Sygn. akt: KIO 2520/21

WYROK

z dnia 9 września 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 września 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 sierpnia 2021 roku przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych „BESKID" Nr VI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku-Białej (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Bielsko-Biała z siedzibą w Bielsku-Białej

przy udziale wykonawcy C&Z C. i Z. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Leśnej, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie w całości;

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych „BESKID" Nr VI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku-Białej i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych „BESKID" Nr VI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku-Białej tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) 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 2520/21

UZASADNIENIE

Zamawiający: Miasto Bielsko-Biała z siedzibą w Bielsku-Białej, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Przebudowa i adaptacja

budynków przy ulicy Romana Dmowskiego 6 i 10 na potrzeby Urzędu Miejskiego w Bielsku-Białej". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2021/BZP 00054200/01 w dniu 13. maja 2021 r. Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 05 lipca 2021 r. W ustalonym terminie składania ofert swoje oferty złożyło 6 wykonawców.

Dnia 24. sierpnia 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 i art. 505 ust. 1, w związku z art. 515 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej zwana „ustawą PZP") odwołanie złożył wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych „BESKID" Nr VI Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielsku-Białej (dalej jako „Odwołujący").

Odwołujący zaskarżył czynności podjęte lub zaniechane przez Zamawiającego polegające na:

1) odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na to, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia;

2) odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na to, że oferta Odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny;

3) zaniechaniu poprawienia „innej" omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący zarzucał naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 PZP poprzez uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, podczas gdy oferta Odwołującego spełnia wszystkie wymogi określone przez Zamawiającego w warunkach zamówienia;

2) art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 PZP poprzez uznanie, że oferta Odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny, podczas gdy sposób obliczenia ceny w ofercie Odwołującego spełnia wszystkie wymogi Zamawiającego opisane w dokumentach zamówienia;

3) art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 16 PZP poprzez uznanie, że nie jest możliwe poprawienie oferty Odwołującego w zakresie pozycji wskazanych w kosztorysie, podczas gdy poprawienie takich omyłek było możliwe i jak najbardziej zasadne.

Odwołujący wnosił o:
1. nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty Odwołującego;

2. nakazanie powtórzenia oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W dniu 19 sierpnia 2021 r. za pomocą wiadomości e-mail Odwołujący uzyskał informację o tym, że Zamawiający zdecydował się dokonać czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołanie zostało zatem wniesione w ustawowym terminie. Wpis od odwołania został uiszczony na rachunek UZP. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu.

Odwołujący podkreślił, że gdyby Zamawiający dokonał czynności badania i oceny ofert w sposób prawidłowy (tj. nie odrzucał oferty Odwołującego, tylko dokonał poprawienia omyłek), wówczas oferta Odwołującego byłaby najwyżej ocenioną w postępowaniu, a Odwołujący miałby realną szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący posiada zatem interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść realną szkodę wskutek zaskarżonej czynności Zamawiającego.

W merytorycznym uzasadnieniu zarzutów wskazano, że oferta Odwołującego nie powinna podlegać odrzuceniu na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, gdyż zawiera ona pełen wymagany zakres realizacji przedmiotu zamówienia. W związku z tym, jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w warunkach zamówienia.

Oferta Odwołującego nie powinna podlegać odrzuceniu na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP, gdyż została ona skalkulowana w sposób zgodny z wymogami Zamawiającego opisanymi w SWZ. W związku z tym, nie zawiera błędu w obliczeniu ceny. Zamawiający zobowiązany był do poprawienia omyłek na podstawie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP - poprzez wpisanie „0,00 zł" w pięciu pozycjach, w których Wykonawca nie

przedstawił „wartości jednostkowej".

Naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 PZP

Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zamawiający w piśmie o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał, że podstawą do odrzucenia oferty jest nieuwzględnienie w pięciu pozycjach kosztorysu wartości jednostkowej danej pozycji.

Odwołujący uważa, że z takim stanowiskiem, w którym brak wskazania wartości jednostkowej w kosztorysie ofertowym skutkowałby koniecznością odrzucenia oferty nie można się zgodzić, mając na uwadze stanowiska doktryny czy bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia - która stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty, zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym

w SWZ wymaganiom (wyrok KIO z dnia 19 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 268/21).

Natomiast Odwołujący w kosztorysie w ofercie przewidział wszystkie pozycje (elementy) dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia, których wymagał Zamawiający. Zamawiający, w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, nie wskazał bowiem, jakoby którejś pozycji (elementu) miało brakować. Zatem Odwołujący zaoferował realizację całego przedmiotu zamówienia - w oparciu o warunki zamówienia określone przez Zamawiającego w SWZ i załącznikach.

