

WYROK

Warszawa z dnia 23 lutego 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 19 lutego 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 stycznia 2024 r. przez **odwołującego:** Przedsiębiorstwo Budowy i Utrzymania Dróg „M-BUD” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Wola Węgierska 1, 37-560 Pruchnik postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego:** Skarb Państwa Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe -Nadleśnictwo Kańczuga ul. Węgierska 22, 37-220 Kańczuga

orzeka:

oddala odwołanie

kosztami postępowania obciąża **odwołującego:** Przedsiębiorstwo Budowy i Utrzymania Dróg „M-BUD” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Wola Węgierska 1, 37-560 Pruchnik

i:

1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **odwołującego:** Przedsiębiorstwo Budowy i Utrzymania Dróg „M-BUD” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Wola Węgierska 1, 37-560 Pruchnik, tytułem wpisu od odwołania

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn.zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Odwołanie wniesiono do postępowania prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji na zadanie pn.: „Wykonanie robót budowlanych na zadaniu Budowa drogi nr 11 w leśnictwie Węgierka”, znak sprawy:SA.270.2.23.2023, Ogłoszenie nr 2023/BZP 00504540/01 z dnia 2023-11 -22.

ODWOŁANIE

Niniejszym, na podstawie art. 513 pkt 1 w zw. z art 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, wnoszę odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy p.z.p., jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący dowiedział się o powyższych czynnościach Zamawiającego dnia 25 stycznia 2024 r., t. j.: z Powiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 25 stycznia 2024 r., przesłanej za pośrednictwem poczty elektronicznej (dalej: Informacja), z zastrzeżeniem, iż przesłana we wskazanym dniu Informacja nie wypełniała dyspozycji art. 253 pkt 2 p.z.p., gdyż nie zawierała uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego.

Uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty Odwołującego przesłane zostało dopiero na wniosek w dniu 29 stycznia 2024 r. przez Zamawiającego.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego zarzucam:

- naruszenie art. 253 ust. 1 i 2 p.z.p, poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę Zakład Drogowy T.P. z naruszeniem prawa, a to niezgodnie z art. 239 ust. 1 i 2 p.z.p. i dokonanie wyboru oferty, która nie ma przymiotu najkorzystniejszej wg określonych kryteriów oceny ofert,
- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego zgodnej z warunkami zamówienia określonymi w dokumentach zamówienia stosownie do art. 218 ust. 2 p.z.p.,
- naruszenie art. 223 ust. 1 p.z.p. poprzez zastosowania żądania wyjaśnień treści oferty Odwołującego,
- naruszenie art. 16 pkt 1 p.z.p., poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający równe traktowanie

wykonawców i przejrzystości, w konsekwencji odrzucenie oferty przedwcześnie, przed złożeniem właściwych dokumentów przez Odwołującego.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wnoszę o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia podjętej na podstawie art. 253 ust.1 i 2 p.z.p. czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Zakład Drogowy T.P.,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

Termin

Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej Wykonawcy Zakład Drogowy T.P. w Informacji przesłanej Odwołującemu dnia 25 stycznia 2024 r., wobec czego termin określony w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) p.z.p został zachowany.

Interes

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem przedmiotowego zamówienia, złożył ważną i niepodlegającą odrzuceniu ofertę.

Obecnie oferta Odwołującego znajduje się na drugiej pozycji w klasyfikacjach punktowych.

W przypadku uwzględnienia odwołania, oferta odwołującego znajdzie się na pierwszym miejscu w klasyfikacjach punktowych.

Natomiast szkoda, jaką Odwołujący może ponieść w wyniku naruszenia przepisów p.z.p., polegającego na zaniechaniu odrzucenia ofert konkurencyjnych Wykonawców, wyraża się w uszczerbku, jakiego Odwołujący może doznać w wyniku nieuzyskania zamówienia (t. j.: m.in. utraty zysku). Powyższe czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 p.z.p. do wniesienia niniejszego odwołania.

Złożenie odwołania w powyższym zakresie na obecnym etapie jest zatem konieczne w celu ochrony interesów Odwołującego, a także w celu zapewnienia legalności postępowania oraz zakończenia go podpisaniem umowy.

Uzasadnienie odwołania

Zamawiający w dniu 22 listopada 2023 r. wszczął postępowanie w trybie podstawowym, bez negocjacji na zadanie: Wykonanie robót budowlanych na zadaniu Budowa drogi nr 11 w leśnictwie Węgierka.

Tytułem wstępu dnia 25 stycznia 2024 r. poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej Wykonawcy Zakład Drogowy T.P. i o odrzuceniu oferty Odwołującego - nie podając żadnego uzasadnienia faktycznego ani prawnego.

Dopiero na wniosek Odwołującego, Zamawiający dnia 29 stycznia 2024 r. podał uzasadnienie faktyczne i prawne, wbrew wyrokowi KIO z dnia 21 marca 2022 r., sygn. akt 543/22, cyt.: „Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 p.z.p, obowiązkiem zamawiającego jest wskazanie wszystkich okoliczności faktycznych i prawnych dotyczących odrzucenia oferty wraz z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej. (...) Zasada przejrzystego prowadzenia postępowania oznacza bowiem, iż wszelkie czynności podejmowane przez zamawiającego winny wynikać z klarownie określonych przesłanek, którymi kierował się zamawiający - i co najważniejsze, przesłanki te muszą być możliwe do zweryfikowania i ujawnione wykonawcy w informacji stanowiącej podstawę odrzucenia jego oferty.”

Zamawiający w SWZ (rozdz.15 „Opis sposobu obliczenia ceny” pkt 4) wskazał, że „za realizację przedmiotu umowy Wykonawca otrzyma wynagrodzenie kosztorysowe, określone na podstawie cen jednostkowych zawartych w sporządzonym przez Wykonawcę kosztorysie ofertowym oraz ilości faktycznie zrealizowanych robót. Cenę oferty należy obliczyć metodą kalkulacji uproszczonej zgodnie z powszechnie obowiązującymi zasadami kosztorysowania robót budowlanych z zestawieniem elementów oraz podaniem danych wyjściowych do kosztorysowania przy zachowaniu następujących założeń: 1) cena oferty winna być ustalona w oparciu o kalkulację własną wykonawcy, 2) w sporządzonym kosztorysie ofertowym wykonawca zobowiązany jest uwzględnić wszystkie opisane w przedmiarze pozycje robót. 3) Do kosztorysu ofertowego należy dołączyć czynniki cenotwórcze użyte do kalkulacji cen jednostkowych (stawka robocizny netto (R [zł/r-g]), koszty pośrednie $Kp(R+S)[\%]$, Zysk $(R+S+Kp(R+S))[\%]$ (przykładowy wzór formularza - zał. 12 do SWZ)

UWAGA: W celu kalkulacji cen jednostkowych Zamawiający zaleca sporządzenie kosztorysu metodą szczegółową a

następnie przekonwertowanie go na kosztorys uproszczony i dołączenie do oferty kosztorysu uproszczonego. Wykonawca jest zobowiązany do przedłożenia Zamawiającemu, w terminie do 30 dni od daty podpisania umowy, szczegółowej kalkulacji cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego lub przedłożenia kosztorysu opracowanego metodą kalkulacji szczegółowej wraz z podaniem czynników cenotwórczych w odniesieniu do każdej pozycji przedmiaru. Wyliczone tą metodą ceny jednostkowe, muszą być identyczne z zaoficerowanymi w ofercie przetargowej. Także ogólna cena ofertowa wyliczona tą metodą musi być taka sama jak cena przedstawiona w ofercie. Kosztorys szczegółowy służyć będzie do rozliczania ewentualnych robót dodatkowych, zamiennych i zaniechanych (roboty dodatkowe należy utożsamiać z definicją „prac dodatkowych” zawartą w art. 630 k.c., określającą sposób rozliczania wykonywanego przedmiotu umowy w przypadku zastosowania wynagrodzenia kosztorysowego.) Zamawiający wymaga aby przedłożona szczegółowa kalkulacja cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego opracowana została metodą kalkulacji szczegółowej zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 13 lipca 2001 r. w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych (Dz. U. Nr 80, poz. 867). 28 Ponieważ obowiązującym wynagrodzeniem jest wynagrodzenie kosztorysowe, kosztorys ten będzie wykorzystywany do obliczenia należnego wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku odstąpienia od umowy, a więc w sytuacji uregulowanej w § 1 1a umowy. Będzie on także podstawą do rozliczania robót dodatkowych.”

Z powyższego wynika wyłącznie, że Wykonawca którego oferta zostanie wybrana najkorzystniejszą ma zobowiązanie do przedstawienia szczegółowej kalkulacji cen jednostkowych lub przedłożenia kosztorysu opracowanego metodą kalkulacji szczegółowej wraz z podaniem czynników cenotwórczych w terminie do 30 dni od dnia podpisania umowy.

Bezspornym jest, że z powyższego, skoro „Zamawiający zaleca sporządzenie kosztorysu”, nadto w treści SWZ (w szczególności w rozdz. 7 „Informacje o podmiotowych środkach dowodowych i innych dokumentach i oświadczeniach”) ani treści ogłoszenia o zamówieniu brak jednoznacznego postanowienia o obowiązku załączenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego, nie wynikał taki obowiązek Wykonawcy składającego ofertę w niniejszym postępowaniu.

Mało tego, stosownie do pkt 6 rozdz. 13 SWZ „Opis sposobu przygotowania ofert” Zamawiający wprost wskazał, że „oferta musi być sporządzona zgodnie z treścią formularza „Oferta Wykonawcy” (wzór formularza oferty stanowi załącznik nr 1 do SWZ). Integralną część oferty stanowią kosztorysy ofertowe sporządzone na podstawie przedmiarów robót (przedmiary robót stanowią załącznik nr 8 do SWZ).”. Zdanie drugiego przywołanego postanowienia SWZ pomimo faktycznego braku obowiązku przedłożenia kosztorysu wraz z ofertą.

W cenie Odwołującego de facto wszystkie zapisy powyższe stoją w jednoznacznej rozbieżności i sprzeczności z przepisem pkt 1 rozdz. 15 SWZ, którego brzemieniem nie pozostawia złudzeń w kontekście charakteru wynagrodzenia.

Przepis pkt 1 rozdz. 1 5 SWZ wprost wskazuje poprzez zapis, cyt.: „Cena oferty brutto powinna obejmować wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, warunkami stawianymi przez Zamawiającego oraz ewentualne ryzyko wynikające z okoliczności, które można było przewidzieć w terminie opracowywania oferty do czasu jej złożenia. Do ustalenia ceny brutto zadania Zamawiający przyjął 23 % stawkę podatku VAT”, że charakter wynagrodzenia to ryczałt. Zapisy natomiast z pkt 4 rozdz. 1 5 SWZ, że „kosztorys szczegółowy służyć będzie do rozliczania ewentualnych robót dodatkowych, zamiennych i zaniechanych (roboty dodatkowe należy utożsamiać z definicją „prac dodatkowych” zawartą w art. 630 k.c., określającą sposób rozliczania wykonywanego przedmiotu umowy w przypadku zastosowania wynagrodzenia kosztorysowego.)” wskazują na możliwość zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 455 ust. 2 p.z.p.

W modelu kosztorysowym strony uzgadniają, że podstawą ustalenia wysokości wynagrodzenia stanowi zestawienie planowanych prac i przewidywanych kosztów ze wskazaniem określonych cen jednostkowych, stawek i jednostek obmiarowych. Cechą charakterystyczną wynagrodzenia kosztorysowego jest to, że ma ono charakter wynikowy, jego wysokość jest zależna od rozmiaru świadczenia wykonanego przez przyjmującego zamówienie i zostaje wyliczona według cen i stawek przyjętych w kosztorysie (wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 26 lutego 2016 r., sygn. akt V ACa 381/1 5).

W umowach o roboty budowlane strony mogą przyjąć zasady rozliczenia na podstawie kosztorysu, czyli zebranego w formie pisemnej wstępnego zestawienia kosztów, które są niezbędne do wykonania zamówienia. Mogą to być zarówno koszty materiału, jak i planowane koszty robocizny. Kosztorys powinien być sporządzony jeszcze przed zawarciem umowy, ewentualnie najpóźniej przy jej zawieraniu, co podkreślił również Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 30 lipca 2003 r. sygn. II CKN 361/01.

Wobec powyższego bezsprzecznym jest, że ewentualny kosztorys ofertowy Odwołujący zobowiązany był złożyć już po podpisaniu umowy, więc ewentualnie wówczas zobligowany byłby do sporządzenia go stricte wg poszczególnych ilości

pozycji zawartych w przedmiarze robót. Wyciąganie negatywnych konsekwencji wobec Odwołującego przez Zamawiającego na etapie badania i oceny oferty na podstawie nieobowiązkowego dokumentu oraz przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia godzi w zasadę równego traktowania wykonawców i przejrzystości.

Wykonawca przyznaje, że wraz z ofertą przedłożył kosztorys sporządzony metodą uproszczoną, gdzie w zakresie ilościowym pozycje kosztorysowe pod nr 4.1 oraz 4.3. przyjęte przez Odwołującego są mniejsze, aniżeli w przedmiarze robót. W odpowiedzi na żądanie wyjaśnienia treści oferty (z dnia 8 stycznia 2024 r.) Odwołujący wyjaśnił, że „pozostała ilość m3 aniżeli wskazana w przedmiarze robót w pozycji 4.1 została ujęta w innej pozycji kosztorysu, a mianowicie w pozycji 4.2” i dalej, że „ilość m3 wskazana w przedmiarze robót w pozycji 4.3 została ujęta w innej pozycji kosztorysu, a mianowicie w pozycji 4.2.”.

Zamawiający nie wziął w ogóle pod uwagę wartości pozycji 4.2 kosztorysu ofertowego wynosząca 78 200,00 zł brutto i znacznie odbiegająca od kwot określonych przez pozostałych dwóch Wykonawców składających oferty w postępowaniu i wynoszących odpowiednio: 29 900,00 zł brutto oraz 15 870,00 zł brutto.

Przywołania w tym miejscu wymaga wyrok KIO z dnia 21 marca 2022 r., sygn. akt 543/22, cyt.: „W sytuacji, kiedy po stronie zamawiającego wystąpią uzasadnione wątpliwości co do zgodności oferty z treścią SWZ, właściwe przeprowadzenie badania i oceny ofert wymaga uzyskania jednoznacznego potwierdzenia, że została wypełniona hipoteza art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. Zamawiający może zastosować sankcję w postaci odrzucenia oferty wyłącznie wtedy, gdy jest w stanie wykazać co w ofercie wykonawcy nie jest zgodne z warunkami zamówienia i w jaki sposób ta niezgodność występuje - w konfrontacji z klarownie wskazanymi wymaganiami SWZ. Zamawiający nie może poprzestać na własnej interpretacji treści oferty, a winien zadać wykonawcy jasne pytania w tym zakresie. Dokonanie rzetelnej oceny złożonych ofert jest także przejawem zachowania zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu, polegającej również na w sumiennym wypełnieniu obowiązków, które na zamawiającego nakłada ustawodawca w toku przeprowadzenia postępowania, tak aby właściwie zabezpieczyć interes wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.”.

Przenosząc powyższy wyrok na grunt przedmiotowej sprawy stwierdzić należy, że Zamawiający poprzestał na własnej interpretacji, zadał pytania w żądaniu jedynie dotyczące ilości, całkowicie ignorując wartość pozycji 4.2. kosztorysu.

Zamawiający nie pokusił się o dogłębne wyjaśnienia nie żądając kolejnych wyjaśnień od Odwołującego w kontekście zaoferowanej w pozycji 4.2 kosztorysu wartości i dokonał odrzucenia oferty.

W tym miejscu przywołania wymaga wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3649/21, cyt.: „Zamawiający zobowiązany jest do wszechstronnego zbadania oferty danego wykonawcy, w tym wyjaśnienia wszelkich wątpliwości dotyczących jej zgodności z wymogami wynikającymi z dokumentów zamówienia, czy też poziomu zaoferowanej ceny, przed podjęciem ewentualnej decyzji w przedmiocie odrzucenia oferty.”.

ODPOWIEDŹ NA ODWOLANIE Z DNIA 08.02.2024 R

Ogłoszenie w BZP nr 2023/BZP00504540/01 z dnia 22.11.2023 r.

Działając w imieniu Zamawiającego, Skarbu Państwa Państwowego Gospodarstwa Leśnego Lasy Państwowe - Nadleśnictwo Kańczuga, na podstawie art. 521 ust. 1 ustawa z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm., dalej: PZP) wnoszę odpowiedź na odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez Przedsiębiorstwo Budowy i Utrzymania Dróg „M-BUD” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Woli Węgierskiej od czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP i wnoszę o:

1.Oddalenie odwołania w całości.

2.Przeprowadzenie następujących dowodów, na wskazane okoliczności:

a)Specyfikacja Warunków Zamówienia z dnia 22.11.2023 r. zn. Spr.: SA.270.2.23.2023 dla wykonania robót budowlanych na zadaniu: „Budowa drogi nr 11 w leśnictwie Węgierka”

b)Przedmiar robót dotyczący budowy drogi nr 11 w leśnictwie Węgierka (SZ 09-11) w km od 0+000,00 do km 0+682,30 w miejscowości Rokietnica

c)Wzór umowy dla wykonania robót budowlanych na zadaniu: „Budowa drogi nr 11 w leśnictwie Węgierka”

d)Kosztorys ofertowy Odwołującego z dnia 06.12.2023 r.

e) Wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 PZP

f) Wyjaśnienia Odwołującego z dnia 12.01.2024 r.

g) Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 25.01.2024 r

h) Wniosek o udostępnienie dokumentacji z dnia 25.01.24 r. (data rej. 26.01.24r.)

i) Szczegółowa informacja o odrzuceniu oferty z dnia 29.01.2024 r. (wykonawca otrzymał ją i zapoznał się z jej treścią przed terminem wniesienia odwołania).

j) Powtórzenie czynności wynikającej z art. 253 ust. 1 ustawy pzp. Uaktualniona informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej (z uzupełnieniami) z dnia 06.02.2024r.

k) Zestawienie wybranych tez wyroków KIO - jako materiał informacyjny dla Wykonawcy wnoszącego odwołanie.

- wszystkie celem stwierdzenia faktu: prawidłowości odrzucenia oferty

Uzasadnienie odpowiedzi na odwołanie

1. Zarzutów Odwołującego nie można uznać za zasadne.

2. Zamawiający w treści SWZ, projektu umowy wymagał od wykonawców złożenia w ofercie kosztorysu ofertowego.

Kosztorys ofertowy stanowi element oferty w rozumieniu art. 66 k.c., zaś istotna zmiana treści oferty, tj. o ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę, jest niedopuszczalna, to zachodziły przesłanki do odrzucenia oferty.

2.1. Wymagania obejmujące żądanie złożenia w ofercie kosztorysu ofertowego znajdziemy w następujących fragmentach SWZ.

2.1.1. Str. 25 rozdział 13, pkt 6.

„...Oferta musi być sporządzona zgodnie z treścią formularza „Oferta Wykonawcy” (wzór formularza oferty stanowi załącznik nr 1 do SWZ). Integralną część oferty stanowią Kosztorysy ofertowe sporządzone na podstawie przedmiarów robót (przedmiary robót stanowią załącznik nr 8 do SWZ).”

2.1.2. Str. 27 rozdział 15 pkt 4.

„...Za realizację przedmiotu umowy Wykonawca otrzyma wynagrodzenie kosztorysowe, określone na podstawie cen jednostkowych zawartych w sporządzonym przez Wykonawcę kosztorysie ofertowym oraz ilości faktycznie zrealizowanych robót. Cenę oferty należy obliczyć metodą kalkulacji uproszczonej zgodnie z powszechnie obowiązującymi zasadami kosztorysowania robót budowlanych z zestawieniem elementów oraz podaniem danych wyjściowych do kosztorysowania przy zachowaniu następujących założeń:

1) cena oferty winna być ustalona w oparciu o kalkulację własną wykonawcy,

2) w sporządzonym kosztorysie ofertowym wykonawca zobowiązany jest uwzględnić wszystkie opisane w przedmiarze pozycje robót.

3) Do kosztorysu ofertowego należy dołączyć czynniki cenotwórcze użyte do kalkulacji cen jednostkowych (stawka robocizny netto R [zł/r-g]), koszty pośrednie $Kp(R+S)$ [%], Zysk $(R+S+Kp(R+S))$ [%] (przykładowy wzór formularza - zał. 12 do SWZ).”

2.1.3. Str. 28 rozdział 15 pkt 6.

Wykonawca nie zauważył, że wynagrodzenie ryczałtowe jest ustanowione w treści SWZ w zakresie cen jednostkowych a nie kalkulacji ceny oferty.

„Ceny jednostkowe zawierają wszelkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia, wynikające wprost z opisu przedmiotu zamówienia, jak również w nich nie ujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia. Będą to między innymi: koszty wszelkich robót przygotowawczych, prac porządkowych po zakończeniu robót, koszty transportu i inne, koszty ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej kontraktu (OCK), koszty organizacji i utrzymania zaplecza budowy wraz z jego późniejszą likwidacją oraz innych czynności niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia (ekspertyzy, pomiary, pobieranie i badanie próbek,) zawierają one także opłaty celne i inne opłaty i koszty związane z wykonywaniem robót oraz koszty:

utrzymania zaplecza budowy, uporządkowania terenu, ewentualną wypłatę odszkodowań z tytułu zniszczeń powstałych

w wyniku prowadzenia robót lub w związku z nimi, planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, oznakowania i zabezpieczenia terenu bezpośrednio graniczącego z prowadzonymi robotami, wykonania dokumentacji powykonawczej oraz innych czynności, niezbędnych do wykonania przez Wykonawcę przedmiotu zamówienia. ..."

2.1.4.Str. 27 rozdział 15 pkt 4.

Wykonawca wnosząc odwołanie myli pojęcie - obowiązku złożenia kosztorysu ofertowego w ofercie ze sposobem przygotowania kalkulacji szczegółowej cen jednostkowych lub kosztorysu opracowanego metodą kalkulacji szczegółowej.

„ ... Wykonawca jest zobowiązany do przedłożenia Zamawiającemu, w terminie do 30 dni od daty podpisania umowy, szczegółowej kalkulacji cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego lub przedłożenia kosztorysu opracowanego metodą kalkulacji szczegółowej wraz z podaniem czynników cenotwórczych w odniesieniu do każdej pozycji przedmiaru. Wyliczone tą metodą ceny jednostkowe, muszą być identyczne z zaoferowanymi w ofercie przetargowej. Także ogólna cena ofertowa wyliczona tą metodą musi być taka sama jak cena przedstawiona w ofercie.

Kosztorys szczegółowy służyć będzie do rozliczania ewentualnych robót dodatkowych, zamiennych i zaniechanych (roboty dodatkowe należy utożsamiać z definicją „prac dodatkowych” zawartą w art. 630 k.c., określającą sposób rozliczania wykonywanego przedmiotu umowy w przypadku zastosowania wynagrodzenia kosztorysowego.) ..."

Tak więc Wykonawca - wbrew twierdzeniom Odwołującego - nie miał obowiązku przedłożenia kosztorysu ofertowego w terminie 30 dni od dnia podpisania umowy, bowiem integralną część jego oferty stanowił kosztorys ofertowy sporządzony zgodnie z warunkami określonymi w SWZ.

2.2. Kosztorys ofertowy był konieczny do ustalenia kalkulacji przy rozliczeniach w trakcie realizacji umowy.

Załącznik nr 6 do SWZ. § 4 Projektu umowy ust. 7; str. 9.

7.Wszelkie składniki dotyczące ustalania cen, przyjęte przez Wykonawcę do wyceny oferty stanowiącej przedmiot Umowy są stałe i nie podlegają zmianom w trakcie obowiązywania Umowy oraz będą stosowane do wyceny robót dodatkowych, które mogą wystąpić w trakcie realizacji zamówienia. Wykonawca do wyceny robót dodatkowych tożsamy z robotami stanowiącymi przedmiot Umowy (wycenionymi w kosztorysie ofertowym), zastosuje identyczne ceny jednostkowe robót jak w złożonym do przetargu kosztorysie ofertowym. Wykonawca zobowiązany jest wykonać roboty dodatkowe przy jednoczesnym zachowaniu tych samych norm, standardów i parametrów technicznych, co w zamówieniu podstawowym;..."

Załącznik nr 6 do SWZ. § 4 Projektu umowy ust. 8; str. 9.

8.Za roboty dodatkowe strony ustalają wynagrodzenie na podstawie kosztorysu ofertowego do protokołu konieczności, sporządzonego przez Wykonawcę. ..."

Załącznik nr 6 do SWZ. § 6 Projektu umowy ust. 7 lit. e); str. 14.

7. Wykonawca przedłoży Zamawiającemu do dnia zgłoszenia gotowości do odbioru końcowego Operat Kolaudacyjny zawierający w szczególności:

e) kosztorys powykonawczy uwzględniający

- faktyczne ilości jednostek przedmiarowych robót (udokumentowanych za pomocą sprawdzonego przez inspektora nadzoru obmiaru), pierwotnie przewidzianych w kosztorysie ofertowym, w tym pozycji zaniechanych (z obmiarem zero),
."

3.W postępowaniu nr SA.270.2.23.2023 pn.: Wykonanie robót budowlanych na zadaniu: "Budowa drogi nr 11 w leśnictwie Węgierka" od Odwołującego wpłynął kosztorys ofertowy zawierający następujące wady:

-Ilość zawarta w pozycji 4.1 różni się od ilości podanej w przedmiarze robót

-Ilość zawarta w pozycji 4.3 jest wyzerowana

-opis (nazwa) poszczególnych pozycji różni się od opisu zawartego w przedmiarze oraz oferowany przedmiot zamówienia różni się z tym wymaganym w SWZ (co zostało udokumentowane wykonawcy w dniu 29.01.2024 r oraz w powtórzonej czynności informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 06.02.2024 r.).

4.Mając na uwadze powyższe, Odwołującego wezwano w dniu 08.01.2024 r. do złożenia wyjaśnień dotyczących

powyższych wad w trybie art. 223 ust. 1 PZP, na skutek czego od Odwołującego w dniu 12.01.2024 r. wpłynęły wyjaśnienia o treści:

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 8.01.2024 r., znak sprawy SA.270.2.23.2023 wyjaśniamy:

Ad. 1. Pozostała ilość m³ aniżeli wskazana w przedmiarze robót w pozycji 4.1 została ujęta w innej pozycji kosztorysu, a mianowicie w pozycji 4.2.

Ad. 2. Ilość m³ wskazana w przedmiarze robót w pozycji 4.3 została ujęta w innej pozycji kosztorysu, a mianowicie w pozycji 4.2.

Uzasadnienia wymaga, że powyższe działanie Wykonawcy dopuszcza orzecznictwo KIO

5. Wobec powyższego zaistniała konieczność odrzucenia oferty Odwołującego przy zastosowaniu art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, bowiem treść oferty złożonej przez Odwołującego była niezgodna z zakresem zobowiązania, które Zamawiający opisał w Specyfikacji Warunków Zamówienia.

6. Niezgodność treści oferty wyrażająca się w niezgodności wycień kosztorysu ofertowego z SWZ jest niezgodnością merytoryczną, która w sytuacji kiedy brak było możliwości poprawy tej niezgodności, jako omyłki skutkuje odrzuceniem oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. Taką tezę zawarto w wyroku KIO z 9.06.2016 r., KIO 897/16, LEX nr 2106301 na gruncie starej ustawy prawo zamówień publicznych, jednak teza ta zachowuje aktualność także w odniesieniu do nowej ustawy, jako że przesłanka, o której mowa w przytoczonym orzeczeniu została przeniesiona do PZP.

7. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia przejawia się nie tylko w niezgodności zobowiązania, co do którego wykonawca składa oświadczenie woli w swojej ofercie, i przez jej złożenie przyjmuje do wykonania, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w SWZ i którego przyjęcia oczekuje od wykonawcy, ale także może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami warunków zamówienia.

8. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określone w SWZ. Ponadto zastosowanie wskazanej przesłanki odrzucenia wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia. (tak w: Wyrok KIO z 24.05.2023 r., KIO 1090/23, LEX nr 3584958).

9. W wyroku KIO z 9.09.2021 r., KIO 2520/21, Izba wskazała, że o niezgodności treści oferty z postanowieniami SWZ można mówić w przypadku omińnięcia pewnego zakresu świadczenia, zaoferowania odmiennego zakresu lub braku jego dookreślenia w sposób umożliwiający ocenę, czy wykonawca złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego.

Izba podkreśliła, że nie ulega wątpliwości, że każdorazowo zawarte w ofercie wykonawcy zobowiązanie dotyczące zakresu przedmiotowego oraz sposobu realizacji przedmiotu zamówienia jest elementem treści merytorycznej oferty. W szerszym ujęciu za treść oferty należy uznać zakres zobowiązania wykonawcy, tj. zaoferowany przez wykonawcę zakres świadczenia - sposób realizacji przedmiotu umowy. W przypadku postępowań dotyczących robót budowlanych - w ocenie KIO - należy uznać wszelkie świadczenia dotyczące jakości, ilości, ceny jednostkowej, ceny ogólnej, wielkości poszczególnych narzutów, terminu realizacji, sposobu realizacji robót (zastosowanej organizacji prac i harmonogramu tychże prac), czyli wszelkich elementów mających bezpośredni wpływ na przedmiot i zakres świadczenia, o ile zostały ujęte i doprecyzowane w treści SWZ. Tym samym Izba uznała, że w postępowaniu będącym przedmiotem rozpoznawanej sprawy sporządzone kosztorysy ofertowe powinny odpowiadać treści przedmiaru robót. Zamawiający miał więc prawo, ale i obowiązek sprawdzenia poprawności sporządzenia kosztorysów ofertowych, a wszelkie zaistniałe w ich treści rozbieżności w odniesieniu zarówno do poszczególnych pozycji kosztorysowych, ilości, zastosowanych materiałów w stosunku do przedmiarów robót, jak również pominięcie jakichkolwiek danych w nich zawartych, stanowią o niezgodności treści oferty z treścią SWZ. (tak w: A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 226.)

10. W załączniku do odpowiedzi na odwołanie zawarto dodatkowe tezy wyroków KIO wskazujących, że zasadnym była decyzja o odrzuceniu oferty na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 oraz zastosowanie art. 223 ust 1 ustawy pzp.

11. Stąd też, mając na względzie powyższe poglądy, ale i treść wyjaśnień Odwołującego w których wskazuje na ujęcie danej ilości w innej pozycji kosztorysu niż przewidziana w przedmiarze - zaszły podstawy do odrzucenia oferty z uwagi

na niezgodność oferty z warunkami zamówienia.

12. Wyjaśnienia bowiem nie pozwalają uznać rozbieżności za oczywistą pomyłkę i dokonać ich poprawy w trybie przewidzianym w art. 223 ust. 2 pzp, zaś ich treść jest niesatysfakcjonująca - bowiem zaoferowane ilości świadczeń nie zgadzają się w sposób znaczący. I tak w przedmiarze robót, stanowiącym opis zamówienia Zamawiający wymagał zaoferowania w zakresie poszczególnych ilości:

4Element Kody CPV: 45231220-3 Roboty budowlane w zakresie gazociągów STWIORB - S 01 03 06 Zabezpieczeni sieci gazowej

4.1KNNR 1/307/4 Wykopy liniowe szerokości 0.8-2.5 m o ścianach pionowych z ręcznym wydobyciem urobku w gruntach kat III-IV

Wyliczenie ilości robót:

wykop pod rurę ochronną Dn 250 [46*2*1.1 101.200

RAZEM 101,200 m3 101,20

4.2Kalkulacja indywidualna Montaż rury dwudzielnej stalowej Dn 250 z uszczelnieniem typ GP. w płozie wieloruruowej

Wyliczenie ilości robót:

lokalizacja na pzt |14+16+16 46.000

RAZEM 46.000 mb 46,00

4.3KNNR 1/406/1

(1)Wykonanie zasypki wraz z zagęszczeniem, rur do wysokości dna konstrukcji, piasek- grunt pozyskany staraniem Wykonawcy robót

Wyliczenie ilości robót:

wykop pod rurę ochronną Dn 250 |46* 1.1 *2-
(46*3.14*0.125*0.125) 98.043 RAZEM 98.943 m3 98 94

13. Zaś w kosztorysie ofertowym Odwołujący zaoferował

4 ZABEZPIECZENIE SIECI GAZOWEJ

4.1 Wykopy oraz przekopy m3 75.90 50.00 3,795.00

4.2 Montaż rury dwudzielnej m 46.00 1,700.00 78,200.00

4.3 Zasypka m3 0.00 1.00 0.00

4.4 Oznakowanie trasy taśmą m 46.00 20.00 920.00

5 ROBOTY ZIEMNE

14.Rozbieżność między oferowanym przez Wykonawcę świadczeniem, a przedmiarem robót będącym integralną częścią warunków zamówienia (SIWZ, załącznik numer 8) wynosi 21,3 m3, a wartość ta, wbrew wyjaśnieniom, nie została dodana do pozycji z kosztorysu „montaż rury dwudzielnej”, bowiem wartość dotycząca montażu rury dwudzielnej jest zbieżna z wartością montażu rury dwudzielnej określoną w przedmiarze robót.

15.W przesłanych w dniu 12.01.2024 r. wyjaśnieniach Odwołujący stwierdził bowiem, że brakująca ilość 25,30m3 wykopów oraz brakująca ilość zasypki piaskowej ujęto w poz. 4.2 kosztorysu ofertowego (tj. pozycji montażu rury dwudzielnej).

16.Wyjaśnienia Odwołującego, że brakującą w pozycji 4,1 ilość wykopów oraz brakującą w pozycji 4.3 ilość zasypki piaskowej zawarł w poz. 4.2 w sposób oczywisty nie znajdowały matematycznego uzasadnienia, a tym samym świadczenie zaoferowane przez Wykonawcę odbiegało od świadczenia oczekiwanego przez Zamawiającego, bowiem pozycja 4.2 w kosztorysie ofertowym Wykonawcy była zgodna z przedmiarem robót, stanowiącym integralną część SWZ, brak tam dodatkowo skosztorysowanych świadczeń.

17.Co więcej, o ile pod pozycjami 1 i 2 (całość) kosztorysu ofertowego Odwołującego zaoferowane świadczenie odnosi się do numeru specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, co pozwala na odczytanie złożonego oświadczenia

woli co do zakresu zaoferowanego świadczenia, to w dalszej części odnosząc się do poszczególnych pozycji przedmiaru robót i kosztorysu ofertowego Wykonawcy istnieją rozbieżności, które nie podlegały poprawie, a także skutkowały odrzuceniem oferty.

