

WYROK

z dnia 17 listopada 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadziś

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 13 listopada 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 października 2021 roku przez wykonawcę H. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Bytomiu

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Gminę Lubliniec

przy udziale wykonawcy A. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe "DOMAX" A. M. z siedzibą w Boronowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 3018/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie w całości.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę H. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Bytomiu i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę H. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Bytomiu tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. 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.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Lubliniec prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Wykonanie robót związanych z bieżącym utrzymaniem dróg, ulic, placów i chodników na terenie gminy Lubliniec”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9 września 2021 roku pod numerem 2021/BZP 175378/01.

11 października 2021 roku Odwołujący działając na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) - zwana dalej „ustawą PZP / ustawa” oraz art. 505 ust. 1 PZP w związku z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP Odwołujący wniósł odwołanie zaskarżając czynność podjętą oraz zaniechanie czynności przez Zamawiającego polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty P.U.H. DOMAX A. M. z siedzibą w Boronowie (dalej „DOMAX”) oraz zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia lub uzupełnienia brakujących dokumentów (innego dokumentu w rozumieniu art. 128 ust. 1 PZP lub podmiotowego środka dowodowego w rozumieniu).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP w zw. z art. 16 ust. 1 PZP - tj. przez jego zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na fakt, że w ocenie Zamawiającego treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem Odwołujący nie dołączył do oferty załącznika przedstawiającego dane przyjęte w kalkulacji ofertowej: wysokość stawki roboczogodziny kosztorysowej, wysokość wskaźnika kosztów ogólnych, wysokość wskaźnika kosztów zakupu materiałów, wysokość stawki zysku, wykaz kosztorysowych cen najmu sprzętu budowlanego, wykaz kosztorysowych cen materiałów budowlanych, podczas gdy powyższy załącznik nie stanowi części oferty ale przedmiotowy środek dowodowy, tak więc Zamawiający nie mógł uznać niezgodności oferty Odwołującego z warunkami zamówienia określonymi w Postępowaniu,

2) art. 128 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 ust. 1 PZP - przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia innego dokumentu, tj. załącznika przedstawiającego dane przyjęte w kalkulacji ofertowej: wysokość stawki roboczogodziny kosztorysowej, wysokość wskaźnika kosztów ogólnych, wysokość wskaźnika kosztów zakupu materiałów, wysokość stawki zysku, wykaz kosztorysowych cen najmu sprzętu budowlanego, wykaz kosztorysowych cen materiałów budowlanych

ewentualnie, z daleko posuniętej ostrożności procesowej

art. 107 ust. 2 PZP przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia przedmiotowego środka dowodowego dotyczącego potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych z wymaganiami Zamawiającego tj. załącznika przedstawiającego dane przyjęte w kalkulacji ofertowej: wysokość stawki roboczogodziny kosztorysowej, wysokość wskaźnika kosztów ogólnych, wysokość wskaźnika kosztów zakupu materiałów, wysokość stawki zysku, wykaz kosztorysowych cen najmu sprzętu budowlanego, wykaz kosztorysowych cen materiałów budowlanych;

3) art. 239 ust. 1 PZP przez wybór jako najkorzystniejszej oferty DOMAX, podczas gdy to oferta Odwołującego w świetle kryteriów oceny ofert jest ofertą najkorzystniejszą i powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza w Postępowaniu.

Odwołujący wniosł o:

- merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie,
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu z 6 października 2021 roku,
- nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego procesu badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu, z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący podał, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania ponieważ spełnione zostały przesłanki określone w art. 505 ust. 1 PZP. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego objętego Postępowaniem, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów PZP, interes Odwołującego jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku. Uzasadnieniem dla powyższego pozostaje fakt, że oferta Odwołującego nie powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu. Ponadto, należy wskazać, że Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę w Postępowaniu, a gdyby nie naruszenia wskazane w niniejszym odwołaniu, których dopuścił się Zamawiający, to oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu, a tym samym Odwołujący uzyskałby zamówienie i osiągnąłby zakładany zysk z jego realizacji.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

STAN FAKTYCZNY

Zamawiający prowadzi Postępowanie, którego przedmiotem pozostaje wykonanie robót związanych z bieżącym utrzymaniem dróg, ulic, placów i chodników na terenie gminy Lubliniec.

W Postępowaniu zostały złożone trzy oferty - Odwołującego, DOMAX oraz OLS spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k. (adres: ul. Chopina 2, 42-700 Lubliniec), z których najtańsza, tj. oferta Odwołującego opiewała na kwotę 1.849.565,59 zł.

Dowód: Informacja z otwarcia ofert w Postępowaniu (w aktach niniejszego Postępowania).