Co istotne, Zamawiający przewidział w SWZ przesłankę odrzucenia oferty z uwagi na błędy w składanych kosztorysach - „Nieujęcie wszystkich pozycji z przedmiarów robót do wyceny (kalkulacji oferty), skutkować będzie odrzuceniem oferty Wykonawcy z postępowania, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako niezgodnej z treścią nin. SWZ" (rozdział XIV ust. 4 SWZ). Tymczasem złożony przez Odwołującego kosztorys ofertowy zawierał wszystkie wymagane pozycje - oznacza to, że zostały ujęte wszystkie pozycje z przedmiarów robót do wyceny. Dlatego też, nie sposób twierdzić, jakoby oferta Odwołującego była niezgodna z warunkami zamówienia. Brak podania ceny jednostkowej przy samej pozycji nie oznacza, że nie została ona zaoferowana, skoro znajduje się w kosztorysie i została dookreślona zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

Jak podkreśla się w orzecznictwie, niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia nie odpowiada temu opisanemu w specyfikacji, co do zakresu, ilości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego (wyrok KIO z dnia 18 sierpnia 2016 r., sygn. akt KIO 1434/16).

W innym zaś wyroku KIO podkreśliła, że „nie można również uznać, tak jak twierdził Odwołujący, że sytuacja, w której wykonawca nie ujmie w kosztorysie uproszczonym jakiejś pozycji oraz sytuacja, gdy ją ujmie a nie wyceni są tożsame, bowiem obie oznaczają brak wyceny danej pozycji przez wykonawcę. Są to dwie całkiem różne sytuacje, które niosą ze sobą różne konsekwencje" (wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2015 r., sygn. akt KIO 119/15).

Przewidziane w przepisie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP odrzucenie oferty skutkuje tym, że oferta ta zostaje wyeliminowana z postępowania, co w konsekwencji przekreśla szanse wykonawcy, który ją złożył, na uzyskanie zamówienia. Zatem tak istotna i brzemienna w skutki czynność Zamawiającego, jaką jest odrzucenie oferty, może być podjęta wyłącznie wtedy, gdy zachodzi niewątpliwa i jednoznaczna niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego. Niezgodność ta musi wynikać wprost z postanowień SWZ i nie może być domniemywana albo też wyinterpretowana z jakichkolwiek treści. Na podstawie przekazanej informacji o odrzuceniu oferty raczej wprost wynika, że Odwołujący złożył ofertę obejmującą cały zakres przedmiotu zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia.

Antycypując ewentualną argumentację Zamawiającego, jakoby z uwagi na przyjęty sposób rozliczenia między Zamawiającym a wykonawcą (wynagrodzenie kosztorysowe) istniała obiektywna niemożność „zaakceptowania" złożonego przez Odwołującego kosztorysu ofertowego Odwołujący wskazał, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, „niewątpliwym jest, że wypełniony przez wykonawcę kosztorys stanowi

dokument o znaczeniu finansowym, służący do czynności skalkulowania kosztów realizacji zadania przez wykonawcę, oraz zaprezentowania ceny oczekiwanej za wykonanie całości przedmiotu zamówienia. Nie stanowi wyszczególnienia materiałów i prac, które się na nie składają, gdyż te były podane przez zamawiającego. Niewłaściwe jest utożsamianie pominięcia wyceny danej pozycji kosztorysu z nieobjęciem treścią oświadczenia woli wykonawcy całego przedmiotu zamówienia. Postępowanie o zamówienie publiczne, co do zasady realizuje się poprzez przystąpienie do jednostronnie określonych przez zamawiającego warunków, zaś przedmiot tego zamówienia jest przez zamawiającego narzucony. Wykonawcy mają zazwyczaj tylko swobodę zaoferowania świadczenia w formie odpowiedniej dla danej specyfiki robót. Pominięcie pozycji poprzez jej niewycenienie wprost - oznacza tyle, że wykonawca jest zobowiązany wykonać zamówienie zgodnie z jego zakresem opisanym w projekcie budowlanym oraz specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót, przy czym nie będzie się za to należało odrębne wynagrodzenie. Brak jest w takiej sytuacji podstaw do wnioskowania, że niewycenienie pewnych pozycji kosztorysu jest tożsame z oświadczeniem o zamiarze niewykonania pewnych prac wynikających z specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dlatego też, zdaniem Izby pominięcie w tym postępowaniu wyceny niektórych pozycji należy traktować, jak wycenienie danej pozycji w kwocie 0,00 zł, bądź też, że wycena danej pozycji została ujęta w innych wycenionych pozycjach" (wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1515/14). Podobne stanowiska zajęła Izba w wyrokach: z dnia 15 października 2010 r., KIO 2136/10; z dnia 11 marca 2011 r., KIO 385/11; KIO 386/11; KIO 393/11; KIO 406/11; z dnia 4 marca 2011 r., KIO 333/11, KIO 335/11; z dnia 14 kwietnia 2011 r., KIO 689/11, z dnia 8 maja 2014r., KIO 793/14.

