

WYROK

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aneta Młacka

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 grudnia 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2024 roku przez Odwołującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: MPM Development sp. z o.o., A.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo - Usługowa Bio-Klim A.J. (ul. Partyzantów 1, 46-100 Namysłów) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gminę Nysa (ul. Kolejowa 15, 48-300 Nysa),
przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego: Pre-Fabrykat sp. z o.o. (Miłków, ul. Brzeziny Karkonoskie 2, 58-540 Karpacz)

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego,
 2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Gminę Nysa (ul. Kolejowa 15, 48-300 Nysa) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego Gminy Nysa (ul. Kolejowa 15, 48-300 Nysa) na rzecz Odwołującego Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: MPM Development sp. z o.o., A.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo - Usługowa Bio-Klim A.J. (ul. Partyzantów 1, 46-100 Namysłów) kwotę 23600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postaci wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.
- 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.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 4487/24

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Nysa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest „Budowa trzech budynków mieszkalnych wielorodzinnych A, B, C z parkingiem w poziomie parteru i zagospodarowaniem terenu - ul. Szlak Chrobrego w Nysie.”

Ogłoszenie ukazało się 14 sierpnia 2024 roku w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem S 158 – 00489846.

Odwołujący: Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia MPM Development sp. z o.o., A.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa BIO-KLIM A.J., wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przez uznanie, iż oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia i odrzucenia na tej podstawie jego oferty, art. 239 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę Pre-Fabrykat sp. z o.o., mimo iż oferta Odwołującego jest od niej korzystniejsza.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, zasądzenia od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Zgodnie z § 5 ust. 1 wzoru umowy (załącznik nr 2 do SWZ), za wykonanie przedmiotu umowy strony ustalają wynagrodzenie ryczałtowe Wykonawcy.

Zgodnie z pkt. 17.3 zdanie drugie SWZ, „Cena ofertowa ma wynikać z załączonego kosztorysu ofertowego”.

W pkt 4.2 SWZ, Zamawiający wskazał sytuacje odnoszące się do kosztorysu ofertowego, które będzie uznawał za niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Są to: „Brak w ofercie kosztorysu ofertowego”, „Błąd w kosztorysie

ofertowym polegający na pominięciu pozycji przedmiaru".

Odwolujący załączył do oferty kosztorys uproszczony - wydruk kosztorysu sporządzonego w programie Norma Pro (dla poszczególnych branż), dla wszystkich pozycji przedmiaru robót.

19 listopada 2024 r. Zamawiający powiadomił o dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę Pre-Fabrykat sp. z o.o. oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że: „Po analizie kosztorysów ofertowych Wykonawcy, Zamawiający stwierdził, iż w przedmiotowych kosztorysach, sporządzanych metodą uproszczoną, brak jest stawki robocizny. (...) W przypadku, gdy treść kosztorysu stanowi treść oferty, a kosztorys zawiera braki, występuje niegodność treści oferty z warunkami zamówienia, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp”.

Odwolujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego i wniósł odwołanie. Wskazał, że z treści oferty wprost wynikają essentialia negotii umowy o roboty budowlane, tj. ryczałtowa cena za realizację przedmiotu zamówienia opisanego w pkt 4 SWZ w terminie określonym w SWZ, jak również udzielenie 60 miesięcznej gwarancji jakości. W treści oferty znajduje się także oświadczenie o zaakceptowaniu przez Odwołującego postanowień wzoru umowy opracowanego przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał również, że z analizy postanowień wzoru umowy nie wynika, aby kwestia parametru „R” (robocizny) w kosztorysie uproszczonym załączonym do oferty miała jakiegokolwiek istotne znaczenie dla celów prawidłowej realizacji umowy. Podstawowym dokumentem określającym warunki realizacji umowy jest harmonogram rzeczowo-finansowy (HRF), który ma stanowić załącznik nr 1 do umowy (§ 2 wzoru umowy). Jednakże SWZ odnosi się do niego w sposób bardzo lakoniczny, wskazując w pkt 4.7, że Wykonanie robót odbywać się będzie zgodnie z harmonogramem sporządzonym przez Wykonawcę zatwierdzonym przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał także, że wartość R w kosztorysie ofertowym wykonawcy nie będzie miała żadnego znaczenia dla prawidłowej realizacji robót zgodnie z HRF.

