

WYROK

z dnia 5 października 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 października 2022r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 września 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Auto-Trans Asfalty Sp. z o.o.

z siedzibą w Gierałtowicach oraz B. R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma "BUD-ROL" R. B. w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Pawłowice przy udziale wykonawcy INŻBUD TT Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- odrzucenie oferty wykonawcy INŻBUD TT Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- ponowną ocenę i badanie ofert;

2. Kosztami postępowania odciąża Zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 14 036 zł (czternaście tysięcy trzydzieści sześć złotych) jako zwrot kosztów poniesionych przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania (10 000 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (3600 zł), dojazdu na rozprawę oraz noclegu (419 zł) oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa (17 zł).

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 2022 r., poz. 1710 t.j.) 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 Pawłowice prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021r., poz. 1129 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie, którego przedmiotem jest Rozbudowa wraz z przebudową ul. Podlesia w Pielgrzymowicach i ul. Bocznej w Jarząbkowicach dofinansowanie inwestycji z rządowego funduszu „Polski Ład” nr Edycja2/2021/493/PolskiŁad”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 lipca 2021 r. pod numerem 2022/BZP 00257987/01.

W dniu 20 września 2022r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: Auto-Trans Asfalty Sp. z o.o. z siedzibą w Gierałtowicach oraz B. R. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma "BUD-ROL" R. B. (dalej: „Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Inżbud TT Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku (dalej: „Przystępujący”), podczas gdy oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona, gdy treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, to jest z rozdziałem IV ustęp 1 punkt 1.4. podpunkt 2 SWZ oraz rozdziałem VIII ustęp 12 SWZ.

W oparciu o tak postawione zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego;
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania.

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący wskazał, że w Zamawiający w

Rozdziale IV ustęp 1 punkt 1.4. podpunkt 2 Zamawiający ustalił, że: „do oferty Wykonawca zobowiązany jest załączyć: (...) kosztorys ofertowy opracowany metodą uproszczoną zawierający zestawienie RMS, którego wynika ostateczna cena oferty na druku załączonym do SWZ (kosztorys należy wykonać na podstawie załączonego przedmiaru - do pobrania w rozszerzeniu pdf)”. W Rozdziale VIII ustęp 12 SWZ natomiast wskazał, że „wycenę w ofercie należy przedłożyć w formie kosztorysu uproszczonego zawierającego cenę jednostkową za pozycję kosztorysową z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku wraz z zestawieniem cen robocizny, materiałów i sprzętu. Brak zestawienia powoduje, iż kosztorys jest niekompletny i oferta podlega odrzuceniu”.

Powyższe zdaniem Odwołującego oznacza, że Zamawiający wymagał przedstawienia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego (opracowanego metodą uproszczoną). Ponadto, kosztorys musiał również zawierać zestawienie cen robocizny, materiałów oraz sprzętu. Ponadto jak zauważył Odwołujący Zamawiający w treści SWZ wyraźnie wskazał, że ceny jednostkowe muszą zawierać wszystkie koszty niezbędne do wykonania robót budowlanych, w tym koszty wszelkiej robocizny, materiałów oraz sprzętu. Zostało to uregulowane w rozdziale VII ustęp 7 SWZ: „W cenie jednostkowej i cenie umieszczonej przy poszczególnych pozycjach przedmiaru robót powinny być zawarte wszystkie koszty niezbędne do wykonania robót wymaganej jakości, w wymaganym terminie, włączając w to koszty bezpośrednie, w tym:

a) koszty wszelkiej robocizny do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, obejmujące płace

bezpośrednie, płace uzupełniające, koszty ubezpieczeń społecznych i podatki od płac,

b) koszty materiałów podstawowych i pomocniczych do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, obejmujące również koszty dostarczenia materiałów z miejsca ich zakupu bezpośrednio na stanowiska robocze lub na miejsca składowania na placu budowy,

c) koszty zatrudnienia wszelkiego sprzętu budowlanego, niezbędnego do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, obejmujące również koszty sprowadzenia sprzętu na plac budowy, jego montażu i demontażu po zakończeniu robót”.