Zamawiający nie mógł więc odrzucić oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, gdyż nie zachodziły przesłanki do odrzucenia oferty. Oferta została złożona w ten sposób, że zapewnia realizację całego wymaganego przedmiotu zamówienia

(kosztorys obejmuje wszystkie wymagane pozycje).

Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10 w zw. z art. 16 PZP

Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Odwołującemu ciężko polemizować z uzasadnieniem odrzucenia oferty w tym

zakresie, gdyż, tak naprawdę, jedno zdanie z uzasadnienia dotyka tej tematyki - „Brak

wyceny ww. pozycji nie pozwalał również Zamawiającemu na przyjęcie zaoferowanej przez Wykonawcę ceny całościowej za zrealizowanie zadania jako prawidłowej".

Tak przyjęta argumentacja nie może zdaniem Odwołującego stanowić podstawy do uznania, że zachodzi przesłanka odrzucenia oferty.

Zamawiający w sposób bardzo podstawowy, wręcz ogólnikowy, wskazał w dokumentach zamówienia, jak należy dokonać obliczenia ceny - rozdział XIV SWZ. Celem odrzucenia oferty konieczne jest stwierdzenie, iż odmienność sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna, gdyby wykonawca ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w specyfikacji warunków zamówienia.

Warunkiem koniecznym ustalenia ziszczenia się podstawy odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP, jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. W odniesieniu do oferty Odwołującego wymagałoby to zatem stwierdzenia, iż odmienność sposobu obliczenia ceny przez Odwołującego skutkowała tym, iż cena oferty wskazana w formularzu ofertowym, jest ceną nieprawidłową (błędną) w tym znaczeniu, że byłaby to kwota inna, gdyby Odwołujący ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w SWZ.

Jak wynika ze stanowiska orzecznictwa KIO, „błąd w obliczeniu ceny zachodzi, jeśli cena oferty została obliczona w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentacji przetargowej lub w cenie oferty uwzględniono niewłaściwą stawkę podatku VAT. Błędem w obliczeniu ceny nie jest z całą pewnością rzekome nieuwzględnienie w ofercie wykonawcy całości zakresu zamówienia czy rzekome pominięcie kosztów materiałów pomocniczych w sytuacji, gdy brak jasnych wymagań w dokumentacji przetargowej w tym zakresie" (wyrok KIO z dnia 2 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2483/20). Tym samym w ocenie Odwołującego nie można przyjąć, iż jego oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny, który skutkowałby zastosowaniem art. 226 ust. 1 pkt 10 PZP i odrzuceniem oferty.

Dodatkowo Odwołujący podkreślił, że „błędem w obliczeniu ceny lub kosztu, który stanowi obligatoryjną podstawę odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego jest błąd w rachunku matematycznym, którego nie można poprawić z uwagi na to, że nie wiadomo, który składnik działania matematycznego jest prawidłowy i nie wiadomym jest jak ten błąd poprawić" (wyrok KIO z dnia 27 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1314/20). Również i w takim przypadku nie sposób uznać, aby w ofercie Odwołującego znajdował się błąd w obliczeniu ceny - nie ma w nim błędów matematycznych, które są nienaprawialne. Zatem oferta Odwołującego nie zawiera błędu w obliczeniu ceny.

Naruszenie art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 16 PZP

Chociaż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cechuje się dużym poziomem formalizmu, to jednak formalizm ten nie może przesłaniać celu postępowania i prowadzić do eliminacji ofert zawierających uchybienia, które mogą zostać poprawione, a których poprawienie nie będzie stało w sprzeczności z zasadami udzielania zamówień publicznych. Celem przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP jest właśnie niedopuszczenie do wyeliminowania z postępowania ofert w przeważającym zakresie poprawnych, na skutek zaistnienia pewnych niezgodności, które nie mają zasadniczego znaczenia dla przyszłej realizacji przedmiotu zamówienia i oczekiwań Zamawiającego. Aby powyższy cel został osiągnięty, przepis ten nie może być interpretowany zawężająco - a Zamawiający w postępowaniu w ogóle pominął możliwość przeprowadzenia procedury poprawienia omyłki.

W orzecznictwie podkreśla się, że „omyłka nie musi mieć charakteru oczywistego, aby możliwa była jej poprawa, a ogólne sformułowanie tego przepisu wskazuje na pewną dozę elastyczności i uznaniowości pozwalającą odnieść ją do okoliczności konkretnego stanu faktycznego. Możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do jej essentialia negotii. Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia, jednakże pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian" (wyrok KIO z dnia 31 grudnia 2020 r., sygn. akt KIO 3221/20).

