

WYROK

z dnia 25 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 lutego 2022 r. przez wykonawcę Pesam sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Dębicy w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Sokołów Małopolski

przy udziale wykonawcy Zakładu Remontowo-Budowlanego R. O., ul. Szkolna 55, 36 - 147 Niwiska zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 305/22 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Pesam sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Dębicy i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez wykonawcę Pesam sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Dębicy tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Pesam sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Dębicy na rzecz Zamawiającego: Gminy Sokołów Małopolski kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz 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.....

Zamawiający: Gmina Sokółów Małopolski wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Budowa budynku Ochotniczej Straży Pożarnej w Nienadówce, z wewnętrznymi instalacjami na części działki nr ewid. 807 i działkach 1609/2, 808, 3482 w miejscowości Nienadówka, gm. Sokółów Małopolski”, nr ogłoszenia 2021/BZP 00228269/01.

W dniu 1 lutego 2022 r. Odwołujący: Pesam sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Dębicy powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty Zakładu Remontowo-Budowlanego R. O., ul. Szkolna 55, 36 - 147 Niwiska.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 7 lutego 2022 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej izby Odwoławczej zarzucając mu:

1. Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp przez jego nie zastosowanie w stosunku do ofert wykonawców:

- a) Zakład Remontowo-Budowlany R. O. ul. Szkolna 55, 36 - 147 Niwiska,
- b) Wolf Technoprojekt sp. z o. o. sp. K. Trzebowniko 22, 36 - 001 Trzebowniko

w sytuacji, gdy błędy w kosztorysie załączonym przez wykonawcę nie były omyłkami w rozumieniu ustawy Pzp, które miały charakter oczywisty, a będąc niezgodnościami ofert z warunkami zamówienia nie spowodowały działania Zamawiającego w postaci odrzucenia

oferty. Pomimo oczywistych niezgodności ofert z warunkami zamówienia Zamawiający nie odrzucił żadnej z nich. Doszło więc do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez

nieuprawnione nieodrzućcenie wskazanych ofert, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty niezgodnej z warunkami zamówienia.

2. Naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybranie oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SWZ,

3. Naruszenie art. 16 ustawy Pzp. tj. obowiązku równego traktowania wykonawców, przez różne potraktowanie ofert i ocenę ofert według tych samych zasad,

4. Naruszenie art. 307 ust. 1 i 252 ustawy Pzp poprzez wezwanie wykonawcy do przedłużenia okresu związania ofertą po upływie okresu związania ofertą i niewezwanie wykonawcy z najkorzystniejszą ofertą do wyrażenia zgody na wybór jego oferty.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenie ofert spółki wykonawców
 - a) Zakład Remontowo-Budowlany R. O. ul. Szkolna 55, 36 - 147 Niwiska
 - b) Wolf Technoprojekt Sp. z o. o. Sp. K. Trzebowniko 22, 36 - 001 Trzebowniko
- 4) Wezwanie Odwołującego do wyrażenia zgody na wybór jego oferty,
- 5) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący nie zgodził się z wynikami oceny ofert i zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp przez jego nie zastosowanie w stosunku do ofert Wykonawców:

- a) Zakład Remontowo-Budowlany R. O. ul. Szkolna 55, 36 - 147 Niwiska,
- b) Wolf Technoprojekt sp. z o. o. sp. k. Trzebowniko 22, 36 - 001 Trzebowniko

w sytuacji, gdy błędy w kosztorysie załączonym przez wykonawcę nie były omyłkami w rozumieniu ustawy Pzp, które miały charakter oczywisty, a będąc niezgodnościami ofert z warunkami zamówienia nie spowodowały działania Zamawiającego w postaci odrzucenia oferty. Pomimo oczywistych niezgodności ofert z warunkami zamówienia Zamawiający nie odrzucił żadnej z nich. Doszło więc do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez nieuprawnione nieodrzućenie wskazanych ofert, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty niezgodnej z warunkami zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że analiza ofert złożonych przez wskazanych powyżej wykonawców wykazała, iż obaj wykonawcy w złożonym kosztorysie odmiennie od zapisów SWZ oraz udzielonych odpowiedzi zaoferowali realizację zamówienia.

Poinformował, że o stwierdzonych naruszeniach Odwołujący poinformował zamawiającego pismem z dnia 30 grudnia 2021 r. oraz kolejnym pismem z dnia 17 stycznia 2022 r.

Zarzucił, że Odwołujący wykazał, iż w ofertach wskazanych wykonawców występują niezgodności oferty ze specyfikacją.

Wskazał za powyższym pismem skierowanym do Zamawiającego jako przykładowe błędy w powyższej ofercie Zakładu Remontowo-Budowlany R. O. w następującym zakresie:

1. W kosztorysie budowlanym w rozdziale 2.5 Ślusarka i stolarka zewnętrzna poz. 152, poz. 153, poz. 154 policzyła okna PCV (potwierdzenie w nakładach materiałów: OKNO PCV 01, OKNO PCV 02 oraz OKNO PCV 03). W odpowiedziach na pytania nr. 1 udostępnionych przez Zamawiającego w dn. 02.11.2021r. w pytaniu 1, Zamawiający nie

dopusił zamiany stolarki z Aluminium na PCV, wobec czego należało w tych pozycjach wycenić stolarkę aluminiową. Wyjaśnienia Zamawiającego stanowią integralną część specyfikacji i są wiążące przy składaniu ofert i zostały udostępnione na stronie internetowej zgodnie z dyspozycją art. 286 ust 7 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca nie weryfikując swojego kosztorysu w oparciu o udostępnione wyjaśnienia nie spełnia warunków SWZ postępowania. Ponadto sama cena Wykonawcy świadczy o przyjęciu do oferty stolarki PCV (np. w pozycji 152 Okno PCV 01 - 1001,16 zł/kpl., porównawczo PESAM - 3893,37 zł/kpl., firma WOLF Technoprojekt - 4150 zł/kpl.).

2. W kosztorysie sanitarnym w dziale Roboty montażowe poz. 1.2.13 - Pisuary pojedyncze dopływ główny z zaworem ciśnieniowym, syfonem do pisuaru oraz dopływem poziomym dla niepełnosprawnych Wykonawca policzył montaż pisuarów pojedynczych z zaworem splotującym bez funkcji dla niepełnosprawnych, co nie spełnia warunków SWZ postępowania. Ponadto Wykonawca w materiale również przyjmuje zwykłe pisuary porcelanowe, bez funkcji dla niepełnosprawnych.

3. W kosztorysie sanitarnym w dziale Roboty montażowe poz. 1.2.11 - Umywalka pojedyncza porcelanowa 52 cm z otworem, półpostumentem z syfonem Wykonawca zmienił opis z udostępnionego przez Zamawiającego przedmiaru na montaż umywalki pojedynczych porcelanowych z syfonem gruszkowym, nie wskazując wielkości umywalki co jest niezgodne z warunkami SWZ postępowania.

4. W kosztorysie sanitarnym w dziale Roboty montażowe poz. 1.2.12 zmienił opis pozycji i jest niezgodny z udostępnionym przez Zamawiającego przedmiotem robót.

5. W kosztorysie sanitarnym w dziale Instalacja Wodociągowa - Instalacja Wody Zimnej w pozycjach 2.1.19, 2.1.20, 2.1.21, 2.1.22 Wykonawca Zakład Remontowo-Budowlany R. O. w materiale przyjął otulinę rur gr. 6 mm, co jest niezgodnie z opisem i niezgodne z wymogami Zamawiającego, który wymagał otuliny rur gr. 13 mm.

6. W kosztorysie sanitarnym w dziale Instalacja Wodociągowa - Instalacja Wody Zimnej w pozycjach 2.1.23 Wykonawca w materiale przyjął otulinę rur gr. 9 mm, co jest niezgodnie z opisem i niezgodne z wymogami Zamawiającego, który wymagał otuliny rur gr. 20 mm.

7. W kosztorysie sanitarnym w dziale Instalacja Wody zimnej poz. 2.2.25, 2.2.26, 2.2.27, 2.2.28 zmienił opis pozycji i jest niezgodny z udostępnionym przez Zamawiającego przedmiarem robót. Ponadto Wykonawca nie wskazuje, że przyjęte zawory są kulowe.

8. W kosztorysie sanitarnym w dziale Instalacja wody ciepłej poz. 2.2.10 oraz 1.2.11 Wykonawca przyjął izolację grubości 20 mm na rurę o średnicy 22mm oraz 35 mm, natomiast Zamawiający wymagał izolacji 25 mm na rury odpowiednio 15mm oraz 20 mm, wobec czego przyjęte pozycje przez Wykonawcę są niezgodne z SWZ.

9. W kosztorysie sanitarnym w dziale Instalacja wody ciepłej poz. 2.2.15 oraz 2.2.16 Wykonawca zmienił opis pozycji i jest niezgodny z udostępnionym przez

Zamawiającego przedmiarem robót. Ponadto Wykonawca nie wskazuje, że przyjęte zawory są kątowe i kulowe.

10. W kosztorysie sanitarnym w dziale Instalacja wody cyrkulacyjnej poz. 2.3.11 Wykonawca przyjął izolację grubości 20 mm na rurę o średnicy 22mm, natomiast Zamawiający wymagał izolacji 25 mm na rurę gr. 15mm, wobec czego przyjęta izolacja przez Wykonawcę jest niezgodna z SWZ.

11. W kosztorysie sanitarnym w dziale Izolacje poz. 3.2.1 oraz 3.2.2 Wykonawca przyjął izolację grubości 9 mm oraz 20 mm na rurę o średnicy 18mm oraz 28 mm, natomiast Zamawiający wymagał izolacji 13 mm na rurę gr. 16mm oraz 28mm, wobec czego przyjęta izolacja przez Wykonawcę jest niezgodna z SWZ.

12. W kosztorysie przyłącza wodociągowe w dziale Roboty montażowe poz. 1.2.8, 1.2.9 Wykonawca przyjął oznakowanie trasy gazociągu, natomiast Zamawiający wymagał oznakowanie wodociągu, co jest niezgodne z SWZ.

13. W kosztorysie przyłącza wodociągowe firma Zakład Remontowo- Budowlany R. O. w dziale Roboty montażowe poz. 1.2.19 - 1.2.28, poz. 1.2.31 Wykonawca zmienił opis odpowiednich elementów (również w zestawieniach materiałowych) co jest niezgodne z SWZ.

Wskazał również na niezgodności z wymaganiami Zamawiającego w ofercie Firmy WOLF Technoprojekt Sp. z o.o. Sp. K. z siedzibą w Trzebowniku 22, 36-001 Trzebownik:

1. W kosztorysie budowlanym w rozdziale 2.3 Komin i przewody wentylacyjne

przyjęła pozycje 92,93,94 jako uproszczone, bez podstaw katalogu nakładów rzeczowych wymaganych przez Zamawiającego. Wobec tego Wykonawca nie przedstawił kalkulacji szczegółowej oraz podstaw wyceny w tych pozycjach co nie spełnia warunków SWZ postępowania. Zgodnie z zapisami SWZ Zamawiający wymaga kosztorysu ofertowego sporządzonego metodą szczegółową, a nie uproszczoną.

2. W kosztorysie elektrycznym w rozdziale 1.6 Montaż agregatu prądotwórczego w pozycjach 96, 97, 98, 99, 100 nie uwzględniła kosztów wykopów, podkładów, zbrojenia, betonowania oraz ogrodzenia. Pozycje te nie zostały wycenione przez Wykonawcę - we wszystkich brak podstaw katalogu nakładu rzeczowych oraz kwot - wszędzie zera. Wobec czego oferta Wykonawcy jest niekompletna i nie spełnia warunków SWZ postępowania.

3. W kosztorysie sanitarnym w dziale Instalacja Wodociągowa - Instalacja Wody Zimnej w pozycjach 2.1.19, 2.1.20, 2.1.21, 2.1.22 Wykonawca WOLF Technoprojekt w materiale przyjął otulinę rur gr. 6 mm, co jest niezgodnie z opisem i niezgodne z wymogami Zamawiającego, który wymagał otuliny rur gr. 13 mm.

Ponadto, zauważył, że w przypadku powyższych zmian Zamawiający w odpowiedziach na pytania z dn. 02.11.2021r. pytanie i odpowiedź numer 17 oraz 18 nie

dopuszczał wprowadzania zmian i edytowania przedmiarów robót, a Wykonawca Zakład

Remontowo-Budowlany R. O. oraz Wykonawca WOLF Technoprojekt Sp. z o.o. Sp. K.

wprowadzając zmiany nie spełniają wymagań SWZ postępowania i powinny podlegać odrzuceniu.

Zdaniem Odwołującego - skala zmian, wprowadzonych bezprawnie jest bardzo duża, stąd przedstawione błędy i niezgodności w ofertach obu wykonawców są to zmiany powodujące istotną niezgodność oferty z treścią SWZ. Powołał się w tym zakresie na dowód z oferty Zakład Remontowo-Budowlany R. O. ul. Szkolna 55, 36 - 147 Niwiska oraz Wolf Technoprojekt Sp. z o. o. Sp. K. Trzebowniko 22, 36 - 001 Trzebowniko).

Według Odwołującego - w ustalonym stanie faktycznym złożone obie oferty są w zakresie wskazanym w kosztorysach niezgodne z przekazanym przez Zamawiającego przedmiarem robót oraz warunkami zamówienia. Stwierdzone niezgodności w kosztorysie ofertowym Wykonawców przede wszystkim polegają na istotnej zmianie opisu poszczególnych pozycji przedmiarowych, definiujących zakres robót do wykonania, ich sposób i technologię, jak również mających bezpośredni wpływ na wycenę tych robót.

W przekonaniu Odwołującego - wykonawca jest zobowiązany do wykazania należytej staranności i przygotowania oferty w oparciu o zmodyfikowany przez zamawiającego przedmiar robót. Istotnym elementem jakiego nie można pominąć to fakt, iż jest to podmiot prowadzący działalność gospodarczą, a więc cechuje go profesjonalizm w zakresie podejmowanych czynności w tym składania ofert.

Argumentował, że kosztorys ofertowy przygotowany przez wykonawcę na podstawie aktualnej wersji przedmiaru robót ma istotne znaczenie do ustalenia zadeklarowanego zakresu prac. Kosztorys ofertowy stanowi treść oferty zawierającą zakres oferowanego przedmiotu zamówienia, sposób jego realizacji oraz cenę. Dokument ten musi zatem prezentować przedmiot zamówienia, zgodny z wymaganiami zamawiającego. Szczególną rolę kosztorys ofertowy, sporządzony na podstawie aktualnych przedmiarów, posiada w przypadku przyjętego przez Zamawiającego rozliczenia kosztorysowego prac.

Zaznaczył przy tym, że w SWZ Zamawiający wskazał w sposób jednoznaczny, jak Wykonawcy powinni sporządzić kosztorys ofertowy, który zostanie dołączony do oferty, a w szczególności, Zamawiający wskazał, że wykonawca opracuje kosztorys ofertowy i wyceni roboty według opisów pozycji w przedmiarach robót i dokumentacji projektowej, zaś w odpowiedziach na pytania z dnia 02 listopada 2021r. (pytanie i odpowiedź numer 17 oraz 18) nie dopuścił wprowadzania zmian i edytowania przedmiarów robót.

Dalej, wywodził, że zgodnie z wymogami SWZ Wykonawca był zobowiązany przygotować kosztorys ofertowy zgodnie z poszczególnymi pozycjami przedmiarowymi, określającymi cały przedmiot zamówienia, jak również sposób i technologię wykonania poszczególnych elementów robót. Obowiązkiem wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia jest złożenie oferty potwierdzającej realizację pełnego zakresu zamówienia, w sposób wymagany przez zamawiającego, za określoną cenę. Jeżeli zamawiający wymagał w SWZ, aby kosztorysy ofertowe zostały sporządzone zgodnie z przekazanym przedmiarem robót, to kosztorys ofertowy złożony wraz z ofertą powinien ten wymóg spełniać.

Zdaniem Odwołującego - wymienione wyżej błędy w ofertach wskazanych Wykonawców nie można w żadnym stopniu zakwalifikować jako oczywistej omyłki pisarskiej bądź innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, gdyż zmiany wprowadzone na tej podstawie przez Zamawiającego byłyby istotne. Istotność zmian polega na tym, iż Wykonawca zaoferował inne rozwiązania i materiały, niż oczekiwał Zamawiający, które spełniają inne funkcje, posiadają inne parametry i zastosowanie, niż te wynikające z przedmiaru robót i dokumentacji projektowej. Z drugiej strony, istotność zmian przejawia się w tym, iż zaproponowane inne materiały i rozwiązania, niż te, których wymagał i oczekiwał Zamawiający, są dużo tańszymi rozwiązaniami. Zatem, gdyby Wykonawca zaoferował te rozwiązania, których oczekuje Zamawiający, jego oferta z pewnością nie byłaby ofertą z najniższą ceną.

Wskazał, że żądany przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu kosztorys ofertowy stanowi merytoryczną treść oferty bowiem Zamawiający przewidział określonego rodzaju rozwiązania w przedmiotowym postępowaniu związane ze sposobem wykonania i rozliczenia zamówienia, dla których istotny jest właśnie kosztorys - rozliczenie kosztorysowe.

Przekonywał, że jeżeli więc wykonawca w odmienny sposób opisuje zakres oferowanej realizacji poszczególnych pozycji, nie może być to traktowane jako omyłka.

Przedstawił swoje stanowisko odnośnie oczywistej omyłki pisarskiej jako omyłki widocznej, niezamierzonej niedokładności, błędu pisarskiego lub innej podobnej usterki w tekście.

Według Odwołującego - poprawienie oczywistej omyłki nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli.

Oczywistość omyłki pisarskiej jak wynika z powyższego ma być jasna, jednoznaczna oraz co jest ważne nie może być stwierdzona na podstawie wyjaśnień, ponieważ w takiej sytuacji traci wymaganą cechę oczywistości. Zamawiający natomiast uznał za oczywistą pisarską omyłkę i dokonał zmian w pozycjach kosztorysu nr: 381, 383, 385, 389, 397 (tu wprowadzając poprawkę zapisał: zmiana średnicy na 50mm), 480 na podstawie wyjaśnień jakie otrzymał od Wykonawcy. Ustalenie zakresu poprzez otrzymane wyjaśnienia skutkują odpadnięciem cechy oczywistości.

Zarzucał, że Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty nie dokonując odrzucenia ofert wskazanych wykonawców z powodu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji warunków zamówienia w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp polegającej na niezgodności zobowiązania z warunkami zamówienia, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w specyfikacji warunków zamówienia i którego przyjęcia oczekuje.

Przekonywał, że odrzuceniu podlega oferta, której treść jest niezgodna z treścią warunków zamówienia w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności ze specyfikacją niemających istotnego charakteru. Zastosowanie przepisów związanych z poprawianiem omyłek ma miejsce w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia jej niezgodności z treścią warunków zamówienia, z zastrzeżeniem zakazu zmian w treści oferty.

Reasumując powyższe, stwierdził, iż niezgodność oferty z warunkami zamówienia w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SWZ; ewentualnie na niezgodnym z SWZ sposobie wyrażenia, opisanego i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie.

W przypadku zamówienia na wykonanie robót budowlanych ocenie pod kątem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp podlega wyceniony przedmiar robót budowlanych, który ma na celu weryfikację złożonej oferty pod kątem wyceny wszystkich wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia elementów. Jeżeli kosztorys ofertowy jest dokumentem, w którym wykonawca robót budowlanych wycenia zestawienie przewidywanych do wykonania robót budowlanych, to niezgodność treści złożonego kosztorysu ofertowego z treścią przedmiaru robót budowlanych zawartego w specyfikacji warunków zamówienia stanowi niezgodność treści oferty z treścią warunków zamówienia w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Wskazał, że istotne w przedmiotem sprawie jest, iż Zamawiający widząc różnicę między ofertami wskazanych wykonawców a treścią SWZ nie uznał, iż są to niezgodności z warunkami zamówienia.

Podniósł również, że ponieważ złożony wraz z formularzem ofertowym kosztorys ofertowy jest dokumentem, za pomocą którego wykonawca akceptuje wielkość lub zakres przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, to niezgodność treści kosztorysu ofertowego z treścią przedmiaru robót budowlanych lub projektu budowlanego stanowiących treść opisu przedmiotu zamówienia zawartego w specyfikacji warunków zamówienia, stanowi niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Wskazanie w specyfikacji warunków zamówienia, że wykonawca wraz z formularzem oferty składa wyceniony kosztorys robót budowlanych, który stanowi integralną część treści oferty oznacza - w ocenie Odwołującego, że sposób wyceny przedmiaru robót budowlanych stanowi ustalony przez zamawiającego sposób obliczenia ceny i w oparciu o niego należy dokonać oceny zgodności przedłożonego kosztorysu z przedmiarem i dokumentacją udostępnioną przez Zamawiającego.

Według Odwołującego - żądany przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu kosztorys ofertowy stanowił merytoryczną treść oferty bowiem Zamawiający przewidział określonego rodzaju rozwiązania w przedmiotowym postępowaniu związane ze sposobem wykonania i rozliczenia zamówienia, dla których istotne jest właśnie kosztorys.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy pzp, poprzez wybranie oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SWZ Odwołujący wyraził pogląd, że nieuprawnione było nieodrzućcenie ofert wykonawców

- a) Zakład Remontowo-Budowlany R. O. ul. Szkolna 55, 36 - 147 Niwiska,
- b) Wolf Technoprojekt Sp. z o. o. Sp. K. Trzebowniko 22, 36 - 001 Trzebowniko, co stanowiło naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający nie dokonując odrzucenia ofert wskazanych wykonawców spowodował, iż wybrana oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą. Tego typu działanie narusza ogólne i obowiązujące regulacje ustawy Pzp.

Po pierwsze Zamawiający ma obowiązek a nie uprawnienie do starannego i należytego badania treści oferty. Badanie to winno opierać się na treści całego oświadczenia woli, niezmienności złożonej oferty, braku możliwości negocjowania jej treści i wprowadzania zmian do niej, poza oczywistymi omyłkami. Tak więc obowiązkiem Zamawiającego było wezwanie Wykonawcy i żądanie przekazania określonych wymaganych informacji co do treści złożonej oferty.

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 16 ustawy Pzp. tj. obowiązku równego traktowania wykonawców, przez różne potraktowanie ofert i ocenę ofert według tych samych zasad podniósł, że działania Zamawiającego zmierzające do wyboru określonego być może preferowanego przez zamawiającego wykonawcę powoduje naruszenie podstawowych zasad Pzp, w tym zasady niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców.

Zauważył, że w innym przypadku - dotyczy to oferty złożonej przez Zakład Remontowo Budowlany „ANDPOL” A. D. Sójkowa 45b, 37 - 430 Jeżowe - Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy na podstawie przesłanki niezgodności oferty z warunkami zamówienia, pomijając ten aspekt we wskazanych we wcześniejszych punktach odwołania ofertach.

Ostatecznie, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 307 ust. 1 i 252 ustawy Pzp poprzez wezwanie wykonawcy do przedłużenia okresu związania ofertą po upływie okresu związania ofertą i niewezwanie wykonawcy z najkorzystniejszą ofertą do wyrażenia zgody na wybór jego oferty.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający zobowiązany jest do pamiętania, iż maksymalny termin związania ofertą to 30 dni od dnia, w którym upływa termin składania ofert. Analogicznie jak w przypadku postępowań, których wartość przekracza progi unijne, zamawiający uprawniony jest do zwrócenia się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż 30 dni w sytuacji, w której przed upływem terminu związania ofertą nie dokonano wyboru najkorzystniejszej oferty. Przedłużenie terminu związania ofertą, następuje po złożeniu przez wykonawcę pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Zaznaczył, że w prowadzonym postępowaniu okres związania ofertą upłynął w grudniu 2021 roku, zaś Zamawiający dopiero w styczniu 2022 roku wystąpił o przedłużenie okresu związania ofertą, co jest niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa. Między okresem związania ofertą a wezwaniem wystąpił okres, w którym żaden z wykonawców nie był związany ofertą. Co oznacza, iż zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa Zamawiający nie był uprawniony do wezwania do przedłużenia okresu związania ofertą, zaś był zobowiązany do wezwania do złożenia oświadczenia o zgodzie na wybór oferty po upływie okresu związania ofertą.

Według Odwołującego - oświadczenie o wyrażeniu zgody na wybór oferty po okresie związania ofertą jest przejawem poczucia wykonawcy związania złożoną przezeń ofertą. Jego złożenie nie wiąże się jednak z obowiązkiem wniesienia nowego wadium lub złożenia oświadczenia o przedłużeniu jego obowiązywania.

Wskazał przy tym, iż ustawodawca reguluje obowiązek wystąpienia o wyrażenie takiej zgody. Niewywiązanie się Zamawiającego z przedmiotowego obowiązku należy uznać - zdaniem Odwołującego - za wadę prowadzonego postępowania.

Zdaniem Odwołującego - za niezgodne z przepisami Pzp należy uznać wezwanie Zamawiającego do przedłużenia okresu związania ofertą i przedłużenia wadium po upływie okresu związania ofertą i wadium, zaś całkowite pominięcie wezwania do wyrażenia zgody na wybór po okresie związania ofertą.

W dniu 11 lutego 2022 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Zakład Remontowo-Budowlany R. O., ul. Szkolna 55, 36 - 147 Niwiska, zwany dalej Przystępującym.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, w tym załączników do niej w postaci przedmiarów, oferty Przystępującego i wykonawcy Wolf Technoprojekt sp. z o. o. sp. k. Trzebowniko 22, 36 - 001 Trzebowniko wraz załączonymi do nich kosztorysami szczegółowymi, wyjaśnień Przystępującego, jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła oddalić odwołanie.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.16, art. 226 ust. 1 pkt. 5, art. 239 ust. 1 ustawy Pzp.

Przy czym Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego przepisów art. 252 i art. 307 ust. 1 ustawy Pzp, jednak powyższe naruszenia przepisów ustawy nie miały i mogły mieć istotnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia z powodu złożenia w dniu 28 stycznia 2022 r. przed upływem terminu związania ofertą oświadczenia przez Przystępującego o dalszym wydłużeniu terminu związania ofertą do 1 marca 2022 r. (wcześniej Zamawiający otrzymał od Przystępującego oświadczenie o przedłużeniu terminu ważności oferty i ważności wadium do dnia 30 stycznia 2022 r.).

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego na zasadzie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z powodu niezgodności treści oferty Przystępującego i wykonawcy Wolf Technoprojekt sp. z o. o. sp. k., Trzebowniko 22, 36 - 001 Trzebowniko z warunkami zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że w pkt 1 lit. a rozdziału IV SWZ Zamawiający wprowadził dyrektywę dotyczącą przedmiotu zamówienia postanawiając, że szczegółowo zakres robót budowlanych opisany został w dokumentacji projektowej, przedmiarach, Specyfikacjach Wykonania i Odbioru Robót (załącznik nr 9 do SWZ).

Jednocześnie Zamawiający w pkt 3 rozdziału XII SWZ - zawarcie umowy postanowił, że integralną częścią podpisywanej umowy będzie złożona oferta, kosztorys i wskazane tam deklaracje i oświadczenia/ informacje.

W rozdziale XIV SWZ Zamawiający wskazał załączniki, które stanowią integralną część SWZ i wymagań związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, w tym załącznik nr 9 - Dokumentacja projektowa, Przedmiary robót, Specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót.

Dodatkowo, Izba ustaliła, że Zamawiający rozdziale VI pkt 5.1.4 SWZ przewidział, że ofertę składa się na Formularzu Ofertowym - zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ. Wraz z ofertą Wykonawca był zobowiązany złożyć kosztorys ofertowy sporządzony metodą szczegółową w oparciu o przepisy rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18.05.2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (kosztorys będzie służył do ustalania/porównania cen jednostkowych celem rozliczenia robót lub ew. dokonywania innych zmian w umowie, które skutkują zmianą wartości zamówienia. Aby nie doszło do manipulacji cen jednostkowych na późniejszym etapie Zamawiający wymagał złożenia kosztorysu na etapie składania ofert. Za wyjątkiem ew. odstępstw przewidzianych umową ceny jednostkowe są niezmiennne.

Okoliczność wymogu pokrywania się treści przygotowanych przez Zamawiającego przedmiarów z treścią składanych przez wykonawców kosztorysów szczegółowych została na rozprawie potwierdzona zarówno przez strony, jak przez Przystępującego.

Mając powyższe na uwadze, nie mogło budzić wątpliwości Izby, że wykonawcy byli zobowiązani do takiego sporządzenia szczegółowego kosztorysu ofertowego, który w swojej treści miał korespondować z przedmiarami.

Na podstawie powyższego materiału dokumentacyjnego Izba uznała, że Odwołujący nie dowiódł w sposób nie budzący wątpliwości, że Przystępujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia niezgodnie z warunkami zamówienia.

Przed wszystkim już w samym odwołaniu Odwołujący wskazał jedynie ogólnie na poszczególne oświadczenia zawarte w pozycjach kosztorysów ofertowych wykonawców, których oferty zakwestionował, nie zestawiając ich z konkretną treścią przedmiarów zawartych w SWZ (nie powołał w ogóle porównawczo ich treści).

Zdaniem Izby - Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie żadnej precyzyjnej motywacji uzasadniającej występującą kolizję pomiędzy treścią przedmiarów a szczegółowymi kosztorysami. O uznaniowym i dowolnym podejściu Odwołującego co do oceny spełniania przez ofertę Przystępującego warunków zamówienia świadczy chociażby użyte przez niego w odwołaniu sformułowanie o „przykładowych błędach w ofercie”.

Odrzucenie oferty wykonawcy z powodu występowania kolizji treści oferty z warunkami zamówienia wymaga od Zamawiającego szczegółowego badania wyrażonego przez wykonawcę oświadczenia woli.

Nie jest zatem wystarczające przypuszczenie czy domniemanie Zamawiającego, że oferta danego wykonawcy jest sprzeczna z danym warunkiem zamówienia, lecz konieczne jest uzyskanie przez Zamawiającego potwierdzenia, że zaoferowany przedmiot zamówienia nie będzie odpowiadał jego oczekiwaniom wyrażnie wyartykułowanym w treści SWZ.

W szczególności rozpoczynając od pkt 1 wskazywanych przez Odwołującego zarzutów odwołania należało zauważyć, że pominął on okoliczność, że Przystępujący w kosztorysie budowlanym pod pozycjami od 152 do 154 zamieścił informację o oknach aluminiowych w części dotyczącej materiałów.

Wobec tego trudno jest zarzucać Przystępującemu, że ten zaoferował przedmiot zamówienia nieopisany w SWZ (w przedmiarze).

Izba stwierdziła przy tym, że pod powyższymi pozycjami Przystępujący wpisał również okna PCV, co stworzyło jedynie wątpliwość, co do treści złożonego przez Przystępującego oświadczenia woli.

W ocenie Izby - powyższa wewnętrzna sprzeczność wynikająca z braku modyfikacji formularza przedmiarowego przez Zamawiającego (pierwotna treść SWZ przewidywała okna PCV) została przez Przystępującego wyjaśniona w trybie przepisu art.223 ust.1 zd.1 ustawy Pzp, z czego wynika, że aktualna jest treść odnosząca się do okien aluminiowych.

Nie można więc przypisywać Przystępującemu woli, która nie została przez niego w sposób jednoznaczny wyrażona, to jest woli zaproponowania okien PCV, zamiast wymaganych okien aluminiowych.

Jeżeli chodzi o pkt 2 zarzutów odwołania dotyczącego robót montażowych z pozycji 1.2.13 kosztorysu sanitarnego należy wskazać, że jest w niej mowa o pisuarze z dopływem poziomym dla niepełnosprawnych, co odpowiada warunkowi przewidzianemu w przedmiarze.

W odniesieniu do pkt 3 i 4 zarzutów odwołania Odwołujący w ogóle nie wskazał konkretnych pozycji przedmiarowych i nie uzasadnił na czym polegała sprzeczność zadeklarowanych pozycji kosztorysowych z odpowiednimi pozycjami przedmiaru.

W zakresie odnoszącym się do wymiarów otuliny odpowiednio 13 mm (poz. 2.1.19 - 2.1.22) - pkt 5 zarzutu i 20 mm (poz. 2.1.23) - pkt 6 zarzutu, Izba stwierdziła, że wymiary takie zostały zadeklarowane przez Przystępującego w kosztorysie szczegółowym. Podobną ocenę Izba wyraziła w stosunku do izolacji o wymiarach odpowiednio 25 mm (poz. 2.1.10) i 20 mm (poz. 2.1.11) - pkt 8 zarzutu. Analogiczne stanowisko Izba zajęła w odniesieniu do pkt 11 i 12 zarzutów dotyczących izolacji.

Odnosnie pkt 7 zarzutu odwołania Odwołujący nie wykazał na czym polegała zmiana opisu pozycji, a także z czego wynikał obowiązek wpisania informacji o zaworze kulowym.

Idąc tokiem rozumowania Odwołującego wykonawcy powinni w kosztorysie zapisywać również informacje o materiale danego zaworu, a także dane konstrukcyjne, co jest - według zapatrywania Izby - absurdalne. Podobne refleksje Izba przyjęła przy ocenie pkt 9 zarzutu odwołania.

Jeżeli chodzi o pkt 12 i 13 zarzutów odwołania to - zdaniem Izby - Odwołujący nie wykazał na czym polegała niezgodność oferty z warunkami zamówienia, a także na czym polegała „zmiana opisu odpowiednich elementów”.

Za niepotwierdzone Izba uznała również trzy zarzuty dotyczące oferty drugiego wykonawcy Wolf Technoprojekt sp. z o. o. sp. k. Trzebowniko 22, 36 - 001 Trzebowniko z

tego powodu, że Odwołujący w ogóle nie przytoczył treści warunku SWZ, która mogłaby stanowić punkt wyjścia do oceny spełniania bądź nie spełniania warunków zamówienia.

W przekonaniu Izby - przedstawienie w odwołaniu przez Odwołującego obszernego wyводу prawnego nie może w żaden sposób zastąpić jego obowiązku (onus probandi)

wynikającego z art. 5 kodeksu cywilnego, zgodnie z którym ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne.

Odwołujący był zobowiązany w sposób jednoznaczny udowodnić występowanie okoliczności sprzeczności treści oferty z konkretną treścią warunku zamówienia, czego - w opinii Izby - nie uczynił.

Zdaniem Izby - wyjaśnienia Przystępującego z dnia 7 lutego 2022 r. usunęły wszelkie wątpliwości co do zakresu wykonanych robót budowlanych, a zatem należało przyjąć, że Zamawiający nie miał dostatecznej podstawy prawnej do odrzucenia oferty Przystępującego na zasadzie art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Konsekwencją powyższej oceny prawnej przedmiotowej sprawy jest uznanie Izby, że Zamawiający nie naruszył przepisów art.16 i art. 239 ust. 1 ustawy Pzp.

Zdaniem Izby - o naruszeniu przez Zamawiającego zasady równości czy przejrzystości przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego można byłoby mówić jedynie w przypadku, gdyby przewidział on jednolity i jednobrzmiący formularz kosztorysu ofertowego, zawierający elementy przedmiotowo istotne, a dany wykonawca zaoferowałby wykonanie robót budowlanych w inny sposób niż przewidywała to treść tego kosztorysu i jego oferta nie zostałaby odrzucona.

W ocenie Izby - złożone przez wykonawców kosztorysy odpowiadały treści przedmiarów i zawierały wszystkie essentialia negotii umożliwiające zawarcie ważnej umowy.

Ostatecznie, czynność Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty - według Izby - została dokonana na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, a zatem w granicach przepisu art.239 ust.1 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576

ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....