sygn. akt: KIO 3556/24

WYROK

Warszawa, 14 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant:

Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 30 września 2024 r. przez wykonawcę P. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Transport Ciężarowy i Roboty Ziemne Ł. P., Kołbaskowo 8, 72-001 Kołbaskowo, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Szczecinie, ul. Tama Pomorzańska 13A; 70-030 Szczecin,

przy udziale uczestnika (przystępującego) po stronie zamawiającego – P. K. prowadzącego działalność gospodarzą pod firmą „PAWKARD" Firma Produkcyjno-Handlowo-Usługowa P. K., Sąpolnica 17; 72-200 Nowogard,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3 dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyznanie wykonawcy Drew-Kos w zakresie części numer 2 w łącznej punktacji wg kryteriów oceny ofert liczby punktów 97,23, podczas gdy uwzględniając kryteria oceny ofert wskazane przez zamawiającego wykonawca ten powinien otrzymać w łącznej punktacji liczbę punktów 62,63.

2. W pozostałym zakresie uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części numer 1 oraz części numer 2 zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie części numer 1 oraz części numer 2 zamówienia, a w ramach tej czynności odrzucenie oferty wykonawcy P. K. prowadzącego działalność gospodarzą pod firmą „PAWKARD" Firma Produkcyjno-

Handlowo-Usługowa P. K., Sąpolnica 17; 72-200 Nowogard

w zakresie części numer 1 oraz części numer 2 zamówienia.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Szczecinie, ul. Tama Pomorzańska 13A; 70-030 Szczecin i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę P. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Transport Ciężarowy i Roboty Ziemne Ł. P., Kołbaskowo 8, 72-001 Kołbaskowo, tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 955 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset pięćdziesiąt pięć złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę P. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Transport Ciężarowy i Roboty Ziemne Ł. P., Kołbaskowo 8, 72-001 Kołbaskowo, tytułem

wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na rozprawę oraz opłaty skarbowej od

pełnomocnictwa,

3.2. zasądza od zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Szczecinie, ul. Tama Pomorzańska 13A; 70-030 Szczecin na rzecz P. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Transport Ciężarowy i Roboty Ziemne Ł. P., Kołbaskowo 8, 72-001 Kołbaskowo łączną kwotę 18 955 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset pięćdziesiąt pięć złotych zero groszy) poniesioną przez P. Ł. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Transport Ciężarowy i Roboty Ziemne Ł. P., Kołbaskowo 8, 72-001 Kołbaskowo,

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie -Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: ……

sygn. akt: KIO 3556/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Szczecinie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Konserwację wałów przeciwpowodziowych na terenie działania Zarządu Zlewni w Gryficach poprzez wykonanie koszenia oraz naprawy szkód wyrządzonych przez dzikie zwierzęta".

30 września 2024 roku, wykonawca P. Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Transport Ciężarowy i Roboty Ziemne Ł. P. (dalej „odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, którym odwołujący zarzuca niezgodność z przepisami ustawy:

1) czynność wyboru jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części numer 1 i 2 zamówienia oferty wykonawcy P. K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Pawkard FPHU K. P." [dalej: „Pawkard"];

2) zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Pawkard w zakresie części numer 1 i 2 zamówienia,

3) czynność przyznania wykonawcy Drew-Kos spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koszalinie [dalej: „Drew-Kos"] w zakresie części numer 2 w łącznej punktacji wg kryteriów oceny ofert liczby punktów 97,23.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Pawkard w zakresie części numer 1, podczas gdy oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, a konkretnie z punktem 6.13 SWZ;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Pawkard w zakresie części numer 2, podczas gdy oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, a konkretnie z punktem 6.13 SWZ;

3. art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyznanie wykonawcy Drew-Kos w zakresie części numer 2 w łącznej punktacji wg kryteriów oceny ofert liczby punktów 97,23, podczas gdy uwzględniając kryteria oceny ofert wskazane przez Zamawiającego wykonawca ten powinien otrzymać w łącznej punktacji liczbę punktów 62,63.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części numer 1 oraz części numer 2;

2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie części numer 1 oraz części numer 2, w tym:

a) nakazanie odrzucenia oferty wykonawcy Pawkard w zakresie części numer 1 oraz części numer 2;

b) nakazanie przyznania wykonawcy Drew-Kos w zakresie części numer 2 w łącznej punktacji wg kryteriów oceny ofert liczby punktów zgodnej z kryteriami oceny ofert wskazanymi przez Zamawiającego w treści SWZ;

3) obciążenie kosztami postępowania zamawiającego oraz zasądzenie od zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 15 000 zł stanowiącej koszty poniesione z tytułu wpisu, a także kwoty wskazanej przez odwołującego na rozprawie według przedłożonych na niej dokumentów.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust.1 ustawy Pzp, gdyż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W zakresie części numer 1 oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Jednocześnie, gdyby zamawiający nie zaniechał czynności odrzucenia oferty wykonawcy Pawkard w tej części (zarzut numer 1), to oferta odwołującego zostałaby najwyżej oceniona, a w konsekwencji odwołujący miałby duże szanse na ostateczne uzyskanie zamówienia.

W zakresie części numer 2 oferta odwołującego została sklasyfikowana na trzeciej pozycji. Gdyby jednak zamawiający nie zaniechał czynności odrzucenia oferty wykonawcy Pawkard w tej części (zarzut numer 2), to oferta odwołującego zostałaby sklasyfikowana na drugiej pozycji. Jednocześnie, gdyby zamawiający przyznał wykonawcy Drew-Kos w łącznej punktacji wg kryteriów oceny ofert prawidłową liczbę punktów (zarzut numer 3), to oferta odwołującego zostałaby najwyżej oceniona, a w konsekwencji odwołujący miałby duże szanse na ostateczne uzyskanie zamówienia. Tym samym odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, co następuje.

W postępowaniu w zakresie części numer 1 oraz części numer 2 ofertę złożył między innymi wykonawca Pawkard.