W dniu 6 października 2021 roku Zamawiający poinformował o odrzuceniu w Postępowaniu oferty Odwołującego oraz wyborze oferty DOMAX jako najkorzystniejszej w Postępowaniu. Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP. Zamawiający uzasadnił swoją decyzję co do odrzucenia oferty Odwołującego w następujący sposób - treść złożonej oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. Wykonawcy nie dołączył do oferty załącznika przedstawiającego dane przyjęte w kalkulacji ofertowej, tj.: wykazu kosztorysowych cen najmu sprzętu budowlanego oraz wykazu kosztorysowych cen materiałów budowlanych.

Dowód: Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu oraz odrzuceniu oferty Odwołującego (w aktach niniejszego Postępowania).

W zakresie zarzutów odwołania:

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

Zamawiający doprecyzował przy tym w informacji o odrzuceniu oferty, iż podstawę odrzucenia stanowi brak dołączenia do oferty załącznika przedstawiającego dane przyjęte w

kalkulacji ofertowej, tj.: wykazu kosztorysowych cen najmu sprzętu budowlanego oraz wykazu kosztorysowych cen materiałów budowlanych („RMS”). Wobec powyższego, Zamawiający uznał, że w wyniku niezłożenia przez Odwołującego rozbiecia cenowego RMS jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia określonymi w Postępowaniu. Odwołujący złożył formularz oferty zgodny z wzorem nr 2 do Specyfikacji Warunków Zamówienia w niniejszym Postępowaniu („SWZ”). Zgodnie z wymaganiem Zamawiającego załączył również kosztorys ofertowy, który przedstawia szczegółowe rozbiecie ceny na ceny jednostkowe. Kosztorys przedstawia wycenę wraz z opisem każdej pozycji wymaganej przez Zamawiającego, odnosi się do jednostki miary, ilości, ceny oraz wartości danej pozycji. Wszystkie wskazane i wycenione pozycje składają się na cenę końcową tj. 1.849.565,59 zł.

Dowód: Formularz oferty - wzór złożony przez Odwołującego w Postępowaniu (w aktach niniejszego Postępowania)

Kosztorys ofertowy sporządzony przez Odwołującego (w aktach niniejszego Postępowania)

Odwołujący podał, że to kosztorys ofertowy jest najważniejszym dokumentem, ponieważ to właśnie on podlega ocenie przez Zamawiającego w kontekście ceny oraz weryfikacji, czy zostały w ramach ceny uwzględnione wszystkie pozycje, których Zamawiający wymagał. Natomiast rozbiecie cenowe RMS, należy uznać za dokument o charakterze pomocniczym, a nie formalnym. Nie podlega on ocenie przez Zamawiającego, bowiem jego zadaniem jest jedynie odniesienie do elementów, które składają się na cenę jednostkową.

W związku z powyższym, niezasadne jest uznanie braku dokumentu RMS za złożenie oferty niezgodnej z warunkami zamówienia. Z dokumentów, które są w posiadaniu Zamawiającego tj. formularza oferty oraz kosztorysu ofertowego należy wnioskować, że Odwołujący zobowiązał się do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z warunkami określonymi przez Zamawiającego.

W konsekwencji, w ocenie Odwołującego, RMS stanowi inny dokument składany w Postępowaniu, do którego wezwania zobligowany jest Zamawiający w trybie art. 128 ust. 1 PZP. Alternatywnie, z daleko posuniętej ostrożności RMS można kwalifikować jako przedmiotowy środek dowodowy, tj. środek służący potwierdzeniu zgodności oferowanych robót budowlanych z wymaganiami, określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia (art. 7 pkt 20 PZP). Jednak zarówno w przypadku kwalifikacji RMS jako „inny dokument” lub jako „podmiotowy środek dowodowy” podlega on uzupełnieniu w trybie odpowiednio przepisu art. 128 ust. 1 PZP albo art. 107 ust. 2 PZP.

Uznając, że RMS stanowi inny dokument (ewentualnie przedmiotowy środek dowodowy), który może zostać uzupełniony Zamawiający był zobligowany wezwać Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 PZP (ewentualnie art. 107 ust. 2 PZP), który stanowi, iż jeżeli wykonawca nie złożył innych dokumentów w postępowaniu, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie (ewentualnie, jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia).

Argumentem dodatkowo przemawiającym za uznaniem, że RMS nie stanowi części oferty jest brzmienie SWZ. Zgodnie z pkt. XIII SWZ pkt. 6 Do oferty należy dołączyć: a) kosztorys ofertowy wraz z załącznikiem przedstawiającym dane przyjęte w kalkulacji ofertowej: wysokość stawki roboczogodziny kosztorysowej, wysokość wskaźnika kosztów ogólnych, wysokość wskaźnika kosztów zakupu materiałów, wysokość stawki zysku, wykaz kosztorysowych cen najmu sprzętu budowlanego, wykaz kosztorysowych cen materiałów budowlanych. Z powyższego postanowienia wynika, że kosztorys nie stanowi oferty per se, a jedynie powinien być do niej załączony, co potwierdza jego odrębność jako dokumentu. Wobec czego, może on zostać uzupełniony w ramach postępowania. W związku z tym, należy uznać, że Zamawiający bezzasadnie uznał rozbiecie cenowe RMS za część oferty lub dokumentów opisujący sposób wykonania zamówienia - bowiem stanowi on inny dokument w rozumieniu art. 128 ust. 1 PZP (ewentualnie przedmiotowy środek dowodowy). Tym samym, w ramach Postępowania Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do uzupełnienia RMS, czego nie uczynił. W konsekwencji wnioski Odwołującego o unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie wezwanie Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego w postaci RMS i powtórzenie oceny ofert, w tym oferty

Odwołującego, pozostaje jak najbardziej zasadne.

Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej - wyrok z 8 kwietnia 2014 r. sygn. KIO 606/14, wyrok z dnia 28 listopada 2018r. sygn. akt KIO 2250/18. W odniesieniu do przywołanego powyżej orzecznictwa, Odwołujący twierdził, że rozbieżność cenowa RMS niewątpliwie nie pozostaje częścią oferty. Dlatego też, nie można uznać za prawidłowe odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność oferty z wymaganiami postawionymi w Postępowaniu. Ponadto, powyższe orzecznictwo potwierdza, że RMS podlega uzupełnieniu, a więc Zamawiający był zobligowany do wezwania Odwołującego w niniejszym zakresie.

Dodatkowym argumentem stanowiącym o niezasadności odrzucenia oferty Odwołującego są również poglądy wyrażone w doktrynie. W komentarzu do PZP2, w zakresie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP zostało wskazane, że „Istota aktualnego rozwiązania polega na odniesieniu przesłanki odrzucenia oferty do określonych wymagań zamawiającego, a nie do określonego dokumentu, w którym pewne rozwiązania powinny być zawarte.”.

Ponadto, „Podstawą do odrzucenia oferty jest niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Na treść oferty składa się świadczenie wykonawcy. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z tymi warunkami, tj. w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji i innych warunków zamówienia określonych m.in. w art. 91-98 Pzp. Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Z przykładów zachowujących swoją aktualność na tle Pzp wynika, że okoliczności, których wystąpienie skutkowało powinno odrzuceniem oferty na podstawie komentowanego przepisu, dotyczyć mogą: (...), zakresu świadczenia wykonawcy lub sposobu spełnienia świadczenia, które nie odpowiadały warunkom zamówienia (np. nieuwzględnienie w wycenie wszystkich wymogów i elementów, jakie postawił zamawiający, (...)).”.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 Zamawiający nie zastosował wobec Odwołującego wezwania do uzupełnienia dokumentów przedmiotowych w trybie art. 107 ust. 2 PZP (tj. do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie zgodności oferowanych robót budowlanych z wymaganiami).

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm. dalej: „ustawa” lub „Pzp”).

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 11 października 2021 roku od czynności Zamawiającego z dnia 6 października 2021 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony postępowania odwoławczego.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w piśmie procesowym z dnia 18 października 2021 roku „Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie”, gdzie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości przedstawiając w tym zakresie argumentację faktyczną.

Izba uwzględniła stanowisko prezentowane przez uczestnika postępowania odwoławczego w piśmie z dnia 21 października 2021 roku „Stanowisko przystępującego wobec zarzutów odwołania (prawidłowo zawiadomiony nie przybył na posiedzenie z udziałem stron postępowania odwoławczego).

Izba uwzględniła stanowisko zaprezentowane w piśmie „Pismo procesowe Odwołującego” z dnia 12 listopada 2021 roku przez Odwołującego.

Izba ustaliła stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy z 2019 Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zgodnie z Specyfikacją Warunków Zamówienia (dalej: SWZ):

Rozdział IV. Opis przedmiotu zamówienia

1. Przedmiotem zamówienia jest bieżące utrzymanie nawierzchni dróg, ulic placów i chodników na terenie gminy Lubliniec w latach 2022 - 2023 obejmujące:

- bieżące utrzymanie nawierzchni dróg bitumicznych i gruntowych wraz z systemem odwodnienia oraz obiektami mostowymi - długość dróg - 72,70 km.
- bieżące utrzymanie dróg, chodników, placów o nawierzchni brukowej:
 - długość dróg brukowych- 22,33 km,
 - powierzchnia chodników i ścieżek - 90 410 m²
 - powierzchnia placów - 8 271 m²

Szczegółowy zakres prac przewidywanych do wykonania w ramach realizacji przedmiotu zamówienia przedstawia Załącznik nr 1 do niniejszej specyfikacji (przedmiar robót oraz specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót).

Rozdział XIII. Opis sposobu przygotowania oferty

(■■■)

5. Do przygotowania oferty zaleca się wykorzystanie Formularza Oferty, którego wzór stanowi Załącznik Nr 2 do SWZ. W przypadku, gdy Wykonawca nie korzysta z przygotowanego przez Zamawiającego wzoru, w treści oferty należy zamieścić wszystkie informacje wymagane w Formularzu Ofertowym.

