Sygn. akt: KIO 34/22

WYROK

z dnia 24 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 stycznia 2022 r. przez wykonawcę: AARSLEFF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Żnin

przy udziale wykonawcy: K. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Mosty Kujawy K. S. z siedzibą w Smólniku, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego, 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.

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

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 34/22

Gmina Żnin - dalej: „zamawiający”, prowadzi postępowanie w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp”, o wartości szacunkowej poniżej progów unijnych, którego przedmiotem jest wyłonienie wykonawcy na realizację zamówienia publicznego pn.: „ Przebudowa przystani żeglarskiej w Rydlewie oraz Przebudowa pomostu i nabrzeża w ramach II etapu przebudowy przystani żeglarskiej nad Jeziorem Żnińskim Małym”; numer postępowania: IGPI.271.15.2021 (dalej: „postępowanie" lub „zamówienie”).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 października 2021 r. pod numerem: 2021/BZP 00231999/01.

Zamawiający 30 grudnia 2021 r. przekazał wykonawcom informację o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę: K. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Mosty Kujawy K. S. z siedzibą w Smólniku (dalej „Mosty Kujawy” lub „przystępujący”).

W dniu 4 stycznia 2021 r. przez wykonawcę: AARSLEFF Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „odwołujący”) zostało wniesione odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, polegającej na dokonaniu wyboru oferty Mosty Kujawy jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Mosty Kujawy, mimo że zawiera błąd w obliczeniu ceny, który nie jest możliwy do poprawienia samodzielnie przez zamawiającego w zakresie ceny zaoferowanej w Kosztorysie „Rydlewo- przystań 05.11.2021” poz. 9, 11 oraz 26.1;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Mosty Kujawy, mimo że oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia - nie spełnia wszelkich wymagań określonych w treści dokumentacji zamówienia;

3. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Mosty Kujawy jako najkorzystniejszej podczas, gdy oferta ta podlega odrzuceniu oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;

4. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty podlegającej odrzuceniu i zaniechanie przeprowadzenia procedury badania ofert w sposób gwarantujący zachowanie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji;

5. art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający przepisy ustawy i jej podstawowe zasady, tj. zasadę równego traktowania wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz efektywności zamówienia i legalizmu, co w konsekwencji doprowadziło do wyboru oferty niebędącej ofertą najkorzystniejszą.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Mosty Kujawy jako najkorzystniejszej; powtórzenia czynności badania i oceny ofert; odrzucenia oferty wykonawcy Mosty Kujawy.

Zamawiający, działając na podstawie art. 524 ustawy Pzp, poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił

wykonawca: K. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Mosty Kujawy K. S. z siedzibą w Smólniku.

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości, jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania przesłaną przez zamawiającego do akt sprawy, po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Odwołujący ubiega się o udzielenie przedmiotowego zamówienia i złożył swoją ofertę w postępowaniu, która to oferta nie podlega odrzuceniu, w związku z czym odwołujący ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Na skutek jednak nieprawidłowości po stronie zamawiającego, oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert. Skutkiem tego utracił on możliwość pozyskania przedmiotowego zamówienia. W efekcie odwołujący może ponieść szkodę polegającą na utracie korzyści wynikających z jego realizacji.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy. Izba dopuściła i oceniła dowody wnioskowane przez odwołującego, złożone na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania, zgodnie z opisem zamieszczonym w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w Części II pkt 1 SWZ jest wykonanie zadania inwestycyjnego obejmującego realizacje: Zadanie nr I - Przebudowa przystani żeglarskiej w Rydlewie; Zadanie nr II - Przebudowa pomostu i nabrzeża w ramach II etapu przebudowy przystani żeglarskiej nad Jeziorem Żnińskim Małym. Ponadto zamawiający w pkt 4 i 5 wskazał, że przedmiot zamówienia musi zostać wykonany zgodnie z opracowaną dokumentacją projektową. Zakres robót został ujęty w przedmiarach robót, które stanowią część niniejszej dokumentacji przetargowej i stanowią element dla skalkulowania ceny ostatecznej - ofertowej. Przedmiar stanowi wyznacznik do wyceny zakresu robót. Wykonawca nie może korygować zakresu robót umieszczonych w przedmiarze robót. Na podstawie podanych katalogów nakładów rzeczowych zamawiający podaje dane rodzaje robót, którym odpowiadają dane nakłady wskazane w katalogach. Wykonawca nie może dokonywać znacznych zmian w tych nakładach samoczynnie. Powinien w takim przypadku najpierw poinformować zamawiającego o konieczności dokonania modyfikacji w tym zakresie w ramach zapytań do SWZ, a zamawiający jeżeli uzna to za zasadne wyrazi taką zgodę. Jeżeli nie, to w przypadku dokonania zmian, może to stanowić przesłankę do odrzucenia oferty. Dotyczy to również nakładów robocizny, sprzętu i materiałów w danej pozycji kosztorysowej.