Zdaniem Odwołującego, przyjęta przez Odwołującego, lecz niewykazana wprost w kosztorysach uproszczonych, wysokość przyjętej stawki roboczogodziny mogłaby mieć znaczenie w przypadku ewentualnej zmiany Umowy. Jednakże sformułowania użyte w najbardziej prawdopodobnych do zastosowania § 5 ust. 6, 7 i 8 wzoru umowy wymagają od wykonawcy wykazania „jaką część składową stawki wynagrodzenia umownego stanowi wynagrodzenie pracowników wykonujących zamówienie bezpośrednio na rzecz Zamawiającego, proporcji czasu pracy tych osób na rzecz Zamawiającego w ogólnym ich czasie pracy” i analogicznie dla składek na ubezpieczenia społeczne i pracownicze plany kapitałowe. Z powyższych postanowień wzoru umowy wynika zatem, że coroczna zmiana wynagrodzenia wykonawcy będzie wymagać znacznie bardziej szczegółowych wyliczeń, niż proste zwiększenie przyjętej w kosztorysie wartości roboczo-godziny.

Odwolujący wskazał, że Zamawiający nie zwracał się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwolujący zwrócił uwagę, że specyfika przygotowania kosztorysu ofertowego w programie Norma PRO, z którego korzysta Odwołujący (jak również część pozostałych wykonawców) polega na tym, że jest on opracowywany na poziomie szczegółowym, natomiast tzw. kosztorys uproszczony stanowi jedynie formę eksportu zagregowanej wyceny poszczególnych pozycji. Odwołujący nie zaprzeczał, że wskutek omyłki nie doszło do uwidocznienia przyjętej stawki roboczogodziny na pierwszej stronie kosztorysu. Jednakże na podstawie danych zawartych w kosztorysach szczegółowych opracowanych przez Odwołującego przed złożeniem oferty, można z łatwością zauważyć, że przyjęta stawka roboczogodziny to 32,00 zł r-g. Jako dowód Odwołujący przedstawił wyciąg z kosztorysów szczegółowych Odwołującego.

Odwolujący wskazał, że z uwagi na stopień szczegółowości danych przyjętych w kosztorysach szczegółowych Odwołującego, nie jest możliwe dokonanie późniejszych ingerencji np. w ww. wartość roboczo-godziny i określenie jej np. na poziomie 33,00 zł /r-g, albowiem wymagałoby to korekty nakładów R w niemal każdej pozycji kosztorysu, chcąc zachować niezmienną cenę jednostkową każdej pozycji, która została obliczona przez program Norma PRO z dokładnością do trzeciego miejsca do przecinka. Wyjaśnił, że z całą pewnością, próba takiej operacji byłaby widoczna, chociażby w postaci odmiennych wartościach groszy. Zdaniem Odwołującego, nie ma zatem ryzyka dokonania przez Odwołującego zmiany parametru stawki R przyjętej do skalkulowania ceny ofertowej, a Zamawiający miał możliwość chociażby wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty Odwołującego np. w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i wykazania poprawności przyjętych składników cenotwórczych poprzez przedłożenie kosztorysów szczegółowych. Jak wskazał Odwołujący, takie działanie w żadnym stopniu nie prowadziłoby do niedozwolonych negocjacji dotyczących złożonej oferty Odwołującego, o których mowa w art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący podkreślił, że sankcja odrzucenia oferty jest „najcięższym wymiarem kary”, jaki

może spotkać wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże jej zastosowanie powinno być uwzględniane także zasadę proporcjonalności wynikającą z art. 16 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w tym wagę oraz realny wpływ drobnego i uzupełnianego braku w kosztorysie ofertowym Odwołującego na treść umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zdaniem Odwołującego, jego oferta, jako oferta z najniższą ceną powinna otrzymać maksymalną liczbę punktów (tj. 60) w kryterium cena oferty „C”. W kryterium wydłużenie gwarancji „G” wszystkie oferty złożone w postępowaniu kwalifikują się do otrzymania 40 punktów w tym kryterium. Oferta Odwołującego powinna była otrzymać najwięcej punktów ze wszystkich złożonych ofert.