6. Do oferty należy dołączyć:

a) kosztorys ofertowy wraz z załącznikiem przedstawiającym dane przyjęte w kalkulacji ofertowej: wysokość stawki roboczogodziny kosztorysowej, wysokość wskaźnika kosztów ogólnych, wysokość wskaźnika kosztów zakupu materiałów, wysokość stawki zysku, wykaz kosztorysowych cen najmu sprzętu budowlanego, wykaz kosztorysowych cen materiałów budowlanych,

(■■■)

Rozdział XVI. Sposób obliczenia ceny.

1. Wykonawca poda cenę oferty w formularzu ofertowym sporządzonym według wzoru stanowiącego Załącznik Nr 2 do SWZ.

Wykonawca w ofercie określi cenę oferty brutto w zł (PLN), która stanowić będzie wynagrodzenie kosztorysowe za realizację przedmiotu zamówienia. Cena oferty - jest to kwota wymieniona w formularzu oferty (Załączniku Nr 2 do SWZ), którą należy podać z dokładnością do grosza (do dwóch miejsc po przecinku), wynikająca z kosztorysu ofertowego. Wykonawca musi uwzględnić w cenie oferty wszelkie koszty niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu zamówienia oraz wszelkie opłaty i podatki wynikające z obowiązujących przepisów. Cena powinna zostać określona na podstawie załączonego zakresu przewidywanych do wykonania prac i powinna obejmować wszystkie prace oraz usługi, własne i obce, niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia (zabezpieczenie istniejącej infrastruktury, organizacja ruchu na czas prowadzenia prac, podatek VAT, itp.). Wykonawca powinien sporządzić kosztorys ofertowy podając ceny jednostek obmiarowych i ceny kosztorysowe dla wszystkich asortymentów robót ujętych w przedmiarze robót. Zamawiający podaje w przedmiarze robót podstawę nakładów stawek i cen w postaci odpowiednich Katalogów Nakładów Rzeczowych jedynie w celu pełniejszego opisu robót. Podane przez zamawiającego podstawy nie stanowią obowiązującej bazy dla dokonania wyceny przez oferenta. Podstawą wyceny dla wykonawcy winna być jego własna, oparta na rachunku ekonomicznym kalkulacja. Jeżeli w trakcie realizacji zamówienia zostaną wykonane roboty ujęte w przedmiarze robót, dla których wykonawca nie wpisał ceny jednostki obmiarowej, zamawiający nie będzie płacił za takie roboty zakładając, że są one ujęte w cenach pozostałych jednostek obmiarowych w zaakceptowanym kosztorysie ofertowym.

W przypadku, gdy ilość faktycznie wykonanych robót będzie odbiegała od ilości robót przedstawionej w przedmiarze robót, wynagrodzenie zostanie proporcjonalnie zmniejszone lub zwiększone przy zachowaniu cen jednostkowych przedstawionych w ofercie. W przypadku, gdy wystąpią roboty innego rodzaju niż przedstawione w przedmiarze robót, a

niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, roboty te rozliczone będą na podstawie

kosztorysów powykonawczych przygotowanych przez wykonawcę zgodnie z

Rozporządzeniem Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 13 lipca 2001 roku

w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych (Dz. U. nr 80, poz. 867) wg

stawek i wskaźników podanych w załączniku do kosztorysu ofertowego.

Wykonawca dołączy do kosztorysu ofertowego załącznik przedstawiający dane przyjęte w

kalkulacji ofertowej: wysokość stawki roboczegodziny kosztorysowej, wysokość wskaźnika

kosztów ogólnych, wysokość wskaźnika kosztów zakupu materiałów, wysokość stawki

zysku, wykaz kosztorysowych cen najmu sprzętu budowlanego, wykaz kosztorysowych cen

materiałów budowlanych.

Załącznik nr 4 do SWZ Umowa - wzór

§ 7

1. Strony ustalają za wykonanie prac stanowiących przedmiot umowy i uzgodnioną technologię wykonania wynagrodzenie kosztorysowe zgodnie z załącznikiem nr 1 do niniejszej umowy, w wysokości.....zł, słownie:.....w tym podatek od towarów i usług VA T.

2. Kwota określona w ust. 1 odpowiada zakresowi prac przedstawionemu w załączniku Nr 1. Zawiera ona dodatkowo wszystkie pozostałe koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia.

3. W przypadku, gdy ilość faktycznie wykonanych prac będzie odbiegała od ilości przedstawionej w załączniku nr 1 do niniejszej umowy, wynagrodzenie zostanie proporcjonalnie zmniejszone lub zwiększone przy zachowaniu cen jednostkowych przedstawionych w ofercie.