W ramach części numer 1, wykonawca Pawkard dołączył do oferty dwa pliki o nazwach: „kosztorys_waLy_gwarantowane_gryfice" oraz „kosztorys_waLy_opcja_gryfice". Kosztorysy zawarte w tych plikach nie powinny zawierać pomiędzy sobą różnic w zakresie cen tych samych składników cenotwórczych oraz narzutów kosztowych w postaci robocizny, materiałów, sprzętów, kosztów pośrednich oraz zysku. Tymczasem widzimy następujące różnice w dwóch kosztorysach przygotowanych przez wykonawcę Pawkard w ramach części numer 1 zamówienia:

Koszty pośrednie (Kp): w ramach zamówienia gwarantowanego wykonawca przewidział koszty pośrednie w wysokości 70,5%. Natomiast w ramach zamówienia opcjonalnego przewidział koszty pośrednie w wysokości 15%.

Zysk (Z): W ramach zamówienia gwarantowanego wykonawca przewidział zysk w wysokości 12,8%. Natomiast w zakresie zamówienia opcjonalnego przewidział zysk w wysokości 5%.

Cena kosiarki bijakowej: W ramach zamówienia gwarantowanego wykonawca przewidział cenę kosiarki bijakowej w wysokości 15,50 zł/m-g (pozycje: 1-3, 5-15, 25-30). Natomiast w ramach zamówienia opcjonalnego wykonawca przewidział cenę kosiarki bijakowej w wysokości 9,00 zł/m-g (pozycje: 1-19).

Cena ciągnika kołowego 25-30KM (18-22kW): W ramach zamówienia gwarantowanego wykonawca przewidział cenę ciągnika kołowego 25-30KM (18-22kW) w wysokości 41,80 zł/m-g (pozycje: 1-3, 5-15, 25-30). Natomiast w ramach zamówienia opcjonalnego wykonawca przewidział cenę ciągnika kołowego 25-30KM (18-22kW) w wysokości 10,00 zł/m-g (pozycje: 1-19).

W ramach części numer 2, wykonawca Pawkard dołączył do oferty plik o nazwie: „kosztorys KAMIEŃ POMORSKI_waLy_gwarantowane_i_opcja_nw_kamieN". Plik zawiera kosztorys dla zamówienia gwarantowanego oraz zamówienia opcjonalnego. Kosztorysy zawarte w tym pliku nie powinny zawierać pomiędzy sobą różnic w zakresie cen tych samych składników cenotwórczych oraz narzutów kosztowych w postaci robocizny, materiałów, sprzętów, kosztów pośrednich oraz zysku.

Tymczasem widzimy następujące różnice w dwóch kosztorysach przygotowanych przez wykonawcę Pawkard w ramach części numer 2 zamówienia:

Koszty pośrednie (Kp): w ramach zamówienia gwarantowanego wykonawca przewidział koszty pośrednie w wysokości 50%. Natomiast w ramach zamówienia opcjonalnego przewidział koszty pośrednie w wysokości 10%.

Zysk (Z): W ramach zamówienia gwarantowanego wykonawca przewidział zysk w wysokości 10%. Natomiast w zakresie zamówienia opcjonalnego przewidział zysk w wysokości 5%.

Cena kosiarki bijakowej: W ramach zamówienia gwarantowanego wykonawca przewidział cenę kosiarki bijakowej w wysokości 10,00 zł/m-g (pozycje: 1-9). Natomiast w ramach zamówienia opcjonalnego wykonawca przewidział cenę kosiarki bijakowej w wysokości 5,00 zł/m-g (pozycje: 1, 6, 11, 16, 19, 22, 25, 28).

Cena ciągnika kołowego 25-30KM (18-22kW): W ramach zamówienia gwarantowanego wykonawca przewidział cenę ciągnika kołowego 25-30KM (18-22kW) w wysokości 45,00 zł/m-g (pozycje: 1-9). Natomiast w ramach zamówienia opcjonalnego wykonawca przewidział cenę

ciągnika kołowego 25-30KM (18-22kW) w wysokości 20,00 zł/m-g (pozycje: 1, 6, 11, 16, 19, 22, 25, 28).

Podsumowując, analiza złożonych przez wykonawcę Pawkard kosztorysów dla zamówienia gwarantowanego i zamówienia opcjonalnego prowadzi do wniosku, że istnieją różnice w wycenach narzutów kosztów (koszty pośrednie – Kp oraz zysk – Z) oraz poszczególnych składników cenotwórczych (ceny kosiarki bijakowej i ciągnika kołowego 25-30KM (18-22kW)) pomiędzy dwoma kosztorysami dotyczącymi jednej umowy.

W niniejszym przypadku zamawiający postawił jednoznaczny wymóg zastosowania jednolitych cen tych samych składników cenotwórczych oraz narzutów kosztowych w postaci robocizny, materiałów, sprzętów, kosztów pośrednich oraz zysku dla wszystkich wycenianych pozycji przedmiarowych i wszystkich jego częściach dotyczących jednej umowy. Oferta wykonawcy Pawkard w zakresie części numer 1 i 2 nie spełnia tego wymogu, a w konsekwencji jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający jednak z niezrozumiałych powodów odstąpił od postawionego przez siebie wymogu po terminie składania ofert i zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Pawkard. Zgodnie z art. 137 ust. 1 ustawy Pzp w uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść SWZ. Podkreślam jednak, że datą graniczną zmiany SWZ jest właśnie termin składania ofert. Po terminie składania ofert brak jest możliwości zarówno rozszerzania wymagań zamawiającego, jak i brak możliwości pomijania przy ocenie treści w SWZ zapisanych. Potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz piśmiennictwo: wyrok z 30 stycznia 2020 r., sygn. akt KIO 80/20, wyrok z 2 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1443/18, D. Grześkowiak-Stojek, Komentarz do art. 137 ustawy Pzp [w:] M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis 2022.