Zdaniem Odwołującego w prowadzonym postępowaniu poprawa omyłki powinna polegać na „wstawieniu" 0,00 zł w tych pozycjach, co do których Zamawiający twierdzi, że nie zostały wycenione. Taką też konstrukcję przyjmuje się zgodnie z orzecznictwem KIO: wyrok KIO z dnia 7 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2184/14; KIO 2185/14.

Odwołujący dodał także, że Zamawiający część pozycji poprawił samodzielnie, ale jednak część pominął uznając, że oferta winna podlegać odrzuceniu. Z tak przyjętym działaniem Zamawiającego nie sposób się jednak zgodzić.

Odwołujący zaznaczył, że ewentualna wartość kwestionowanych przez Zamawiającego pozycji wyniosłaby około 6.500 zł brutto. Oznacza to, że ewentualna istotność omyłki musiałaby zostać oszacowana na poziomie 0,038% ceny oferty. Nie jest nawet więc możliwe mówienie o „istotności" tej kwestii. Kwalifikator „istotnych zmian", należy odnosić do całości treści oferty i konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje, czy nie powoduje istotnej zmiany w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego" (wyrok KIO z dnia 19 lutego 2021 r., sygn. akt KIO 288/21).

Odwołujący nie ma wątpliwości, że Zamawiający miał prawo, ale i jednocześnie obowiązek, dokonać poprawienia omyłek w kosztorysach Odwołującego w ten sposób, że w pozycjach, gdzie zauważył brak wyceny, przyjął wartość 0,00 zł. Nie dokonując tej czynności, Zamawiający naruszył przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP.

W świetle powyżej przedstawionej argumentacji, odwołanie zdaniem Odwołującego zasługuje na uwzględnienie w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane

merytorycznie.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 513 ustawy Pzp. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego jako nie odpowiadającej wymogom SWZ i zawierającej błędy w obliczeniu ceny, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia, co stanowi jego materialną szkodę.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłoszenie przystąpienia złożył wykonawca C&Z C. i Z. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Leśnej. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Na podstawie dokumentacji przesłanej przez Zamawiającego na nośniku elektronicznym Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w zakresie przebudowy i adaptacji budynków przy ulicy Romana Dmowskiego 6 i 10 na potrzeby Urzędu Miejskiego w Bielsku-Białej. Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym. Zgodnie ze szczegółowym opisem przedmiotu zamówienia przedmiar w zapisie .pdf ma znaczenie nadrzędne i on będzie brany pod uwagę przy badaniu ofert.

Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego (w formie elektronicznej lub postaci elektronicznej), sporządzonego w oparciu o przedmiary robót i dokumentację projektową, stanowiące Załączniki nr 6 i 7 do SWZ, wykonany metodą uproszczoną, polegającą na obliczeniu wartości kosztorysowej robót objętych przedmiarami robót, jako sumy iloczynów ilości jednostek przedmiarowych robót i ich cen jednostkowych bez podatku VAT, zawierający co najmniej: opis pozycji, ilość robót wraz z jednostką, cenę jednostkową dla każdej pozycji kosztorysowej, wartość pozycji oraz cenę ogółem, obejmujący wycenę poszczególnych elementów zamówienia z wyszczególnieniem składników ceny (w szczególności rg, kp, zysk). Ceny jednostkowe pozycji kosztorysowych (netto) mają zawierać robociznę, materiał z kosztami zakupu, sprzęt, koszty pośrednie i zysk. Obowiązującą stawkę podatku VAT należy doliczyć do wartości kosztorysowej (sumy) robót, chyba że wykonawca nie jest płatnikiem VAT (Rozdział X SWZ).

Zgodnie z rozdziałem XIV SWZ dotyczącym sposobu obliczenia ceny, obliczając cenę oferty należało uwzględnić wszystkie elementy składowe, jakie będą niezbędne do zrealizowania zamówienia, podać ich cenę oraz podać cenę wykonania całego zamówienia objętego postępowaniem. W przypadku powierzenia części zamówienia podwykonawcom roboty te powinny być skalkulowane oddzielnie. Cena oferty winna obejmować wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, tj. koszty wszystkich czynności i prac określonych w materiałach przetargowych oraz tych, które nie zostały wskazane przez Zamawiającego a są niezbędne do należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Nieujęcie wszystkich pozycji z przedmiarów robót do wyceny (kalkulacji oferty), skutkować będzie odrzuceniem

oferty Wykonawcy z postępowania, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako

niezgodnej z treścią nin. SWZ. W formularzu Oferta stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ należy wskazać cenę oferty brutto w złotych polskich, z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku oraz stawkę VAT zgodnie z obowiązującymi przepisami. Cena ofertowa nie może być dowolnie deklarowaną wielkością pieniężną, lecz musi wynikać z przeprowadzonego rachunku kosztów. W przypadku, gdy Wykonawca nie jest płatnikiem VAT, należy wpisać w odpowiednim miejscu na formularzu Oferta, określenie „zw” oraz podać podstawę prawną zwolnienia. Nie przewiduje się udzielenia zaliczek na poczet wykonania zamówienia. Rozliczenia między Zamawiającym, a Wykonawcą i podwykonawcami będą prowadzone wyłącznie w walucie polskiej (PLN).

