwierdzenie, że uwzględnił wykonanie robót teletechnicznych w kosztorysie ofertowym oraz uzyskałby informacje, w których dokładnie pozycjach kosztorysu ofertowego Odwołujący uwzględnił wykonanie robót teletechnicznych.
4. Zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w takich okolicznościach postępowania, doprowadziło do przedwczesnego odrzucenie jego oferty. Takim postępowaniem Zamawiając,' naruszył przepisy art. 223 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.
III. Zarzut naruszenia art. 239 ust.1 PZP
Przedmiotowy zarzut ma charakter wynikowy w stosunku do zarzutów naruszenia przepisów art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 223 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Gdyby Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty oraz prawidłowo ocenił jego ofertę, nie miałaby miejsca czynność odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi niegodność jej treści z warunkami zamówienia. Oznacza to, że w istocie najkorzystniejszą ofertą w niniejszym postępowaniu, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, jest oferta Odwołującego. Wybór oferty wykonawcy BANGO jako najkorzystniejszej w takich okolicznościach stanowi naruszenie przepisu art. 239 ust. 1 Pzp. Postępowanie Zamawiającego doprowadziło do wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejsza na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
Reasumując, wykonawca stwierdził, że Zamawiający wadliwie odrzucił ofertę Odwołującego. Jego oferta w rzeczywistości odpowiada warunkom zamówienia, w tym warunkom zamówienia określonym w związku z wyjaśnieniami

treści SWZ z dnia 20.05.2021 r., bowiem uwzględnił w kosztorysie ofertowym wykonanie robót teletechnicznych. Co istotne - Odwołujący uwzględnił wykonanie robót teletechnicznych w kosztorysie ofertowym w taki sposób, aby było to zgodne z sposobem określonym przez Zamawiającego w treści wyjaśnień SWZ z dnia 20.05.2021 r. Zamawiający wskazał tam, że wykonanie robót teletechnicznych należy uwzględnić „zgodnie z załączonym przedmiarem robót" oraz jednocześnie nie załączył do wyjaśnień nowego przedmiaru robót. Sugerowało to, że wolą Zamawiającego było, aby wykonanie robót teletechnicznych nastąpiło w ramach istniejących pozycji przedmiaru robót, a nie poprzez samodzielne dodanie przez wykonawców nowych pozycji. Jednocześnie Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień co do treści oferty, pomimo że odrzucenie oferty nastąpiło w związku z wprowadzeniem do SWZ niejednoznacznych postanowień w zakresie sposobu uwzględnienia robót teletechnicznych w kosztorysie ofertowym. W ocenie Odwołującego wezwanie do złożenia wyjaśnień w takich okolicznościach było konieczne i uzasadnione. Gdyby Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień otrzymałby jednoznaczne potwierdzenie uwzględnienia przez Odwołującego wykonania robót teletechnicznych w kosztorysie ofertowym oraz informację, w których pozycjach zostało to ujęte.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosili: (1) Wykonawstwo Robót Wodno-Sanitarnych „BANGO" spółka jawna S.G., Z.B., W.N. z siedzibą w Płocku oraz (2) Przedsiębiorstwo Instalacyjno Budowlane „WASKOP" E.W. z siedzibą w Płocku - wnosząc o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Zamawiający wadliwie odrzucił ofertę Odwołującego. Wykonawca słusznie bowiem stwierdził w odwołaniu i, co uprawdopodobnił na rozprawie, że jego oferta w zakresie spornym odpowiada warunkom zamówienia określonym w związku z wyjaśnieniami treści SWZ z dnia 20.05.2021r. Zamawiający z kolei odrzucając ofertę Odwołującego i nie korzystając z możliwych procedur Pzp, nie uprawdopodobnił przeciwnego stanowiska, że wykonawca nie uwzględnił w kosztorysie ofertowym kosztu wykonania robót teletechnicznych. Zamawiający w odpowiedzi z dnia 20 maja 2021 r. na zapytanie: (…)

2.W etapie I zostały wykonane prace teletechniczne w ul. Słowackiego, natomiast obecnie w ogłoszeniu brak informacji o dalszych pracach, które kolidują z projektowaną kanalizacją deszczową. Czy w wycenie należy uwzględnić roboty teletechniczne zgodnie z projektem zagospodarowania na pozostałej części osiedla?" w odpowiedzi podał: *„W wycenie należy uwzględnić roboty teletechniczne na pozostałej części osiedla zgodnie z załączonym projektem zagospodarowania oraz przedmiarem robót*".