Podkreślić należy, że wymóg zamawiającego był jednakowy dla wszystkich wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie publiczne. Gdyby pozostali wykonawcy wiedzieli, że zamawiający nie będzie egzekwował postawionego przez siebie wymogu, to również mogliby nie przejmować się wymogiem jednolitości cen. Tym samym zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców doprowadziło dodatkowo do naruszenia podstawowych zasad prawa

zamówień publicznych – zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz zasady przejrzystości. Odwołujący podkreśla również, że Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygała już spór dotyczący identycznego postanowienia SWZ w ramach wyroku z 22 lipca 2022 r. w sprawie o sygnaturze akt 1625/22. W postępowaniu, do którego odnosi się teraz odwołujący, instytucją zamawiającą również było Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie z tym, że wówczas Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Poznaniu (a nie w Szczecinie). Zgodnie ze zreferowanym przez Izbę stanem faktycznym w SWZ znajdowało się identyczne postanowienie (z tym, że wtedy było pod numerem 6.14, a nie – jak w niniejszym przypadku – pod numerem 6.13): „Ceny tych

samych składników cenotwórczych oraz narzuty kosztów (R, M, S, KP, Z) muszą być takie same dla wszystkich wycenianych pozycji przedmiarowych w całym kosztorysie ofertowym i w jego wszystkich częściach dotyczących jednej umowy".

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oferty wykonawcy, który przyjął w kosztorysach dotyczących tej samej umowy różne ceny pracy sprzętu: „Reasumując, uregulowanie wynikające z pkt 6.14. ma charakter obligatoryjny, a zarazem odrębny w stosunku do tego, co zostało uregulowane w poprzedzających pkt 6.12. i 6.13. Innymi słowy skorzystanie przez wykonawcę z oczywistej możliwości wyceny poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego w oparciu o kalkulację własną w żaden sposób nie zwalnia z obowiązku zastosowania, w odniesieniu do tak samo opisanych w przedmiarach danej części zamówienia pozycji, identycznej wyceny cen jednostkowych robocizny, materiału i sprzętu, a także tego samego poziomu narzutów kosztów pośrednich i zysku. (…). Reasumując nie było sporne, że M. w kosztorysach ofertowych dla części 14. i 15. zamówienia zastosował, w zakresie adekwatnie odzwierciedlonym w odwołaniu, dla niektórych pozycji z takim samym opisem odmienną wycenę kosztów pracy sprzętu (koparki z hakownicą i pilarki spalinowej w części 14. oraz koparki i samochodu samowyładowczego lub ciągnika z przyczepą w części 15.). Natomiast Zamawiający, pomimo że dostrzegł niezgodność treści kosztorysów ofertowych M. z warunkiem, który ustanowił w pkt 6.14. SWZ, ostatecznie odstąpił od jego egzekwowania. (…). W ustalonych powyżej okolicznościach Zamawiający bezpodstawnie zaniechał odrzucenia oferty Przystępującego pomimo oczywistej niezgodności jej treści z wymaganym w SWZ sposobem określenia treści kosztorysu ofertowego".

Mając powyższe na uwadze, oferta wykonawcy Pawkard w zakresie części numer 1 i 2 podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający zaniechał tej czynności, czym naruszył wskazany przepis. Jednocześnie naruszenie to miało wpływ (mogło mieć istotny wpływ) na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia.

ZARZUT NUMER 3

Kryteria oceny ofert zostały opisane przez zamawiającego w rozdziale 15 ust. 15.2 do 15.5 SWZ. W tożsamy sposób dla części numer 2 kryteria oceny ofert zostały określone w ogłoszeniu o zamówieniu.

W postępowaniu w zakresie części numer 2 wpłynęły następujące oferty:

a) wykonawca Łukasz Rakowski, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Usługi Melioracyjne Łukasz Rakowski" [oferta numer 2 wg numeracji zamawiającego]: 288 357,73 zł brutto,

b) wykonawca Pawkard [oferta numer 3 wg numeracji zamawiającego]: 227 820,77 zł brutto,

c) odwołujący [oferta numer 4 wg numeracji zamawiającego]: 275 963,09 zł brutto,

d) wykonawca Drew-Kos [oferta numer 5 wg numeracji zamawiającego]: 363 770,19 zł brutto.

Uwzględniając wzór wskazany przez zamawiającego w treści SWZ punktacja powinna przedstawiać się w następujący sposób:

[Najniższą ceną brutto podlegającą ocenie była cena zaoferowana przez wykonawcę Pawkard, tj. 227 820,77 zł brutto].

1) wykonawca Łukasz Rakowski, [oferta numer 2 wg numeracji zamawiającego]: (227 820,77 zł brutto ÷ 288 357,73 zł brutto) × 100% = 79,00 punktów.

2) wykonawca Pawkard [oferta numer 3 wg numeracji zamawiającego]:

(227 820,77 zł brutto ÷ 227 820,77 zł brutto) × 100% = 100,00 punktów.

3) odwołujący [oferta numer 4 wg numeracji zamawiającego]:

(227 820,77 zł brutto ÷ 275 963,09 zł brutto) × 100% = 82,55 punktów.

4) wykonawca Drew-Kos [oferta numer 5 wg numeracji zamawiającego]:

(227 820,77 zł brutto ÷ 363 770,19 zł brutto) × 100% = 62,63 punktów.

W zakresie części numer 2 zamawiający przedstawił następującą tabelę:

Oferta	Cena [60%]	Suma [100%]
2 [tj. wykonawca Łukasz Rakowski]	62,63	62,63
3 [tj. wykonawca Pawkard]	100	100
4 [tj. odwołujący]	82,55	82,55
5 [tj. wykonawca Drew-Kos]	57,23	97,23

Już na pierwszy rzut oka widać, że zamawiający przewidział kolumnę „Cena [60%]" (mimo że kryterium ceny miało wagę 100%) oraz kolumnę „Suma [100%]" (mimo że było tylko jedno kryterium, więc nie wiadomo po co zamawiającemu kolumna z sumą). Jednakże w przypadku wszystkich wykonawców poza wykonawcą Drew-Kos można by to uznać za nie mającą znaczenia omyłkę. Wartości w kolumnach „Cena [60%]" oraz „Suma [100%]" są takie same oraz wynikają z prawidłowych obliczeń. W przypadku wykonawcy Drew-Kos pomiędzy kolumnami „Cena [60%]" oraz „Suma [100%]" istnieją istotne różnice (w kolumnie „Suma [100%]" dodano z niewiadomych przyczyn dodatkowe 40,00 punktów). Co jednak istotne wykonawca Drew-Kos przy założeniach zamawiającego powinien otrzymać w kryterium cena (jak również w sumie, ponieważ cena stanowi jedyne kryterium) liczbę punktów 62,63.