4. Wynagrodzenie za prace nie ujęte w załącznikach nr 1 zostanie ustalone kosztorysem powykonawczym, przy uwzględnieniu następujących zasad:

- stawka roboczogodziny do kosztorysowania - zgodnie z załącznikiem do kosztorysu ofertowego,
- narzut kosztów ogólnych, kosztów zakupu i stopa zysku - zgodnie z załącznikiem do kosztorysu ofertowego,
- koszty pracy sprzętu - zgodnie z załącznikiem do kosztorysu ofertowego, a w przypadku ich niewystępowania, w załączniku do kosztorysu ofertowego nie wyższe niż średnie krajowe wg informacji "SEKOCENBUD" na dzień realizacji prac.
- koszty materiałów - zgodnie z wykazem cen jednostkowych materiałów budowlanych, a w przypadku ich niewystępowania w wykazie, nie wyższe niż średnie krajowe wg informacji "SEKOCENBUD" na dzień realizacji prac.

Pismem z dnia 6 października 2021 roku Zamawiający powiadomił wykonawców, że: Informuję, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia na wykonanie robót związanych z bieżącym utrzymaniem dróg, ulic, placów i chodników na terenie gminy Lubliniec, jako najkorzystniejsza została wybrana oferta wykonawcy P.U.H. DOMAX A. M. ul. Grabińska 8, 42-283 Boronów za wynagrodzeniem w kwocie 1.870.646,95 zł.

Oferta otrzymała najwyższą ocenę - 100,00 pkt w następujących kryteriach oceny ofert: cena - 95,00 pkt, okres gwarancji - 5,00 pkt.

Była to jedyna oceniona oferta.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), odrzucono ofertę wykonawcy H. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa ul. Częstochowska 14, 42-283 Boronów z uwagi na fakt, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Wykonawca nie dołączył do oferty wymaganego załącznika przedstawiającego dane przyjęte w kalkulacji ofertowej, tj.: wykazu kosztorysowych cen najmu sprzętu budowlanego oraz wykazu kosztorysowych cen materiałów budowlanych.

Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), odrzucono ofertę wykonawcy OLS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa ul. Chopina 2, 42-700 Lubliniec z uwagi na fakt, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Wykonawca nie dołączył do oferty wymaganego załącznika przedstawiającego dane przyjęte w kalkulacji ofertowej: wysokość stawki roboczogodziny kosztorysowej, wysokość wskaźnika kosztów ogólnych, wysokość wskaźnika kosztów zakupu materiałów, wysokość stawki zysku, wykaz kosztorysowych cen najmu sprzętu budowlanego, wykaz kosztorysowych cen materiałów budowlanych.

Izba zważyła w zakresie zarzutów odwołania:

Izba ustaliła, Odwołujący wykazał wypełnienie łącznie przesłanek z art. 505 ust 1 nowej ustawy - Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Na wstępie Izba wskazuje, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz przytacza przepisy praw:

zgodnie z art. 16 ustawy Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny,

- art. 107 ust. 2 ustawy - Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia,

- art. 128 ust. 1 ustawy - Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

- art. 226 ust. 1 ustawy - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

- art. 7 pkt 29 ustawy - Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o: warunkach zamówienia - należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego;

- art. 239 ust. 1 ustawy - Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

W zakresie przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odwołania Izba stwierdziła, że Zamawiającym w sposób prawidłowy dokonał oceny złożonej przez Odwołującego oferty. Odwołujący nie złożył Zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wraz z Formularzem oferty załączników do Kosztorysu ofertowego na jakie wskazał w piśmie z dnia 6 października 2021 roku Zamawiający tj. wykazu kosztorysowych cen najmu sprzętu budowlanego oraz wykazu kosztorysowych cen materiałów budowlanych przedstawiającego dane przyjęte w kalkulacji oferty a wymagane zgodnie z postanowieniami SWZ.

Fakt braku złożenia takiego załącznika przez Odwołującego nie był sporny między Stronami postępowania.

Izba nie podziela argumentacji Odwołującego odnoszącej się do konieczności wezwania Odwołującego do uzupełnienia załączników do Kosztorysu ofertowego, które przez Odwołującego nie zostały złożone, a których wymagał Zamawiający. Zgodnie z postanowieniami SWZ Zamawiający określił wymagania co do złożenia Kosztorysu ofertowego wraz z załącznikami podając, że należy załączyć je do oferty. Sam fakt, że dokumenty te miały zostać załączone do Formularza oferty (sporządzonego według załącznika nr 2 do SWZ) nie przesądza, że nie stanowią one same oferty wykonawcy. Izba w tym miejscu wskazuje, że wynagrodzenie w ramach przedmiotowego postępowania stanowi wynagrodzenie kosztorysowe. Natomiast przedmiot zamówienia został w taki sposób przez Zamawiającego opisany i tak skonstruowane zostały wymagania, że w zakresie wystąpią roboty innego rodzaju niż przedstawione w przedmiarze robót przez Zamawiającego, które będą niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia rozliczenie tych