W ocenie Odwołującego odrzucenie jego oferty nastąpiło całkowicie bezpodstawnie, a co za tym idzie czynność wyboru oferty Wykonawcy Pre-Fabrykat sp. z o.o. pozostaje w niezgodności z art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie jest to oferta najkorzystniejsza.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający wskazał, że w postanowieniach specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) jednoznacznie i szczegółowo opisał metodę i podstawy sporządzenia przez Wykonawcę kalkulacji kosztorysowej robót budowlanych oraz sposób i formę jej przedstawienia:

„Zgodnie z punktem 4.2 SWZ: „W przypadku przedłożenia oferty z załączeniem kosztorysu uproszczonego należy dołączyć wykaz materiałów i sprzętu (wszystkich występujących w kosztorysie) z podaniem cen jednostkowych oraz podać wartości innych składników cenotwórczych: robocizna, koszty ogólne, koszty zakupu, zysk.” Zamawiający stwierdził, że brak stawki w kosztorysach sporządzonych metodą uproszczoną przez Odwołującego nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem, niemieszczącym się w pojęciu art. 223 ust. 2 pkt. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie Zamawiającego brak ten powoduje, że kosztorysy (stanowiące element treści oferty) są niekompletne, co przesądza o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia.

Zamawiający zwrócił uwagę na treść art. 7 pkt 29 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym „Ilekoć w niniejszej ustawie jest mowa o warunkach zamówienia - należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Wskazał także, że w punkcie 4.2 SWZ określono sposób sporządzenia kosztorysu ofertowego i z tego punktu wynikają warunki dotyczące postępowania, które stanowią warunki zamówienia, o których mowa zarówno w art. 7 pkt 29) ustawy Prawo zamówień publicznych., jak i w art.226 ust. 1 pkt. 5) ustawy Prawo zamówień publicznych.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał także, że: „W przypadku gdy treść kosztorysu ofertowego stanowi treść oferty, a kosztorys zawiera braki, występuje niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp. Ponadto należy podkreślić, iż kosztorysy ofertowe nie stanowią dokumentów, które mogą podlegać poprawieniu lub uzupełnieniu w trybie art. 128 ust.1 Pzp., ponieważ nie jest to podmiotowy środek dowodowy potwierdzający spełnianie wymagań określonych przez Zamawiającego, w rozumieniu art. 57 pkt. 2) ustawy Pzp. Wymagania sprecyzowane w SWZ są wiążące nie tylko dla Wykonawców, ale także dla Zamawiającego, dlatego też przy ocenie treści ofert, Zamawiający porównuje ich treść do jasnej i klarownej SWZ. Niedozwolone jest odstępowanie od wymogów określonych w SWZ przy dokonaniu oceny ofert. Wobec powyższego na podstawie art. 226 ust.1 pkt. 5) ustawy Pzp., Zamawiający zobligowany był do odrzucenia oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.”

Zamawiający wskazał, że dokonał oceny treści oferty zgodnie z dokumentami zamówienia, tym samym dla ważności dokonanej czynności odrzucenia oferty Odwołującego nie ma znaczenia, że wynagrodzenie za wykonanie umowy zostało określone przez Zamawiającego jako ryczałtowe

Zamawiający zwrócił uwagę na punkt 20 specyfikacji warunków zamówienia, w którym przewidział możliwość dokonania zmiany umowy w stosunku do treści oferty, które mogą obejmować: zmiany wynagrodzenia wykonawcy, zmiany ilości każdej pracy objętej umową, zmianę jakości i innych cech charakterystycznych którejkolwiek części pracy, zmianę poziomu, pozycji czy wymiarów którejkolwiek części robót, rezygnację z jakiejkolwiek pracy, zmianę w kolejności i terminach wykonania robót. Podstawę sporządzenia kosztorysu na roboty wynikające ze zmiany dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych stanowi: dokumentacja projektowa i specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych oraz kosztorys ofertowy w części cen jednostkowych lub dane wyjściowe do kosztorysowania przyjęte do sporządzenia kosztorysu ofertowego, ceny jednostkowe pracy sprzętu i materiałów zaproponowanych przez wykonawcę.

W związku z powyższym w ocenie Zamawiającego, pomimo użytego w §5 wzoru umowy określenia „wynagrodzenie

ryczałtowe", przewidziane wynagrodzenie nie jest wynagrodzeniem ryczałtowym - w tym znaczeniu, że w istocie na to wynagrodzenie składają się wszystkie elementy wymienione wyżej (tj. składniki cenotwórcze), a kosztorys ofertowy podczas realizacji zamówienia ma spełniać realne funkcje. Przewidziana możliwość zmiany umowy w zakresie tak istotnym jak rozmiar prac oraz wynagrodzenie wykonawcy nie odzwierciedla kodeksowego znaczenia ryczałtu, bowiem Zamawiający może przewidzieć koszty prac, korzystając z tych wskaźników cenotwórczych.