Nie załączył do tej odpowiedzi nowego przedmiaru robót. Także z tej odpowiedzi nie wynika obowiązek dodania przez wykonawcę kolejnej pozycji. To mogło sugerować, że wolą Zamawiającego było, aby wykonanie robót teletechnicznych nastąpiło w ramach istniejących pozycji przedmiaru robót bez obowiązku jego uzupełnienia przez wykonawców o nową pozycję. Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, co do treści oferty, pomimo że odrzucenie oferty nastąpiło w związku – jak się okazało - z niejednoznacznym postanowieniem w zakresie sposobu uwzględnienia kosztu robót teletechnicznych w kosztorysie ofertowym. Wezwanie do złożenia wyjaśnień w tym stanie faktycznym – z uwagi na chociażby na ceny jednostkowe we wskazanych poniżej pozycjach - było uzasadnione, a nawet konieczne. Złożenie wyjaśnień umożliwiłoby wykonawcy potwierdzenie uwzględnienia w kosztorysie także wyceny wykonania robót teletechnicznych z podaniem informacji, w których pozycjach te koszty zostały ujęte.

Zdaniem Izby, wobec braku wytycznych w odpowiedzi z dnia 20.05.2021 r. jak te koszty mają być zaprezentowane, ich uwzględnienie w pozycjach nr 2 i 17 kosztorysu ofertowego znajduje uzasadnienie merytoryczne. Tak jak wskazał wykonawca pozycje to obejmują wykonanie wykopów oraz robót ziemnych. Z kolei roboty teletechniczne polegają - w szczególności - na przekładaniu kabli ujawnionych przez wykonawcę przy wykonywaniu wykopów oraz robót ziemnych, które to kable kolidują z rurami umieszczanymi przez wykonawcę w wykopach. Zatem zasadne było uwzględnienie wykonania robót teletechnicznych właśnie w pozycjach obejmujących wykonanie wykopów oraz robót ziemnych (pozycje nr 2 i 17 kosztorysu ofertowego). Potwierdzenie ujęcia wykonania robót teletechnicznych w pozycjach nr 2 i 17 kosztorysu ofertowego znajduje potwierdzenie w przyjętych tam przez Odwołującego cenach jednostkowych. Odwołujący przyjął ceny jednostkowe na poziomie 108,10 zł netto w pozycji nr 2 oraz 25,90 zł netto w pozycji nr 17, podczas gdy rynkowe ceny jednostkowe w zakresie tych prac – jak wynika chociażby z treści konkurencyjnych ofert w tym przetargu - są dużo niższe (wynoszą odpowiednio około 50 zł netto oraz 10 zł netto). W ofertach (Kosztorysach) konkurencyjnych wykonawców, co do poz. 2. w dodanej poz. 50 przyjęte koszty oszacowano: wykonawca BANGO na poziomie (prawdopodobnie) 53.56 zł z uwzględnieniem 1000 m3 ziemi (przy cenie jednostkowej w poz. 2 - 46,70 zł), a w przypadku wykonawcy WASKOP (też prawdopodobnie) – 9.28 zł(przy cenie jednostkowej 90,30 zł). W tym przypadku cena całkowita oferty wykonawcy TRAKT ustalona została w Kosztorysie na kwotę netto 763.000 zł, a w Kosztorysach konkurencyjnych: wykonawcy BANGO – 790.615,49 zł, a wykonawcy WASKO – 880.628,75 zł. Izba podkreśla, że dodanie do kosztorysu ofertowego nowej pozycji 50, nie wynikało ze wskazań Zamawiającego w ramach wyjaśnień SWZ z dnia 20.05.2021 r.

Mając na uwadze ustalenia w zakresie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz w zakresie naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, także podnoszony zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp podlega uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437)

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

……