

## WYROK

Warszawa, dnia 21 maja 2024 r.

### Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Q40 Global Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Liszki

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy: J.W. prowadzący w Koniuszowej działalność gospodarczą pod firmą J.W. - Zakład Ogólnobudowlany

### orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego Q40 Global Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zawierciu, powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania: J.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J.W. – Zakład Ogólnobudowlany w Koniuszowej i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika strony, kwotę 227 zł 65 gr (słownie: dwieście dwadzieścia siedem złotych sześćdziesiąt pięć groszy) tytułem zwrotu kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz kwotę 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa;
  - 2.2. zasądza od wykonawcy J.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J.W. – Zakład Ogólnobudowlany w Koniuszowej na rzecz Q40 Global Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 13 844 zł 65 gr (słownie: trzynaście tysięcy osiemset czterdzieści cztery złote sześćdziesiąt pięć groszy) tytułem zwrotu: uiszczonego wpisu w kwocie 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), wynagrodzenia pełnomocnika strony w kwocie 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), kosztów dojazdu na posiedzenie i rozprawę w kwocie 227 zł 65 gr (słownie: dwieście dwadzieścia siedem złotych sześćdziesiąt pięć groszy), kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17 zł 00 gr (słownie: siedemnaście złotych zero groszy).

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 1474/24

### Uzasadnienie

Gmina Liszki (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. - dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest budowa budynku przedszkola i przebudowa części Szkoły Podstawowej im. A.S. w Czułowie wraz z zagospodarowaniem terenu, numer referencyjny: ZP.271.5.2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 5 marca 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00231942/01.

W dniu 22 kwietnia 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty złożonej przez Q40 Global sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”).

Odwołujący wniósł odwołanie wobec ww. czynności zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisu art. 226

ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności odrzucenia jego oferty ze względu na fakt, że w załączonym do oferty kosztorysie ofertowym Odwołujący nie wyodrębnił wyceny dostawy wyposażenia wymienionego w załączniku numer 2 oraz w załączniku numer 3 do wyjaśnień/modyfikacji SWZ z dnia 21 marca 2024 r., podczas gdy wynagrodzenie w niniejszym postępowaniu ma charakter ryczałtowy, a kosztorys ofertowy stanowi dokument jedynie pomocniczy i uzupełniający, w związku z powyższym Odwołujący nie był zobowiązany do wyodrębnienia tych elementów, a w konsekwencji jego oferta jest zgodna z treścią SWZ.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty.

W uzasadnieniu Odwołujący podał w szczególności, że Zamawiający przyjął, że wynagrodzenie będzie miało charakter ryczałtowy. Zostało to określone w § 7 ust. 1 projektu umowy, stanowiącej załącznik numer 8 do SWZ. Pomimo ryczałtowego charakteru wynagrodzenia Zamawiający wymagał od wykonawców dołączenia do oferty kosztorysu ofertowego. Zostało to określone w rozdziale XVII (Opis sposoby przygotowania oferty) ustęp 15 punkt 4 SWZ. Zamawiający wyraźnie wskazał, że kosztorys ofertowy ma charakter pomocniczy i uzupełniający. Przedmiary robót stanowiły załącznik numer 9 do SWZ. Były to cztery przedmiary: dla instalacji elektrycznych (zasilanie podnośnika), dla prac budowlanych, instalacyjnych oraz drogowych, dla budowy podnośnika-windy w przedszkolu-rewizja, dla instalacji elektrycznych. W dniu 21 marca 2024 r. Zamawiający opublikował wyjaśnienia i modyfikację treści SWZ. Do pisma Zamawiającego zostały dołączone załączniki numer 2 i numer 3, które stanowiły zestawienie wyposażenia, takie jak krzesła dla dzieci, stół przeszklony, biurko oraz elektroniki, takie jak switche. Zamawiający w związku z tą modyfikacją nie zmodyfikował przedmiarów.

Odwołujący stwierdził, że za realizację zamówienia zaoferował cenę ryczałtową w wysokości 4.442.986,54 zł brutto. Do oferty Odwołujący dołączył 4 kosztorysy ofertowe szczegółowe: dla instalacji elektrycznych (zasilanie podnośnika), dla prac budowlanych, instalacyjnych oraz drogowych, dla budowy podnośnika-windy w przedszkolu-rewizja, dla instalacji elektrycznych. W kosztorysach ofertowych Odwołujący przewidział m.in. materiały pomocnicze (w zależności do kosztorysu wynosiły one 0,5%, 1,5% lub 2,5% wartości pozostałych materiałów), a także koszty pośrednie w wysokości 68% od wartości robocizny oraz sprzętu (jednolicie w każdym kosztorysie).

Dalej Odwołujący wskazał, że pismem z 22 kwietnia 2024 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp pomimo, że jego oferta była w jakikolwiek sposób niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający przewidział wynagrodzenie o charakterze ryczałtowym. W przypadku ryczałtowego wynagrodzenia jednoznacznie przyjmuje się, że kosztorys ofertowy nawet jeżeli jest wymagany do przedstawienia wraz z ofertą nie stanowi treści oferty. W przypadku ceny ryczałtowej jedyne znaczenie ma bowiem wyłącznie cena za realizację całego zamówienia, a ona wprost jest wskazana w formularzu ofertowym. Natomiast ceny jednostkowe nie mają żadnego znaczenia, gdyż nie służą rozliczeniu pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą. Sam Zamawiający jednoznacznie wskazał, że kosztorys ofertowy jest dokumentem pomocniczym i uzupełniającym. Skoro kosztorys ofertowy przy wynagrodzeniu ryczałtowym jest wyłącznie dokumentem pomocniczym i uzupełniającym, to nawet gdyby znalazłyby się w nim jakiegokolwiek braki, nie mogą one stanowić podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawca J.W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J.W. - Zakład Ogólnobudowlany (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stając się uczestnikiem postępowania.

W piśmie z 15 maja 2024 r. Przystępujący zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania i wniósł o oddalenie odwołania oraz o przeprowadzenie dowodu z protokołu postępowania wraz z załącznikami ograniczonymi do SWZ, przedstawionych w toku postępowania pytań, odpowiedzi i modyfikacji SWZ, oferty Odwołującego.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania oraz stanowiska zaprezentowane w sprawie, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków

ochrony prawnej. Zostały bowiem wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Zgodnie z rozdziałem IV SWZ zawierającym opis przedmiotu zamówienia:

1. *Przedmiotem zamówienia jest wykonanie inwestycji pn. „Budowa budynku przedszkola i przebudowa części Szkoły Podstawowej im. A.S. w Czulowie wraz z zagospodarowaniem terenu”. Inwestycja dofinansowana jest ze środków Rządowego Funduszu Polski Ład Program Inwestycji Strategicznych.*
2. *W ramach przedmiotu zamówienia zostaną wykonane następujące roboty budowlane:*
  - 1) *budowa budynku przedszkola i przebudowa części Szkoły Podstawowej im. A.S. w Czulowie;*
  - 2) *przebudowa odcinka sieci wodociągowej;*
  - 3) *przebudowa przyłączenia wodociągowego do Szkoły Podstawowej, budowa zbiornika retencyjnego na wody opadowe wraz z odc. zewn. kanalizacji deszczowej;*
  - 4) *zewnątrzna instalacja kanalizacji sanitarnej;*
  - 5) *zewnątrzna instalacja elektryczna oświetlenia terenu;*
  - 6) *budowa drogi wewnętrznej z miejscami postojowymi;*
  - 7) *rozbiórka nieczynnego zbiornika szczelnego na nieczystości ciekłe, likwidacja kolidującego odcinka kanalizacji sanitarnej.*
3. *Parametry techniczne:*

(...)
4. *Przedmiot zamówienia obejmuje również zagospodarowanie terenu: chodniki dla pieszych, tereny zielone i utwardzone, wycinka drzewa na podstawie decyzji, nasadzenie drzew na podstawie decyzji, wycinka drzew i krzewów nie wymagających decyzji, a będących w kolizji z planowaną rozbudową, rozbiórka fragmentów ogrodzenia wskazanych na rysunku PZT branży architektonicznej, inne rozbiórki, budowa fragmentów ogrodzenia i montaż nowej bramy o szer. 4 m oraz bramki o szer. 1 m budowa nowej drogi pożarowej wg zagospodarowania terenu.*
5. *Przedmiot zamówienia obejmuje również wykończenie wewnętrzne budynku: lamperie – przemalowanie ścian dodatkową warstwą lakieru bezbarwnego do wysokości 2,0 m wraz z wykonaniem ochrony na ścianach korytarzu (po obu stronach) z płyt MDF o szerokości 20 cm i odbojników ograniczających dla wszystkich drzwi na obiekcie.*
6. *Szczegółowy zakres robót określa dokumentacja techniczna:*
  - 1) *projekt techniczno-wykonawczy;*
  - 2) *projekt architektoniczno-budowlany;*
  - 3) *specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót;*
  - 4) *przedmiar robót.*
7. *Wykonawca zobowiązany jest do wykonania (należy dodatkowo wycenić):*
  - 1) *montaż docieplenia budynku styropianem gr. 20 cm (pierwotnie 18 cm) o współczynniku cieplnym  $\lambda = 0,038$  W/m<sup>2</sup>K;*
  - 2) *tynki cementowo-wapienne należy pokryć gładzią gipsową;*
  - 3) *wykładzinę dywanową zastąpić należy wykładziną PCV;*
  - 4) *przyjąć do wyceny ogrodzenie o długości 100 mb oraz bramę wjazdową o długości 4 m i bramkę o długości 1 m. Ogrodzenie panelowe o wysokości 1,5 m z drutu gr. 5 mm;*
  - 5) *podmurówka pod ogrodzenie z elementów prefabrykowanych. Na dużych różnicach terenu podmurówkę należy „wylać na mokro”;*
  - 6) *przeprojektowanie zjazdu na drogę powiatową należy dopasować parametrami do zjazdu publicznego zgodnie z opisem w projekcie.*
8. *Wykonawca po zakończeniu budowy dokonana zgłoszenia do właściwych służb (straż pożarna, sanepid) i uzyska pozwolenie na użytkowanie.*

9. Wykonawca zobowiązany jest do wykonania po zakończeniu prac:

- 1) inwentaryzacji powykonawczej wraz z niezbędnymi uzgodnieniami;
- 2) sporządzenia instrukcji postępowania na wypadek pożaru i instrukcję bezpieczeństwa pożarowego dla nowej i starej części,
- 3) oznakowania budynku, drogi ewakuacyjnej p.poż.;
- 4) wyposażenia obiektu w gaśnice;
- 5) dostarczenia protokołów wydajności hydrantów wew. i zew. oraz z przejść pożarowych przez strefy pożarowe dla instalacji wew.;
- 6) dostarczenia rysowanych kolorem czerwonym ewentualnych zmian projektowych (nieistotnych w rozumieniu ustawy PB) podpisanych przez projektantów branżowych na kopiach rysunków opieczętowanych przez Starostwo Powiatowe w 2 egz.;
- 7) dostarczenia badań wody dla obiektu po zakończeniu prac przez akredytowane laboratorium;
- 8) dostarczenia opinii kominiarskiej dla przewodów wentylacyjnych i spalinowych;
- 9) protokołu z próby szczelności gazu;
- 10) protokołu sprawdzenia aktywnego systemu bezpieczeństwa instalacji gazowej;
- 11) wykonania pomiarów wydajności wentylacji mechanicznej;
- 12) protokołu ze sprawdzenia oddymiania/ napowietrzania klatek schodowych;
- 13) protokołu ze sprawdzenia dźwiękowego systemu ostrzegawczego;
- 14) protokołu dopuszczenia urządzeń przez UDT;
- 15) podłączenia grzejników podtynkowo;
- 16) prób szczelności instalacji c.o., c.t., wody zimnej, ciepłej i cyrkulacji na „zimno” i na „gorąco”;
- 17) oznakowania pożarniczymi tablicami informacyjnymi wg zasad określonych w rozporządzeniu MSWiA;
- 18) dostarczenia protokołów z badań elektrycznych (rezystancja, oświetlenie ewakuacyjne, instalacja odgromowa, głównego przeciwpożarowego wyłącznika prądu);
- 19) dostarczenia dokumentacji powykonawczej w 2 egz. w wersji papierowej oraz 1 egz. w wersji elektronicznej;
- 20) dostarczenia pozostałych dokumentów zgodnie z art. 57 PB.

Stosownie do Rozdziału XVII ust. 15 SWZ:

15. Wykonawca w terminie wyznaczonym do składania ofert składa:

- 1) Ofertę na „Formularzu ofertowym” - zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ.
- 2) dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania Wykonawcy (jeżeli dotyczy).
- 3) Pełnomocnictwo do złożenia oferty musi w takiej samej formie, jak składana oferta (...).
- 4) Kosztorys ofertowy szczegółowy sporządzony na podstawie dokumentacji technicznej: projektu techniczno-wykonawczego, projektu architektoniczno-budowlanego, specyfikacji technicznych oraz przedmiaru robót. Kosztorys ofertowy jest dokumentem pomocniczym i uzupełniającym do projektu architektoniczno-budowlanego i projektu techniczno-wykonawczego.
- 5) Oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, aktualne na dzień składania ofert – załącznik nr 2 do SWZ.
- 6) Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby – jeżeli dotyczy.

(...)

Zgodnie z § 7 ust. 1 projektu umowy stanowiącym załącznik do SWZ: „Strony ustalają, że obowiązującą formą wynagrodzenia, zgodnie z ofertą Wykonawcy wybraną w trybie podstawowym, jest wynagrodzenie ryczałtowe”.

W piśmie z 21 marca 2024 r., odpowiadając na pytania wykonawców, Zamawiający podał m.in.:

„Pytanie 1: Proszę o potwierdzenie, że oferent może dowolnie modyfikować przedmiar robót przez dodawanie /

odejmowanie pozycji, zmianę obmiaru, zmianę podstaw wyceny, etc.

Odpowiedź 1: Wykonawca może modyfikować przedmiar robót. Wykonawca dodatkowo winien uwzględnić w ofercie (w kosztorysie) roboty ujęte w SWZ w rozdz. IV „Opis przedmiotu zamówienia” ust. 7. Kosztorys ofertowy należy wykonać zgodnie z zapisem w Rozdziale XVII ust. 15 pkt 4 SWZ.

Pytanie 2: Z uwagi na brak zestawienia wyposażenia w projekcie, proszę o potwierdzenie że przedmiotem postępowania objęta jest dostawa tylko wyposażenia wymienionego w przedmiarach: wyposażenie kuchni i zespołu personelu, przybory sanitarne, podnośnik windy 2kondygnacyjny - bez mebli.

Odpowiedź 2/Modyfikacja SWZ: Zamawiający informuje, że należy wycenić wyposażenie ujęte w przedmiarach oraz dodatkowo należy uwzględnić w ofercie (kosztorysie) dostawę wyposażenia wymienionego w załączniku nr 2 oraz w załączniku nr 3 do niniejszego pisma”.

Jak wynika z informacji z otwarcia ofert z 8 kwietnia 2024 r.

| Lp. | Nazwa i adres wykonawcy                                                                                                                                                                                                                                         | Cena oferty brutto |
|-----|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------|
| 1.  | Q40 Global Sp. z o.o., ul. Piwniczna 17, 42-200 Zawiercie                                                                                                                                                                                                       | 4 442 986,54 zł    |
| 2.  | ETNA Piotr Job Sp. z o.o. ul. Stanisława Wyspiańskiego 48A, 32-050 Skawina                                                                                                                                                                                      | 4 896 417,64 zł    |
| 3.  | Konsorcjum firm: Lider: Stambud Sp. z o.o. ul. Św. Wojciecha 89, 32-085 Modlnica, Partner konsorcjum: 2K Budownictwo Sp. z o.o. sp.k. ul. Św. Wojciecha 89 32-085 Modlnica, Partner konsorcjum: 2K Budownictwo Sp. z o.o. ul. Św. Wojciecha 89, 32-085 Modlnica | 5 771 040,06 zł    |
| 4.  | Paweł Oleksy Przedsiębiorstwo Robót Budowlanych „OLEXBUD” ul. Kąty 95, 32-862 Porąbka Łukowska                                                                                                                                                                  | 5 161 993,50 zł    |
| 5.  | Firma Usługowo-Handlowa „NOWIX” Mariusz Nowak ul. H. Sienkiewicza 7, 32-566 Alwernia                                                                                                                                                                            | 5 187 690,28 zł    |
| 6.  | IDEABUD Sp. z o.o., ul. Gen. Sikorskiego 71, 32-540 Trzebinia                                                                                                                                                                                                   | 5 842 500,00 zł    |
| 7.  | ZAKŁAD OGÓLNOBUDOWLANY JAN WĄZ Koniuszowa 136, 33-326 Mogilno                                                                                                                                                                                                   | 4 489 998,58 zł    |
| 8.  | Spółdzielnia Rzemieślnicza BUDMET ul. Osiedle Szkolne 3, 31-975 Kraków                                                                                                                                                                                          | 4 968 674,16 zł    |
| 9.  | Antoni Rosek REM-BUD „Progres” Rączna 42, 32-060 Liszki                                                                                                                                                                                                         | 4 727 645,34 zł    |

Pismem z 22 kwietnia 2024 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego, podając w uzasadnieniu: „Zamawiający na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp zgodnie z którym: „(...) zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”, odrzucił: 1) ofertę nr 1 Wykonawcy: Q40 Global Sp. z o.o.; ul. Piwniczna 17, 42-200 Zawiercie. Kosztorys ofertowy załączony do oferty nie zawiera wyceny dostawy wyposażenia wymienionego w załączniku nr 2 oraz w załączniku nr 3 do wyjaśnień i modyfikacji SWZ z dn. 21.03.2024 r. Oferta jest niezgodna z zapisami SWZ, w szczególności z Rozdziałem XVII ust. 15 pkt 4 SWZ oraz treścią odpowiedzi 2/Modyfikację SWZ z dn. 21.03.2024 r.: Zamawiający informuje, że należy (...) uwzględnić w ofercie (kosztorysie) dostawę wyposażenia wymienionego w załączniku nr 2 oraz w załączniku nr 3 do niniejszego pisma”.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przy czym przez warunki zamówienia zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp 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.*

Na wstępie zauważenia wymaga, że dla wypełnienia się przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w ww. przepisie, konieczne jest uchwycenie, na czym konkretnie polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, czyli co i z jakiego względu jest niezgodne z określonymi, jednoznacznie opisanymi warunkami zamówienia. To zamawiający ustala w SWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który stanowi podstawę oceny zgodności treści oferty, rozumianej zgodnie z art. 66 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że *oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy*, z warunkami zamówienia. Dlatego istotne jest prawidłowe ustalenie treści dokumentacji sporządzonej w postępowaniu, która dla uniknięcia niedozwolonej uznaniowości przy ocenie ofert, powinna być rozumiana w sposób ścisły. Wystąpienie niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia jest podstawą jej odrzucenia wówczas, gdy niezgodność ta ma charakter zasadniczy i nieusuwalny.

Przechodząc na grunt analizowanej sprawy, należy stwierdzić, że nie ma sporu, że Zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe, jak też, że Odwołujący złożył wraz z ofertą wymagane w SWZ kosztorysy oraz że przewidział w nich m.in. materiały pomocnicze, które w zależności do kosztorysu wynosiły 0,5%, 1,5% lub 2,5% wartości pozostałych materiałów, a także koszty pośrednie w wysokości 68% od wartości robocizny oraz sprzętu w każdym kosztorysie.

W okolicznościach analizowanej sprawy, zważywszy na stanowiska prezentowane przez Odwołującego i Przystępującego rozstrzygnięcia wymaga czy to, że Odwołujący w złożonych wraz z ofertą kosztorysach nie wyodrębnił pozycji dotyczącej dostawy wyposażenia, wymienionego w załącznikach nr 2 i 3 do pisma Zamawiającego z 21 marca 2024 r., oznacza, że nie uwzględnił tej dostawy w cenie oferty, a w konsekwencji, czy z tego powodu jego oferta podlegała odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia.

W tym zakresie wskazania wymaga, że w ww. piśmie z 21 marca 2024 r., w odpowiedzi na pytania wykonawców Zamawiający dokonał zmiany SWZ. Zamawiający w związku z tą modyfikacją SWZ nie zmienił przedmiarów, stanowiących załącznik do SWZ. Zamawiający wymagał od wykonawców, aby wycenili w kosztorysie ofertowym dostawę wyposażenia wymienionego w przedmiarach oraz dodatkowo uwzględnili w ofercie (kosztorysie) dostawę wyposażenia wymienionego w załącznikach nr 2 i 3 ww. pisma z dnia 21 marca 2024 r.

Kluczowy jest zatem sposób rozumienia tego wymogu, tj. czy wystarczy, że wykonawca w cenie ryczałtowej uwzględni ww. dostawę dodatkowego wyposażenia wymienionego w załącznikach nr 2 i 3 do pisma z 21 marca 2024 r., co jak twierdzi Odwołujący nie wymagało jej wyodrębnienia w kosztorysie i co uczynił ujmując tę dostawę w innych pozycjach kosztorysu i ryczałtowej cenie oferty, czy jednak wymagało wyraźnego wyodrębnienia w kosztorysie ofertowym, jak twierdzi Przystępujący, a brak takiego wyodrębnienia oznacza, że dostawa ta nie została uwzględniona w ofercie.

W ocenie Izby w okolicznościach analizowanej sprawy nie można podzielić stanowiska Przystępującego.

Jak wyżej wskazano, dla zastosowania przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp niezbędne jest wykazanie niezgodności konkretnego elementu oferty z określonymi, jednoznacznie opisanymi warunkami zamówienia. Zamawiający wprowadzając w piśmie z 21 marca 2024 r. wymóg uwzględnienia w cenie oferty dodatkowo wyposażenia wskazanego w załącznikach nr 2 i 3 do tego pisma, nie wskazał, że oczekuje wyodrębnienia osobnych pozycji w kosztorysie ofertowym, nie użył w odniesieniu do niego terminu wyceny, jak to uczynił w odniesieniu do wyposażenia ujętego w przedmiarach, lecz dodatkowo wymagał uwzględnienia w ofercie (kosztorysie) dostawy tego wyposażenia, nie zmieniając jednak przy tym przedmiaru robót poprzez dodanie odrębnej pozycji, nie wymagał także zmiany przedmiaru. W odpowiedzi na pytanie nr 1 poinformował wprawdzie, że wykonawca może modyfikować przedmiar robót, jednak, jak słusznie zauważył Odwołujący, nie nakazał dokonania takiej modyfikacji.

Oznacza to, że sposób zastosowania się do wymogu Zamawiającego został pozostawiony wykonawcom. Mogli oni zatem wprowadzić do przedmiaru określoną pozycję czy określone pozycje, jak też mogli w kalkulować cenę dodatkowego wyposażenia w istniejących w przedmiarach pozycjach. Zgodnie ze Słownikiem języka polskiego PWN „uwzględnić” oznacza wziąć pod uwagę, zastosować się do czegoś.

SWZ nie może być zmieniana po dacie otwarcia ofert. Zarówno Zamawiający jak i wykonawcy są związani jej postanowieniami. Skoro zatem Zamawiający nie wymagał wyodrębnienia w kosztorysie ofertowym pozycji dotyczącej wyposażenia, o którym mowa w piśmie z 21 marca 2024 r., a jedynie jej uwzględnienia w cenie oferty (kosztorysie), co oznacza, że kalkulując cenę oferty wykonawca był zobowiązany wziąć pod uwagę także cenę za dostawę wyposażenia, o którym mowa w ww. piśmie, to musiał się liczyć z tym, że wykonawcy mogą uwzględnić cenę takiej dostawy w innych

pozycjach kosztorysu, sporządzonego zgodnie z opracowanym przez niego przedmiarem, gdzie nie było pozycji przewidzianej dla tej dostawy.

Zauważenia przy tym wymaga, że nie zostało podniesione i wykazane przez Zamawiającego i Przystępującego, aby załączony do SWZ przedmiar robót uwzględniał wszystkie elementy zamówienia, aktualne na dzień upublicznienia SWZ, a w konsekwencji, aby kosztorysy sporządzone w oparciu o takie przedmiary również miały zawierać dokładnie wszystkie elementy zamówienia oraz aby miało to służyć do merytorycznej weryfikacji oferty w zakresie zgodności z zakresem robót przewidzianym w SWZ.

Z postanowień projektu umowy stanowiącej załącznik nr 8 do SWZ wynika natomiast że Zamawiający przewidział, że nie każdy element zamówienia będzie ujęty w kosztorysie ofertowym. Przykładowo w § 16 ust. 17 projektu umowy zostało wskazane: *„Jeżeli Zamawiający nie poleci ani nie zatwierdzi inaczej, to każda zmiana wysokości wynagrodzenia winna być wyceniona przez Wykonawcę zgodnie z kosztorysem ofertowym lub kalkulacją własną (w przypadku braku pozycji kosztorysowych)”*.

W związku z tym brak wyodrębnienia w kosztorysie ofertowym pozycji dla dodatkowego wyposażenia, w przypadku, gdy wynagrodzenie jest ryczałtowe i Odwołujący jest zobowiązany do wykonania całego przedmiotu zgodnie z dokumentami zamówienia za zaoferowaną cenę, nie może być traktowany jako niezgodność z warunkami zamówienia, skutkująca odrzuceniem oferty tego wykonawcy.

Zgodnie z art. 632 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r. poz. 1610 ze zm.): *„Jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmując zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac”*. Kosztorysy ofertowe w przypadku ceny ryczałtowej zwykle mają charakter informacyjny, a braki w takich kosztorysach nie skutkują odrzuceniem oferty. W sprawie nie zostało wykazane, aby Zamawiający w SWZ określił inny charakter wymaganych w analizowanym postępowaniu kosztorysów ofertowych.

Postanowienia SWZ nie przesądzają jak mają być skalkulowane sporne dostawy wyposażenia. Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą określonych kosztorysów, jednak nie określił, że skutkiem braku wyodrębnienia wyceny w kosztorysie ofertowym dodatkowego wyposażenia, będzie odrzucenie oferty wykonawcy. Z pisma z dnia 21 marca 2024 r. wynika, że wykonawcy mogą modyfikować przedmiary, a zatem ich treść przekazana przez Zamawiającego nie jest bezwzględnie wiążąca, a w konsekwencji kosztorysy sporządzone w oparciu o takie przedmiary mają charakter pomocniczy. Na taki charakter kosztorysów ofertowych wskazuje m.in. treść pytania nr 3 zawartego w ww. piśmie z 21 marca 2024 r, gdzie zostało wskazane: *„W związku z obszernym, wielobranżowym przedmiotem zamówienia, a co za tym idzie z dużą ilością dokumentacji projektowej z którą wykonawca musi się zapoznać i na jej podstawie dokonać rzetelnej wyceny, oraz w związku z ryczałtowym charakterem rozliczenia przedmiotu zamówienia i pomocniczym charakterem przedmiarów - zwracam się z prośbą o przesunięcie terminu składania ofert o 10 dni roboczych na dzień 10.04.2024 r. oraz odpowiedź Zamawiającego, który nie zanegował stwierdzenia, iż kosztorys ma charakter pomocniczy, lecz dokonał zmiany terminu składania ofert i związanych z tym terminów otwarcia ofert i związania ofertą. Na pomocniczy charakter kosztorysu ofertowego wskazuje także ww. rozdział XVII ust. 15 pkt 4 SWZ, gdzie zostało określone, że kosztorys ofertowy jest dokumentem pomocniczym i uzupełniającym do projektu architektoniczno-budowlanego i projektu techniczno-wykonawczego.*

W ocenie Izby przywoływane przez Przystępującego postanowienia projektu umowy, które jego zdaniem wskazują na szczególną rolę kosztorysu ofertowego, wykraczającą poza jego informacyjny charakter, nie zmieniają powyższej oceny.

Przykładowo, wskazany przez Przystępującego § 4 projektu umowy, nakładający na wykonawcę obowiązek sporządzenia harmonogramu rzeczowo-finansowego i realizację umowy zgodnie z tym dokumentem nie dowodzi, iż brak pozycji w kosztorysie wywołuje skutek taki, że Zamawiający *„nie wie za co płaci”* – co jest sprzeczne z zasadami finansów publicznych. Jak wyżej wskazano Zamawiający przewidział, że kosztorys ofertowy może nie zawierać wszystkich pozycji, co jednak nie oznacza, że przedmiot umowy nie może być zrealizowany w pełnym zakresie. Brak określonych pozycji w kosztorysie nie stoi na przeszkodzie ujęciu wymaganych robót w harmonogramie, które jak wyżej ustalono mają być wykonane zgodnie z projektem techniczno-wykonawczym, projektem architektoniczno-budowlanym, STWiOR, przedmiarem robót. Także § 7 ust. 3 umowy przewidujący rozliczenie w trzech transzach, przy czym Transza II i III płatna ze środków Rządowego Funduszu Polski Ład Program Inwestycji Strategicznych, nie wskazuje na inny charakter kosztorysów ofertowych w analizowanym postępowaniu. Tym bardziej, że Przystępujący nie podał co miałyby na to wskazywać. Podobnie jak nie uzasadnił, dlaczego jego zdaniem brak pozycji kosztorysowych dotyczących dodatkowego wyposażenia miałyby uniemożliwić Zamawiającemu kontrolę nad umowami z podwykonawcami. Nie

wykazał także dlaczego brak wyodrębnienia w kosztorysie ceny dostaw wyposażenia wskazanego w piśmie z 21 marca 2024 r. czyni niemożliwym zrealizowanie zamówienia zgodnie z umową, tj. miałyby uniemożliwiać zlecenie robót dodatkowych i zamiennych. W tym zakresie zauważenia wymaga, że Przystępujący pominął, iż w § 16 ust. 18 projektu umowy została przewidziana procedura zmiany wynagrodzenia w przypadku, gdy dla robót objętych zmianą, w kosztorysie nie podano ceny jednostkowej.

W podsumowaniu należy stwierdzić, że w sytuacji, gdy Odwołujący do oferty dołączył wszystkie wymagane kosztorysy ofertowe, i - jak twierdzi - uwzględnił w nich wszystkie elementy niezbędne do należytego wykonania zamówienia, a Zamawiający nie wymagał wyodrębnienia w kosztorysie ofertowym wszystkich pozycji, to nie sposób uznać, że zostało wykazane, że kosztorys ofertowy załączony do oferty przez Odwołującego nie zawierał wyceny dostawy wyposażenia wymienionego w załączniku nr 2 oraz w załączniku nr 3 do wyjaśnień i modyfikacji SWZ z 21 marca 2024 r., a w konsekwencji, że Zamawiający zasadnie uznał, że oferta Odwołującego, jest niezgodna z warunkami zamówienia

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców* W analizowanej sprawie zostało stwierdzone naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. W związku z tym odwołanie podlegało uwzględnieniu.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.*

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1, pkt 2 lit a, b, d oraz § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodnicząca:** .....