W ocenie Zamawiającego argumentacja Odwołującego dotycząca znaczenia stawki roboczogodziny jest całkowicie chybiona i stanowi nieudaną próbę usprawiedliwienia braku stawki roboczogodziny w złożonych wraz z ofertą kosztorysach ofertowych. Zamawiający zauważył, że Odwołujący w treści odwołania wskazuje, że „wskutek omyłki nie doszło do uwidocznienia przyjętej stawki roboczogodziny na pierwszej stronie kosztorysu”.

Zamawiający stwierdził, że zarzut Odwołującego dotyczący naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych tj. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych jest całkowicie chybiony i bezzasadny, tak samo jak zarzut naruszenia art. 16 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zgodnie z którym Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny. Zdaniem Zamawiającego, zasadę proporcjonalności należy rozumieć jako stawianie wymogów w warunkach zamówienia a nie proporcjonalności w zakresie oceny wadliwości złożonej oferty. Ocena, czy dane uchybienie jest proporcjonalne, większe lub mniejsze prowadziłyby właśnie do naruszenia zasady równego traktowania Wykonawców.

Zamawiający wskazał ponadto, że dokonał oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie warunków zamówienia określonych w dokumentach zamówienia. Warunki określone w dokumentach zamówienia, na etapie ogłoszenia postępowania, w tym sposób sporządzenia kosztorysu ofertowego, nie były przedmiotem wyjaśnień między Wykonawcą a Zamawiającym. W związku z powyższym sporządzając i składając ofertę wykonawca opierał się na warunkach określonych w dokumentach zamówienia. Z kolei na podstawie tych samych warunków Zamawiający dokonał oceny wszystkich ofert i wybrał ofertę najkorzystniejszą.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z punktem 4.2 SWZ Zamawiający zobowiązał wykonawców do załączenia do oferty kosztorysów ofertowych. W dalszej części Zamawiający wskazał, że: „Kosztorysy ofertowe należy sporządzić zgodnie z przedmiarem robót, zachowując kolejność pozycji przedmiaru. Kosztorysy ofertowe muszą być sporządzone jako wypełnienie przedmiaru, z tym, że dopuszcza się zastosowanie innej katalogowej podstawy wyceny niż podana w przedmiarze – zakres i technologia wycenionych robót musi odpowiadać zakresowi i technologii robót określonych w danej pozycji przedmiaru.

Błędne wpisanie w kosztorysie ofertowym innej ilości robót niż to określono w przedmiarze robót, nie będzie powodowało odrzucenia oferty. Zastosowanie będą tu miały przepisy art. 223 ustawy Pzp.

Błąd w kosztorysie ofertowym polegający na pominięciu pozycji przedmiaru (w tym także w prowadzonych ewentualnymi zmianami i wyjaśnieniami treści SWZ), nie będzie stanowił błędu, który można poprawić na podstawie art. 223 ust. 2 pkt. 3 Pzp.

Błąd taki będzie stanowił o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji warunków zamówienia, a oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp. - treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Oferty można składać załączając kosztorysy szczegółowe lub uproszczone.

W przypadku przedłożenia oferty z załączeniem kosztorysu uproszczonego należy dołączyć wykaz materiałów i sprzętu (wszystkich występujących w kosztorysie) z podaniem cen jednostkowych oraz podać wartości innych składników cenotwórczych: robocizna, koszty ogólne, koszty zakupu, zysk.”

Odwołujący załączył do oferty kosztorysy uproszczone. W treści kosztorysów nie została uwidoczniona wartość roboczogodziny. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych uznając, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zamawiający w punkcie 4.2 SWZ wyraźnie określił dwie podstawy odrzucenia oferty, tj. brak w ofercie kosztorysu ofertowego, a także błąd w kosztorysie ofertowym polegający na pominięciu pozycji przedmiaru.

Zamawiający wskazał, że: „Brak w ofercie kosztorysu ofertowego, stanowić będzie o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji warunków zamówienia. Oferta z takim brakiem zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp.”