robót dokonane będzie na podstawie kosztorysów powykonawczych przygotowanych przez wykonawcę zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 13 lipca 2001 roku w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych (Dz. U. nr 80, poz. 867) wg stawek i wskaźników podanych w załączniku do kosztorysu ofertowego. Tym samym jednoznacznie nadał Zamawiający dokumentom składanym wraz z Formularzem oferty tj. wykaz kosztorysowych cen najmu sprzętu budowlanego oraz wykaz kosztorysowych cen materiałów budowlanych charakter dokumentów zawierających oświadczenie woli wykonawcy co tych cen. Do oferty Odwołującego nie zostały załączone dokumenty zgodnie z wymaganiami tj. formularz ofertowy wraz z załącznikiem zawierającym podnoszony przez Zamawiającego wykaz kosztorysowych cen najmu sprzętu budowlanego oraz wykaz kosztorysowych cen materiałów budowlanych.

Jednocześnie na podstawie przedstawionego dokumentu - Kosztorysu przez Odwołującego w formie jakiej został on złożony Zamawiającemu nie można określić cen najmu sprzętu budowlanego oraz kosztorysowych cen materiałów budowlanych. Natomiast ceny te zgodnie z postanowieniami wzoru umowy stanowić będą podstawę do wyliczenia wynagrodzenia za prace nie ujęte w przedmiarach (załącznik nr 1 do SWZ) i będzie ustalane kosztorysem powykonawczym, przy uwzględnieniu w przypadku kosztu pracy sprzętu zgodnie z załącznikiem do kosztorysu ofertowego. Natomiast dopiero w sytuacji, gdy dany koszt pracy sprzętu nie występuje w załączniku do kosztorysu ofertowego przyjmowane będzie jako nie wyższe niż średnie krajowe wg informacji "SEKOCENBUD" na dzień realizacji prac. Tożsama reguła została przyjęta przez Zamawiającego w odniesieniu do kosztów materiałów które w kosztorysie powykonawczym za prace nie ujęte w przedmiarach będą ujęte zgodnie z wykazem cen jednostkowych materiałów budowlanych, dopiero w okolicznościach gdy nie występują w wykazie będą ustalane jako nie wyższe niż średnie krajowe wg informacji "SEKOCENBUD" na dzień realizacji prac.

Powyższe oznacza, że odmiennie niż twierdzi Odwołujący zestawienie cen jakich wymagał w postępowaniu Zamawiający są mu niezbędne do realizacji tego zamówienia. Wymaga odnotowania, że rozliczenie przewidziane przez Zamawiającego stanowi rozliczenie kosztorysowe, a kosztorysy powykonawcze na jakie wskazywał Zamawiający będą sporządzone w oparciu o ceny zawarte w kosztorysie ofertowym oraz w załącznikach jaki miał obowiązek złożyć wykonawca. Wymaga podkreślenia również, że Odwołujący wskazał w trakcie rozprawy, że informacje o koszcie pracy sprzętu i kosztach materiałów nie są Zamawiającemu do realizacji tego zamówienia opisanego w OPZ i w par. 7 ust. 1 umowy potrzebne. Przy czym Odwołujący podał również, że zestawienie pracy sprzętu i zestawienie materiałów potrzebne są Zamawiający jedynie wtedy, kiedy będzie korzystać z możliwości zlecenia dodatkowych prac, nieprzewidzianych tą umową, ale też nie wiadomo czy te prace zostaną kiedykolwiek zlecone. Samo stanowisko Odwołującego potwierdza zatem, że Zamawiający przewidział w dokumentacji postępowania możliwość wykonania robót dla których niezbędne są informacje wynikające z załącznika do Kosztorysu, którego co należy podkreślić Zamawiający wymagał. To czy wystąpią roboty innego rodzaju niż przedstawione w przedmiarze robót, a niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia, nie jest możliwe na tym etapie do przewidzenia w żaden sposób. Jednakże jedno jest oczywiste w tym postępowaniu, a mianowicie, że Zamawiający wymagał złożenia załączników do kosztorysu, i że informacje jakie wynikają z tych załączników tj. ceny kosztorysowe cen najmu sprzętu budowlanego oraz kosztorysowe cen materiałów budowlanych mogą być niezbędne do realizacji zamówienia, gdy okoliczność opisana w dokumentacji postępowania będzie miała miejsce.

