

WYROK

Warszawa, dnia 29 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2024 r. przez wykonawcę Rocon spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tułowicach w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Nysa przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich Tombet spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Korytnicy

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Rocon spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tułowicach i zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych) uiszczoną przez wykonawcę Rocon spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tułowicach tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) poniesioną przez wykonawcę Rocon spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tułowicach tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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 834/24

UZASADNIENIE

W dniu 14 marca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Rocon spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tułowicach (dalej jako „Odwołujący”) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pod nazwą „Budowa i modernizacja infrastruktury drogowej w mieście Nysa” (dalej jako „Postępowanie”), prowadzonym przez zamawiającego Gminę Nysa (dalej jako „Zamawiający”) na czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, a także „na zaniechanie przez Zamawiającego przeprowadzenia badania i oceny ofert w sposób rzetelny, staranny i należyty, co przejawiało się w niedokonaniu na podstawie art. 223 ust. 1 pzp czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty”.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- „1.art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp polegające na dokonaniu odrzucenia oferty Odwołującego w sytuacji, gdy ta zgodna była z warunkami zamówienia - zawierała wycenę całego przedmiotu zamówienia;
- 2.art. 223 ust. 1 pzp polegające na zaniechaniu czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w sytuacji, w której Zamawiający zobligowany był do przeprowadzenia badania i oceny ofert w sposób rzetelny, staranny i należyty;
- 3.art. 16 pkt 3 pzp polegające na odrzuceniu oferty w sytuacji, w której nawet gdyby Odwołujący pominął wycenę poz. 1.1 .13 - Opłata za składowanie gruzu (czemu zaprzeczam), to niezgodność ta miałaby charakter marginalny, pomijalny w kontekście łącznego wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia.”.

Odwołujący wniósł o „uwzględnienie odwołania i: 1. nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, 2. nakazanie unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Robót Inżynierskich TOMBET sp. z o.o. z siedzibą w Sobkowie, 3. nakazanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej”, a także o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich Tombet spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Korytnicy (dalej jako „Przystępujący”). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) w trybie podstawowym, w którym w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu oferty mogą składać wszyscy zainteresowani wykonawcy, a następnie zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę bez przeprowadzenia negocjacji. Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 1 lutego 2024 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2024/BZP 00085286/01.

W punkcie 5.6 specyfikacji warunków zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ”) Zamawiający określił, że „Kosztorisy ofertowe. Każdy Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty - kosztorys ofertowy. Kosztorisy ofertowe należy sporządzić zgodnie z przedmiarem robót, zachowując kolejność pozycji przedmiaru. Kosztorisy 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 stanowić błędu, który można poprawić na podstawie art. 223 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Błąd taki będzie stanowić o niezgodność 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. (...) Kosztorys ofertowy nie stanowi podmiotowego środka dowodowego i nie podlega uzupełnieniu. Brak w ofercie kosztorysu ofertowego, stanowić będzie o niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji warunków zamówienia. Oferta z takim brakiem zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust.1 pkt.5 Pzp.”.

Załącznik nr 1 do SWZ stanowiła „Dokumentacja projektowa z przedmiarem”, w skład której wchodził dokument zatytułowany „Przedmiar” (dalej jako „Przedmiar”) o treści „(...)