Odwołujący załączył do oferty kosztorysy, co jest okolicznością bezsporną. Nie zaistniała zatem podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego wskazana wprost przez Zamawiającego w SWZ.

Zgodnie z pkt. 4.2 SWZ: „błąd w kosztorysie ofertowym polegający na pominięciu pozycji przedmiaru (w tym także w prowadzonych ewentualnymi zmianami i wyjaśnieniami treści SWZ.), nie będzie stanowił błędu, który można poprawić na podstawie art. 223 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Błąd taki będzie stanowił o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji warunków zamówienia, a oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp. - treść oferty jest niezgodna z

warunkami zamówienia”.

Odwołujący nie pominął żadnej z pozycji przedmiaru. Nie zaistniała zatem podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego wskazana przez Zamawiającego w SWZ.

W treści pkt. 4.2 SWZ w odniesieniu do stawki roboczogodziny Zamawiający wskazał jedynie, że: „W przypadku przedłożenia oferty z załączeniem kosztorysu uproszczonego należy dołączyć wykaz materiałów i sprzętu (wszystkich występujących w kosztorysie) z podaniem cen jednostkowych oraz podać wartości innych składników cenotwórczych: robocizna, koszty ogólne, koszty zakupu, zysk.”

Zamawiający nie określił sankcji - w szczególności sankcji odrzucenia oferty, za brak podania wartości składnika cenotwórczego, takiego jak w niniejszym przypadku – robocizny. Stąd brak uwidocznienia wartości składnika cenotwórczego, takiego jak w niniejszym przypadku – robocizny, nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego, bowiem Zamawiający nie opisał takiej sankcji. Zamawiający w treści SWZ zdecydował się na sankcję odrzucenia oferty wykonawcy jedynie w dwóch przypadkach - braku w ofercie kosztorysu ofertowego, a także wystąpienia błędu w kosztorysie ofertowym, polegającego na pominięciu pozycji przedmiaru (o czym powyżej).

Odwołujący załączył kosztorys ofertowy do oferty oraz - jak wskazano powyżej - nie pominął żadnej pozycji przedmiaru. Oznacza to, że brak było podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący załączył do odwołania jako dowód wyciągi kosztorysów szczegółowych, które uwidaczniają wartość roboczogodziny, która została zastosowana przy obliczeniu ceny. Wartości podane w kosztorysach uproszczonych i kosztorysach szczegółowych są zgodne. Jak wyjaśnił Odwołujący, zmiana jednego ze składników kosztotwórczych, takich jak wartość roboczogodziny, spowoduje widoczne zmiany w pozostałych wartościach kosztorysu, w szczególności, gdy wartości podane są z dokładnością do trzech miejsc po przecinku. Zamawiający oraz Przystępujący nie wykazali okoliczności przeciwnej, nie przedstawili dowodu, który wykazywałby, że wstawienie innej wartości roboczogodziny nie doprowadzi do zmiany pozostałych wartości w kosztorysie. Należy zatem uznać, że kosztorysy załączone przez Odwołującego do oferty od początku zawierały (nie pomijały) skalkulowaną stawkę roboczogodziny.

Powyższe oznacza, że Odwołujący, zgodnie z wymaganiami SWZ, uwzględnił w kosztorysach wszystkie wymagane przez Zamawiającego składniki cenotwórcze, nie pominął żadnej pozycji, a przede wszystkim nie pominął składnika cenotwórczego jakim jest roboczogodzina.

Zamawiający nie określił sankcji w postaci odrzucenia oferty za brak uwidocznienia w kosztorysie ofertowym składnika cenotwórczego w postaci roboczogodziny, zatem również w tym zakresie brak było podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący wykazał, że nie pominął składnika cenotwórczego jakim jest roboczogodzina, co również oznacza, że brak jest niezgodności jego oferty z wymaganiami SWZ.

W sytuacji, gdy Zamawiający miał wątpliwości co do skalkulowania wartości roboczogodziny, miał możliwość zwrócenia się do wykonawcy o złożenie wyjaśnień w tym zakresie na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie prowadziłoby to do niedozwolonych negocjacji dotyczących złożonej oferty Odwołującego, o których mowa w art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym bardziej, że złożenie kosztorysów sporządzonych w formie szczegółowej pozwala na zweryfikowanie ujęcia stawki roboczogodziny.