W niniejszym stanie faktycznym zamawiający przyznał wykonawcy Drew-Kos liczbę punktów w sposób niezgodny z opisem kryteriów wskazanym w treści SWZ. Wykonawca Drew-Kos przy założeniach zamawiającego powinien otrzymać w kryterium cena (jak również w sumie, ponieważ cena stanowi jedyne kryterium) liczbę punktów 62,63, tymczasem otrzymał

liczbę punktów 97,23. Tym samym zamawiający naruszył art. 239 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie naruszenie to miało wpływ (mogło mieć istotny wpływ) na przebieg postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że:

1) uwzględnia odwołanie w części tj. w zakresie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przyznanie wykonawcy Drew-Kos w zakresie części numer 2 w łącznej punktacji wg kryteriów oceny ofert liczby punktów 97,23 podczas gdy uwzględniając kryteria oceny ofert wskazane przez zamawiającego wykonawca ten powinien otrzymać w łącznej punktacji liczbę punktów 62,63.

2) wniósł o oddalenie odwołania w pozostałej części,

3) wniósł o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, zgodnie z rachunkami złożonymi na rozprawie.

W zakresie zarzutów nieuwzględnionych zamawiający wskazał, co następuje.

W uzasadnieniu wniosku o oddalenie odwołania w zakresie zarzutów 1 i 2 zamawiający wskazuje, że brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta wykonawcy Pawkard jest niezgodna z treścią SWZ, a konkretnie z punktem 6.13 SWZ. Zamawiający zaznacza, że zgodnie z pkt 6.13 SWZ: ceny tych samych składników cenotwórczych oraz narzuty kosztów (R, M, S, Kp, Z) muszą być takie same dla wszystkich wycenianych pozycji przedmiarowych w całym kosztorysie ofertowym i jego wszystkich częściach dotyczących jednej umowy. Ceny materiałów (jeżeli dotyczy) określa się łącznie z kosztami zakupu i dowozu do miejsca wbudowania. Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z SWZ, załącznik nr 11 stanowił Opis przedmiotu zamówienia wraz z załącznikami (odpowiednio dla danej części). W ramach załącznika 11.4 do SWZ (cz. 4) zamawiający przewidział osobny Przedmiar i kosztorys nakładczy dla części gwarantowanej oraz osobny Przedmiar i kosztorys nakładczy dla części opcjonalnej. W ramach załącznika 11.5 do SWZ (cz. 5) zamawiający przewidział osobny Przedmiar i kosztorys nakładczy dla części gwarantowanej oraz osobny Przedmiar i kosztorys nakładczy dla części opcjonalnej (dowód: SWZ, załącznik nr 11.4 do SWZ wraz z załącznikami, załącznik nr 11.5 do SWZ wraz z załącznikami).

Tym samym w ramach tych części postępowania obowiązywały 2 różne kosztorysy dla każdej z tych części (osobny kosztorys dla zamówienia gwarantowanego i osoby kosztorys dla zamówienia opcjonalnego w każdej z części). W ocenie zamawiającego z pkt 6.13 SWZ w sposób jednoznaczny wynika, iż wymóg zastosowania tych samych wartości dla poszczególnych składników cenotwórczych oraz narzutów kosztów dotyczy wszystkich pozycji w zakresie danego kosztorysu ofertowego. Z punktu widzenia zasad kosztorysowania oraz prowadzenia przez wykonawców racjonalnej działalności gospodarczej oraz szacowania cen, dopuszczalne jest różnicowanie stawek składników cenotwórczych, kosztów pośrednich oraz

zysku w poszczególnych kosztorysach, tym bardziej zważając na znaczne różnice co do zakresów prac w ramach zamówienia gwarantowanego i opcjonalnego. Zamawiający wskazuje, że zakres prac objętych zadaniem gwarantowanym w ramach cz. 1 i 2 jest całkowicie inny od zakresu objętego zamówieniem opcjonalnym (dowód: Kosztorysy nakładcze dla cz. 1 i 2 odrębnie dla zamówienia gwarantowanego i opcjonalnego).

Zamawiający nie przewidział w SWZ wymogu, zgodnie z którym ceny tych samych składników cenotwórczych oraz narzuty kosztów (R, M, S, Kp, Z) muszą być takie same w poszczególnych kosztorysach ofertowych dla danej części zamówienia (jednolite w cz. gwarantowanej i opcjonalnej). Zgodnie z dokumentami zamówienia kosztorys dla części gwarantowanej nie jest częścią kosztorysu dla części opcjonalnej ani odwrotnie. Nie jest również tak, że w ramach poszczególnych części zamówienia składających się z cz. gwarantowanej i opcjonalnej, zamawiający przewidział zastosowanie odrębnych kosztorysów, na które składają się oszacowanie prac w zakresie zamówienia gwarantowanego i opcjonalnego. W każdej z tych części obowiązywały dwa odrębne przedmiary i kosztorysy.

Przyjęte przez wykonawcę Pawkard stawki roboczogodziny, motogodziny, materiałów, kosztów pośrednich oraz zysku są jednolite dla całego kosztorysu: w cz. 1 w zakresie gwarantowanym, w cz. 1 w zakresie opcjonalnym, w cz. 2 w zakresie gwarantowanym, w cz. 2 w zakresie opcjonalnym, a zatem nie są one zróżnicowane w poszczególnych pozycjach w ramach danego kosztorysu. Tym samym oferta wykonawcy Pawkard jest zgodna z pkt 6.13 SWZ.

Zamawiający wskazuje, że jeżeli odwołujący powziął wątpliwości, co do treści pkt 6.13 SWZ, to powinien zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ, w trybie art. 135 ust. 1 PZP, w szczególności wobec podnoszenia analogicznego zarzutu w postępowaniu odwoławczym prowadzonym pod sygnaturą akt KIO 2946/24. Skoro zaś takiego wniosku było brak, to przyjąć należy, iż profesjonalny i doświadczony wykonawca jakim jest odwołujący, takich wątpliwości co do rozumienia pkt 6.13 SWZ nie powziął, a sama treść tego postanowienia pozbawiona była niejasności.