Lp.	Podstawa	Opis i wyliczenia	j.m.	Poszcz.	Razem
NYSA - ULICAKMICA					
1		ROBOTY DROGOWE			
1.1		Roboty rozbiórkowe			
(...)					
1.1 .11	KNR 4-01 0108-11	Wywiezienie gruzu spryzmowanego samochodami samowyładowczymi na odległość do 1 km	m3		
		509.00*0.07	m3	35.630	
		10.00*0.12	m3	1.200	
		1907.00*0.08	m3	152.560	
		406.00*0.14	m3	56.840	
		567.00*0.15*0.30	m3	25.515	
		198.00*0.08*0.30	m3	4.752	
		32.00*(2*3.14*0.08)*0.10	m3	1.608	
		6*(2*3.14*0.50)*1.50*0.10	m3	2.826	
				RAZEM	280.931
1.1 .12	KNR 4-01 0108-12	Wywiezienie gruzu spryzmowanego samochodami samowyładowczymi - za każdy następny 1 km Krotność = 9	m3		
		509.00*0.07	m3	35.630	
		10.00*0.12	m3	1.200	
		1907.00*0.08	m3	152.560	
		406.00*0.14	m3	56.840	
		567.00*0.15*0.30	m3	25.515	
		198.00*0.08*0.30	m3	4.752	
		32.00*(2*3.14*0.08)*0.10	m3	1.608	
		6*(2*3.14*0.50)*1.50*0.10	m3	2.826	
				RAZEM	280.931
1.1 .13		Opłata za składowanie gruzu	m3		
		509.00*0.07	m3	35.630	
		10.00*0.12	m3	1.200	
		1907.00*0.08	m3	152.560	
		406.00*0.14	m3	56.840	
		567.00*0.15*0.30	m3	25.515	
		198.00*0.08*0.30	m3	4.752	
		32.00*(2*3.14*0.08)*0.10	m3	1.608	
		6*(2*3.14*0.50)*1.50*0.10	m3	2.826	
				RAZEM	280.931

(...)

Oferty w Postępowaniu złożyli Odwołujący i Przystępujący – który złożył dokument zatytułowany „Kosztorys ofertowy” o treści „(...)

Lp.	Podstawa wyceny	Opis	Jedn. miary	Ilość	Cena zł	Wartość zł (5 x 6)
1	2	3	4	5	6	7
1		Roboty drogowe				
1.1		Roboty rozbiórkowe				
(...)						
11 d.1. 1	KNR 4-01 010811	Wywiezienie gruzu spryzmowanego samochodami samowyładowczymi na odległość do 1 km	m ³	280,931	34,67	9739,88
12 d.1. 1	KNR 4-01 010812	Wywiezienie gruzu spryzmowanego samochodami samowyładowczymi - za każdy następny 1 km Krotność = 9	m ³	280,931	16,63	4671,88
13 d.1. 1	KNR 2-01 020604	Roboty ziemne wykonywane koparkami podsiębiernymi o poj.łyżki 0.60 m3 w gr.kat.III z transportem urobku samochodami samowyładowczymi na odległość do 1 km	m ³	48,000	31,94	1533,12
(...)						

15 d.1. 1	kalk własna	Opłata za składowanie urobku z pogłębiania	m ³	48,000	5,40	259,20
-----------------	----------------	--	----------------	--------	------	--------

(...)"

Zamawiający przekazał Odwołującemu datowane na 11 marca 2024 r. pismo (dalej jako „Zawiadomienie”) o treści „ZAWIADOMIENIE O WYBORZE NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY (zgodnie z art.253 ust.1 ustawy z dn września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych) SEKCJA I: ZAMAWIAJĄCY

Nazwa	Gmina Nysa	Osoba upoważniona do kontaktów	Jacek Krzywoń
Adres	Urząd Miejski w Nysie ulica Kolejowa 15	Kod pocztowy	48-300
Miejscowość	Nysa	Województwo	opolskie
Poczta elektroniczna (e-mail)	j.krzywon@www.nysa.pl	Adres internetowy (URL)	www.nysa.eu

SEKCJA II: TRYB I PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA II.1) Rodzaj zamówienia: dostawy II.2) Tryb udzielenia zamówienia: tryb podstawowy bez negocjacji z dnia 16 lutego 2024 r. II.3) Nazwa nadana zamówieniu przez Zamawiającego: Budowa i modernizacja infrastruktury drogowej w mieście Nysa SEKCJA III: WYBÓR NAJKORZYSTNIEJSZEJ OFERTY Nazwa (firma) siedziba i adres Wykonawcy którego ofertę wybrano:

Nazwa i siedziba Wykonawcy	Cena ofertowa brutto (PLN)
Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych TOMBET Sp. z o.o. Korytnica 10 A, 28-305 Sobków, NIP: 6562331478	2.138.181,88

III.2) Uzasadnienie wyboru oferty: Zgodnie z kryteriami określonymi w SWZ, oferta Wykonawcy uzyskała najwyższą ilość punktów w ocenie ofert niepodlegających odrzuceniu. SEKCJA IV: INFORMACJE O WYKONAWCACH I OFERTA

IV.1) Informacja o Wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu:

Nazwa i adres wykonawcy	Cena ofertowa (PLN)	Gwarancja (miesiące)	Punktacja przyznana w kryteriach		Łączna ilość punktów
			Cena	Gwarancja	
Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych TOMBET Sp. z o.o. Korytnica 10 A, 28-305 Sobków, NIP: 6562331478	2.138.181,88	60	60	40	100
Adamietz Sp. z o.o. ul. Braci Prankel 1, 47-100 Strzelce Opolskie NIP: 7561836633	2.253.223,75	60	56,94	40	96,94

IV.2) Informacja o Wykonawcy, których oferty zostały odrzucone :

Wykonawca	ROCON Sp. z o.o. ul. Porcelitowa 13, 49-130 Tułowice NIP: 9910518460
Podstawa prawna i powód odrzucenia	
Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp) - z uwagi na fakt, iż treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia". Po analizie kosztorysu ofertowego Wykonawcy, Zamawiający stwierdził, iż w kosztorysie ofertowym została pominięta pozycja nr 1.13 (Opłata za składowanie gruzu) przedmiaru robót stanowiącego załącznik do SWZ, a zatem kosztorys ofertowy (stanowiący element treści oferty) jest niekompletny, co przesądza o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. Zapisami specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), Zamawiający jednoznacznie i szczegółowo opisał metodę i podstawy sporządzenia przez Wykonawcę - kalkulacji kosztorysowej robót budowlanych, oraz sposób i formę jej przedstawienia. Zgodnie z zapisem punktu 5.6 SWZ - błąd w kosztorysie ofertowym polegający na pominięciu pozycji przedmiaru (w tym także w prowadzonych ewentualnymi zmianami i wyjaśnieniami treści SWZ.), nie będzie stanowić błędu, który można poprawić na podstawie art. 223 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Błąd taki będzie stanowić o niezgodność 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. Pominięcie w kosztorysie ofertowym pozycji przedmiaru - nie jest omyłką lecz istotnym brakiem, niemieszczącym się w pojęciu art. 223 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp. Ponadto należy podkreślić, iż kosztorys ofertowy nie stanowi dokumentu, który może podlegać 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 porównanie je 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.	

(...)"

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach znajdujących się w dokumentacji Postępowania oraz złożonych do akt sprawy przez strony postępowania odwoławczego.

Izba nie przeprowadziła dowodu z przesłuchania „stron, w tym za Odwołującego - Ł.R. Wiceprezes Zarządu”, mając na uwadze, że zgodnie z art. 531 Pzp „przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie”. Dowód ten miał zaś służyć ustaleniu „sposobu i systematyki przygotowane kosztorysu ofertowego oraz ujęcia kosztu składowania w gruzu w pozycjach dotyczących jego wywiezienia”. Ustalenie, czy sposób przygotowania przez Odwołującego kosztorysu ofertowego złożonego przezeń w Postępowaniu obejmował ujęcie kosztu składowania

gruzu „w pozycjach dotyczących jego wywiezienia”, a w konsekwencji czy koszt ten jest w ww. kosztorysie ujęty, pozostają bez wpływu na ocenę prawidłowości odrzucenia oferty Odwołującego w sytuacji, gdy przyczyną odrzucenia tej oferty było pominięcie w tym kosztorysie „pozycji nr 1.13 (Opłata za składowanie gruzu) przedmiaru robót stanowiącego załącznik do SWZ”, a nie brak ujęcia w nim tego kosztu (ww. opłaty).

Izba zważyła, co następuje:

W świetle art. 505 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym „środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”, Odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania. Izba nie stwierdziła przy tym, aby zachodziła którakolwiek z określonych w art. 528 Pzp okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania.

Po zapoznaniu się z argumentacją stron postępowania odwoławczego, wyrażoną w pismach wniesionych w postępowaniu odwoławczym oraz przedstawioną w trakcie rozprawy Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”. Art. 223 ust. 1 Pzp stanowi, że „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.”. Stosownie do art. 16 pkt 3) Pzp „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny”.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp nie był uzasadniony.

Nie znajduje podstaw twierdzenie zawarte w odwołaniu, iż „wbrew stanowisku Zamawiającego Odwołujący skalkulował pozycję 1.13. (Opłata za składowanie gruzu) przedmiaru robót, lecz uczynił to we wcześniejszych pozycjach dotyczących jego wywiezienia - 1.11. i 1.12. przedmiaru”. Nie może ulegać wątpliwości, że w Zawiadomieniu nie wskazano, iż Odwołujący nie ujął (nie „skalkulował”) w złożonym w Postępowaniu kosztorysie ofertowym „pozycji nr 1.13” Przedmiaru - opłaty za składowanie gruzu, a z treści Zawiadomienia nie sposób wywieść, aby stanowiło to okoliczność faktyczną uzasadniającą odrzucenie oferty Odwołującego.

Należy wskazać, że w przypadku, gdy odwołanie jest wnoszone na czynność odrzucenia oferty – zważywszy na treść art. 253 ust. 1 pkt 2) Pzp, zgodnie z którym „niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne” – Izba ocenia zgodność z przepisami Pzp czynności odrzucenia oferty wykonawcy w granicach treści uzasadnienia faktycznego i prawnego tej czynności podanego przez zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy.

W konsekwencji twierdzenia Odwołującego w zakresie ujęcia („skalkulowania”) ww. pozycji (opłaty za składowanie gruzu), które nie odnosiły się do okoliczności podanych w przedmiotowym uzasadnieniu, pozostawały bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

W świetle treści Zawiadomienia nie może ulegać wątpliwości, że jako okoliczności faktyczne uzasadniające odrzucenie oferty Odwołującego wskazano w nim pominięcie w kosztorysie ofertowym złożonym przez Odwołującego w Postępowaniu „pozycji nr 1.13 (Opłata za składowanie gruzu)” Przedmiaru, powodujące niekompletność tego kosztorysu – czyli brak (wyszczególnienia) „pozycji nr 1.13 (Opłata za składowanie gruzu)” Przedmiaru w tym kosztorysie, co nie było okolicznością sporną pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania odwoławczego, podobnie jak to, że treść kosztorysu ofertowego złożonego przez Odwołującego w Postępowaniu stanowi treść jego oferty.

Wymaga zauważenia, że rzeczne pominięcie (brak wyszczególnienia) ww. pozycji zostało przyznane w odwołaniu, w którym wskazano, że „pominięcie było jedynie redakcyjne, ale już nie merytoryczne, gdyż koszt ten został wyceniony i nie był pominięty” - znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy ma właśnie - w rozumieniu Odwołującego - „pominięcie redakcyjne”, a nie „pominięcie merytoryczne”.

Zważywszy na treść art. 7 pkt 29) Pzp, zgodnie z którym „ilekroć 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”, należy stwierdzić, że z punktu 5.6 SWZ, w którym określono sposób sporządzenia kosztorysu ofertowego, wynikają warunki dotyczące Postępowania, które stanowią warunki zamówienia, o których mowa zarówno w art. 7 pkt 29) Pzp, jak i w art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że w zakresie sformułowania „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” treść punktu 5.6 SWZ nie jest precyzyjna, „gdyż nie wskazano czy Zamawiający zakładał pominięcie redakcyjne pozycji, czy nie dokonanie wyceny pozycji”. Wymaga wskazania, że rozumienie znaczenia powyższego sformułowania powinno uwzględniać zawarte w punkcie 5.6 SWZ sformułowania go poprzedzające, w których Zamawiający zawarł wymaganie, aby składany przez wykonawcę w Postępowaniu kosztorys ofertowy ma być sporządzony zgodnie z Przedmiarem, z zachowaniem kolejności pozycji Przedmiaru, jako jego wypełnienie, a zakres i technologia wycenionych robót odpowiadały zakresowi i technologii robót określonych w danej pozycji Przedmiaru; biorąc je pod uwagę należy uznać, że sformułowanie „pominięcie pozycji przedmiaru” odnosi się do wymagania sporządzenia kosztorysu ofertowego zgodnie z Przedmiarem oraz jako jego wypełnienie. W konsekwencji jego zakresem objęty jest brak (wyszczególnienia) danej pozycji Przedmiaru w kosztorysie ofertowym, czyli „pominięcie redakcyjne” w rozumieniu Odwołującego.

Wobec powyższego brak (wyszczególnienia) w złożonym przez Odwołującego w Postępowaniu kosztorysie ofertowym „pozycji nr 1.13 (Opłata za składowanie gruzu)” Przedmiaru uzasadniał uznanie, że w kosztorysie tym w rozumieniu punktu 5.6 SWZ pozycja ta została pominięta, a sam ten kosztorys – nie zawierając wszystkich pozycji Przedmiaru - jest niekompletny (nie został sporządzony zgodnie z Przedmiarem oraz jako jego wypełnienie).

Należy wskazać, że w przypadku, gdy treść kosztorysu ofertowego stanowi treść oferty, a kosztorys ten nie został złożony przez wykonawcę albo gdy wykonawca złożył taki kosztorys zawierający błędy, występuje niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp. Jak zaś już wskazano powyżej, nie jest sporne, że treść kosztorysu ofertowego złożonego przez Odwołującego w Postępowaniu stanowi treść jego oferty.

Dla uznania, że w opisanej powyżej sytuacji oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu nie ma znaczenia okoliczność, że „wynagrodzenie za wykonanie zamówienia określone zostało przez Zamawiającego jako ryczałtowe”.

Oceniając zgodność z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp czynności odrzucenia oferty konieczne jest określenie, jaki ma charakter kosztorys ofertowy, który wykonawca zobowiązany jest złożyć w terminie składania ofert - czy stanowi on część oferty (co oznaczałoby w konsekwencji, że jego treść stanowi treść oferty), dokument służący wykazaniu zgodności oferty z wymaganiami Zamawiającego czy dokument o innym charakterze - „pomocniczy” względem oferty. W tym zakresie decydujące znaczenie ma treść dokumentów zamówienia, co powoduje, że o ile charakter takiego formularza ofertowego nie zostanie skutecznie zakwestionowany wniesionym do Izby odwołaniem wobec treści dokumentów zamówienia, charakter ten należy oceniać zgodnie z treścią dokumentów zamówienia.

W sytuacji, gdy nie zostało wniesione odwołanie treści dokumentów zamówienia w zakresie postanowienia 5.6 SWZ, nie ma podstaw do uznania, że kosztorys ofertowy, o którym mowa w tym postanowieniu nie stanowi części oferty wykonawcy, który złożył ofertę w Postępowaniu, ze względu na treść postanowień dokumentów zamówienia, zgodnie z którymi wynagrodzenie, które otrzyma wykonawca, ma charakter ryczałtowy.

Wobec powyższego należało uznać, że treść oferty Odwołującego była niezgodna z warunkami zamówienia wynikającymi z punktu 5.6 SWZ, a Zamawiający zobowiązany był odrzucić tą ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp. Brak więc było podstaw do stwierdzenia naruszenie tego przepisu.

Zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp nie był uzasadniony.

Należy zauważyć, że niezależnie od tego, czy przyjmuje się, że zamawiający jest uprawniony do żądania od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty tylko w przypadku, gdy poweźmie wątpliwości co do treści tej oferty, dla oceny, czy doszło do naruszenia tego przepisu kluczowe znaczenie ma to, co miałyby być przedmiotem wyjaśnień, których żądania od wykonawcy zamawiający zaniechał i czy złożenie tych wyjaśnień mogłoby mieć wpływ na ocenę oferty tego wykonawcy.

Z treści odwołania wynika, że wyjaśnienia, których miałby żądać Zamawiający od Odwołującego, miałyby dotyczyć ujęcia („skalkulowania”) w złożonym w Postępowaniu przez Odwołującego kosztorysie ofertowym „pozycji nr 1.13” Przedmiaru - opłaty za składowanie gruzu. Jak wskazano powyżej, okoliczność ta nie była okolicznością uzasadniającą odrzucenie oferty Odwołującego. Oferta ta podlegała zatem odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp bez względu na to, czy Odwołujący wyjaśniłby, że ujął ww. pozycję w przedmiotowym kosztorysie. Tym samym zarówno złożenie takich wyjaśnień, jak i żądanie ich złożenia, pozostawało bez wpływu na ocenę jego oferty. Nie sposób zaś uznać, że art. 223 ust. 1 Pzp zobowiązuje zamawiającego do żądania od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty w takiej sytuacji, a nie dokonując takiej czynności zamawiający nieprawidłowo przeprowadza badanie i ocenę oferty złożonej przez tego wykonawcę.

Nie znajdowało zatem uzasadnienia stwierdzenia, że Zamawiający naruszył ten przepis.

Zarzut naruszenia art. 16 pkt 3) Pzp nie był uzasadniony.

W świetle treści odwołania należy przyjąć, że zdaniem Odwołującego przepis ten został naruszony przez Zamawiającego poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, w której „pominięcie wyceny poz. 1.1 .13 - Opłata za składowanie gruzu” stanowiłoby niezgodność o charakterze marginalnym, pomijalnym w odniesieniu do ceny oferty.

Jak wskazano powyżej, z treści Zawiadomienia nie sposób wywieść, aby „pominięcie wyceny” (nie ujęcie czy nie

„skalkulowanie” w złożonym przez Odwołującego w Postępowaniu kosztorysie ofertowym) „poz. 1.1 .13 - Oplata za składowanie gruzu” stanowiło okoliczność faktyczną uzasadniającą odrzucenie jego oferty. W konsekwencji nawet gdyby podzielić stanowisko Odwołującego o marginalnym, pomijalnym w odniesieniu do ceny oferty charakterze „pominięcia wyceny poz. 1.1 .13 - Oplata za składowanie gruzu”, to w sytuacji, gdy powodem odrzucenia oferty Odwołującego nie było rzeczony pominięcie, brak jest podstaw do stwierdzenia, że dokonując tej czynności Zamawiający naruszył art. 16 pkt 3) Pzp w sposób określony w odwołaniu.

Wobec powyższego Izba w punkcie 1. wyroku oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 2 pkt 1), § 5 pkt 1) i 2) oraz § 8 ust. 2 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 od odwołania.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego”, stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości mniejszej niż progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 10.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: (...) b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych (...)”. § 8 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia stanowi, że „W przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego”.

Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczony przez Odwołującego, tj. 10.000 złotych.

Odwołujący na rozprawie był reprezentowany przez pełnomocnika. Jak wynika ze złożonej do akt postępowania odwoławczego faktury, na koszty postępowania odwoławczego Odwołującego składa się wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 6.150 złotych. Mając na uwadze treść § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego wynagrodzenie pełnomocnika mogło być zaliczone wyłącznie do kwoty 3.600 złotych.

W tym stanie rzeczy zgodnie z tym przepisem do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Odwołującego zaliczono wynagrodzenie pełnomocnika go reprezentującego w kwocie 3.600 złotych.

Wobec oddalenia odwołania w całości stosownie do § 8 ust. 2 ww. rozporządzenia Izba w punkcie 2. wyroku obciążyła kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący:.....