Ponadto Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniem Rozdziału VIII ustęp 13 SWZ: „Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie kosztorysowe. Cena Ofertowa winna być zgodna z sumą wartości wszystkich pozycji kosztorysów ofertowych netto (wg zestawienia kosztorysów ofertowych) i podatku VAT. Nie należy stosować żadnych upustów”.

Kolejno Odwołujący wskazał, że do złożonej oferty Przystępujący załączył kosztorys ofertowy sporządzony metodą uproszczoną. Jednocześnie Przystępujący dołączył do kosztorysu ofertowego zestawienie robocizny, materiałów oraz sprzętu (RMS). Dołączone zestawienie robocizny, materiałów oraz sprzętu jest jednak wyłącznie przykładowym zestawieniem, które w żaden sposób nie odnosi się do kosztorysu ofertowego złożonego przez Przystępującego, ponieważ:

- 1) Po pierwsze - z kosztorysu ofertowego wynika, że Przystępujący deklaruje wykonanie zamówienia za cenę 7 989 106,65 zł brutto. Tymczasem zestawienie robocizny, materiałów oraz sprzętu pokazuje, że cena powinna wynosić 8 799 731,87 zł brutto (czyli ponad 810 tysięcy zł różnicy).
- 2) Po drugie - ceny jednostkowe zawarte w zestawieniu robocizny, materiałów oraz sprzętu są wyższe od cen jednostkowych w kosztorysie ofertowym.
- 3) Po trzecie - w zestawieniu robocizny, materiałów oraz sprzętu brakuje wielu istotnych materiałów.

Odwołujący wskazał, że w piśmie z dnia 26 sierpnia 2022 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 223 ust 1 Pzp do wyjaśnień, zwracając uwagę Przystępującego na rozbieżność pomiędzy kosztorysem ofertowym, a zestawieniem robocizny, materiałów i sprzętu.

Przystępujący w dniu 30 sierpnia 2022 r. udzielił wyjaśnień, wskazując, że kosztorysant

sporządzając zestawienia RMS posługując się arkuszem kalkulacyjnym zamieścił omyłkowe zapisy słowne niestanowiące podsumowania wartości nakładów.

Uwzględniając powyższe Odwołujący wskazał, że z kosztorysu ofertowego złożonego przez Przystępującego wynika, że zaoferował realizację zamówienia za cenę 7 989 106,65 zł oraz wskazał na następujące narzuty do kosztorysu:

Koszty pośrednie [Kp] 68,00 % R, S

Zysk [Z] 15,00 % R+Kp(R), S+Kp(S)

VAT [V] 23,00 % (R+Kp(R)+Z(R), M, S+Kp(S)+Z(S)).

Natomiast w dołączonym do kosztorysu ofertowego zestawieniu robocizny, materiałów oraz sprzętu zostały wskazane wartości robocizny, materiałów oraz sprzętu. Ponadto wskazał, że zostały wskazane wyłącznie ceny jednostkowe (liczbowo) oraz wartości końcowe (wyłącznie słownie). Odwołujący zauważył, że przyjmując jako podstawę wartości wynikające z zestawienia robocizny, materiałów oraz sprzętu Przystępującego i przyjmując zadeklarowane przez niego narzuty w kosztorysie ofertowym otrzymujemy wartość oferty w kwocie 8 799 731,87 zł brutto. Tymczasem wartość oferty wynikająca z kosztorysu ofertowego wynosi 7 989 106,65 zł. Powyższe w ocenie Odwołującego świadczy to o tym, że dołączone przez Przystępującego zestawienie robocizny, materiałów oraz sprzętu jest zupełnie nieadekwatne do kosztorysu ofertowego. Wartości wynikające z obu tych dokumentów nie są między sobą w żaden sposób spójne. Ponadto, według Odwołującego o fakcie, że dołączone przez Przystępującego zestawienie robocizny, materiałów oraz sprzętu jest zupełnie nieadekwatne do kosztorysu ofertowego świadczy nie tylko analiza globalnych cen materiałów, robocizny oraz sprzętu, ale również analiza cen jednostkowych. Przykładowo pozycja numer 206 kosztorysu ofertowego Przystępującego - „Montaż ogranicznika przepięć w liniach napowietrznych nn z przewodów izolowanych - ogranicznik przepięć” została przez niego wyceniona na 3 494,40 zł. W cenie tej ujęta jest całość prac, co znaczy zawiera w sobie zarówno koszt robocizny, materiałów i sprzętu, jak również koszty pośrednie oraz zysk. Natomiast już samo zsumowanie cen materiałów potrzebnych do wykonania tej pozycji,

przyjętych przez Przystępującego w zestawieniu robocizny, materiałów i sprzętu, wskazuje że cena materiałów znacząco przewyższa cenę wykonania wszystkich prac.

Powyższe zdaniem Odwołującego, udowadnia, że przedstawione przez Przystępującego zestawienie materiałów, robocizny i sprzętu nie jest zestawieniem adekwatnym do przedstawionego kosztorysu ofertowego. Jest to zupełnie przypadkowe zestawienie, nie mające żadnego związku z przedstawionym kosztorysem ofertowym.

Ponadto Odwołujący zauważył, że w zestawieniu robocizny, materiałów oraz sprzętu Przystępującego brakuje istotnych materiałów niezbędnych do wykonania robót budowlanych jak np. izolatorów liniowych n.n. silnoprądowe porcelanowe nie okute szpulowe. Powyższe dowodzi, że przedstawione przez Przystępującego zestawienie robocizny materiałów i sprzętu nie jest zestawieniem adekwatnym do przedstawionego kosztorysu ofertowego i jest zestawieniem nieprawidłowym i niekompletnym. Dodatkowo również okoliczność ta dowodzi, że zestawienie jest niezgodne z przedmiarem, gdyż nie zawiera kosztów podstawowych materiałów niezbędnych do wykonania robót budowlanych, a wynikających z opracowanego przez Zamawiającego przedmiaru.

W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, że Zamawiający winien był odrzucić ofertę Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, ponieważ w treści SWZ przedstawił wymaganie, żeby do złożonej oferty dołączyć kosztorys ofertowy, który miał również zawierać zestawienie cen robocizny, materiałów oraz sprzętu. Przystępujący przedstawił kosztorys ofertowy oraz zestawienie robocizny, materiałów oraz sprzętu. Jednak zestawienie to jest całkowicie nieadekwatne do złożonego kosztorysu ofertowego. Nie zgadzają się zarówno globalne ceny robocizny, materiałów oraz sprzętu, jak również ceny jednostkowe poszczególnych pozycji. Zestawienie nie zawiera również wszystkich materiałów niezbędnych do wykonania robót budowlanych. Zamawiający natomiast wprost określił, że brak zestawienia robocizny, materiałów i sprzętu powoduje, iż kosztorys jest niekompletny i oferta podlega odrzuceniu. Ponadto fakt, że wynagrodzenie wykonawcy ma charakter kosztorysowy, sprawia, że złożony wraz z ofertą kosztorys i zestawienie robocizny, materiałów oraz sprzętu ma istotne znaczenie dla stron przyszłej umowy, ponieważ na tych dokumentach opierać się będą wzajemne rozliczenia. Złożenie prawidłowego i kompletnego kosztorysu i zestawienia robocizny, materiałów oraz sprzętu jest więc warunkiem kompletności i spójności oferty wykonawcy. Aby uznać, że zestawienie, jako element kosztorysu ofertowego, jest złożone, musi być złożone prawidłowo tj.

1) Zestawienie musi być zgodne z przedmiarem Zamawiającego na podstawie którego przygotowany ma być kosztorys ofertowy;

2) Zestawienie musi być zgodne z kosztorysem ofertowym i z nim spójne w zakresie merytorycznym oraz w zakresie obliczenia cen;

Tymczasem, jak wskazano wcześniej:

1) Zestawienie jest niezgodne z przedmiarem Zamawiającego na podstawie którego przygotowany ma być kosztorys ofertowy, ponieważ nie uwzględnia materiałów potrzebnych do realizacji zamówienia;

2) Zestawienie jest niezgodne z kosztorysem ofertowym i z nim niespójne w zakresie obliczenia cen (zarówno globalnych cen robocizny, materiałów oraz sprzętu, jak i cen jednostkowych) oraz nie uwzględnia wszystkich materiałów.

W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że nie można uznać, że Przystępujący złożył zestawienie robocizny materiałów oraz sprzętu.

Odnosząc się do udzielonych przez Przystępującego wyjaśnień w piśmie z dnia 30 sierpnia 2022 r. w których wskazał, że kosztorysant sporządzając zestawienia robocizny, materiałów oraz sprzętu posługiwał się arkuszem kalkulacyjnym i zamieścił omyłkowe zapisy słowne nie stanowiące podsumowania wartości nakładów, co jego zdaniem stanowi to omyłkę pisarską, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp zauważył, że z dokumentacji postępowania nie wynika, żeby Zamawiający dokonał poprawy omyłki zgodnie z sugestią Przystępującego. Jednak Odwołujący, działając z ostrożności procesowej wskazał, że tłumaczenie Przystępującego należy uznać za całkowicie niewiarygodne. Przede wszystkim, wbrew twierdzeniom tego wykonawcy, zestawienie robocizny, materiałów oraz sprzętu nie było sporządzone przy pomocy arkusza kalkulacyjnego. Zarówno w kosztorysie ofertowym, jak i w zestawieniu robocizny, materiałów i sprzętu, w lewym dolnym rogu każdej strony znajdują się adnotacja o następującej treści: „Norma PRO Wersja 4.49 Nr seryjny: 30944”. Jest to adnotacja dodawana automatycznie przez program przeznaczony do przygotowywania kosztorysów Norma PRO. Nie jest więc prawdą twierdzenie

Przystępującego, że kosztorys ofertowy był przygotowywany przy pomocy arkusza kalkulacyjnego i omyłkowo znalazły się tam zapisy słowne zupełnie niezwiązane z zestawieniem. W rzeczywistości kosztorys ofertowy był przygotowywany przy pomocy programu Norma PRO. Program ten w sposób automatyczny generuje podsumowanie wartości robocizny, materiałów i sprzętu w formie słownej. Nie może być więc mowy o jakiegokolwiek pomyśle w tym zakresie, czy przypadkowym zamieszczeniu zapisów słownych niestanowiących podsumowania wartości nakładów - te informacje są automatycznie generowane przez program. Gdyby jednak nawet z ostrożności poprawić błąd Przystępującego w sposób, o jaki wnosi, to w takim przypadku i tak oferta tego wykonawcy będzie niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający wymagał bowiem zestawienia cen robocizny, materiałów i sprzętu. Zamawiający chciał więc wiedzieć, ile wyniesie cena robocizny, cena materiałów i cena sprzętu. Ponadto Zamawiający przewidział, że brak zestawienia powoduje, iż kosztorys jest niekompletny i oferta podlega odrzuceniu (bez możliwości wezwania do uzupełnienia). Jeżeli, tak jak chce tego Przystępującego, usuniemy słowne podsumowanie wartości, to w zestawieniu brak będzie cen robocizny, materiałów i sprzętu.

Przykładowo Odwołujący odniósł się do robocizny i wskazał, że w takim przypadku będziemy posiadali tylko i wyłącznie informacje o cenie jednostkowej 1 roboczogodziny (24,30 zł). Tymczasem Zamawiający wymagał podania ceny robocizny, czyli podania, ile dokładanie będzie kosztować robocizna (a nie jedna roboczogodzina). Cena 1 roboczogodziny nie pozwala na ustalenie ceny robocizny. Gdyby Przystępujący podał chociaż ilość godzin niezbędnych do wykonania zamówienia, to w takiej sytuacji możliwe byłoby pomnożenie ceny 1 roboczogodziny przez liczbę roboczogodzin i w ten sposób uzyskanie ceny robocizny. W dokumentach Przystępującego brak jednak informacji na temat liczby roboczogodzin, co uniemożliwia przeprowadzenie tego działania. Brak jest również możliwości posiłkowania się danymi wynikającymi z Katalogu Nakładów Rzeczowych (KNR), ponieważ w wielu pozycjach kosztorysu ofertowego Przystępujący wskazywał na odstępstwo do KNR poprzez wskazanie zastosowania kalkulacji własnej lub analogii.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 30 września 2022r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Podkreślił, że wraz z ofertą wymagał od oferentów przedstawienia kosztorysu ofertowego, opracowanego metodą uproszczoną wraz z zestawieniem cen robocizny, materiałów oraz sprzętu, przy czym nie wskazywał, co zestawienie RMS winno zawierać. Ponadto Zamawiający wskazał, że ceny jednostkowe muszą zawierać wszystkie koszty niezbędne do wykonania robót budowlanych, w tym koszty wszelkiej robocizny, materiałów oraz sprzętu. Sankcję odrzucenia oferty Zamawiający zastrzegł wyłącznie w przypadku braku przedłożenia przez oferentów zestawienia RMS. Zamawiający w toku badania sprawdził wszystkie oferty poprzez weryfikację wszystkich pozycji pod względem zgodności rodzaju robót, ich jednostki, ilości przedmiarowych oraz wyliczeniu wartości pozycji poprzez pomnożeniu ilości przedmiarowe przez podane ceny jednostkowe oraz sprawdził sumy wartości pozycji.