Izba ustaliła również, że w Części III SWZ w pkt VII opisano sposób, w jaki wykonawca powinien obliczyć cenę oferty. Zgodnie z nim cena oferty winna uwzględniać wszystkie zobowiązania i musi być podana w PLN cyfrowo i słownie, z wyodrębnieniem należnego podatku VAT. Cenę ryczałtową traktować należy jako stałą i niezmienną, ujmującą wszystkie niezbędne określonymi odrębnymi przepisami (podatki, opłaty itp), z zastrzeżeniem zapisów wzoru umowy. Cenę oferty należy policzyć stosując powszechnie

stosowane wzory sporządzania kosztorysów ofertowych na roboty budowlane zgodnie z załączonym przedmiarem robót (z uwzględnieniem zapisów SWZ w tym zakresie) oraz doliczyć do powstałej kwoty inne składniki wpływające na ostateczną cenę ryczałtową brutto uwzględniającą wszystkie prace i nałożone obowiązki w dokumentacji postępowania.

W ofercie należy podać cenę ogółem (brutto) kompleksowego wykonania zamówienia. Cena ta musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zadania wynikające wprost z dokumentacji, jak i również nie ujęte w dokumentacji projektowej, ale stanowiące integralną część wykonania robót (powiązalność techniczna i technologiczna oczywista) a niezbędne do wykonania zadania (są to m.in.: koszty i wydatki, które mogą być potrzebne na pokrycie wydatków związanych z wykonaniem robót budowlanych, pracami tymczasowymi, ogólnym ryzykiem, obciążeniami i zobowiązaniami wyznaczonymi przez dokumenty przetargowe). Przyjmuje się, że poniesione narzuty z racji ustanowienia robót, zysku i wynagrodzeń za wszystkie zobowiązania są rozdzielone równomiernie na wszystkie stawki jednostkowe. Stawki i ceny muszą być przypisane dla każdej pozycji kosztorysu ofertowego i w rozumieniu zamawiającego pokrywają również wszystkie inne zobowiązania finansowe, które nie zostały wyszczególnione w przedmiarze robót. Podstawą do określania ceny oferty (brutto) jest SWZ i dokumentacja stanowiąca załączniki do niniejszej SWZ. Wszelkie zastrzeżenia i uwagi w kwestii rozwiązań do przyjętej technologii i rozwiązań projektowych wykonawca ma prawo zgłosić zamawiającemu w trybie wniosków o wyjaśnienie SWZ. Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględnić w kosztorysie ofertowym wszystkie pozycje przedmiarowe opisane w przedmiarach robót. Wszelkie zastrzeżenia i uwagi w tym zakresie wykonawca ma prawo zgłosić zamawiającemu w trybie wniosków o wyjaśnienie treści SWZ. Oferta musi zawierać cenę brutto z podaniem właściwej stawki procentowej podatku VAT według obowiązujących przepisów na dzień składania ofert. Wynagrodzenie brutto wykonawcy jest stałe i niezmienne w okresie realizacji, z zastrzeżeniem zapisów SWZ dot. zmiany umowy. Określenie w ofercie ceny brutto z uwzględnieniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług stanowi błąd w obliczeniu ceny, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki. Oferent od zaoferowanej kwoty, jeżeli uzna za stosowane odejmuje wszelkie zniżki i stosuje rabat sporządzając stosowną adnotację w kosztorysie ofertowym z wyszczególnieniem ceny ostatecznej wraz z podpisem wykonawcy, a następnie obliczoną cenę ostateczną umieszcza w formularzu ofertowym. W przypadku zastosowanego upustu należy podać również upust procentowy, który będzie uznawany i przypisywany do równomiernie poszczególnych cen jednostkowych ujętych w kosztorysie. Wszystkie stawki i ceny podaje się w PLN. Cena ta będzie brana pod uwagę przez komisję przetargową w trakcie wyboru najkorzystniejszej oferty. Wykonawca nie może korygować zakresu robót umieszczonych w przedmiarze robót, z uwzględnieniem zapisów SWZ w tym zakresie. Jeżeli natomiast w wyniku dokonanej przez siebie analizy i obliczeniach uznał nieprawidłowości, to o wszelkich zmianach wykonawca może dochodzić procedurą pytań do SWZ. W przypadku stwierdzenia braków, wad lub sprzeczności w dostarczonych przez zamawiającego do opracowania kosztorysu ofertowego materiałach wykonawca powinien niezwłocznie o tym fakcie powiadomić zamawiającego przed upływem terminu składania ofert. Wykonawca ponosi koszty związane z przygotowaniem i z złożeniem oferty. Kosztorys ofertowy należy sporządzić metodą szczegółową i musi on bezwzględnie zawierać wszystkie pozycje ujęte w przedmiarze robót (dokładny opis i ilość robót), zgodnie z pozostałymi zapisami SWZ w tym zakresie. Pomimo, że wartość kosztorysowa przeniesiona do formularza ofertowego (po uwzględnieniu ewentualnego rabatu), jeżeli taki będzie traktowana jest jako ryczałt, to w przypadku stwierdzenia niezgodności kosztorysu z przedmiarem oferta podlegać będzie odrzuceniu (przy uwzględnieniu zastosowania instytucji poprawienia omyłek zgodnie z zapisami ustawy Pzp oraz zapisów SWZ w tym zakresie). Wszystkie wartości w kosztorysie ofertowym oraz ostateczna cena powinny być wyliczone z dokładnością dwóch miejsc po przecinku. Kosztorys ofertowy wykonany w sposób szczegółowy ma na celu spełnienie m.in. następujących funkcji: będzie stanowił wyznacznik do rozliczeń finansowych pomiędzy zamawiającym a wykonawcą w przypadku wystąpienia konieczności wykonania robót zamiennych oraz dodatkowych oraz odstąpienia od umowy przez wykonawcę bądź zamawiającego; służy zamawiającemu do weryfikacji oferty, ceny podanej w formularzu ofertowym przez wykonawcę, która będzie poddana weryfikacji przez zamawiającego pod kątem dokonania ustaleń czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia; stanowi element pomocniczy we wszelkich rozliczeniach pomiędzy zamawiającym, wykonawcą i podwykonawcami (w przypadku wystąpienia podwykonawców lub /i dalszych podwykonawców w postępowaniu). Kosztorys nie podlega uzupełnieniu w przypadku nie złożenia wraz z ofertą lub złożenia w formie uproszczonej.

Ponadto Izba ustaliła, że załącznikiem nr 1 do SWZ był formularz ofertowy, w którym wykonawca zobowiązany był podać ceny ryczałtowe, wynikające z obliczenia ceny dokonanej na podstawie sporządzonych kosztorysów ofertowych, a także łączną cenę za wykonanie zamówienia.

W odpowiedzi na ogłoszenie, swoje oferty złożyli: odwołujący, który zaproponował realizację zamówienia za cenę 5 909 902,19 zł. i przystępujący, który zaoferował cenę 5 676 683,66 zł.

W toku badania i oceny ofert zamawiający, działając na podstawie art. 223 ustawy Pzp, pismem z 10 grudnia 2021 r. wezwał wykonawcę Mosty Kujawy do złożenia wyjaśnień w zakresie Kosztorysu do przedmiaru „Rydlewo_bud_cz m_04_30.08.2021_PR" - poz. 11 oraz poz. 26.1, tj. wyjaśnienie braku wyszczególnienia i skalkulowania materiałów (konstrukcji stalowej kleszczy i rur stalowych) w ramach ww. pozycji kosztorysowych. Jeśli wykonawca skalkulował powyższe w ramach którejś z pozostałych pozycji kosztorysowych, to zamawiający wezwał do wskazania, w której pozycji zostało to zawarte. Uzasadniając swoją decyzję zamawiający wskazał, że powziął wątpliwość, czy wykonawca Mosty Kujawy w rzeczywistości ujął w swojej ofercie materiał wskazany w ww. pozycjach (poz. 11 Konstrukcja stalowa - kleszcze stalowe ścianki szczelnej; poz. 26.1 rury stalowe do wykonania pali rurowych). Wykonawca, w odpowiedzi na wezwanie (pismo z 15 grudnia 2021 r.) stwierdził, że odnośnie poz. 11 (Kleszcze stalowe) sporządzając kosztorys ofertowy jako pierwszy sporządzony został kosztorys uproszczony „przyjmując cenę jednostkową 5 942,07 zł. za t wykonania kleszczy stalowych ścianki szczelnej z dostawą konstrukcji stalowej. Przy kalkulacji tej ceny zastosowano ceny, jakie wykonawca stosował na dotychczas wykonywanych podobnych robotach oraz aktualne ceny rynkowe stali. Przy sporządzaniu kosztorysu szczegółowego pomyłkowo pominięto pozycję materiał - konstrukcja stalowa. Cena za ten nieuwzględniony materiał została ujęta w pozostałych elementach kalkulacji szczegółowej tej pozycji. Cena jednostkowa wynikająca z kosztorysu szczegółowego wynosi 5 942,07 zł./ t. Łączna wartość poz. 11 obejmuje wszystkie niezbędne koszty." Z kolei odnośnie poz. 26.1 (Pale rurowe), wykonawca oświadczył, że sporządzając kosztorys ofertowy jako pierwszy sporządził kosztorys uproszczony, „przyjmując ceną jednostkową 1 833,29 zł. za m wykonania pali rurowych z wypełnieniem. Przy kalkulacji tej ceny zastosowano ceny jakie wykonawca stosował na dotychczas wykonywanych podobnych robotach oraz aktualne ceny zakupu rur stalowych. Przy sporządzaniu kosztorysu szczegółowego pomyłkowo pominięto pozycję materiał - rury stalowe. Cena za ten nieuwzględniony materiał została ujęta w pozostałych elementach kalkulacji szczegółowej tej pozycji. Cena jednostkowa wynikająca z kosztorysu szczegółowego wynosi 1 833,29 zł./m. Łączna wartość poz. 26.1 obejmuje wszystkie niezbędne koszty."

Zamawiający przyjął wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w treści pisma z 15 grudnia 2021 r. za wystarczające i w dniu 30 grudnia 2021 r. dokonał wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba uznała, że w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp rozpoznawane odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności odwołujący podnosił, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Mosty Kujawy pomimo, że ta winna zostać odrzucona jako zawierająca błędy w obliczeniu ceny. W jego ocenie oferta ta nie uwzględnia bowiem wszystkich elementów cenotwórczych wynikających z przepisów prawa oraz cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji. W treści wskazanej oferty przyjęto, jego zdaniem, błędną ilość materiału grodzic stalowych, nie uwzględniono materiału kleszczy stalowych, a także nie uwzględniono materiału pali z rur stalowych.

W pierwszej kolejności należy w tym miejscu przypomnieć, że z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu, o którym stanowi art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp mamy do czynienia wówczas, gdy doszło do błędu co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego. W odróżnieniu od omyłki rachunkowej, która charakteryzuje się tym, że wykonawca nieprawidłowo wykona czynności arytmetyczne, składające się na obliczenie ceny, błędy w obliczeniu ceny nie nadają się do poprawienia, gdyż nie ma jednego sposobu, w jaki można byłoby te błędy poprawić. Innymi słowy, jeśli mamy do czynienia z sytuacją, w której wykonawca wskazuje w swojej ofercie cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, kalkulując w niej czynności, które nie są objęte przedmiotem zamówienia, lub też nie uwzględnia we wskazanej kwocie elementów, które ująć powinien - to wówczas wskazana przez wykonawcę cena jest nieprawidłowa, gdyż dotyczy innego stanu faktycznego niż przedmiot postępowania. Cena ta została jednak w takim przypadku ustalona prawidłowo, tj. nie zawiera omyłek rachunkowych, w związku z czym zamawiający nie może w nią ingerować. Z tych powodów ustawodawca przesądził, że taką ofertę należy odrzucić.

W okolicznościach niniejszej sprawy należało rozważyć czy z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku oferty złożonej przez wykonawcę Mosty Kujawy. Analiza treści złożonej oferty, jak też wyjaśnień składanych przez tego wykonawcę w toku postępowania, prowadzi do wniosku, że nie mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu,

o którym stanowi przepis art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Bezsporne jest, że zamawiający w toku postępowania powziął pewne wątpliwości co do treści oferty wykonawcy Mosty Kujawy, w konsekwencji wezwał go do złożenia wyjaśnień w zakresie wyceny w Kosztorysie do przedmiaru „Rydlewo_bud_cz m_04_30.08.2021_PR" - poz. 11 oraz poz. 26.1, tj. wyjaśnienie braku wyszczególnienia i skalkulowania materiałów (konstrukcji stalowej kleszczy i rur stalowych) w ramach ww. pozycji kosztorysowych. W treści wezwania zamawiający podkreślił, że oczekuje od wykonawcy wskazania pozycji kosztorysowej, w której przedmiotowe koszty zostały wliczone. Wykonawca Mosty Kujawy w treści pisma z 15 grudnia 2021 r. wskazał, że materiał kleszczy stalowych oraz materiał pali z rur stalowych został ujęty w pozostałych elementach kalkulacji szczegółowej tej pozycji. Tym samym, w ocenie Izby, po pierwsze udzielił odpowiedzi na zadane przez zamawiającego pytanie. Po drugie, wbrew twierdzeniom odwołującego, określenie „w pozostałych pozycjach" jest zrozumiałe i oznacza tyle, że koszty materiału potrzebnego do wykonania tej pozycji zostały rozłożone na wszystkie pozostałe pozycje (elementy) kosztorysowe danej pozycji. Dodatkowo, wykonawca potwierdził, że łączna wartość ww. pozycji przedmiarowych zawiera wszystkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia, a w konsekwencji, że wyceniony został cały przedmiot zamówienia i jest on zgodny z wymaganiami opisanymi przez zamawiającego w SWZ. Ponadto, jak trafnie zauważył zamawiający celem zamawiającego, który skierował do Mosty

Kujawy przedmiotowe pismo było jedynie wyjaśnienie wątpliwości w zakresie sposobu kalkulacji tej pozycji kosztorysowej, i w tym kontekście odpowiedź udzieloną przez wykonawcę Mosty Kujawy należy uznać za wystarczającą.

Nie mamy w niniejszej sprawie zatem do czynienia z sytuacją, w której materiały niezbędne do realizacji zadania nie zostały uwzględnione w wycenie, a w konsekwencji nie sposób stwierdzić, że cena oferty została obliczona w sposób nieprawidłowy. Wprawdzie nie wymieniono w tej pozycji odrębnie kosztu materiałów, jednakże z treści złożonych wyjaśnień wynika bezsprzecznie, że te zostały wzięte pod uwagę w innych elementach kalkulacji, w tej samej pozycji kosztorysu. Nie sposób zatem zgodzić się z odwołującym, że nie wzięto pod uwagę wszystkich elementów istotnych pod względem cenotwórczym, a skutkiem tego oferta wykonawcy Mosty Kujawy podlega odrzuceniu.

Jednocześnie Izba nie zgadza się również z wnioskiem odwołującego, że istnieje znaczne prawdopodobieństwo, iż zadanie nie zostanie wykonane z uwagi na niedoszacowanie kosztów jego realizacji. Porównując bowiem ceny jednostkowe kwestionowanych pozycji w kosztorysie wykonawcy Mosty Kujawy z kosztorysem odwołującego widać, że w przypadku ceny pozycji 9 i 26.1 wykonawca Mosty Kujawy ustalił je na poziomie wyższym niż odwołujący. Z kolei w przypadku pozycji 11, której wycena również była przez odwołującego kwestionowana, różnica w cenie jednostkowej jest nieznaczna. Stąd nieuprawniony jest wniosek, że oferta ta winna budzić jakiekolwiek wątpliwości co do zakresu robót w niej ujętych.

Z treści zapisów SWZ, zarówno odnoszących się do opisu przedmiotu zamówienia, jak też sposobu kalkulacji ceny ofertowej wynika, że wykonawcy składający ofertę mieli obowiązek przedłożenia kosztorysów ofertowych. Te miały być sporządzone metodą szczegółową i bezwzględnie zawierać wszystkie pozycje ujęte w przedmiarze robót (dokładny opis i ilość robót). Oznacza to, że przedmiotem badania zamawiającego była treść kosztorysów ofertowych tj. ich zgodność z przekazanym przedmiarem robót. Wprawdzie zamawiający analizował również poszczególne pozycje kosztorysowe w zakresie, w jakim wykonawcy ustalali poszczególne składowe danej ceny jednostkowej, to zgodnie z treścią SWZ w przypadku, gdy kosztorys taki został sporządzony prawidłowo: zgodny był opis danej pozycji z przedmiarem, podano właściwą ilość, nie dokonano zmian w określonych przez zamawiającego katalogach nakładów rzeczowych - taki kosztorys należało uznać za sporządzony w sposób prawidłowy. Skoro zatem kosztorys przedłożony przez Mosty Kujawy błędów w tym zakresie nie zawierał - nie sposób uznać także, że w danych pozycjach nie skalkulowano ceny materiałów, czy też błędnie podano ich ilość.

Mając na uwadze powyższe, nie sposób dopatrzeć się także błędu w obliczeniu ceny w poz. 9 - Wbijanie ścianek szczelnych stalowych z grodzic stalowych kosztorysu „Rydlewo-przystań 05.11.2021" sporządzonym przez wykonawcę Mosty Kujawy. Odwołujący zwracał uwagę, że w tej pozycji wykonawca Mosty Kujawy przyjął błędną, gdyż rażąco wygórowaną cenę materiału grodzic stalowych wynoszącą 4 882,18 zł./ kg w sytuacji, gdy cena rynkowa grodzic stalowych wynosi aktualnie około 5,50 zł./ kg. Na rozprawie przedstawiał dowody prezentujące w jaki sposób należało prawidłowo obliczyć cenę wykonania grodzic stalowych wg KNR (w programie NORMA) i prezentował w którym miejscu, w jego ocenie, wykonawca Mosty Kujawy, popełnił błąd w swoich wyliczeniach. Miał on polegać na tym, że nie wprowadzono we właściwym miejscu prawidłowego ciężaru grodzić dla wykonania 1 mb ścianki, wskutek czego w kosztorysie nie wyceniono właściwej ilości grodzić zgodnie z dokumentacją projektową.

Należy jednak zauważyć, że w kontekście wymagań zamawiającego opisanych w SWZ, jeśli nawet doszło do omyłki co do sposobu wyliczenia ceny jednostkowej, a z takim ewentualnie błędem mamy do czynienia w tym przypadku, to niezmienna pozostała ilość wskazana w kosztorysie ofertowym w stosunku do przekazanego przedmiaru. Także wartość za wykonanie prac opisanych w tej pozycji nie odbiega ani od ceny, którą oszacował zamawiający, ani też określonej przez odwołującego dla tej konkretnej pozycji.

W kontekście z kolei zarzutu sformułowanego przez odwołującego, nie sposób uznać, że mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny, polegającym na braku uwzględnienia w wycenie kosztu grodzic stalowych, w ilości która wynikałaby z przygotowanego przez zamawiającego przedmiaru, czy też dokumentacji projektowej. Porównując bezpośrednio cenę jednostkową wykonania 1 mb ścianek szczelnych firmy Mosty Kujawy wynoszącą 7 269,31 zł. ze złożoną przez odwołującego ofertą tj. 7 024,43 zł. nie ma żadnych podstaw do zakwalifikowania tego zakresu robót jako skalkulowanego nieprawidłowo, wadliwie i niezgodnie z wymogami określonymi w SWZ.

Nie sposób też zgodzić się ze stanowiskiem, że taki błąd może spowodować w przyszłości rażące straty po stronie zamawiającego, gdyby przyjął ofertę wykonawcy Mosty Kujawy i podpisał z nim umowę na wykonanie przedmiotowego zadania. Z treści SWZ nie wynika, że w przypadku wystąpienia robót dodatkowych i konieczności dostawy dodatkowych materiałów (tu: dodatkowej ilości grodzic stalowych), zamawiający obligatoryjnie stosuje ceny w nim określone. W SWZ przewidziano jedynie, że złożony w toku postępowania kosztorys stanowi wyznacznik do rozliczeń finansowych pomiędzy zamawiającym a wykonawcą w takich przypadkach. Tym samym cen w nim podanych nie sposób uznać w żadnym razie za wiążące.

Skoro zatem nie sposób stwierdzić, że wyliczając cenę swojej oferty wykonawca Mosty Kujawy nie uwzględnił wszystkich wymaganych elementów kosztotwórczych, które wynikały z opisanych przez zamawiającego w dokumentacji wymagań dla realizowanego przedmiotu zamówienia, jego zakresu czy też warunków realizacji, nie sposób uznać, że mamy do czynienia z błędem w obliczeniu ceny lub kosztu.

Izba nie podziela również twierdzeń odwołującego, że zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Mosty Kujawy mimo, że oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia - nie spełnia wszelkich wymagań określonych w treści dokumentacji zamówienia.

Odwołujący upatrywał naruszenia tego przepisu w tym, że oferta wykonawcy Mosty Kujawy, jako że nie uwzględnia części materiałów, z których powinien być wykonany przedmiot umowy to oczywistym pozostaje, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia. Zamówienie nie może bowiem zostać zrealizowane w sposób prawidłowy jeśli oferta nie uwzględnia podstawowych wymagań zamawiającego. Jak już wcześniej wywiedziono, nie sposób uznać, że zarzuty sformułowane przez odwołującego w odniesieniu do złożonej przez wykonawcę Mosty Kujawy, w zakresie w jakim podnosił, że części materiałów w ofercie nie uwzględniono, są zasadne.

Ponownie należy przywołać zapisy SWZ, odnoszące się do sposobu kalkulacji ceny ofertowej, w których zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia musi zostać wykonany zgodnie z opracowaną dokumentacją projektową. Z kolei zakres robót został ujęty w przedmiarach robót, które stanowią część niniejszej dokumentacji przetargowej i stanowią element dla skalkulowania ceny ostatecznej - ofertowej. Przekazany przedmiar miał stanowić wyznacznik do wyceny zakresu robót, stąd niedopuszczalne było dokonywanie korekty w zakresie robót umieszczonych w przedmiarze robót. Na podstawie podanych katalogów nakładów rzeczowych zamawiający podał rodzaje robót, którym odpowiadają dane nakłady wskazane w katalogach. Wykonawca nie mógł dokonać znacznych zmian w tych nakładach samoczynnie.

Mając na uwadze powyższe zapisy nie sposób stwierdzić, że w niniejszej sprawie wykonawca Mosty Kujawy zaoferował przedmiot zamówienia, który nie byłby zgodny z wymaganiami, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji, parametrów technicznych czy też innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Z kolei przypomnieć należy, że aby zastosować powyższą przesłankę, która stanowi podstawę odrzucenia oferty, musi być możliwe jednoznaczne stwierdzenie, na czym konkretnie polega niezgodność oferty z SWZ. Tym samy jeśli nie sposób, porównując zapisy SWZ i treść świadczenia zaoferowanego przez danego wykonawcę stwierdzić, co w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SWZ - taka oferta nie podlega odrzuceniu. W tym przypadku nie ma podstaw do uznania, że zakres oferowanego przez przystępującego zamówienia nie odpowiada treści SWZ. Wykonawca Mosty Kujawy sporządził kosztorys ofertowy, który odzwierciedlał co do zakresu, pozycji i ilości przedmiot opisany w przedmiarach robót, czego zamawiający w przytoczonych powyżej zapisach oczekiwał. Nie doszło do pominięcia

żadnego zakresu świadczenia, zaoferowania odmiennego zakresu lub braku jego dookreślenia w sposób umożliwiający ocenę, czy wykonawca złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego. To z kolei, co budziło wątpliwości zamawiającego w kontekście sposobu kalkulacji ceny ofertowej, zostało wyjaśnione w toku prowadzonego postępowania.

Nie sposób zatem uznać, że doszło do naruszenia wskazywanego przez odwołującego przepisu ustawy Pzp, który nakazuje odrzucenie oferty wykonawcy, jeśli ta nie jest zgodna z treścią SWZ.

W konsekwencji nie doszło również do naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Mosty Kujawy jako najkorzystniejszej czy też art. 16 pkt 1 ustawy Pzp i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp i jej podstawowe zasady. W tym miejscu należy jedynie zwrócić uwagę, że nie sposób uznać, że zamawiający w sposób preferencyjny potraktował wykonawcę Mosty Kujawy, naruszając zasady równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zamawiający, zgodnie z przepisami ustawy Pzp, zbadał wszystkie oferty złożone w niniejszym postępowaniu oferty. W konsekwencji zarówno przystępujący jak i odwołujący zostali wezwani do złożenia wyjaśnień treści oferty, przy czym ilość wątpliwości w stosunku do oferty odwołującego była o wiele szersza niż w przypadku oferty przystępującego. Zamawiający przyjął złożone przez wykonawców wyjaśnienia, nie odrzucił żadnej oferty i dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z krytariami oceny ofert opisanymi w SWZ. Tym samym powyższe zarzuty należało uznać za niepotwierdzone.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz §8 ust. 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....