Zgodnie z art. 7 pkt 29 przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Ustawodawca w sposób jednoznaczny określił zakres elementów stanowiących warunki zamówienia podając między innymi, że dotyczą one wymagań związanych z realizacją zamówienia jak i samego zamówienia. Warunki zamówienia to informacje jakie są i będą weryfikowalne na podstawie wymagań Zamawiającego określonych w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający jednoznacznie wymagał złożenia wraz z Kosztorysem ofertowym załączników do kosztorysu zawierających między innymi wykaz kosztorysowych cen najmu sprzętu budowlanego oraz wykaz kosztorysowych cen materiałów budowlanych. Oznacza to jednoznacznie, że jednym z warunków zamówienia było wskazanie kosztorysowych cen najmu sprzętu budowlanego oraz kosztorysowych cen materiałów budowlanych. Wymaganie określone przez Zamawiającego koreluje precyzyjnie z określonymi we wzorze warunkami realizacji zamówienia, gdzie jednoznacznie zostało wskazane przez Zamawiającego, że ceny jakie miały zostać uwidocznione w załączniku

do kosztorysu ofertowego są niezbędne do tego, aby możliwe było prawidłowe przygotowanie kosztorysów powykonawczych w trakcie realizacji umowy, w okolicznościach wskazanych w tym projekcie umowy. Zakres przedmiotowy zamówienia został określony przez Zamawiającego w przedmiarze, jednakże wskazał również Zamawiający na możliwość wystąpienia robót innego rodzaju niż przewidziane w przedmiarze robót, które niezbędne będą dla prawidłowego wykonania zamówienia i jednoznacznie określił warunki rozliczenia takich robót w tym podstawy na jakich roboty te będą rozliczane (.wg stawek i wskaźników podanych w załączniku do kosztorysu ofertowego.). w oparciu o załącznik do kosztorysu przedstawiający dane przyjęte w kalkulacji, w tym wykaz kosztorysowych cen najmu sprzętu budowlanego, wykaz kosztorysowych cen materiałów budowlanych. Brak złożenia przez Odwołującego załącznika zawierającego wykaz kosztorysowych cen najmu sprzętu budowlanego oraz kosztorysowych cen materiałów budowlanych uniemożliwia sporządzenie kosztorysów powykonawczych w ramach realizacji innych robót niż przewidziane w kosztorysie ofertowym i niezbędne do realizacji zamówienia. tym samym informacje zawarte w załącznikach są niezbędne do realizacji zamówienia zgodnie z warunkami jakie w SWZ określili Zamawiający. Wymaga również zaznaczenia, że w oparciu o dokumenty przedstawione przez Odwołującego nie można ustalić kosztorysowych cen najmu sprzętu oraz kosztorysowych cen materiałów budowlanych. Oznacza to, że w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia nie zostały spełnione określone przez Zamawiającego wymagania co do oświadczenia jakie wykonawca miał obowiązek zgodnie z warunkami zamówienia przedstawić Zamawiającemu. Oświadczenia jakie wykonawcy składają w postępowaniu w odpowiedzi na zaproszenie stanowiące ogłoszenie o zamówieniu co do sposobu i zakresu świadczenia stanowią ich własne oświadczenia woli o świadczeniu zamówienia. Brak złożenia oświadczenia o kosztorysowych cenach najmu sprzętu oraz kosztorysowych cenach materiałów budowlanych powoduje, że Odwołujący nie złożył oświadczenia odpowiadającego warunkom zamówienia, więc nie złożył oświadczenia pozwalającego na realizację zamówienia zgodnie z postanowieniami SWZ.

Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy wyjaśniając, że załączniki do kosztorysu ofertowego zawierające wykaz kosztorysowych cen najmu sprzętu budowlanego oraz kosztorysowych cen materiałów budowlanych uniemożliwia Zamawiający winien wezwać do uzupełnienia w oparciu o tą regulację prawną.

Izba wskazuje w tym miejscu, że powyższa regulacja prawna została zawarta w Oddziale 4 Podmiotowe środki dowodowe w Rozdziale 2 Kwalifikacja podmiotowa wykonawców ustawy Prawo zamówień publicznych. Rozwiązanie z art. 128 ust. 4 ustawy nie stanowi uniwersalnej regulacji prowadzącej do możliwości uzupełnienia każdego z dokumentów wymaganych w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego. Ponieważ gdyby w ten sposób chciano dokonywać wykładni tego przepisu w zasadzie każdy „dokument” zawierający oświadczenia wiedzy czy woli można byłoby uzupełniać na tej podstawie - natomiast to nie jest poprawna wykładnia tego przepisu prawa. Regulacja zawarta w art. 128 ust. 1 ustawy odnosi się do tych dokumentów, które były składane przez wykonawcę na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy oraz zgodnie z art. 266 ust 1 ustawy do tych dokumentów składanych na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy. Tym samym wskazana regulacja prawna nie ma zastosowania do uzupełnienia niezłożonego oświadczenia co do samego świadczenia stanowiącego o wycenie przedmiotu zamówienia. Zamawiający prawidłowo dokonał oceny oferty Odwołującego i odrzucił ją z postępowania, w ocenie Izby bezprzedmiotowa staje się argumentacja dotycząca możliwości manipulacji cenami w wymaganych zestawieniach cen kosztorysowych przy ich uzupełnieniu, bowiem istotą odrzucenia oferty jest w tym wypadku brak złożenia dokumentów pozwalających na rozliczenie zamówienia zgodnie z postanowieniem SWZ z powodu braku informacji jakie były wymagane i niezbędne. Niemniej argumentacja Zamawiającego zawarta w piśmie procesowym obrazuje i potwierdza, że wymaganie Zamawiającego określone w SWZ nie było iluzoryczne i stanowiło istotne oświadczenie.