Należy podkreślić, że odrzucenie oferty z uwagi na niezgodność z warunkami SWZ powinno być oczywiste. W niniejszej sprawie nie wystąpiły podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego.

Zamawiający w trakcie rozprawy z udziałem stron przyznał, że odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło z uwagi na jej złożenie w formie niezgodnej z SWZ. Zamawiający podkreślał niestaranność Odwołującego w przygotowaniu oferty. Zamawiający potwierdził zatem, że niezgodność w jego ocenie ma wyłącznie charakter formalny.

Jak trafnie jednak zauważył Odwołujący w treści odwołania, pojęcie warunków zamówienia odnosi się również do wymagań proceduralnych, jednakże podstawą odrzucenia oferty może być niezgodność z warunkami zamówienia w stopniu zasadniczym. Jak wskazał również Odwołujący, z treści oferty wprost wynikają essentialia negotii umowy o roboty budowlane, tj. ryczałtowa cena za realizację przedmiotu zamówienia opisanego w pkt. 4 SWZ w terminie określonym w SWZ, jak również udzielenie 60 miesięcznej gwarancji jakości. Zamawiający może odrzucić ofertę z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia w sytuacji niezgodności zobowiązania wykonawcy ze świadczeniem określonym przez Zamawiającego, co w niniejszym postępowaniu nie zachodzi.

Odwołujący wskazywał, że z treści dokumentacji postępowania nie wynika, aby kwestia parametru „R” (robocizny), w kosztorysie uproszczonym załączonym do oferty, miała istotne znaczenie dla celów prawidłowej realizacji umowy. Zamawiający nie przewidział w dokumentacji postępowania jednoznacznego stwierdzenia, aby strony miały dokonać rozliczenia w oparciu o parametr robocizny.

W ocenie Izby, w sytuacji gdy istotą rozstrzygnięcia jest okoliczność, że w niniejszym postępowaniu nie zachodziły

podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o postanowienia SWZ, brak jest konieczności dodatkowego rozważania celu, dla którego miała zostać wskazana stawka roboczogodziny.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy pozostaje dowód złożony przez Przystępującego w postaci opracowania własnego – zestawienia ilości stron kosztorysów złożonych wraz z ofertą oraz załączonych do odwołania. Jak wyjaśnił Odwołujący w trakcie rozprawy z udziałem stron, przedstawił część każdego z kosztorysów wykonanych metodą szczegółową, która jest wystarczająca do wykazania zarówno wysokości, jak i faktu skalkulowania składnika roboczogodziny oraz okoliczności zgodności kalkulacji poszczególnych pozycji przy uwzględnieniu składnika roboczogodziny.

Również dowód w postaci zestawienia kosztorysów z uwidocznieniem daty sporządzenia i modyfikacji pozostaje obojętny dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Istotą jest bowiem okoliczność, że kalkulacja sporządzona przez Odwołującego zawiera składnik cenowy w postaci roboczogodziny. Przystępujący nie wykazał, aby była możliwość dokonania zmian w wartości roboczogodziny, bez wystąpienia zmiany innych wartości w kosztorysie, w szczególności w kosztorysie opracowanym z dokładnością do trzech miejsc po przecinku. Samo zwrócenie uwagi na daty przygotowania kosztorysów nie oznacza wykazania powyższej okoliczności.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia w niniejszym postępowaniu pozostają wywody Zamawiającego przedstawione na ostatniej stronie odpowiedzi na odwołanie, dotyczące rzetelności przygotowania oferty Odwołującego. Zamawiający na tym etapie sformułował kolejną podstawę odrzucenia oferty Odwołującego, która nie została wskazana w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego. W konsekwencji nie została objęta odwołaniem, podstawą zaskarżenia, nie może stać się podstawą orzeczenia Izby. Wskazane przez Zamawiającego na ostatniej stronie odpowiedzi na odwołanie argumenty nie odnoszą się do podstawy odrzucenia oferty Odwołującego wskazanej w informacji o odrzuceniu oferty.

Na podstawie powyższych okoliczności, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych należało uznać za zasadny.

W konsekwencji za zasadny również należało uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 239 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę Pre-Fabrykat sp. z o.o. Skoro oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu, niezasadna była czynność wyboru oferty Wykonawcy Pre-Fabrykat sp. z o.o.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a) oraz § 5 pkt 2b), § 7 ust. 1 pkt 1), zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....