Zgodnie z postanowieniami wzoru umowy (§ 15) za wykonanie umowy Zamawiający zapłaci Wykonawcy Cenę Kontraktową. Cena Kontraktowa to wynagrodzenie należne ostatecznie Wykonawcy wynikające z przemnożenia cen jednostkowych przedstawionych w ofercie oraz ilości rzeczywiście wykonanych i odebranych robót, potwierdzonych przez Zamawiającego /osobę odpowiedzialną (...).

W wyznaczonym ostatecznie na 5 lipca 2021 roku terminie składania ofert, oferty złożyło 6 wykonawców.

Zamawiający zawiadomił, na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Odwołującego o poprawieniu w jego ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty.

W kosztorysie ofertowym branży budowlanej w pozycji 1.17.6.1 dopisano jednostkę „kpl"; w pozycji 1.21.3.3.1 poprawiono opis; w pozycji 2.4.12.4.2. poprawiono opis pozycji; w pozycji 2.7.4.dokonano zmiany opisu pozycji; w pozycji 2.11.3.1. dopisano jednostkę „kpl"; w pozycji 2.14.4. poprawiono opis pozycji. Ponadto w pozycji 2.5.7.9. w kolumnie „wartość jednostkowa" wpisano liczbę 25,20 a w kolumnie „wartość" liczbę 164,81; cenę jednostkową przyjęto na podstawie pozycji 1.10.3.11; w pozycji 2.7.3. w kolumnie „wartość jednostkowa" wpisano liczbę 637,07 a w kolumnie „wartość" wpisano liczbę 32 879,82; cenę jednostkową przyjęto na podstawie pozycji 2.14.4 kosztorysu. Po uwzględnieniu poprawek łączna wartość kosztorysu dla branży budowlanej wynosi 9 297 645,47 zł. Cena ofertowa brutto dla całości zamówienia została poprawiona na 17 236 174,85 zł.

Dodatkowo w kosztorysie branży instalacje elektryczne w pozycjach nr 276 i 277 Zamawiający poprawił opis pozycji.

Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp, tj. jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Zamawiający w Rozdziale X pkt I ppkt 8 SWZ dla zadania określił, iż Wykonawca wraz z ofertą zobowiązany jest złożyć kosztorys ofertowy (w formie elektronicznej lub postaci elektronicznej), sporządzony w oparciu o przedmiary robót i dokumentację projektową, wykonany metodą uproszczoną, polegającą na obliczeniu wartości kosztorysowej robót objętych przedmiarami robót, jako sumy iloczynów ilości jednostek przedmiarowych robót i ich cen jednostkowych bez podatku VAT, zawierający co najmniej: opis pozycji, ilość robót wraz z jednostką, cenę jednostkową dla każdej pozycji kosztorysowej, wartość pozycji oraz cenę ogółem, obejmujący wycenę poszczególnych elementów zamówienia z wyszczególnieniem składników ceny (w szczególności rg, kp, zysk). Jednocześnie w Rozdziale XIV pkt 4 SWZ Zamawiający zaznaczył, iż nieujęcie wszystkich pozycji z przedmiarów robót do wyceny (kalkulacji oferty), skutkować będzie odrzuceniem oferty Wykonawcy z postępowania, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako niezgodnej z treścią SWZ.

W toku badania oferty Wykonawcy stwierdzono brak cen w następujących pozycjach kosztorysu na wykonanie robót budowlanych: 1022, 1039, 1375, 1376, 1461. W ofercie nie wskazano wartości jednostkowej cen dla wymienionych pozycji.

Zamawiający nawiązał do dokonanych poprawek w ofercie na zasadzie analogii, tam gdzie było to możliwe dla danej pozycji. Ponadto Zamawiający podał, że w zakresie pozycji nr 1022, 1039, 1375 kosztorys Wykonawcy nie zawierał analogicznych pozycji, tym samym Zamawiający nie mógł dokonać ich uzupełnienia. Brak wyceny pozycji nie pozwalał również Zamawiającemu na przyjęcie zaoferowanej przez Wykonawcę ceny całościowej za zrealizowanie zadania jako prawidłowej. Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy jako niezgodną z treścią SWZ oraz posiadającą błędy w obliczeniu ceny.