W odniesieniu do podnoszonego naruszenia regulacji art. 107 ust. 2 ustawy przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia przedmiotowego środka dowodowego dotyczącego potwierdzenia zgodności oferowanych robót budowlanych z wymaganiami Zamawiającego tj. załącznika przedstawiającego dane przyjęte w kalkulacji ofertowej: wysokość stawki roboczogodziny kosztorysowej, wysokość wskaźnika kosztów ogólnych, wysokość wskaźnika kosztów zakupu materiałów, wysokość stawki zysku, wykaz kosztorysowych cen najmu sprzętu budowlanego, wykaz kosztorysowych cen materiałów budowlanych - Odwołujący nie przedstawia w zasadzie żadnej argumentacji faktycznej oraz uzasadnienia zarzucanego naruszenia prawa dającej poddać się ocenie w kontekście wskazanej podstawy prawnej.

Wymaga podkreślenia w tym miejscu, że niezmiennie w orzecznictwie Izby i Sądów Powszechnych ukształtowany jest pogląd odnoszący się do konstrukcji zarzutów odwołania.

Izba podkreśla, że zgodnie z art. 555 ustawy Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Ustawodawca w art. 516 ust. 1 ustawy wskazał, że odwołanie zawiera między innymi (8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; (9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania oraz (10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności. W oparciu o art. 552 ust. 1 ustawy Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego, a na podstawie art. 534 ust. 1 ustawy Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że niezmiennie od początku istnienia Krajowej Izby Odwoławczej, co również pozostaje aktualne po wejściu w życie w dniu 1 stycznia 2021 roku przepisów ustawy z 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych - mianowicie postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne w oparciu o przedstawione w odwołaniu zarzuty wraz z faktyczną argumentacją do nich. Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - następuje kontrola poprawności działania bądź bezprawnego zaniechania Zamawiającego pod względem zgodności z przepisami ustawy. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (*petitum*) i nie ogranicza się jedynie do podania podstawy prawnej oraz wskazania stanu faktycznego, a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji będącej uzasadnieniem stanowiska Odwołującego. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się do postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu.

Izba zaznacza, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.” Zauważyć należy, że zgodnie z orzeczeniami Sadu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia, w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z 24 marca 2014 roku, sygn. akt III CSK 156/14 czytamy: Oznacza to, że nawet wskazanie jej przez powoda nie jest wiążące dla sądu, który w ramach dokonywanej subsumcji jest zobowiązany do oceny roszczenia w aspekcie wszystkich przepisów prawnych, które powinny być zastosowane jako mające oparcie w ustalonych faktach (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 1947 r., C III 137/47, OSNC 1948, nr 1, poz. 20, z dnia 2 maja 1957 r., II CR 305/57, OSNC 1958, nr 3, poz. 72; wyrok z dnia 15 września 2004 r., III CK 352/03, niepubl.). Podanie błędnej podstawy prawnej nie może wywołać negatywnych skutków dla powoda. Zwrócono również uwagę w orzecznictwie na to, że wskazanie w pozwie przez profesjonalnego pełnomocnika powoda podstawy prawnej żądania, mimo braku takiego obowiązku, może spowodować

ukierunkowanie postępowania, przez pośrednie określenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 1999 r., I CKN 252/98, OSNC 1999, nr 9, poz. 152). Ukierunkowanie to nie może jednak oznaczać formalnego związania sądu podaną podstawą prawną zwłaszcza, gdy okoliczności faktyczne mogą stanowić oparcie dla innej, adekwatnej podstawy prawnej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2002 r., III CKN 182/01, niepubl.). (...) Niedopuszczalne byłoby zasądzenie przez sąd czegokolwiek na podstawie innego stanu faktycznego niż ten, który jest podstawą powództwa. W orzecnictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący.

W odniesieniu do wskazanego naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy przez wybór jako najkorzystniejszej oferty DOMAX, podczas gdy to oferta Odwołującego w świetle kryteriów oceny ofert jest ofertą najkorzystniejszą i powinna zostać wybrana jako oferta najkorzystniejsza w Postępowaniu Izba w całości przyjmuje za aktualną powyżej wskazaną argumentację dotyczącą braku podniesienia faktycznego uzasadnienia w zakresie podniesionego zarzutu odwołania. Dodatkowo należy wskazać, że Odwołujący nie odnosił się do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględni 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. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W rozpoznawaniu sprawy odwołanie okazało się niezasadne z przyczyn wskazanych przez Izbę w uzasadnieniu wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 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), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: