Sygn. akt: KIO 1479/24

WYROK

Warszawa, dnia 24 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Maria Kacprzyk
Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 maja 2024 r. w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę T.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GUTBRUK inż. T.G., w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Mławę
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy KRUSZ-BET Plus sp. z o.oz siedzibą w Uniszkach Zawadzkich

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w części i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
   3.1 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) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika;
   3.2 zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez 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 1479/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Mława, prowadzi w podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: *„Przebudowa ul. Daleka, Reja i Zacisze w Mławie";* znak sprawy: WI.271.27.2024, dalej zwane: „Postępowaniem".
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych numer 2024/BZP 00272010 z dnia 4 marca 2024 r. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.), dalej zwanej „Pzp".
W dniu 29 kwietnia 2024 roku Odwołujący T.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GUTBRUK inż. T.G. (dalej: „Odwołujący"), działając na podstawie art. 505 ust. 1, art. 513 pkt 1 i 2, art. 515 ust. 1 Pzp, wniósł odwołanie wobec czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego, wyborze jako najkorzystniejszej oferty spółki KRUSZ-BET PLUS sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Uniszkach Zawadzkich (dalej: „Przystępujący"), zaniechaniu oceny oferty Odwołującego, interpretacji SWZ oraz wobec zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści oferty.
Odwołujący zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucił naruszenie następujących przepisów:

1) art. art. 16 ust. 1 Pzp poprzez podejmowanie czynności i dopuszczanie się zaniechań przez Zamawiającego, powodujących naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez przyjęcie przez Zamawiającego, że oferta złożona przez Odwołującego podlega odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia, podczas gdy oferta w/w wykonawcy jest zgodna z treścią SWZ,
3) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez nieodrzucenie jako niezgodnej z warunkami zamówienia oferty Przystępującego oraz STRABAG sp. z o.o., podczas gdy oferty te wyceniają zakres prac wyłączony z przedmiotu zamówienia,
4) art. 239 ust. 1 i 2 Pzp poprzez dokonanie wyboru Przystępującego, podczas gdy oferta ta nie jest najkorzystniejszą

spośród złożonych w postępowaniu ofert,

5) art. 223 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, w tym dotyczących sposobu kalkulacji ceny dla poszczególnych części zamówienia, co spowodowało w ocenie Zamawiającego brak porównywalności złożonych ofert i odrzucenie oferty powyższego oferenta, w szczególności iż przewidziane wynagrodzenie Wykonawcy jest wynagrodzeniem ryczałtowym,

6) art. 29 ust. 1 Pzp poprzez dowolny wybór Zamawiającego, niezgodny z ustawą- prawo zamówień publicznych sposobu obliczenia wartości zamówienia i uznaniu, że cena wskazana w ofercie Odwołującego nie uwzględnia wszystkich kosztów niezbędnych dla wykonania przedmiotowego zamówienia,

7) art. 99 ust. 1 Pzp poprzez przygotowanie przez Zamawiającego dokumentacji przetargowej zawierającej nieścisłości, które Zamawiający poddał swojej dowolnej interpretacji i zastosowaniu wobec złożonych ofert.

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania.

Odwołujący skonstruował także wniosek ewentualny o następującej treści:

„(…) w przypadku nieuwzględnienia powyższych roszczeń lub uznania przez Organ Odwoławczy, iż naruszenia Zamawiającego w toku zaskarżonego postępowania powodują, iż unieważnienie czynności wyboru oferty spółki KRUSZ-BET PLUS sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty T.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GUTBRUK inż. T.G., a tym samym powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty T.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GUTBRUK inż. T.G., są niecelowe w stanie sprawy wnoszę o uwzględnienie odwołania i :

1/ unieważnienie w całości postępowania nr WI.271.27.2024 w sprawie udzielenia zamówienia na realizację zadania pn.: „Przebudowa ul. Daleka, Reja i Zacisze w Mławie", ogłoszonego w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00272010 w dniu 04.04.2024r.

2/ zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania."

Odwołujący podał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania oraz że może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący zakwestionował czynność odrzucenia własnej oferty, z uwagi na brak kompletnego kosztorysu ofertowego dot. odcinka PK14 – PK15 od km 0+000 do km 0+167,48, który według załączonych map, powinien zostać w części wyceniony. Zdaniem Odwołującego w punkcie V podpunkt 1 ust. 1 SWZ Zamawiający wyraźnie (zdanie zaznaczone kolorem czerwonym) i jednoznacznie wskazał, że „z zakresu zamówienia wyłączony jest odcinek odgałęzienia wskazany na dodatkowej mapie oraz odcinek chodnika w ul. M. Reja i Dzierzgowskiej". Wobec powyższego Odwołujący uznał, iż to odgałęzienie jest w całości wyłączone z zakresu zamówienia. Jednocześnie Odwołujący z daleko posuniętej ostrożności, opartej na doświadczeniu w realizacji inwestycji publicznych, a tym samym udziału w postępowaniach przetargowych, Wykonawca wkalkulował koszt niezaznaczonego kolorem zielonym małego odcinka odgałęzienia w cenę i ujął to w kosztorysie na odcinek PK1-PK2, który to biegnie prostopadle do odcinka PK14-PK15. Jego zdaniem, gdyby Zamawiający wezwał do wyjaśnień Odwołującego, nie doszłoby do odrzucenia oferty.

Odwołujący dostrzegł też inne błędy w dokumentacji, podnosząc, że Zamawiający nie sprostał obowiązkowi przygotowania dokumentacji przetargowej w sposób precyzyjny, co potwierdza również okoliczność, iż zgodnie z pkt. V podpunkt 1 ust. 2 SWZ z zakresu zamówienia wyłączona jest sieć wodociągowa, która została wykonana we wcześniejszym etapie. Zapis ten również został wytłuszczony i zaznaczony kolorem czerwonym przez Zamawiającego. Wobec tego zarówno GUTBRUK jak i pozostali oferenci wyłączyli ten zakres z przedmiaru na branżę sanitarną. Co ważne, na zbiorczej planszy uzbrojenia ujmującej wszystkie sieci, wyłączona sieć wodociągowa nie została w żaden sposób oznaczona przez Zamawiającego, choćby poprzez zaznaczenie kolorystyczne.

Odwołujący zaznaczył, że wykonawcy byli uprawnieni do ingerencji wykonawcy w udostępnione przedmiary, co następnie po otwarciu ofert Zamawiający mógł dowolnie ocenić. Pomimo, że zostały wyłączone dwa zakresy zamówienia, to Zamawiający uznał jedynie niedołączenie kosztorysu na odcinek PK14-PK15 jako brak oferty, skutkujący jej odrzuceniem.

W ustawowym terminie, Przystępujący zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

W dniu 15 maja 2023 r., Zamawiający, w wykonaniu zarządzenia Izby, złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości oraz o zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania „według norm przepisanych".

W uzasadnieniu wskazał, załączenie kompletnego kosztorysu było warunkiem koniecznym do stwierdzenia przez Zamawiającego o dokonaniu rzetelnej wyceny przez Wykonawcę całości zadania określonego w dokumentacji projektowej oraz SWZ. Ze względu na charakter ryczałtowy rozliczenia Zamawiający dopuścił możliwość kształtowania

elementów kosztorysu, natomiast nie wskazywał o dopuszczeniu jego niezłożenia lub złożenia go jako dokumentu niekompletnego. Zwrócił uwagę, że Odwołujący na etapie ogłoszenia o zamówieniu nie zwrócił się do Zamawiającego z zapytaniem o możliwości nie złożenia jednego z 9 kosztorysów, które zostały przez Zamawiającego opublikowane. Dalej wskazał, że skoro Odwołujący ujął mały odcinek PK14 PK15 w kosztorysie na odcinek PK1-PK2, to powinien był wskazać ten fakt w jego treści. Wartości liczbowe w kosztorysie PK1-PK2 mają wartości identyczne jak w przedmiarze, załączonym do dokumentacji postępowania dla tego odcinka), co nie wskazuje na to, że w kosztorysie dla odcinka PK1-PK2 znajduje się także wycena dla odcinka PK14-PK15.

Zamawiający wymagał kompletnego kosztorysu nie tylko jako elementu stanowiącego złożoną ofertę, ale także jako podstawy do rozliczenia się z wykonawcą, co wskazane jest w Projektowanych Postanowień Umowy (PPU), w § 4 ust. 1, gdzie Zamawiający wskazuje o dalszym rozliczeniu się z podwykonawcami realizującymi dany element zadania. W § 4 ust. 2 PPU, Zamawiający określił, iż rozliczenie wynagrodzenia Wykonawcy za przedmiot umowy odbędzie się na podstawie faktur częściowych wystawianych nie częściej niż raz na miesiąc w kwocie nie mniejszej niż 500 000,00 zł (słownie: pięćset tysięcy złotych 00/100) brutto (za wyjątkiem faktury ostatecznej lub uzasadnionego przypadku) i faktury końcowej według powyższego zestawienia.

Zamawiający wskazał, że treść odwołania prowadzi do wniosku, że Odwołujący nierzetelnie zapoznał się z dokumentacją zamówienia w konsekwencji niewłaściwą jego wyceną, pomimo, że postępowanie dla przedmiotowego zakresu ogłaszane było już po raz trzeci, a Odwołujący miał możliwość zapoznania się z ofertami pozostałych Wykonawców z wcześniejszych postępowań dla przedmiotowego zadania, gdyż wnioskował o udostepnienie ofert z tychże postępowań i Zamawiający oferty te Odwołującemu udostępnił. w ramach wcześniejszych postępowań także Odwołujący zaniechał kosztorysowania odcinka PK14-PK15. Końcowo Zamawiający wskazał, że elementy kosztorysu nie są zawarte w katalogu dokumentów, które Wykonawcy mogą uzupełnić po wezwaniu przez Zamawiającego.

W dniu 15 maja 2023 r., Przystępujący złożył pismo, w treści którego wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz przedstawił własne stanowisko co do zarzutów, spójne ze stanowiskiem Zamawiającego. Przystępujący podkreślił, że Odwołujący błędnie odczytał postanowienia SWZ, i w konsekwencji złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia (co jednoznacznie potwierdził w cytowanej powyżej treści odwołania, wskazując na brak wyceny całego odgałęzienia). Podkreślił, że Odwołujący przeczy tam sobie, wskazując że sporny odcinek wycenił w PK1-PK1, co nie znajduje odzwierciedlenia w treści kosztorysu, podkreślił też, że inne odcinki wycenił prawidłowo. Dalej wskazał, że bezsporna jest okoliczność, dotycząca możliwości ingerowania w wartości obmiarowe kosztorysów w przypadku ograniczenia zakresu robót do poszczególnych odcinków. Takie założenia przyjęli wszyscy wykonawcy przedmiotowego postępowania.

Przystępujący wskazał, że kosztorysy ofertowe Zamawiający załączył wraz z dokumentacją
projektową stanowiącą załącznik nr 10 do SWZ. Przy czym kosztorysów tych było 9:

1) Kosztorys ofertowy ul. Daleka PK1-PK2
2) Kosztorys ofertowy ul. Zacisze PK3-PK4
3) Kosztorys ofertowy ul. Reja PK5-PK6 + łącznik PK 10-PK11
4) Kosztorys ofertowy ul. Daleka łącznik PK7-PK8-PK9
5) Kosztorys ofertowy ul. Daleka PK14-PK15
6) Kosztorys ofertowy branża elektryczna
7) Kosztorys ofertowy branża sanitarna – gaz
8) Kosztorys ofertowy branża sanitarna
9) Kosztorys ofertowy branża telekomunikacyjna.

Podkreślił, że wymóg złożenia kosztorysu dotyczącym oferty był wymaganiem proceduralnym, zaś jego niezłożenie jest tożsame z niezłożeniem oferty na cały zakres zamówienia, a tym samym zaproponowanie świadczenia odmiennego od opisanego w SWZ. Przytoczył orzecznictwo Izby w tym zakresie. Podniósł, że Odwołujący bezpodstawnie przyznaje prymat SWZ nad rysunkami, stanowiącymi element opisu przedmiotu zamówienia. Wskazać należy, że załączniki do SWZ stanowią jej integralną część. Jeśli więc Zamawiający nie określił wprost w dokumentacji postępowania hierarchii dokumentów, to należy przyjąć, iż są one równoprawne.

Na posiedzeniu i rozprawie Strony oraz uczestnicy podtrzymały dotychczas wyrażone stanowiska.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:

1)opracowania własnego map dodatkowych na fakt wykazania, że Odwołujący prawidłowo zmodyfikował kosztorys PK1, PK2 uwzględniając w nim PK14 i PK15;
2)dokumentacji fotograficznej i dokumentacji z Google Maps na ww. okoliczność;
3)tabeli wartości zakresu rzeczowego PK1, PK2 oraz PK14 i PK15 stanowiące opracowanie własne wykonawcy w celu wykazania wartości robót PK14 i PK15 uwzględnionych w ofercie Odwołującego;
4)opracowania własnego kosztorysu ofertowego na wykazanie ilości i stawek przyjętych do wyceny odcinka PK14 i

PK15/

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając ogłoszenie o zamówieniu oraz dokumenty zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest przebudowa ulic: Dalekiej, Reja i Zacisze w Mławie – zadanie realizowane w ramach zadania pod nazwą: „Budowa i przebudowa dróg na terenie Miasta Mława". Roboty przy przebudowie tych odcinków będą polegały na wykonaniu robót rozbiórkowych, ziemnych, wykonaniu konstrukcji jezdni, wykonaniu zjazdów, nawierzchni chodników, oznakowania pionowego i poziomego, wykonanie kanalizacji deszczowej, oraz usunięcie kolizji w branży sanitarnej, elektrycznej, gazowej i telekomunikacyjnej.

Zamawiający w pkt. V ust. 1 SWZ wskazał m.in.:

„(…) Z zakresu zamówienia wyłączony jest odcinek odgałęzienia wskazany na dodatkowej mapie oraz odcinek chodnika w ul. M. Reja i Dzierzgowskiej."

„(…) Z zakresu zamówienia wyłączona jest sieć wodociągowa, która została wykonana we wcześniejszym etapie.(…).

W ust. 2 wskazał, że „Szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia, obejmujący zakres wskazany w ust. 1 określa dokumentacja projektowo-kosztorysowa zawierająca:

1) projekt zagospodarowania terenu,

2) projekty budowlane i techniczne,

3) SST.".

Jako dodatkową uwagę w ust. 3, Zamawiajacy zastrzegł, że przedmiary robót pełnią rolę wyłącznie pomocniczą przy obliczeniu ceny ofertowej przez Wykonawcę. W przypadku, gdy jakieś prace nie zostały ujęte w przedmiotowych przedmiarach a są niezbędne do prawidłowego wykonania zamówienia, Wykonawca winien je wycenić i uwzględnić w cenie ofertowej.

W roz. XI ust. 15 SWZ, dot. Opisu sposobu przygotowania ofert, Zamawiający wskazał, że ofertę stanowią m.in.: formularz ofertowy stanowiący załącznik nr 1 do SWZ, oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym przez Zamawiającego, zgodnie z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ, kosztorys ofertowy z cenami jednostkowymi wraz z narzutami i podsumowaniem elementów, zawierający wszystkie koszty niezbędne dla wykonania przedmiotowego zamówienia, pozostałe dokumenty, takie jak w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców (np. członkowie konsorcjum, wspólnicy spółki cywilnej) - oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu i spełnieniu warunków udziału w postępowaniu z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, składane przez każdego z Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie lub dokument potwierdzający uprawnienie do reprezentacji Wykonawcy (np. odpis z właściwego rejestru lub z CEIDG).

Zamawiający nie określił wiążących wzorów kosztorysów ofertowych do złożenia wraz z ofertą. W dokumentacji zamówienia znajdują się przedmiary robót, przy czym w przypadku branż innych, niż drogowa, pliki opisane jako kosztorysy stanowią ww. przedmiary robót.

W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, oferty złożyli m.in. Odwołujący oraz Przystępujący. Odwołujący nie dołączył do oferty kosztorysu ofertowego dot. ul. Dalekiej na odcinku PK14-PK15.

W dniu 23 kwietnia 2024 r., Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Przystępującego oraz odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp, wskazując, że nie złożył on kompletnego kosztorysu ofertowego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie dopatrzyła się przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania. Izba ustaliła, że odwołanie zostało wniesione w terminie, nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony od niego wpis w wymaganej wysokości. Nie została również wypełniona żadna z pozostałych przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 Pzp, tj. wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz że może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Odwołanie podlegało uwzględnieniu w części. Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zarzuty odwołania sprowadzały się przede wszystkim do zakwestionowania sposobu zarówno opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności w zakresie spornego odcinka PK14 PK15, jak również odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na brak złożenia kosztorysu ofertowego dotyczącego wyceny odcinka PK14 PK15.

Jednocześnie Izba zaznacza, że zarzuty odwołania były postawione nieprawidłowo, w sposób oderwany od twierdzeń,

które Odwołujący podnosił oraz od inicjatywy dowodowej, którą wykazywał w toku posiedzenia i następnie rozprawy. Jednocześnie, zarzuty odwołania były niespójne z żądaniami, w ramach których postawił także wniosek ewentualny o unieważnienie Postępowania, a któremu z kolei nie odpowiadał żaden z zarzutów.
Izba w tym miejscu wyjaśnia, że zarzut składa się z podstawy prawnej oraz podstawy faktycznej, tj. okoliczności, które odwołujący kwestionuje i w których upatruje nieprawidłowości w działaniach i zaniechaniach danego zamawiającego. Odwołujący zakwestionował czynność odrzucenia jego oferty, twierdząc, że brak było obowiązku wyceny spornej części odcinka PK14 PK15, jednocześnie z ostrożności wyceniając go w treści oferty i składając w tym zakresie dowody. Co więcej, Odwołujący podniósł zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego i Strabag, jednocześnie nie stawiając w tym zakresie żadnego żądania. Podobnie – Odwołujący stawia wniosek ewentualny o unieważnienie postępowania, nie podnosząc zarzutu dotyczącego unieważnienia.
Tak skonstruowane odwołanie podlegało uwzględnieniu w części dotyczącej czynności odrzucenia oferty Odwołującego, którą Izba oceniła jako nieprawidłową, a która miała wpływ na wynik Postępowania.
Z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie, w szczególności z treści kosztorysów ofertowych dołączonych do ofert Odwołującego, Przystępującego oraz trzeciego z wykonawców, który złożył ofertę wynika, że każdy z wykonawców odmiennie zinterpretował SWZ w zakresie spornego odcinka drogi PK14 PK15 oraz że w tym zakresie oferty są nieporównywalne. Jednocześnie, treść SWZ nie pozwala na jednoznaczne stwierdzenie, co stanowi przedmiot zamówienia, jaki był jego zakres, a tym samym – jaki odcinek spornej drogi objęty był zamówieniem, a jaki nie. Przygotowana przez Zamawiającego mapa dodatkowa, na której kolorem zielonym zaznaczono wyłączony odcinek jest nieprecyzyjna i nie została sporządzona w prawidłowy sposób, z uwzględnieniem projektu budowlanego. Trzeba bowiem wskazać, że w projekcie budowlanym jest zaznaczona cała droga, a mapa dodatkowa i projekt są sporządzone w sposób uniemożliwiający nałożenie ich na siebie, ponieważ są sporządzone w innych formatach i skali. Odwołujący przedstawił w toku rozprawy nałożenie na siebie dwóch map, jednakże nie uwzględnił wspomnianych różnic w skali. Wskazywał także, posiłkując się zdjęciami skrzyżowania, że nie ma drzew do usunięcia. Z kolei Przystępujący twierdził, że wygenerował projekt do innego formatu i na tej podstawie wyliczył, że do realizacji zadania niezbędne jest przeprojektowanie całego skrzyżowania na odcinku ok. 40 m, co nie wynika z przedłożonego z jego ofertą kosztorysu. Abstrahując od okoliczności, że w projekcie budowlanym pochodzącym z 2015 r. uległo zmianie zadrzewienie (w tym zaznaczone do wycinki), czego dowodzą zdjęcia przedłożone przez Odwołującego, to zarówno Przystępujący jak i Odwołujący bazując na treści SWZ odmiennie zinterpretowali SWZ co do zakresu zamówienia. Zamawiający w toku rozprawy nie był w stanie jednoznacznie oświadczyć, jaki był wymagany zakres zamówienia.
Odmienna interpretacja była wynikiem nieprawidłowego opisu przedmiotu, tj. nieprawidłowo sporządzonej dokumentacji projektowej. Zgodnie z art. 103 ust. 1 Pzp, zamówienia na roboty budowlane opisuje się za pomocą dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Szczegółowe zasady w tym zakresie określone zostały w rozporządzeniu Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego (Dz. U. poz. 2454). Przepisy te określają zasady sporządzania dokumentacji projektowej zależnie od rodzaju robót budowlanych (w tym elementu pozwolenia na budowę), natomiast ich wspólnym mianownikiem jest wymóg, wynikający także z art. 99 Pzp, że dokumentacja ta umożliwiać jednoznaczne określenie rodzaju i zakresu robót podstawowych oraz uwarunkowań i dokładnej lokalizacji ich wykonywania. Tego wymogu nie spełnia przygotowana dokumentacja przez Zamawiającego, ponieważ rysunek w postaci mapy dodatkowej nie zawiera dokładnego odcinka drogi i nie jest w formacie ani skali pozwalającym na jego przyrównanie do mapy zawartej w projekcie budowlanym. Dołączone do dokumentacji przedmiary (częściowo tytułowane w nazewnictwie plików jako kosztorysy ofertowe) były nieaktualne, tj. uwzględniały wyłączone w roz. V SWZ odcinki, zatem łącznie z zastrzeżeniem Zamawiającego o ich niewiążącym charakterze nie mogłyby stanowić podstawy do oceny zakresu zamówienia.
Co do wymogu złożenia wraz z ofertą kosztorysów ofertowych stanowiących treść oferty Izba wskazuje, że wymóg ten nie został jednoznacznie określony w dokumentach zamówienia. Zamawiający określił, że kosztorys należy złożyć wraz z ofertą, jednakże jako treść oferty określił także inne dokumenty, niestanowiące treści oferty sensu stricte, takie jak oświadczenie z art. 125 ust. 1 Pzp. Literalnie brzmienie tego postanowienia nakazuje stwierdzić, że były to dokumenty wymagane do złożenia wraz z ofertą, a nie określające jej treść. Co do zasady, kosztorys może stanowić treść oferty, lecz w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego. W Postępowaniu Zamawiający określił wynagrodzenie jako ryczałtowe, stąd też brak było podstawy do uznania, że kosztorys stanowi immanentną treść oferty, nawet jeśli pomocniczo miał służyć rozliczeniom częściowym na etapie płatności. Izba w tym miejscu zwraca uwagę, że także w projektowanych postanowieniach umowy brak jest jednoznacznego określenia, że do płatności częściowych strony będą posiłkować się kosztorysem. Jednocześnie Zamawiający w § 4 wprowadził ograniczenie kwotowe do 500 tys. zł brutto dla każdej faktury w miesiącu, co może doprowadzić do sytuacji, w której faktyczna wartość wykonanych robót będzie odmienna od rozliczenia częściowego, jak również obowiązek przedłożenia harmonogramu rzeczowo-finansowego,

który określa kolejność prowadzonych robót i także zwyczajowo służy weryfikacji protokołów częściowych i postępu prac. Zamawiający ponadto nie określił wzoru kosztorysu ofertowego, jaki miałby zostać do oferty dołączony, załączając jedynie nieaktualne przedmiary robót, nie wskazał wyraźnie, że należy złożyć dziewięć kosztorysów, zaś ich niezłożenie będzie skutkować odrzuceniem oferty. Nie wskazał, że dokument ten stanowi przedmiotowy środek dowodowy. Innymi słowy – Zamawiający nie określił jednoznacznie statusu i roli kosztorysu w Postępowaniu, jak również nie przewidział wyraźnego rygoru odrzucenia oferty w przypadku braku jego złożenia.

Zgodnie z art. 224 ust. 1 pkt 5 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Czynność ta wymaga zatem skonfrontowania treści oferty z treścią warunków zamówienia i wykazania że oferta jest niezgodna z merytorycznymi wymaganiami dotyczącymi cech oferowanego przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania, jasno określonymi w dokumentach zamówienia, a niezgodność ta ma charakter niewątpliwy i niepodlegający poprawieniu.

Przenosząc powyższe rozważania formalnoprawne na grunt niniejszej sprawy, Izba wskazuje, że oferta Odwołującego została odrzucona bezpodstawnie, ponieważ brak jest jednoznacznego postanowienia SWZ, z którym byłaby sprzeczna. Sporządzone przez Zamawiającego postanowienia SWZ, w tym zarówno dotyczące zasad składania kosztorysu ofertowego, jak również opis przedmiotu zamówienia były na tyle niejednoznaczne, że zdaniem Izby nie dało się wyprowadzić jasnych wymogów mogących stanowić podstawę do odrzucenia oferty Odwołującego. O powyższym świadczy okoliczność, że każdy z wykonawców złożył różne kosztorysy ofertowe, o różnej treści w zakresie wycenianych pozycji, jak również że odmiennie interpretowali oni mapy dodatkowe i dokumentację projektową, co Izba powyżej wskazała w uzasadnieniu.

W konsekwencji Izba uznała, że zarzuty nr 1, 2, 4, 5 oraz 7 częściowo potwierdziły się, ponieważ nieprawidłowa była czynność odrzucenia oferty Odwołującego, jak i czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i z tego względu nakazała ponowne ich badanie i ocenę.

Pozostałe zarzuty odwołania zostały skonstruowane nieprawidłowo, w sposób niepozwalający na ich uwzględnienie, tj. zarzut nr 6 dotyczący zasad szacowania zamówienia, nieprzystający do etapu Postępowania i zarzut nr 3 jako sprzeczny z zarzutem nr 7. Izba uznała, że w tym zakresie oferty są nieporównywalne, przy czym jednocześnie nie mogą zostać odrzucone, ponieważ żadna z nich nie zawiera sprzeczności z treścią SWZ, która jest niejasna i nie pozwala na skonkretyzowanie przedmiotu zamówienia. Izba ponadto w tym zakresie nie nakazała unieważnienia Postępowania, z uwagi na brak skonkretyzowanego zarzutu dotyczącego tej czynności. Izba bowiem nie może orzekać co do zarzutów, które nie były podniesione w odwołaniu. Stąd też samo postawienie wniosku o unieważnienie Postępowania było nieskuteczne.

O kosztach postępowania stosownie do wyniku sprawy orzeczono na podstawie art. 575 Pzp oraz § 7 ust. 1 i 2 w zw. z ust. 5 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. 2020 r. poz. 2437), zgodnie z którym w przypadku uwzględnienia odwołania w części, koszty ponosi zamawiający, jeśli na mocy ust. 5 Izba odstąpi od rozdzielenia kosztów. Izba uznała, że wadliwa konstrukcja zarzutów nie pozwoliła na ich uwzględnienie w całości, natomiast co do zasady, Odwołujący miał rację, zaś skutkiem jego odwołania było unieważnienie wszystkich podjętych przez Zamawiającego czynności. W konsekwencji Izba zasądziła koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia, od Zamawiającego na rzecz Odwołującego, na podstawie faktury złożonej do akt, dotyczącej wynagrodzenia i wydatków jednego pełnomocnika.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:……..