Jednocześnie Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę C&Z C. I Z. Spółka z o.o. siedzibą w Leśnej.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba uznała, że odwołanie nie mogło zostać uwzględnione i podlegało oddaleniu w całości.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty oraz proporcjonalny.

Przy użyciu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego

oferta została poprawiona.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i pkt 10 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz która zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Obecne brzmienie przywołanych przepisów tożsame jest z regulacją zawartą w ustawie Pzp2004, tym samym aktualne pozostają tak stanowisko doktryny oraz orzecznictwo wypracowane na kanwie poprzednio obowiązujących przepisów ustawy, w szczególności dotyczące art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 ustawy Pzp.

Przenosząc powyższe uregulowania ustawowe, dostrzeżenia wymaga, iż hipotezą normy zawartej w przepisie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp objęta jest sytuacja, gdyż treść oferty złożonej w postępowaniu jest niezgodna z treścią SIWZ. Z okolicznością taką mamy w szczególności do czynienia, gdy oferta w merytorycznym zakresie nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego w odniesieniu do zakresu przedmiotowego świadczenia ujętego w opisie przedmiotu zamówienia zawartym w SWZ. Treść oferty ma odpowiadać treści SWZ, co rozumieć należy jako być równoważnym czemuś, spełniać jakieś warunki, oczekiwania lub być zgodnym z czymś.

W ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego spór pomiędzy Stronami ma swoje źródło w zakresie ustalenia, czy pominięcie przez Odwołującego w złożonym wraz z ofertą kosztorysie ofertowym wyceny jednostek przedmiarowych powoduje, iż mamy do czynienia z niezgodnością treści oferty Odwołującego z treścią SWZ pod względem merytorycznym. Wymaga to odpowiedzi na pytanie, czy pominięcie wskazanych elementów kosztorysu ofertowego powoduje, iż zakres zaoferowanego przez Odwołującego świadczenia nie odpowiada zakresowi wymaganemu przez Zamawiającego w treści SWZ, co skutkowałoby obowiązkiem odrzucenia oferty. W ocenie Izby ustalić więc należy, czy treść kosztorysu ofertowego jest nośnikiem treści oferty identyfikującym przedmiot świadczenia, który oferuje dany wykonawca.

Zasadniczy wpływ w ocenie składu orzekającego Izby do przyjęcia, iż mamy do czynienia z elementem treści oferty, decyduje rola jaką ten dokument pełni w ramach danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Rola ta jest precyzowana przez zamawiającego w treści ogłoszenia o zamówieniu i samej treści SWZ. Następnie ustalenia wymaga z jakiego rodzaju niezgodnością mamy do czynienia w przypadku sporządzenia danego dokumentu w sposób odmienny od oczekiwanego przez zamawiającego lub z oceną w jakim zakresie treść złożonego oświadczenia pozostaje w kolizji z treścią SWZ. Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wymagał ujęcia wszystkich pozycji z przedmiarów robót do wyceny (kalkulacji oferty). Przy czym sformułowania „ujęcie” nie należy zdaniem składu utożsamiać z przeniesieniem opisu pozycji do kosztorysu ofertowego (podejście formalne prezentowane przez Odwołującego) ale z „faktycznym ujęciem” elementów opisu przedmiotu zamówienia, czyli wycenieniem pozycji opisanych przez Zamawiającego, innymi słowy zaoferowaniem wykonania tego fragmentu przedmiotu zamówienia. Samo przeniesienie opisu pozycji przedmiarowych do kosztorysu nie oznacza jeszcze, że wykonawca dany element oferuje. Zaoferowanie wykonania danego elementu następuje w momencie, kiedy wykonawca złoży oświadczenie jakiego wynagrodzenia za tę część oczekuje, to bowiem zaoferowanie odpłatnego świadczenia jest istotą zamówień publicznych.

O niezgodności treść oferty z postanowieniami SIWZ można mówić w przypadku pominięciu pewnego zakresu świadczenia, zaoferowaniu odmiennego zakresu lub braku jego dookreślenia w sposób umożliwiający ocenę, czy wykonawca złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami Zamawiającego.

W niniejszym stanie faktycznym mamy do czynienia z pominięciem wyceny pewnego zakresu świadczenia. W ofercie Odwołującego brak jest bowiem dookreślenia treści oferty pod względem cenowym dla cen jednostkowych w pozycjach kosztorysu wskazanych przez Zamawiającego w Informacji o odrzuceniu oferty. Tego rodzaju informacje, stosownie do treści Rozdziału XIV pkt 4 SWZ winny wynikać z samej oferty. W powyższym punkcie SWZ, jak już podkreślono, Zamawiający wymagał ujęcia, czyli wyceny wszystkich pozycji przedmiarowych.

Izba wskazuje, iż nie ulega wątpliwości, iż każdorazowo zawarte w ofercie wykonawcy zobowiązanie dotyczące zakresu przedmiotowego oraz sposobu realizacji przedmiotu zamówienia jest elementem merytorycznej treści oferty. W szerszym ujęciu za treść oferty należy uznać każdorazowo zakres zobowiązania wykonawcy, tj. zaoferowany przez wykonawcę zakres świadczenia - sposób realizacji przedmiotu umowy. Niewątpliwie zakres ten winien być zgodny z opisanym w treści SWZ. Nie ulega wątpliwości zdaniem Izby,

iż w przypadku postępowań dotyczących robót budowlanych za merytoryczną treść oferty należy uznać wszelkie oświadczenia dotyczące jakości, ilości, ceny jednostkowej, ceny ogólnej, wielkości poszczególnych narzutów, terminu realizacji, sposobu realizacji robót (zastosowanej organizacji prac i harmonogramu tychże prac), czyli wszelkich elementów mających bezpośredni wpływ na przedmiot i zakres świadczenia, o ile zostały ujęte i doprecyzowane w treści SWZ.

W przypadku wynagrodzenia kosztorysowego, a z takim mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu, czego Odwołujący nie kwestionował, każdy z wykonawców składających ofertę zobowiązuje się do wykonania pod względem ilościowym takiego zakresu, jaki zostaje ujęty w kosztorysach ofertowych. Potwierdza on przy pomocy kosztorysów ofertowych zakres ilościowy zamówienia oraz wskazuje na technikę, sposób i prawidłowość obliczenia ceny ofertowej. Wynika to z roli, jaką posiadają kosztorysy ofertowe sporządzone ściśle w oparciu o przedmiary robót oraz z faktu, iż Zamawiający w przypadku wynagrodzenia ustalonego w formie kosztorysowej jest obowiązany do przekazania wraz z dokumentacją projektową przedmiarów robót. Takiego obowiązku nie ma w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego.

Jeżeli podstawą wyliczenia wynagrodzenia jest zestawienie planowanych prac i przewidywanych kosztów (przedmiar robót - kosztorys ofertowy) niezależnie od sposobu rozliczenia na etapie realizacji mamy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym, tj. wyliczonym w oparciu o kosztorys ofertowy.

Jak wynika jednoznacznie z treści SWZ, Rozdziału X pkt 1 ppkt 8 Wykonawca składając ofertę w postępowaniu winien do oferty załączyć kosztorys ofertowy (w formie elektronicznej lub postaci elektronicznej), sporządzony w oparciu o przedmiary robót i dokumentację projektową, wykonany metodą uproszczoną, polegającą na obliczeniu wartości kosztorysowej robót objętych przedmiarami robót, jako sumy iloczynów ilości jednostek przedmiarowych robót i ich cen jednostkowych bez podatku VAT, zawierający co najmniej: opis pozycji, ilość robót wraz z jednostką, cenę jednostkową dla każdej pozycji kosztorysowej, wartość pozycji oraz cenę ogółem, obejmujący wycenę poszczególnych elementów zamówienia z wyszczególnieniem składników ceny (w szczególności rg, kp, zysk). Ceny jednostkowe pozycji kosztorysowych (netto) mają zawierać robociznę, materiał z kosztami zakupu, sprzęt, koszty pośrednie i zysk. Obowiązującą stawkę podatku VAT należy doliczyć do wartości kosztorysowej (sumy) robót, chyba że wykonawca nie jest płatnikiem VAT.

Kosztorysy ofertowe sporządzone w oparciu o przedmiar robót zawierają informacje odnoszące się do ilościowego zakresu robót, tj. dookreślają przedmiot zamówienia pod względem wielkościowym. Obrazują one również sposób wyceny przez wykonawcę danego zakresu przedmiotowego. Biorąc pod uwagę formę i treść przekazanego wraz z SWZ przedmiaru robót, za zasadnicze jego elementy należało uznać opisy pozycji kosztorysowych, ilość jednostek miar dla poszczególnych pozycji oraz jednostki miar z nimi związane i cenę netto za wykonanie określonego rodzaju robót, a zatem te zasadnicze elementy winien zawierać dołączony do oferty kosztorys ofertowy. Tym samym za kosztorys szczegółowy w ramach niniejszego postępowania należy uznać kosztorys odpowiadający co do zawartych w nim informacji przedmiarowi robót.

Tym samym Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu sporządzone kosztorysy ofertowe w powyższym minimalnym zakresie winny odpowiadać treści przedmiaru robót. Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający miał nie tylko prawo, ale i obowiązek sprawdzenia poprawności sporządzenia kosztorysów ofertowych, zaś wszelkie zaistniałe w ich treści rozbieżności w odniesieniu do poszczególnych pozycji kosztorysowych, ilości, zastosowanych materiałów w stosunku do przedmiarów robót, jak również pominięcie jakichkolwiek danych w nich zawartych stanowią o niezgodności treści oferty z treścią SWZ.

Jeżeli takie niezgodności z SWZ stwierdzono, co nie ulega wątpliwości i czego nie neguje Odwołujący, następnym krokiem Zamawiającego winno być rozważenie, czy stwierdzone niezgodności kwalifikują się do zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający doszedł do przekonania, a przekonanie to Izba podziela, że regulacja ustawowa mogła być zastosowana do pozycji, w których Zamawiający był w stanie na podstawie całokształtu treści oferty Odwołującego wywnioskować, w jaki sposób pozycje poprawić. Zamawiający poinformował Odwołującego o poprawieniu kosztorysów, a poprawki te Wykonawca zaakceptował. Zamawiający poprawił w ofercie Odwołującego takie braki, których wartość lub znaczenie można było określić poprzez analogię na podstawie innych pozycji kosztorysu.

W przypadku pozycji niewycenionych słusznie Zamawiający stwierdził, że taka poprawa nie jest możliwa. Zdaniem składu orzekającego Izby Odwołujący bezpodstawnie wywodzi, że w przypadku pozycji niewycenionych Zamawiający winien był wstawić

w odpowiednich kolumnach kosztorysu ofertowego kwotę „0 zł". Izba w pełni popiera stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że pewnych korekt nie można było przeprowadzić samodzielnie, ponieważ brak w kosztorysie Wykonawcy analogicznych pozycji, które by to umożliwiały. Wezwanie do określenia cen jednostkowych oznaczałoby natomiast podjęcie z Wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, co stanowił naruszenie art. 223 ust 1 ustawy Pzp. Powołany przepis służy bowiem jedynie do wyjaśniania wątpliwości co do treści złożonego oświadczenia woli, nie zaś do uzupełniania oferty o te elementy, które powinna zawierać, lecz które nie zostały w niej przez wykonawcę zamieszczone. Celnie Zamawiający podkreślał, że by rozważać dokonanie określonych poprawek w treści oferty, treść ta musi istnieć. Trudno zaś za istniejącą treść oferty uznać rubryki kosztorysu niewypełnione w zakresie cen jednostkowych i wartości ogółem przez Wykonawcę. Brak podania jakiejkolwiek wartości liczbowej, należy uznać za brak wyceny, a nie za oferowanie przedmiotu zamówienia za 0 zł. Liczba zero jest wartością wymierną i wpisanie jej do kosztorysu stanowi wycenę, natomiast w przypadku oferty Odwołującego część rubryk nie została po prostu wypełniona, czyli wyceniona. Co do argumentacji Odwołującego, że w takim przypadku program kosztorysowy do podsumowania przyjmuje wartość zerową, to być może tak jest, ponieważ w zasadzie innej wartości wobec niewypełnienia rubryk nie może przyjąć, ale nie zmienia to faktu, że oferta nie zawiera ceny jednostkowej za dany element przedmiotu zamówienia, a nie że zawiera cenę 0 zł, taka bowiem treść oferty nie istnieje. Wpisanie do kosztorysu ofertowego Odwołującego przez Zamawiającego liczy 0 zł w miejsce niewypełnionych rubryk w istocie stanowiłoby dokonanie samodzielnej wyceny elementu przez Zamawiającego. Końcowo Izba podkreśla, że niezależnie od wielkości brakującej ceny jednostkowej dla kilku pozycji kosztorysu i wpływu wielkości tej na wartość oferty, jej brak stanowi istotny brak oświadczenia woli, który nie mieści się w dyspozycji art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a Odwołujący nie zaoferował całego zakresu rzeczowego świadczenia. W tym kontekście nie można również nie zauważyć, iż zasadniczo celem złożenia oferty jest uzyskanie wymiernej wartości pieniężnej za należycie wykonane prace, a nie oferowanie zamawiającemu wykonania części przedmiotu zamówienia bez wynagrodzenia. Nie było natomiast argumentacją odwołania objęta okoliczność, że prace w pozycjach niewycenionych, wycenione zostały zbiorczo w ramach innych pozycji kosztorysu, czy też innych prac dla danego elementu przedmiotu zamówienia.

Konkludując, Izba uznała, iż w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający nie był uprawniony do samodzielnej korekty treści oferty Odwołującego w przedmiocie brakujących cen jednostkowych kosztorysu, a stwierdzona niezgodność treści oferty z treścią SWZ prowadzić musiała do odrzucenia oferty Odwołującego.

Reasumując, z tych powodów zdaniem Izby zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy, a samo zaś postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie było prowadzone przy uwzględnieniu zasad przejrzystości, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp2019, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący: