Sygn. akt: KIO 2753/21

WYROK

z dnia 19 października 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 października 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 września 2021 r. przez wykonawcę Z. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Inżynieria Sanitarna Z. K., ul. Ojcowska 45, 33-048 Jerzmanowice w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Wadowice, Plac Jana Pawła II 23, 34-100 Wadowice

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Z. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Inżynieria Sanitarna Z. K., ul. Ojcowska 45, 33-048 Jerzmanowice, 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 odwołującego Z. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Inżynieria Sanitarna Z. K. na rzecz zamawiającego Gminy Wadowice kwotę 4 278 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące dwieście siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) w tym kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 678 zł 00 gr (słownie: sześćset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) związaną z dojazdem na posiedzenie i rozprawę strony.

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

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2753/21

Gmina Wadowice (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) dalej: „ustawa Pzp" lub „ustawa" postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa odcinka sieci wodociągowej w m. Wysoka (Kolejny etap" numer 1.271.69.2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało 30 lipca 2021 roku zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych, pod numerem 2021/BZP 00132484/01.

14 września 2021 roku Zamawiający przekazał wykonawcom zawiadomienie o odrzuceniu m.in. oferty wykonawcy Z. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Inżynieria Sanitarna Z. K. (dalej: „Odwołujący") oraz o unieważnieniu postępowania. Z zachowaniem terminu ustawowego Odwołujący wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt. 1 ustawy, na skutek bezprawnego odrzucenia oferty Odwołującego pomimo że sporządził ofertę zgodnie z zapisami specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ");

- art. 223 ust 2 ppkt 1 i 3 ustawy poprzez zaniechanie dokonania obowiązkowych poprawek w treści oferty Odwołującego,

- art 225 pkt 2 ustawy poprzez unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy w postępowaniu znajduje się ważna oferta.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a także nakazanie Zamawiającemu:

1) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego i dokonania w niej obowiązkowych poprawek;

2) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród nie podlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców nie podlegających wykluczeniu z postępowania.

3) cofnięcia unieważnienia postępowania.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał m.in., że pkt 13.14.4 stanowi: Kosztorys ofertowy (uproszczony) sporządzony zgodnie z dostarczonym „Przedmiarem robót" ze wskazaniem w kosztorysie składników cenotwórczych: robocizny, kosztów pośrednich i zysku (z cenami jednostkowymi i wartością pozycji bez podatku VAT), kwotę podatku VAT lub oświadczenie Wykonany, jest zwolniony z płacenia podatku VAT; Stosowanie się do katalogów KNR, KNNR i innych nie jest obowiązujące. W myśl dalszych zapisów SWZ zawierających opis sposobu obliczenia ceny ofert: 16.1. Cena oferty winna być obliczona przez wykonawcę w oparciu o SWZ, opis przedmiotu zamówienia, przedmiar robót, STWiORB oraz dokumentację projektową. 16.2. Cena oferty winna obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia i ma mieć charakter kosztorysowy. Cena oferty winna być wyrażona w PLN, do dwóch miejsc po przecinku.

Następnie Odwołujący podał, że zgodnie z ww. zapisami sporządził ofertę, z tą różnicą, że zamiast kosztorysu uproszczonego (bez materiałów), jaki żądał Zamawiający, ze względu na posiadany program obliczeniowy, załączył kosztorys szczegółowy z wpisanymi materiałami i za tą dodatkową precyzję jego oferta została odrzucona. W ocenie Odwołującego skoro Zamawiający nie żądał kosztorysu szczegółowego z pokazaniem w pozycjach materiałów i ich ilości/wymiarów, to po złożeniu ofert nie może dokonywać ich oceny w oparciu o jakiekolwiek rozbieżności w ich określeniu w stosunku do posiadanych przedmiarów robót. Ponadto, Zamawiającego obligują przepisy ustawy Pzp, która w tej sytuacji nakłada obowiązek dokonania poprawek oczywistych omyłek pisarskich i poprawek innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia,

niepowodujących istotnych zmian w jej treści, a wszystkie pomyłki, które wskazał w odrzuceniu oferty Zamawiający, kwalifikują się do poprawek. Powyższe zdaniem Odwołującego dowodzi, że czynność odrzucenia jego oferty jako dokonana z naruszeniem prawa i powinna zostać unieważniona. W konsekwencji koniecznym jest cofnięcie unieważnienie postępowania oraz ponowne dokonanie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Zamawiający na posiedzeniu złożył odpowiedź na odwołanie, w której wskazał m.in., że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, bowiem nie mógł i nie powinien był poprawiać treści oferty Odwołującego, lecz był zobowiązany ją odrzucić, a wobec odrzucenia także pozostałych ofert, musiał unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż nie została w nim złożona żadna oferta, niepodlegająca odrzuceniu.

Zamawiający stwierdził, że w opisie przedmiotu zamówienia w SWZ wskazał wprost, że szczegółowe określenie przedmiotu zamówienia zawarte jest w przedmiarze robót, specyfikacji technicznej, wykonania i odbioru robót oraz dokumentacji projektowej, inkorporując treść przedmiaru do opisu przedmiotu zamówienia. Tym samym przesłanka odrzucenia oferty, wynikająca z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy tj. niezgodność z warunkami zamówienia, która odnosi się do strony przedmiotowej oferty, a więc niezgodności świadczenia oferowanego przez wykonawcę z wymaganiami przedmiotowymi określonymi w dokumentacji zamówienia, odnosi się także do przypadku niezgodności z przedmiarem. Potwierdza to art. 7 pkt 3 ustawy Pzp. Stosownie do pkt 13.2 SWZ treść oferty musi odpowiadać treści SWZ. Zgodnie z punktem 13.14. 4 SWZ oferta miała zawierać kosztorys ofertowy uproszczony sporządzony zgodnie z dostarczonym przedmiarem robót ze wskazaniem w kosztorysie składników cenotwórczych robocizny kosztów pośrednich i zysku z cenami jednostkowymi i wartością pozycji bez podatku VAT, kwotę podatku VAT lub oświadczenie wykonawcy, że jest zwolniony z płacenia podatku VAT, a stosowanie się do katalogów KNR KNNR i innych nie było obowiązkowe. Wynagrodzenie za wykonanie zamówienia ma charakter kosztorysowy, co potwierdza treść § 5 rozdziału lll projektowane postanowienia umowy. Powodem, dla którego Zamawiający wskazuje na przedmiar robót, jako na opis przedmiotu zamówienia jest to, aby uzyskać wprost gwarancję, że to co jest przez niego zamówione zostanie zaoferowane, oraz że będzie mógł ocenić zaoferowane części składowe zamówienia pod kątem cen jednostkowych. W przypadku kosztorysu załączonego do oferty przez Odwołującego doszło do sytuacji, że wykonawca wycenił pozycje kosztowe inne od podanych przez Zamawiającego w przedmiarze. Jeśli wykonawca korzystał z programu obliczeniowego, to jego obowiązkiem było, aby sprawdzić tak przetworzony przedmiar i dostosować go do przedmiaru oczekiwanego przez Zamawiającego. W innym przypadku wykonawca naraża się na zaoferowanie przedmiotu niezgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie na odrzucenie oferty. Wykonawca w swojej ofercie przedstawił wykaz materiałów niezgodnie z przedmiotem zamówienia, wynikającym z załączonego przez Zamawiającego przedmiaru robót i zaoferował nieobjęte przedmiarem elementy, a zatem zaoferował przedmiot, którego Zamawiający nie zamawiał. Tym samym złożył ofertę niezgodną z SWZ, i to niezgodną w zakresie istotnym, i Zamawiający nie był uprawniony do jej poprawienia na podstawie żadnej z podstaw z art. 223 ust. 2 ustawy Pzp. Stanowiłoby to bowiem niedozwolone zmodyfikowanie treści oferty wykonawcy. Istotnym jest, że w unieważnionym postępowaniu Zamawiający nie wymagał kosztorysu jako dokumentu pomocniczego, lecz dokument ten stanowił merytoryczną treść oferty oraz wchodził w skład oświadczenie woli wykonawcy, które zawarł i wycenił w złożonej ofercie. Kosztorys miał zostać opracowany jako uproszczony, i wykonawca nie miał w tym zakresie dowolności, albowiem określał to pkt 13.14.4 SWZ. Zamawiający musiał badać kosztorys, jaki przedstawił wykonawca i porównać go z treścią przedmiotu zamówienia, wynikającego z przedmiaru, jednak nie powinien brać pod uwagę dowolnych dokumentów, które wykonawca załączył, gdyż byłoby to nierówne traktowanie wykonawców. Chodzi o dodatkowe zestawienie materiałów, z którego i tak nie wynika podstawa do sprostowania omyłek. Badając ofertę, którą przedstawił wykonawca i biorąc ją pod uwagę wraz z opisem w niej zawartym, dokonując tej oceny Zamawiający nie mógł nie zauważyć, że opis zawarty w przedstawionym przez wykonawcę kosztorysie uproszczonym z wykazem materiałów, a nie jak podaje w odwołaniu, kosztorysie szczegółowym, jest istotnie niezgodny z przedmiotem zamówienia, a jego poprawa prowadziłaby do zmiany oświadczenia woli wykonawcy. Zamawiający nie ma możliwości poprawy, gdyż z treści oferty ani żadnych do niej załączników nie wynika, na jaką treść miałby dokonać poprawy. Różnice w zaoferowanych przez Odwołującego pozycjach kosztorysu mają charakter istotny, zmieniają przedmiot, materiały lub technologie, założone w projekcie i w przedmiarze.

Zamawiający podkreślił że w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego podał jedynie pozycje, które uznał za rażąco niespójne w pozycjami w przedmiarze. Natomiast oprócz wskazanych błędów oferta Odwołującego zawierała liczne omyłki pisarskie, wskazujące na jej niestaranne opracowanie. Wbrew temu, co Odwołujący wskazuje w odwołaniu, do oferty nie przedstawił on kosztorysu szczegółowego z wpisaniem materiałów,

a kosztorys uproszczony z wykazem materiałów, przy czym wykaz ten nie był wymagany i nie podlegał weryfikacji Zamawiającego. Również jednak na podstawie tego dokumentu nie ma możliwości porównywania czy odniesienia się do oferty, gdyż z zestawienia materiałów do poszczególnych pozycji kosztorysu nie da się wnioskować o treści i wartości pozycji kosztorysu. W związku z powyższym brak jest możliwości poprawienia dokumentu przedłożonego przez wykonawcę z odniesieniem się do tego dokumentu.

W podsumowaniu Zamawiający stwierdził, że Odwołujący samodzielnie określił i wycenił odmienny zakres prac, niż chciał Zamawiający, co skutkuje niezgodnością jego oferty z SWZ. Zamawiający nie miał żadnych podstaw do przyjęcia, że wycena prac samodzielnie określonych przez Odwołującego w kosztorysie ofertowym, będzie taka sama, jak w przypadku prac określonych przez Zamawiającego. Zakres prac i materiałów, zaproponowany przez Odwołującego w ofercie z kosztorysem, był inny, niż wskazany przez Zamawiającego w przedmiarze robót. To, że na etapie postępowania odwoławczego Odwołujący twierdzi, że wycenił prace, zawarte w przedmiarze, a jedynie błędnie wskazał je w kosztorysie, nie może decydować o zgodności oferty z SWZ. Ocenie podlega oświadczenie woli, złożone przez wykonawcę w ofercie, a jego zmiana na etapie badania i oceny ofert stanowiłaby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Zamawiający podniósł także błąd co do zarzutów odwołania w zakresie dotyczącym naruszenia art 225 punkt 2 ustawy, który nie odnosi się do unieważnienia postępowania, co oznacza, że wykonawca także formalnie błędnie sformułował zarzut odwołania, co również wskazuje na konieczność jego oddalenia.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego w postaci dokumentów dwóch postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonych przez Zamawiającego w 2020 r. i 2021 r. oraz złożone przez Zamawiającego w postaci wydruków z KNNR.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie odwołania,
uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in., że złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. W przypadku przeprowadzenia oceny ofert z uwzględnieniem jego oferty może ona zostać uznana za najkorzystniejszą. W obecnym stanie sprawy Odwołujący na skutek wadliwych czynności Zamawiającego może ponieść szkodę wynikającą z możliwości nieuzyskania zamówienia, a tym samym braku otrzymania wynagrodzenia w wysokości wynikającej ze złożonej oferty.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania miałby szansę uzyskać zamówienie i osiągnąć korzyści z tym związane.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

W piśmie z 14 września 2021 r. zawierającym informację o odrzuceniu m.in. oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania Zamawiający podał:

„(...) II. Zamawiający-Gmina Wadowice na podstawie art. 226 ust. I pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), - odrzuca ofertę Wykonawcy INŻYNIERIA SANITARNA Zdzisław Kurek, ul. Ojcowska 45, 32-048 Jerzmanowice - jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Wykonawca sporządził kosztorys ofertowy niezgodnie z punktem 13.14.4 SWZ - opisy pozycji w kosztorysie ofertowym nie odpowiadają opisom pozycji w przedmiarze robót.

1. Poz.6.10-KNNR 4 1411-04 analogia-

Jest: Podłoża pod kanały i obiekty z materiałów sypkich, grubość 25-cm Ddrogi asfaltowe gminne, zagęszczanie warstwami studnia połączeniowa Dn 1000, komora redukcyjna

Powinno być: Podłoża pod kanały i obiekty z materiałów sypkich - piasku grub. 30 cm - obsypka studni.

2. Poz.7.40- KNR 2-28 0305-04 analogia -

Jest: analogia. Kształtki PE na rurociągach PE, Fi-160-mm, kolano/fuk SDRII PN16 Fi 180/900 - 3 szt. kolano/łuk SDRII PN16 Fi 180/450 - 8 szt. kolano/łuk SDRII PN16 Fi 180/220 - 2 szt., kolano/łuk SDRII PN16 Fi 180/150-1 szt., kolano/łuk SDRII PN16 Fi 180/110-19 szt.

Powinno być: Kształtki PE na rurociągach PE o śr. zewn. rury 180 mm. Kształtki PE na rurociągach PE o śr. zewn. rury 180 mm Kolano / łuk PE SDRII PN16 - 0180/900 3 Kolano / łuk PE SDRII PN16 - 0180/450 8 Kolano / łuk PE SDRII PN16 - 0180/220 2 Kolano / łuk PE SDRII PN16 - 0180/1501 Kolano łuk PE SDRII PN16 - 0180/110 19

3. Poz.7.41 - KNR 2-28 0305-04 analogia-

Jest: analogia. Kształtki PE na rurociągach PE, Fi-160-mm,reukcja SDRII PN16 Fi 180/1100-1 szt. reukcja SDRII PN16 Fi 180/900 - 5 szt.

Powinno być: Kształtki PE na rurociągach PE o śr. zewn. rury 180 mm. Kształtki PE na rurociągach PE o śr. zewn. rury 180 mm Redukcja PE SDRII PN16 - 0180/110 1 Redukcja PE SDR11 PN16 0180/90 5

4. Poz.7.42 KNR 2-28 0305-04 analogia -

Jest: analogia. Kształtki PE na rurociągach PE, Fi-160-mm, trójnik równoprzelotowy SDRII PN16Fi 180-4 szt.

Powinno być: Kształtki PE na rurociągach PE o śr. zewn. rury 180 mm. Kształtki PE na

rurociągach PE o śr. zewn. rury 180 mm Trójnik równoprzelotowy PE SDRIIPN16 - 0180 4

5. Poz.7.43 - KNR 2-28 0305-04 analogia -

Jest: analogia. Kształtki PE na rurociągach PE, Fi-160-mm, trójnik rerukcyjny SDRII PN16 Fi 180/160-1 szt. trójnik rerukcyjny SDRII PN16 Fi 180/110-1 szt. trójnik rerukcyjnySDR11 PIV16 Fi 180/90 - 36 szt.

Powinno być: Kształtki PE na rurociągach PE o śr. zewn. rury 180 mm. Kształtki PE na rurociągach PE o śr. zewn. rury 180 mm Trójnik redukcyjny. PE SDRII PN16 - 0180/160 1 Trójnik redukcyjny PE SDRII PN16 - 0180/110 1 Trójnik redukcyjny PE SDRII PN16 - 0180/90 36

6. Poz.7.44- KNR 2-28 0305-04 analogia-

Jest: analogia. Kształtki PE na rurociągach PE, Fi-160-mm,czwórnik równoprzelotowy SDRII PN 16 Fi 180 - 2 szt.

Powinno być: Kształtki PE na rurociągach PE o śr. zewn. rury 180 mm. Kształtki PE na rurociągach PE o śr. zewn. rury 180 mm Czwórnik równoprzelotowy PE SDRII PN16 - 0180 2

7. Poz.7.59-KNR 2-28 0310-04 analogia -

Jest: analogia. Zawór redukcyjny żeliwny PN16 Dn 100 mm

Powinno być: Zawór redukcyjny żeliwny PN16 Dn150

8. Poz.7.66 - 4 1016-04 analogia -

Jest: analogia. Spawanie kołnierzy do rur stalowych, Fi-159/5,6 mm

Powinno być: Sieci wodociągowe - spawanie kołnierzy do rur żeliwnych o śr. nominalnej DN150

9. Poz.10.i.6 - KNNR 6 0308-03

Jest: analogia. Nawierzchnie z mieszanek mineralno-bitumicznych (warstwa wiążąca), mieszanka asfaltowa, grubość po zagęszczeniu 7-cm, masa grysowa, samochód do 5-t

Powinno być: Nawierzchnie z mieszanek mineralno-bitumicznych asfaltowych stand. I o grubości 6 cm (warstwa wiążąca)

(...)

IV. Na podstawie art. 255 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo Zamówień Publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), Zamawiający-Gmina Wadowice unieważnia postępowanie, gdyż wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu."

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania, w granicach których Izba orzeka.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 3 ustawy Pzp, przez dokumenty zamówienia należy rozumieć dokumenty sporządzone przez zamawiającego lub dokumenty, do których zamawiający odwołuje się, inne niż ogłoszenie, służące do określenia lub opisania warunków zamówienia, w tym specyfikacja warunków zamówienia oraz opis potrzeb i wymagań. Natomiast w myśl definicji zawartej w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp przez warunki zamówienia należy rozumieć m.in. warunki wynikające z opisu przedmiotu zamówienia.

W związku z tym treść złożonych przez wykonawców ofert należy porównywać do wymogów postawionych przez zamawiającego w dokumentach zamówienia, przy czym chodzi o merytoryczne wymagania, w tym co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów, które są istotne dla wykonania zamówienia w stopniu zaspokajającym opisane przez zamawiającego oczekiwania, chodzi zatem o merytoryczny aspekt zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia. Z tych względów dla zastosowania tego przepisu powinno być możliwe wykazanie, jaki merytoryczny element oferty jest niezgodny z opisanymi przez zamawiającego wymaganiami i na czym ta niezgodność polega. Dla odrzucenia oferty na podstawie ww. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, niezbędne jest stwierdzenie i wykazanie przez Zamawiającego niezgodności treści oferty z określonymi przez niego warunkami zamówienia.

W ocenie Izby Zamawiający zasadnie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie ww. przepisu. Zostało potwierdzone, że treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w SWZ. Odwołujący nie wykazał, że kwestionowane przez Zamawiającego rozbieżności podlegają poprawie jako oczywiste omyłki pisarskie lub inne omyłki niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Nadto próby w tym zakresie Odwołujący podjął się dopiero na rozprawie.

Stosownie do pkt 5.7 SWZ szczegółowe określenie przedmiotu zamówienia zostało zawarte w przedmiarze robót, specyfikacji technicznej, wykonania i odbioru robót (STWiOR) oraz dokumentacji projektowej. Zgodnie z pkt 13.14 SWZ oferta powinna zawierać wypełniony formularz oferty oraz m.in. kosztorys ofertowy (uproszczony) sporządzony

zgodnie z dostarczonym „przedmiarem robót" (...) że wskazaniem, że stosowanie się do katalogów KNR, KNNR i innych nie jest obowiązujące. Przedłożony przez Zamawiającego przedmiar zawiera pięć kolumn tj. Lp., Podstawa (gdzie były wprowadzone m.in. nr KNR lub KNNR), Opis i wyliczenia (gdzie był wskazany opis poszczególnych pozycji, w tym rodzaj i zakres robót do wykonania), j.m., Poszcz. Razem. Z dalszych postanowień SWZ w tym pkt: 16.1 i 16.2 wynika, że cena oferty winna być obliczona przez wykonawcę w oparciu o SWZ, opis przedmiotu zamówienia, przedmiar robót, STWiORB oraz dokumentację projektową.

Cena oferty winna obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia i ma charakter kosztorysowy. Stosownie do postanowień § 5 Projektowanych Postanowień Umowy:

1. Wynagrodzenie kosztorysowe za wykonanie przedmiotu umowy określonego w § 1,

strony ustalają na kwotę netto..... zł (słownie:.....) powiększoną o

obowiązujący 23 % podatek VAT.....zł co łącznie stanowi kwotę brutto.....zł (słownie:

.....)

2. W przypadku, gdy ilość faktycznie wykonanych robót będzie odbiegało od ilości robót wynikających z zestawienia prac planowanych (przedmiaru robót) będącego podstawą obliczenia wynagrodzenia kosztorysowego, wynagrodzenie określone w ust. 1 zostanie

proporcjonalnie zmniejszone lub zwiększone przy zachowaniu cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym.

3. Zmiana wynagrodzenia wymaga formy pisemnego aneksu pod rygorem nieważności.

4. Wynagrodzenie określone w ust. 1 jest wynagrodzeniem kosztorysowym wynikającym z kosztorysu ofertowego i odpowiada zakresowi robót opisanym w: dokumentacji projektowej, STWiORB, a także przedmiarze robót - stanowiących załączniki do SWZ oraz do oferty Wykonawcy.

5. Ostateczna wysokość wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia - będzie określona w oparciu o faktycznie zrealizowany zakres robót, wynikający z dokonanych i potwierdzonych przez Inspektorów Nadzoru obmiarów powykonawczych oraz sporządzonych na ich podstawie sprawdzonych i zatwierdzonych kosztorysów powykonawczych.

6. Ceny jednostkowe robót podstawowych użyte przez Wykonawcę w kosztorysie ofertowym pozostają niezmienne przez cały okres realizacji przedmiotu zamówienia.

7. Kosztorys powykonawczy - stanowi kalkulację sporządzoną metodą uproszczoną, która jest podstawą wynagrodzenia Wykonawcy ustalonego w ust. 1.

8. W przypadku konieczności wykonania robót dodatkowych, które nie zostały ujęte w przekazanej dokumentacji projektowej, a których wykonanie jest konieczne do zrealizowania i oddania do użytkowania przedmiotu zamówienia, zostaną wykonane po sporządzeniu przez Kierownika Budowy protokołu konieczności wykonania robót wraz ze wstępną kalkulacją ich wykonania - potwierdzonego przez Inspektorów Nadzoru.

9. Rozliczenie robót dodatkowych, o których mowa w ust. 6, nastąpi na podstawie sporządzonych, przez Kierownika Budowy zatwierdzonych przez Inspektora Nadzoru kosztorysów powykonawczych, obliczonych na podstawie cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym. W przypadku gdy nie będzie możliwe rozliczenie danej roboty w oparciu o dane zawarte w kosztorysie ofertowym, brakujące ceny czynników produkcji (M,S) zostaną przyjęte z informatora Sekocenbud (jako średnia) z kwartału poprzedzającego termin wykonania robót. Podstawą do określenia nakładów rzeczowych będą normy zawarte w kosztorysie ofertowym w przypadku braku odpowiednich pozycji w KNR odpowiednie pozycje Katalogów Nakładów Rzeczowych (KNR) zatwierdzone przez Inspektora Nadzoru.

10. W przypadku wystąpienia robót zamiennych, rozliczenie nastąpi na podstawie kosztorysów różnicowych sporządzonych przez Kierownika budowy, zatwierdzonych przez Inspektora Nadzoru z zastosowaniem cen czynników produkcji (R,M.S,Ko,Z), na podstawie których został sporządzony kosztorys ofertowy, gdy nie będzie możliwe rozliczenie danej roboty w oparciu o dane z kosztorysu ofertowego, brakujące ceny czynników produkcji (M,S) zostaną przyjęte z informatora Sekocenbud (jako średnia) dla kwartału poprzedzającego termin wykonania robót. W przypadku braku odpowiednich pozycji w KNR odpowiednie pozycje Katalogów Nakładów Rzeczowych (KNR) zatwierdzone przez Inspektora Nadzoru.

11. Wynagrodzenie Wykonawcy, o którym mowa w ust. 1, nie podlega waloryzacji. (...)

Z powyższych postanowień SWZ wynika, że wykonawcy byli obowiązani wraz z ofertą przedłożyć kosztorys uproszczony odpowiadający przedmiarowi, sporządzonemu przez Zamawiającego. Kosztorys ofertowy stanowił element oferty, który zawiera oświadczenia wykonawcy dotyczące m.in. oferowanego przedmiotu zamówienia, jego zakresu i wyceny, które są istotne dla oceny oferty w zakresie zgodności z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego, w tym z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w przedmiarze, jak też są istotne dla rozliczeń stron w toku realizacji zamówienia.

Nie jest sporne między Stronami, że kosztorys złożony przez Odwołującego w kolumnie Opis robót, która odpowiada kolumnie Opis i wyliczenia z przedmiaru, w pozycjach wskazanych w informacji o odrzuceniu oferty tego wykonawcy nie odpowiada opisowi przedstawionemu przez Zamawiającego.

Różnica stanowisk dotyczy natomiast tego, czy powyższa rozbieżność pozostaje bez znaczenia wobec tego, iż Odwołujący prawidłowo podał w odpowiednich pozycjach nr KNR lub KNNR, bądź podlegają one obligatoryjnej poprawie przez Zamawiającego, jak twierdzi Odwołujący, czy jednak powyższa rozbieżność jest istotna i wskazuje na niezgodność z warunkami zamówienia bowiem KNR lub KNNR nie są w tym zakresie miarodajne, liczy się natomiast opis robót, a ten we wskazanych pozycjach odbiega od wymagań Zamawiającego, nadto nie podlega on poprawie, jako omyłka.

Na wstępie zauważenia wymaga brak konsekwencji w prezentowaniu stanowiska przez Odwołującego, który w odwołaniu podał, że złożył kosztorys szczegółowy zamiast uproszonego i to w związku z tą okolicznością jego oferta została odrzucona, natomiast na rozprawie stwierdził, że złożył kosztorys uproszczony, do którego jedynie został dołączony niewymagany przez Zamawiającego wykaz materiałów. Zdaniem Odwołującego nawet jeśli przyjąć, że złożył kosztorys szczegółowy, to zakwestionowane przez Zamawiającego pozycje podlegają poprawie jako omyłki, część z nich jako omyłki pisarskie, tj. FI 160 powinno być poprawione na Fi 180, natomiast pozostałe pozycje powinny być poprawione jako nieistotne omyłki niemające wpływu na zgodność oferty z SWZ, np. poz. 1.13.10 kosztorysu ofertowego, która odpowiada poz. 6.10 przedmiaru robót, czy poz. 1.16.46., odpowiadająca pozycji z przedmiaru 7.66. a poprawa powinna polegać na tym, że w miejsce FI 159 powinno być wpisane FI 150. W ocenie Odwołującego powstałe rozbieżności wynikają z tego, iż korzysta z innego programu do kosztorysowania, niż Zamawiający, w którym nie mógł np. wstawić średnicy dla rur Fi 180 w przedmiotowych pozycjach. Ze stanowiska Odwołującego zaprezentowanego na rozprawie wynika, że kluczowe znaczenie ma to, że prawidłowo wskazał w swoim kosztorysie pozycje KNR czy KNNR i w opisie wprowadził wyraz „analogia". Nadto zdaniem Odwołującego przewidziane przez Zamawiającego wynagrodzenie jest ryczałtowe, co wywiódł z kosztorysu uproszczonego, stwierdzając, że w przypadku takiego kosztorysu każda pozycja jest „podryczałtem", a w konsekwencji cały kosztorys jest ryczałtem Odwołujący wskazał również, że Zamawiający zmienił sposób oceny, bowiem złożony przez Odwołującego kosztorys uproszczony potraktował jako szczegółowy, podczas gdy we wcześniejszych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego w 2020 i 2021 r., w których Odwołujący składał analogiczne kosztorysy, Zamawiający uznawał je za uproszczone.

Zdaniem Zamawiającego złożony przez Odwołującego kosztorys jest kosztorysem uproszczonym, a istniejące w nim rozbieżności z przedmiarem robót nie podlegają poprawie. Wynagrodzenie jest kosztorysowe, co wynika z SWZ, w tym postanowień umowy. Nadto nie chodziło o prawidłowe wskazanie KNR czy KNNR, lecz ich prawidłowy opis, który w przedmiarze robót w niektórych pozycjach, w tym zakwestionowanych w piśmie informującym o odrzuceniu oferty Odwołującego, został zmodyfikowany przez Zamawiającego w przedmiarze w stosunku do opisu w KNR. Nadto Zamawiający podważył brak możliwości wskazania dla rur Fi 180 w zakwestionowanych pozycjach, stwierdzając, że w innej pozycji było to możliwe.

W ocenie Izby należy zgodzić się z Zamawiającym, że kluczowy był opis pozycji przedstawiony przez Odwołującego w złożonym kosztorysie, który miał odpowiadać opisowi z przedmiaru, a nie wskazany KNR czy KNNR. Tymczasem opis robót w pozycjach wskazanych w ww. zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego był inny, niż wymagany przez Zamawiającego. Oznacza to, że Odwołujący wycenił pozycje kosztowe inne, niż określone przez Zamawiającego w przedmiarze robót. I tak: W przypadku pozycji 6.10 przedmiaru robót, której odpowiada poz. 1.13.10 kosztorysu ofertowego, gdzie Zamawiający wymagał, aby grubość podłoża wynosiła 30 cm, Odwołujący zaoferował grubość podłoża 25 cm. Na rozprawie Odwołujący zmianę grubości podłoża marginalizował, stwierdzając, że 5 cm grubości podsypki odpowiada półtorej taczki piasku, pomijając przy tym wskazaną w przedmiarze jednostkę miary (m^3) oraz przewidziane w nim ilości. Jak natomiast zauważył Zamawiający chodzi o różnicę grubości w stosunku do projektu, która wpływa na wycenę w sposób istotny. W pozycjach 7.40, 7.41, 7.42, 7.43 i 7.44 przedmiaru

robót (poz. 1.14.40, 1.14.41, 1.14.42, 1.14.43, 1.14.44 kosztorysu ofertowego) Odwołujący zaoferował kształtki na rury o średnicy węższej, niż wymagana w przedmiarze, co wpływa na cenę, w relacji do rur, wynikających z przedmiaru i projektu. W tym zakresie Odwołujący stwierdził na rozprawie, że używany przez niego program do kosztorysowania nie przewiduje średnicy dla rur Fi 180 w materiale rura, natomiast przewiduje kształtki o tej średnicy. Jak natomiast słusznie zauważył Zamawiający w poz. 1.14.39 Odwołujący przewidział rury o średnicy Fi 180, co pokazuje, że jednak taka średnica rur była możliwa do wprowadzenia do kosztorysu ofertowego, a w konsekwencji do zaoferowania. W pozycji 7.59 przedmiaru robót (poz. 1.14.59 kosztorysu ofertowego) Odwołujący zaoferował inny zawór, niż wymagany w projekcie, tj. w miejsce Dn 150 zaoferował zawór Dn 100. Z kolei w pozycji 7.66 przedmiaru robót (poz. 1.14.66 kosztorysu ofertowego) Odwołujący zaoferował spawanie innego rodzaju materiału, tj. w miejsce spawania rur żeliwnych, wynikających z projektu, przewidział spawanie rur stalowych, które, jak stwierdził Zamawiający, mają inną technologię spawania, inną wytrzymałość i inne właściwości. Żeliwo jest uznawane za trudno spawalne, co powoduje że koszt takiego materiału jest wyższy, ale również generuje wyższe koszty robocizny, związane z bardziej czasochłonnym wykonaniem. Natomiast w ostatniej kwestionowanej pozycji przedmiaru (1.19.5 kosztorysu ofertowego) Odwołujący zaoferował grubszą warstwę nawierzchni, niż wymagana, co w ocenie Zamawiającego ma wpływ na cenę oraz technikę wykonania.

Powyższe wskazuje, że zaoferowane przez Odwołującego elementy mają inne parametry, niż wymagane przez Zamawiającego, przy czym nie zostało wykazane, aby różnice te powstały na skutek omyłek podlegających poprawie zgodnie z oczekiwaniami Odwołującego. Odwołujący na rozprawie stwierdził, że średnica rur powinna zostać poprawiona jako oczywista omyłka pisarska. Tymczasem oferta nie zawiera informacji wskazujących, jaka była wola Odwołującego i jak ma być dokonana ich ewentualna poprawa. Nie jest wiadomo, czy wolą wykonawcy było właściwe określenie średnicy kształtek czy rur, a w konsekwencji jak miałaby nastąpić poprawa celem ich wzajemnego dostosowania. W pozostałych przypadkach Odwołujący, chociaż na nim spoczywał ciężar dowodu w tym zakresie, nie wykazał, że ewentualna poprawa wskazanych rozbieżności nie spowoduje istotnych zmian w treści jego oferty.

W ocenie Izby nie ma znaczenia czy, a jeśli tak, to z jakiego programu do kosztorysowania Odwołujący korzystał. Nie jest bowiem sporne, że Zamawiający nie narzucił określonego programu do kosztorysowania. Obowiązkiem wykonawców było dopilnowanie, aby opis pozycji kosztorysu ofertowego był dostosowany do opisu przedstawionego w przedmiarze sporządzonym przez Zamawiającego i taki wycenić, bowiem miało to służyć na etapie oceny ofert do weryfikacji złożonych kosztorysów i ich porównania z warunkami postawionymi w SWZ, zaś na etapie realizacji umowy przez wybranego wykonawcę do jej rozliczenia.

Nie można podzielić stanowiska Odwołującego z którego wynika, że kwestie ww. różnic rozwiązuje użycie przez niego w opisie wyrazu „analogia”, który miałby oznaczać, jak

stwierdził na rozprawie, że np. w pozycji dotyczącej średnicy rur, miałyby być w rzeczywistości zastosowane rury Fi 180, a nie wskazane w jego kosztorysie ofertowym rury Fi 160. Jak stwierdził Zamawiający wyraz „analogia”, używany przez niego w niektórych pozycjach przedmiaru robót, oznacza modyfikację opisu w stosunku do KNR po to, aby uzyskać opis zawarty w przedmiarze. Oznacza to, że rolą wykonawców było analogiczne zmodyfikowanie opisu w przedłożonym kosztorysie ofertowym. Odwołujący tego nie uczynił skutkiem czego powstały rozbieżności pomiędzy ofertą a warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego, dotyczące m.in. zakresu rzeczowego robót i rodzaju materiałów, a zatem istotnych elementów przedmiotu zamówienia. Tym samym złożona przez tego wykonawcę oferta jest niezgodna z SWZ, a jak wyżej wskazano, Odwołujący nie wykazał, że chodzi o omyłki, które podlegają poprawie stosownie do art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, a nie błędy oferty, które nie podlegają poprawie.

Przedstawiona przez Odwołującego w tym zakresie argumentacja dotycząca innych

postępowań nie może być uznana za wyznacznik oceny działań Zamawiającego w

analizowanym postępowaniu. Ponadto okoliczność, że według Odwołującego w innych postępowaniach Zamawiający akceptował analogiczne różnice np. dotyczące średnicy rur, w sytuacji, gdy jak twierdzi Zamawiający, wcześniej wymóg w tym zakresie został inaczej określony tj. nie sztywno, jak w obecnym postępowaniu, lecz w przedziale od do, w którym

wielkości podane przez wykonawcę się zawierały, należy uznać za chybioną.

Powyższe wskazuje, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego nie naruszył

wskazanego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W sytuacji, gdy nastąpiło odrzucenie także pozostałych ofert, złożonych w postępowaniu, zaistniała podstawa do unieważnia postępowania.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie nie stwierdzono zarzucanego

przez Odwołującego naruszenia przepisów ustawy Pzp, które miałoby wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. W

analizowanej Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący, który został obciążony kosztami postępowania, na które składał się uiszczony przez niego wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego oraz koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i rozprawę.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....