Nadto zamawiający wskazuje, iż nawet gdyby Izba uznała, że takowe wątpliwości interpretacyjne nasuwa pkt 6.13 SWZ, to zamawiający nie mógł obciążyć konsekwencjami powyższego stanu rzeczy wykonawcę Pawkard, którego oferta okazała się najkorzystniejsza, albowiem jak stwierdzono w wyr. z 25.02.2020 r. (KIO 273/20, Legalis) „możliwości interpretacyjne SIWZ w zakresie (…), nie mogły skutkować negatywnymi konsekwencjami wobec oferty wykonawcy (…) prowadzącymi do jej odrzucenia jako niezgodnej z treścią SIWZ. Postanowienia SIWZ winny być czytane zgodnie z ich literalnym brzmieniem, być precyzyjne i jednoznaczne, a wątpliwości interpretacyjne na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawców".

W tym kontekście, zamawiający za stanowiskiem wyrażonym w piśmiennictwie (komentarz do PZP, art. 135 PZP red. Jaworska 2023, wyd. 5/D. Grześkowiak-Stojek, Legalis) nadmienia, iż: prawo do zadawania pytań jest obecnie postrzegane w kategorii obowiązku wykonawców. Doktryna i orzecznictwo stanęły na stanowisku, niebudzącym obecnie żadnych wątpliwości praktyków, że w przypadku podmiotu profesjonalnego, jakim jest przedsiębiorca działający na rynku, uprawnienie, o którym mowa w art. 135 ust. 1 PZP, przeradza się – przez pryzmat zasady zachowania należytej staranności w profesjonalnym obrocie – w obowiązek wykonawcy. Wykonawcy jako profesjonaliści, powinni dążyć do złożenia prawidłowej oferty. Po stronie wykonawców leży dążenie do ustalenia wszelkich informacji niezbędnych dla złożenia prawidłowej oferty. Dlatego też wykonawcom nie wolno po złożeniu oferty interpretować postanowień SWZ w sposób rozszerzający w dostosowaniu do treści jego oferty np. w zakresie spornego warunku i powoływać się na braki w treści SWZ czy też jakiekolwiek niejasności, gdy z łatwością mogli ustalić błędy w SWZ i zwrócić na nie uwagę zamawiającego. Wykonawca, który wątpliwości co do treści dokumentacji nie wyjaśni, co do zasady traci możliwość powoływania się na te okoliczności jako przemawiające na jego korzyść (por. m.in. wyr. z 30.03.2023 r., KIO 720/23, Legalis; wyr. KIO z 2.09.2021 r., KIO 2266/21, Legalis).

Zamawiający wskazuje, iż żądając nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty Pawkard w związku z zarzutami nr 1 i 2, wykonawca dąży do wyeliminowania tej oferty i wyboru jego oferty, która została sklasyfikowana na drugiej pozycji. Jednocześnie zarzuty wykonawcy są następstwem braku wystąpienia przez odwołującego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ. W ślad za cytowanym orzecznictwem, wykonawca nie może natomiast powoływać się na korzyści wynikające z braku zwrócenia przez niego uwagi na potencjalne niejasności w treści SWZ (które w ocenie zamawiającego nie występują) (dowód: zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty).

Zamawiający podnosi, iż zgodnie z orzecznictwem KIO:

- odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP może mieć miejsce wyłącznie w przypadku jednoznacznego ustalenia sprzeczności określonej w treści oferty wykonawcy z konkretnymi warunkami zamówienia (wyrok KIO z 10 sierpnia 2022 r., KIO 1843/22),

- dla stwierdzenia istnienia podstaw do odrzucenia, o których mowa w ww. przepisie (przyp. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp), niezbędne jest zatem stwierdzenie i wykazanie przez zamawiającego niezgodności treści oferty z określonymi w SWZ wymaganiami, przy czym podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości (wyrok KIO z 22 listopada 2022 r., KIO 2929/22)

- niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć

pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (tak też: wyrok z 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z 20 stycznia 2020 roku, sygn. akt: KIO 69/20).

Sytuacje opisane w ww. orzeczeniach nie zachodzą. Brak jest podstaw do uznania, jakoby pkt 6.13 SWZ w sposób jednoznaczny nakazywał wykonawcom zastosowanie tych samych składników cenotwórczych oraz narzutów kosztów w ramach zamówienia gwarantowanego i opcjonalnego. Jednocześnie podnieść należy, iż zamawiający nie miał zamiaru, aby nadać temu postanowieniu takowy sens. A zatem nawet gdyby przyjąć, że pkt 6.13 SWZ wywołał u wykonawców wątpliwości interpretacyjne, to brak było podstaw, do odrzucenia części ofert, tym bardziej, iż treść SWZ nie podlega zmianie po upływie terminu składania ofert. Tym samym uznać należy, iż potencjalne działanie zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty wykonawcy Pawkard i wyborze oferty odwołującego, byłoby sprzeczne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 16 pkt 1 PZP i jako takie rzutowałoby na dokonanie czynności z naruszeniem ustawy. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji (tak SO w Bydgoszczy w post. z 17.03.2008 r., VIII Ga 22/08, niepubl., cyt. za: wyr. KIO z 15.07.2013 r., KIO 1567/13, Legalis). Tymczasem odrzucając ofertę

wykonawcy Pawkard w cz. 4 i 5 oraz nie odrzucając oferty odwołującego w cz. 3 i 5, zamawiający w sposób nieusprawiedliwiony potraktowałby wykonawców w odmienny sposób, w sytuacji, gdy obaj założyli inne koszty pośrednie i inne zyski w zadaniach gwarantowanych oraz opcjonalnych w poszczególnych częściach zamówienia. Wyprzedzając argumentację odwołującego, zamawiający podnosi, iż w SWZ przewidziane zostało, iż wymóg zawarty w pkt 6.13 SWZ, odnosi się jednakowo do wszystkich składników cenotwórczych oraz narzutów kosztów, a nie jedynie kosztów sprzętu czy materiałów.