Zamawiający wyjaśnił, że w przypadku oferty Przystępującego, kosztorys ofertowy został wykonany prawidłowo i zgodnie z zapisami SWZ. Sprawdzono również wymagane zestawienie cen robocizny, materiału i sprzętu (RMS), którego zestawienia tabelaryczne zawierały ceny jednostkowe materiałów oraz koszty jednostkowy pracy sprzętu i koszt jednostkowy robocizny. Pod każdą tabelą przedstawiono słownie wartości sumaryczne danego zestawienia tj. robocizny, materiału, sprzętu. W pozostałych ofertach, zestawienia tabelaryczne RMS zawierały też kolumnę jednostki miary, ilości oraz wartości nakładów poniesionych w pozycjach będącą iloczynem ilości i ceny jednostkowej danego RMS.

Zamawiający podkreślił, że w SWZ nie sprecyzował co ma zawierać dokładnie powyższe zestawienie RMS, w związku z czym przyjął ofertę Przystępującego jako kompletną i prawidłową, gdyż przedłożył on prawidłowy kosztorys ofertowy oraz zestawienia RMS zawierające cenę jednostkową, co było w pełni zgodne z zapisami SWZ, który nie narzucał treści zestawienia RMS.

Wyjaśnił także, że po otrzymaniu pisma Odwołującego z dnia 24 sierpnia 2022 r., celem uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości, pismem z dnia 26 sierpnia 2022 zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienie rozbieżności w wyliczeniu ceny tj. ceny wyliczonej w kosztorysie ofertowym oraz ceny która może być wyliczona na podstawie wartości przedstawionych słownie pod tabelarycznymi zestawieniami RMS. Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie oświadczył, iż oferta została wykonana zgodnie z zapisami SWZ i ceny jednostkowe zawierają wszystkie koszty niezbędne do wykonania przedmiotowych robót budowlanych (zgodnie z dokumentacją), w tym koszty wszelkiej robocizny, materiałów oraz sprzętu i w związku z tym podtrzymuje wartość złożonej oferty na kwotę 7 989.106,65 zł brutto. Ponadto wyjaśniła, iż cyt.: „Potwierdzamy, że podane ceny jednostkowe nakładów

RMS oraz zakres i ceny jednostkowe poszczególnych pozycji kosztorysowych zawierają wszystkie koszty niezbędne do wykonania robót wymaganej jakości, w wymaganym terminie, włączając w to koszty bezpośrednie, w tym:

- a) koszty wszelkiej robocizny do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, obejmujące płace bezpośrednie, płace uzupełniające, koszty ubezpieczeń społecznych i podatki od płac,
- b) koszty materiałów podstawowych i pomocniczych do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, obejmujące również koszty dostarczenia materiałów z miejsca ich zakupu bezpośrednio na stanowiska robocze lub na miejsca składowania na placu budowy,
- c) koszty zatrudnienia wszelkiego sprzętu budowlanego, niezbędnego do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, obejmujące również koszty sprowadzenia sprzętu na plac budowy, jego montażu i demontażu po zakończeniu robót."

Biorąc pod uwagę poniżej przytoczone zapisy SWZ oraz wyjaśnienia Inżbud TT sp. z o.o., Zamawiający uznał ofertę Wykonawcy jako zgodną z zapisami SWZ, kompletną i udzielił zamówienie publiczne pn.: „Rozbudowa wraz z przebudową ul. Podlesie w Pielgrzymowicach i ul. Bocznej w Jarząbkowicach" Dofinansowanie inwestycji z rządowego funduszu „Polski Ład” nr Edycja2/2021/493/PolskiLad” (numer referencyjny: OR.271.23.2022).”.

Zamawiający stwierdził ponadto, że Odwołujący podnosi szereg zarzutów o charakterze techniczno - informatycznym, przy czym dla Zamawiającego istotnym jest, iż oferta Przystępującego nie narusza jakiegokolwiek przepisu SWZ, a przedłożony przez tego wykonawcę kosztorys ofertowy pozwala na prawidłowe rozliczenie robót objętych przedmiotem zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego uszło uwadze Odwołującemu, iż zgodnie z treścią przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeśli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, a tym samym treść oferty Przystępującego nie odpowiadałaby treści wymaganych przez Zamawiającego dokumentów zamówienia. Oczywistym jest, iż tak drastyczna w skutkach czynność Zamawiającego, jaką jest odrzucenie oferty, może być podjęta wyłącznie wtedy, gdy zachodzi oczywista niezgodność treści oferty z treścią SWZ. Zamawiający podkreślił, iż taka niezgodność musi wynikać wprost z postanowień SWZ i nie może być domniemywana albo też nadinterpretowana przez Zamawiającego. Zatem, aby Zamawiający mógł rzeczywiście skorzystać z przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, Zamawiający jest zobowiązany wykazać, że niezgodność treści oferty z treścią SWZ dotyczy tego, że oferta nie odpowiada opisanemu jasno i precyzyjnie przedmiotowi zamówienia. W przedmiotowej sprawie brak jest przesłanek faktycznych i prawnych do zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, gdyż Przystępujący przedłożył ofertę zgodną z SWZ, kosztorys złożony do oferty pozwala na prawidłowe rozliczenie przedmiotu umowy, a dodatkowo Wykonawca podtrzymał złożoną ofertę wyjaśnił, iż oferta została wykonana zgodnie z zapisami SWZ i ceny jednostkowe zawierają wszystkie koszty niezbędne do wykonania przedmiotowych robót budowlanych.

Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 3 października 2022r. przedstawił dodatkowe stanowisko stanowiące replikę na złożoną przez Zamawiającego odpowiedź na odwołanie.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących

odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę INŻBUD TT Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła:

Zamawiający w Rozdziale IV ustęp 1 punkt 1.4. podpunkt 2 wskazał, że „Do oferty Wykonawca zobowiązany jest załączyć: (...) kosztorys ofertowy opracowany metodą uproszczoną zawierający zestawienie RMS, którego wynika ostateczna cena oferty na druku załączonym do SWZ (kosztorys należy wykonać na podstawie załączonego przedmiaru - do pobrania w rozszerzeniu pdf)”. W Rozdziale VIII ustęp 12 ustalił, że „Wycenę w ofercie należy przedłożyć w formie kosztorysu uproszczonego zawierającego cenę jednostkową za pozycję kosztorysową z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku wraz z zestawieniem cen robocizny, materiałów i sprzętu. Brak zestawienia powoduje, iż kosztorys jest niekompletny i oferta podlega odrzuceniu”.

Izba zważyła:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty na ww. podstawie musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie niezgodność oferty z warunkami zamówienia polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie warunkami zamówienia, którym Zamawiający daje wyraz w dokumentacji postępowania. Podkreślić należy, że warunki zamówienia należy rozumieć zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 29 Pzp, zgodnie z którą 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. Dla zastosowania przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp powinno być możliwe wykazanie, jaki element oferty jest niezgodny z opisanymi przez zamawiającego wymaganiami i na czym ta niezgodność polega.

W ocenie Izby z przywołanych postanowień SWZ w sposób niewątpliwy wynikał wymóg złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego oraz zestawienia RMS, z którego musiała wynikać ostateczna cena oferty. Tym samym, aby z zestawienia wynikała ostateczna cena oferty, zestawienie RMS musiało być adekwatne i spójne z kosztorysem ofertowym i nie mogło być przypadkowe. Natomiast w rozpoznawanym stanie faktycznym zestawienie RMS złożone przez Przystępującego - co nie jest sporne pomiędzy stronami - zawiera cenę wyższą o ok. 800 000 zł od złożonego przez Przystępującego kosztorysu ofertowego. Nie sposób więc uznać, że wynika z niego ostateczna cena oferty oraz ceny materiałów, robocizny i sprzętu. Tym bardziej, że jak wykazał Odwołujący ceny jednostkowe zawarte w zestawieniu RMS złożonym przez Przystępującego są wyższe, inne od cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym tego wykonawcy. Ponadto jak wykazał Odwołujący, składając wraz z odwołaniem jako dowód załącznik nr 1 (na okoliczność ustalenia, że zestawienie robocizny, materiałów oraz sprzętu nie zawiera istotnych materiałów niezbędnych do wykonania robót budowlanych oraz, że ceny jednostkowe wynikające z zestawienia robocizny, materiałów oraz sprzętu Przystępującego są nieadekwatne do kosztorysu ofertowego) w zestawieniu RMS złożonym przez Przystępującego brakuje wyszczególnienia wszystkich materiałów, pomimo wymogu złożenia zestawienia obejmującego materiały wykorzystywane w czasie realizacji zamówienia. Podkreślić należy, że ani Zamawiający ani też Przystępujący nie odnieśli się do wskazanego wyżej dowodu, aby podważyć jego prawidłowość. W związku z powyższym Izba za wiarygodne uznała stanowisko Odwołującego, że zestawienie RMS Przystępującego jest niekompletne, a w konsekwencji wbrew oczekiwaniu Zamawiającego nie zawiera ono zestawienia materiałów.

W konsekwencji Izba uznała, że skoro z zestawienia RMS Przystępującego nie wynikała - wbrew postanowieniom Rozdziału IV ustęp 1 punkt 1.4. podpunkt 2 SWZ - ostateczna cena oferty, to Zamawiający zobligowany był do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Odnosząc się natomiast do stanowiska Zamawiającego, że sankcję odrzucenia oferty przewidział wyłącznie w sytuacji nieprzedłożenia przez wykonawców zestawienia RMS wskazać należy, że Zamawiający nie może zaakceptować jakiegokolwiek zestawienia

robocizny, materiałów i sprzętu, gdyż z SWZ wprost wynikało, aby zestawienie odpowiadało ostatecznej cenie oferty. Zdaniem Izby złożenie zestawienia nie spełniającego powyższego wymogu, zestawienia oderwanego od kosztorysu złożonego wraz z ofertą powinno być traktowane jako niezłożenie zestawienia, bowiem na jego podstawie Zamawiający pozbawiony jest możliwość ustalenia cen dotyczących materiałów, sprzętu i robocizny, tym bardziej, że jak wskazał Odwołujący ceny są wyższe w zestawieniu, co ostatecznie sprawia, że cena wynikająca z zestawienia jest wyższa o ponad 800 000 zł od ceny zawartej w kosztorysie.

Końcowo wskazać należy, że ani Zamawiający ani Przystępujący nie wykazali, że słowne podsumowanie pozycji znajdujących się w zestawieniu jest błędne i nie odpowiada cenom widniejącym w zestawieniu. Jak natomiast wynika z dowodu dołączonego do odwołania jako załącznik nr 2 nie ma możliwości wyłączenia funkcji drukowania podsumowania słownego pod tabelami RMS, a jak wskazał Odwołujący zestawienie zostało wykonane nie jak wyjaśnił Zamawiającemu Przystępujący przy pomocy arkusza kalkulacyjnego lecz przy pomocy programu Norma PRO. Izba stwierdziła, że skoro Przystępujący nie wykazał błędów w słownym podsumowaniu pozycji, to należało dać wiarę twierdzeniom i dowodom Odwołującego i za rzetelne uznać słowne podsumowanie pozycji zestawienia.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....