Przystępujący (uczestnik) do postępowania odwoławczego złożył pismo procesowe, w którym wniósł o:

1) oddalenie odwołania w całości,

2) przeprowadzenie dowodu z SWZ, oferty i kosztorysów ofertowych do zadań gwarantowanych i opcjonalnych w ramach cz. 3 (Myślibórz) i 5 (Świnoujście) zamówienia o numerze referencyjnym SZ.ROZ.2710.5.2024 o niemal tożsamym przedmiocie zamówienia, realizowanym w innej lokalizacji, celem ustalenia faktu praktyki odwołującego polegającej na stosowaniu przez niego różnych stawek elementów cenotwórczych w kosztorysach dotyczących części gwarantowanej i opcjonalnej oraz interpretacji postanowień pkt 6.13 SWZ w sposób tożsamy jak przystępujący i zamawiający.

Przystępujący podniósł, iż różnice w poszczególnych pozycjach kosztorysów dotyczących ofert przystępującego dotyczących części 1 i 2: wynikają z różnic w warunkach realizacji usług w zakresie gwarantowanym i opcjonalnym, nie prowadzą do złożenia oferty nieodpowiadającej zobowiązaniom oferentów będących przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia.

Pkt 6.2 SWZ wskazuje, że kosztorys ofertowy powinien uwzględniać wymagania określone w Opisie przedmiotu zamówienia oraz przedmiarach robót/kosztorysach nakładczych, stanowiących załączniki do niniejszej SWZ.

Postanowienia umowy stanowiącej załącznik nr 12 do SWZ oraz Opisy Przedmiotu zamówienia dotyczące części 1 i 2, wskazują, że każde z tych zamówień podzielono na dwie części – gwarantowaną i opcjonalną, zaś w stosunku do każdej z tych części należało sporządzić oddzielny kosztorys. Część gwarantowana dotyczy pierwszego koszenia wałów przeciwpowodziowych i naprawy szkód wyrządzonych przez zwierzęta, zaś część opcjonalna dotyczy drugiego koszenia wałów, po wykonaniu prac wchodzących w zakres części gwarantowanej. Warunki świadczenia usług w zakresie każdego z pokosów są więc różne. Koszenie pierwsze wiąże się z usuwaniem bujniejszej roślinności i większej ilości pozostałości po koszeniu, a co za tym idzie, wymaga większego nakładu pracy, użycia cięższego sprzętu, mocniejszych ostrzy itp. podczas gdy czynności związane z drugim pokosem, z racji mniej obfitej i częściowo już uporządkowanej roślinności pozwalają na skorzystanie m. in. ze sprzętu lżejszego, spalającego mniej paliwa, lżejszych ostrzy – wymagających rzadszej wymiany. Stąd też, uwzględniając powyższe różnice w przedmiocie prac, zamawiający zasadnie zastosował dwa, oddzielne kosztorysy – jeden, celem wyceny prac związanych z częścią gwarantowaną i drugi, związany z szacowaniem wynagrodzenia za prace w części opcjonalnej. Żadne z postanowień SWZ nie wskazuje, by kosztorys dotyczący części opcjonalnej był częścią kosztorysu dotyczącego części gwarantowanej lub odwrotnie. Przystępujący, zachował takie same ceny tych samych składników cenotwórczych oraz narzuty kosztów (R, M, S, Kp, Z) dla wszystkich wycenianych pozycji w danym kosztorysie. Jednocześnie wziął pod uwagę różną specyfikę zakresów prac gwarantowanych i opcjonalnych, a co za tym idzie, zgodnie z zasadami wyceny poszczególnych prac:

- koszty pośrednie w częściach gwarantowanych ustalił jako wyższe niż te wskazane w części opcjonalnej z uwagi na:

a) konieczność częstszej wymiany materiałów eksploatacyjnych jak np. ostrza kosiarek, a także konieczności zastosowania mocniejszych ostrzy (dla roślinności starszej i bujniejszej),

b) większe zużycie paliwa z racji zastosowania cięższego sprzętu (np. ciągnika o większej mocy),

c) dłuższy okres konieczności zapewnienia bazy noclegowej i narzędziowej dla pracowników, większe zużycie wody i mediów,

d) większe zużycie narzędzi i odzieży roboczej jak np. rękawic, grabi,

e) większe koszty dojazdu z uwagi na częstotliwość stawiennictwa pracowników i sprzętu w miejscu świadczenia usług,

f) cenę godziny pracy kosiarki bijakowej w częściach gwarantowanych ustalił jako wyższą niż ta wskazana w częściach opcjonalnych, ponieważ w przypadku pierwszego pokosu, roślinności bujnej, o stwardniałych łodygach, istnieje konieczność zastosowania bardziej wytrzymałych, cięższych ostrzy i ich częstej wymiany,

g) cenę godziny pracy ciągnika kołowego (25-30 KM) w częściach gwarantowanych ustalił jako wyższą niż ta wskazana w częściach opcjonalnych, ponieważ w przypadku pierwszego koszenia wykorzystywany jest ciągnik cięższy o większym zużyciu paliwa,

h) zysk w częściach gwarantowanych ustalono na wyższy niż w częściach opłacalnych, gdyż w przypadku drugiego koszenia praca jest lżejsza, mniej skomplikowana i czasochłonna, w związku z czym pod względem biznesowym mniejszy zysk nadal zapewnia jej opłacalność.

Jak wynika z powyższego przystępujący nie dopuścił się zarzucanej mu przez odwołującego manipulacji cenami. Każda

z części kosztorysu dotyczy usług wykonywanych w innej lokalizacji lub w innych zastanych warunkach, przy użyciu sprzętu w różnych konfiguracjach (różna moc ciągnika i rodzaj noży koszących). Przystępujący zachował jednolitość cen składników cenotwórczych dla tych samych sprzętów (w tej samej konfiguracji) działających w tej samej lokalizacji, w tych samych warunkach (oddzielnie dla koszenia pierwszego i drugiego). Uznanie, że zamawiający wymagał zastosowania identycznych składników cenotwórczych w kosztorysach dotyczących części gwarantowanych i opcjonalnych świadczyłoby o jego nieracjonalności oraz braku świadomości i wiedzy o tym, co jest przedmiotem poszczególnych zamówień oraz jakie są realia ich wykonania oraz wyceny. Jeśli interpretacja pkt 6.13 SWZ miałaby prowadzić do stwierdzenia, że wykonawca zobowiązany jest w części gwarantowanej jak i opcjonalnej stosować identyczne składniki cenotwórcze pomimo różnicy w zakresie i przedmiocie prac, wykonawca w obu kosztorysach, celem zapewnienia sobie rentowności musiałby stosować w obu przypadkach stawki właściwe dla prac gwarantowanych, a co za tym idzie, zawyżać cenę prac opcjonalnych. Taki sposób rozumienia pkt 6.13 SWZ byłby zatem sprzeczny z interesem zamawiającego i nieracjonalny.

Z wiedzy przystępującego wynika, że odwołujący składając oferty w postępowaniach, w których SWZ przewiduje tożsame jak w pkt 6.13 postanowienia, stosuje tę samą wykładnię pkt. 6.13 SWZ różnicując stawki składników cenotwórczych w kosztorysach dotyczących prac gwarantowanych od stawek w kosztorysach dotyczących prac opcjonalnych. Tytułem przykładu, w załączeniu do niniejszego pisma przystępujący przedkłada ofertę i kosztorys ofertowy do zadań gwarantowanych i opcjonalnych w ramach cz. 3 i 5 zamówienia o numerze referencyjnym SZ.ROZ.2710.5.2024, które jednoznacznie wykazują stosowanie przez odwołującego różnej wysokości kosztów pośrednich oraz przewidzianego zysku w odniesieniu do zamówień gwarantowanych i opcjonalnych. Jeśli zaś chodzi o przytoczony przez

odwołującego wyrok KIO z 22 lipca 2022 r., sygn. akt 1625/22 to należy wskazać, ze choć dotyczy on postanowienia SWZ o tożsamym brzmieniu jak postanowienie zawarte w pkt 6.13 SWZ do postępowania o udzielenie zamówienia, to już znacząco różni się pod względem zaistniałego stanu faktycznego. We wskazanym orzeczeniu nie rozpatrywano ujętych w oddzielnych kosztorysach, mających oddzielny byt i zakres przedmiotowy części gwarantowanych i opcjonalnych. Zgodnie z orzecznictwem KIO: „Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w dokumentach zamówienia i którego przyjęcia oczekuje. Niezgodność treści oferty z treścią SWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego" (wyrok z 20 lutego 2024 r., KIO 348/24). W komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych do p.z.p. wskazano zaś, że: „Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia" (zob. „Prawo zamówień publicznych" - komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023, str. 729). Co więcej, KIO w wyroku z 3 listopada 2023 r. sygn. akt 3069/23 stwierdziła, że odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty oraz, że: „Zamawiający aby odrzucić ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 k.c.) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia".

Z uwagi na powyższe należy stwierdzić, że:

- interpretacja pkt 6.13 SWZ wskazuje na konieczność zachowania jednolitych składników cenotwórczych w ramach jednego kosztorysu, zaś część gwarantowana i opcjonalna posiadają odrębne kosztorysy;

- interpretacja pkt 6.13 SWZ prowadząca do wniosku, że różniące się zakresem prace, ujęte w osobnych kosztorysach, mają być wyceniane według tych samych składników

cenotwórczych byłaby nieracjonalna, sprzeczna z regułami szacowania cen oraz z interesem zamawiającego;

- przedstawiany przez odwołującego sposób rozumienia pkt 6.13 SWZ kreowany jest jedynie na potrzeby niniejszego postępowania, gdyż sam odwołujący, w postępowaniach o udzieleniu zamówienia publicznego o zbliżonym przedmiocie i tożsamych zapisach SWZ sam stosuje różne składniki cenotwórcze w kosztorysach dotyczących części gwarantowanej i opcjonalnej;

- oferta złożona przez przystępującego w pełni odpowiada swą treścią usługom jakich świadczenia oczekuje zamawiający;

- przedmiot umowy stanowiącej załącznik nr 12 do SWZ jest tożsamy z przedmiotem oferty przystępującego.

Tym samym oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu, ponieważ jest zgodna z warunkami zamówienia.

Dodatkowe pismo w sprawie, wraz ze stanowiskiem odnoszącym się do argumentacji zamawiającego i przystępującego (uczestnika) złożył odwołujący, w którym podtrzymał swoją dotychczasową argumentację.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego (uczestnika), złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w całości stanowisko odwołującego (za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: „Izba ma prawo podzielić zarzuty

i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów"), wskazuje, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Konserwacja wałów przeciwpowodziowych na terenie działania Zarządu Zlewni w Gryficach poprzez wykonanie koszenia oraz naprawy szkód wyrządzonych przez dzikie zwierzęta".

W punkcie 6.1 SWZ zamawiający przewidział następujące postanowienie: „Dla każdej części Zamówienia Wykonawca zobowiązany jest dołączyć kosztorys ofertowy". Następnie, w punkcie 6.3 SWZ zamawiający dokonał konkretyzacji tego, w jaki sposób wykonawcy powinni przygotować kosztorysy ofertowe: „Wykonawca określi ceny na wszystkie elementy zamówienia wymienione w kosztorysach nakładczych, na podstawie których sporządzi kosztorysy ofertowe, które stanowić będą załączniki do oferty według następujących zasad: (…),

- Wykonawca jest zobowiązany do wypełnienia i określenia wartości we wszystkich pozycjach występujących w kosztorysach nakładczych. Brak wypełnienia i określenia wartości pozycji w kosztorysie ofertowym spowoduje odrzucenie oferty Wykonawcy, jako niezgodnej z treścią SWZ, (…)".

Kosztorysy ofertowe miały być więc przygotowane przez wykonawców na podstawie kosztorysów nakładczych przygotowanych przez zamawiającego oraz zawierać wszystkie pozycje. Zamawiający, precyzując sposób sporządzania przez wykonawców kosztorysu ofertowego, przewidział również następujące postanowienie w punkcie 6.13 SWZ: „Ceny tych samych składników cenotwórczych oraz narzuty kosztów (R, M, S, Kp, Z) muszą być takie same dla wszystkich wycenianych pozycji przedmiarowych w całym kosztorysie ofertowym i jego wszystkich częściach dotyczących jednej umowy. Ceny materiałów (jeżeli dotyczy) określa się łącznie z kosztami zakupu i dowozu do miejsca wbudowania".

Powyższe oznacza, że wykonawcy sporządzając kosztorysy dotyczące jednej umowy, zobowiązani są do zachowania jednolitych cen oraz narzutów dla wszystkich składników cenotwórczych, takich jak robocizna, materiały, sprzęt, koszty pośrednie oraz zysk. Te same stawki i narzuty muszą być konsekwentnie stosowane w całym kosztorysie ofertowanym oraz we wszystkich jego częściach dotyczących jednej umowy, co zapewnia spójność i transparentność wyceny.

Dla każdej z części zamówienia (zarówno części numer 1, jak i części numer 2) zamawiający przewidział zastosowanie prawa opcji. Zamawiający dołączył do dokumentacji zamówienia następujące kosztorysy nakładcze (które miały stanowić podstawę do przygotowania przez wykonawców kosztorysów ofertowych):

Dla części numer 1:

Kosztorys nakładczy dla zamówienia podstawowego.

Kosztorys nakładczy dla opcji.

Dla części numer 2:

Kosztorys nakładczy dla zamówienia podstawowego.

Kosztorys nakładczy dla opcji.

Wzór umowy stanowił załącznik numer 12 do SWZ. Zamawiający umieścił w § 4 wzoru umowy (zatytułowanym „Prawo opcji") postanowienia dotyczące prawa opcji – między innymi co prawo opcji obejmuje, kiedy nastąpi i w jakim maksymalnym terminie. Zamawiający również zaznaczył, że do wykonywania przedmiotu umowy w ramach prawa opcji odpowiednie zastosowanie mają wszystkie postanowienia umowy, o ile nie stanowi ona inaczej.

Oznacza to, że zamówienie opcjonalne miało zostać realizowane w ramach tej samej umowy, co zamówienie podstawowe.

A zatem wykonawcy, przygotowując kosztorysy ofertowe osobno dla zamówienia podstawowego oraz opcjonalnego, byli zobowiązani do zastosowania jednolitych cen tych samych składników cenotwórczych oraz narzutów kosztowych w postaci robocizny, materiałów, sprzętów, kosztów pośrednich oraz zysku dla wszystkich wycenianych pozycji przedmiarowych.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej treść dokumentów składających się na dokumentację postępowania należy czytać literalnie, tj. w taki sposób, który bezpośrednio odzwierciedla zamierzenia zamawiającego, tak te względem treści oferty jak i te związane z warunkami podmiotowymi, które z kolei muszą uwzględniać zasady wynikające z przepisu art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, tj. zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Skoro zatem zamawiający w treści SWZ, w sposób jednoznaczny postawił wymóg dotyczący sposobu sporządzania przez wykonawców kosztorysu ofertowego - postanowienie z punktu 6.13 SWZ: „Ceny tych samych składników cenotwórczych oraz narzuty kosztów (R, M, S, Kp, Z) muszą być takie same dla wszystkich wycenianych pozycji przedmiarowych w całym kosztorysie ofertowym i jego wszystkich częściach dotyczących jednej umowy. Ceny materiałów (jeżeli dotyczy) określa się łącznie z kosztami zakupu i dowozu do miejsca wbudowania”, to nie sposób twierdzić, że zamawiający dopuścił możliwość różnicowania wyceniania pozycji kosztorysowych w rozróżnieniu na zamówienie gwarantowane oraz zamówienie opcjonalne.

Powyższe oznacza, że wykonawcy, sporządzając kosztorysy dotyczące jednej umowy (zamawiający nie będzie zawierał dwóch odrębnych umów odrębnie na zamówienie gwarantowane oraz odrębnie na zamówienie opcjonalne), zobowiązani byli do zachowania jednolitych cen oraz narzutów dla wszystkich składników cenotwórczych, takich jak robocizna, materiały, sprzęt, koszty pośrednie oraz zysk. Te same stawki i narzuty musiały być konsekwentnie stosowane w całym kosztorysie ofertowym oraz we wszystkich jego częściach dotyczących jednej umowy, co zapewnia spójność i transparentność wyceny.

Gdyby bowiem zamawiający w treści SWZ wprost wskazał, że zachowanie jednolitości wyceny kosztorysowej dotyczy odrębnie zamówienia gwarantowanego i odrębnie zamówienia opcjonalnego, to po pierwsze postanowienie takie musiałoby wynikać jednoznacznie z treści SWZ (a nie wynika), po drugie zachowanie przystępującego (uczestnika) można by było wtedy uznać za prawidłowe. W okolicznościach przedmiotowej sprawy stwierdzić należało, że zamawiający takiego rozróżnienia w treści SWZ nie dokonał.

Tym samym wykonawca przystępujący (uczestnik) stosując różne stawki w zakresie zamówienia gwarantowanego oraz zamówienia opcjonalnego, sporządził ofertę niezgodną z warunkami zamówienia, dlatego też podlega sankcji odrzucenia na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zarówno w części 1 jak i 2 zamówienia.

Stanowisko przeciwne prowadziłoby do naruszenia ww. zasady wynikającej z przepisu art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby, w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z sytuacją, którą wywodził zamawiający, tj. z wadliwymi (możliwą różną interpretacją) postanowieniami SWZ, które w takim przypadku należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy, gdyż SWZ jednoznacznie nakładała na wykonawców obowiązek jednolitej wyceny składników cenotwórczych (prac, nakładów, sprzętu, kosztów pośrednich) dla kosztorysu ofertowego, w ramach którego wycenie podlegały prace w ramach zamówienia gwarantowanego i opcjonalnego oraz co istotne w ramach jednej umowy.

Jak wskazywał na rozprawie odwołujący, a zamawiający i przystępujący (uczestnik) nie zaprzeczyli, w przedmiotowym postępowaniu tylko oferta przystępującego (uczestnika) zawierała rozbieżności (kosztorys ofertowy) w wycenie robót gwarantowanych i opcjonalnych. Wszyscy pozostali wykonawcy zrozumieli wymaganie zamawiającego tak jak to uczynił odwołujący. Tym bardziej wzmacnia to argumentację, że postanowienia SWZ były jednoznaczne i nie budziły wątpliwości interpretacyjnych.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący: ……