Należy także wskazać, że:

18.Pod pozycją 3.1. Zamawiający oczekiwał:

Rozebranie podbudowy, z kruszywa, grubość 15 cm, mechanicznie (docelowo śr. gr. 20 cm) - składowanie na placu budowy do ponownego wbudowania Wykonawca zaoferował:

Rozebranie podbudowy z kruszywa (bez składowania na placu do ponownego wbudowania oraz bez sprecyzowania średniej grubości, zaś mając na uwadze metodykę sporządzania kosztorysu ofertowego - pozycja 3.2, pod którą Wykonawca zaznaczył ponowne wbudowanie materiału zgodnie z oczekiwaniem Zamawiającego, to ponownego wbudowania kruszywa spod pozycji 3.1 Wykonawca nie oferuje).

19.Idąc dalej, pod pozycją 4.2 przedmiaru robót świadczenie, którego oczekuje Zamawiający:

Montaż rury dwudzielnej stalowej Dn 250 z uszczelnieniem typ GP, w płocie wielorurkowe Wykonawca zaoferował:

Montaż rury dwudzielnej (brak sprecyzowania typu, uszczelnienia oraz brak zaoferowania płoty dystansowej).

20.Przy pozycji 7.1 Zamawiający oczekiwał:

ANALOGIA- Podłoża pod kanały i obiekty, metoda stabilizacji kruszywa naturalnego

cementem, podłoże grubości 16 cm (docelowo 30 cm) zaś Wykonawca zaoferował jedynie podłoża pod kanały, bez stabilizacji.

21.Pod pozycją 8.2 Zamawiający oczekiwał wykonania bruku na sucho z kamienia naturalnego, zaś Wykonawca zaoferował zwykły bruk.

22.W pozycji 9.1 Zamawiający oczekiwał Profilowania i zagęszczania podłoża pod warstwy konstrukcyjne nawierzchni, wykonywane mechanicznie, przy użyciu równiarki i walca statycznego kategoria gruntu II-VI, Wykonawca zaoferował zaś jedynie profilowanie i zagęszczanie podłoża, bez metody wykonania i zagęszczenia podłoża, co ma istotne znaczenie przy wykonaniu zagęszczenia pod warstwy konstrukcyjne nawierzchni.

23.Pod pozycją 10.1 Zamawiający oczekiwał podbudowy z gruntu stabilizowanego, cementem o Rm 2,5MPa, warstwa po zagęszczeniu 15 cm (docelowo 30cm) WRAZ Z DOZIARNIENIEM ISTNIEJĄCEGO GRUNTU, Wykonawca zaoferował zaś samą stabilizację gruntu z określeniem klasy wytrzymałości, bez doziarnienia.

24.Pod pozycją 12.1 Zamawiający oczekiwał podwójnego - powierzchniowego utrwalaenia nawierzchni drogowych emulsją asfaltowa C69BP3 Pu (K1-70MP) , grys bazaltowy frakcji 8/16 mmm i frakcji 4/8 mm, Wykonawca zaoferował zaś „nawierzchnię podwójnie skropioną”.

25.Tak kosztorys ofertowy stoi w sprzeczności z rozdziałem 15 ust. 4 pkt 2 SWZ.

W związku z powyższym wnosimy odpowiedź na odwołanie w celu zobrazowania zasadności podjętych decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy wnoszącego odwołanie.

Pragniemy także wskazać, że wykonawca w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej (z dnia 25.01.2024 r) nie miał pełnej wiedzy dotyczącej szczegółowych podstaw faktycznych odrzucenia jego oferty.

Jednak po uzyskaniu szczegółowej informacji co do odrzucenia jego oferty z dnia 29.01.2024 r (co sygnalizował w treści odwołania) znał wszystkie przesłanki wadliwości swojej oferty. Zważyć należy także, że treść odwołania nie dotyczy wadliwości informacji (braku szczegółów) dotyczących odrzucenia oferty wnoszącego odwołanie, a samego wyboru oferty jako najkorzystniejszej.

Dodatkowo, należy zwrócić uwagę na terminy - termin możliwości podniesienia zarzutów dotyczących wadliwości zawiadomienia o odrzuceniu oferty upłynął.

Analiza treści formułowanego zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 p.z.p., tj zarzutu, że oferta została „odrzucona przedwcześnie, przed złożeniem właściwych dokumentów przez Odwołującego” prowadzi do konkluzji, że Odwołujący był gotów na dostarczenie dodatkowych dokumentów związanych ze sposobem kalkulacji ceny w pozycji 4.2 kosztorysu ofertowego - a tym samym do zmiany treści oferty, co jest niedopuszczalne, a tym samym zarzut jest niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 p.z.p. stawiany Zamawiającemu jest bezprzedmiotowy. Odwołanie rozpatruje się w zakresie wniesionych zarzutów, zaś zarzut ten dotyczy dyskrejonalnego uprawnienia Zamawiającego do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert.

Zamawiający w dniu 06.02.2024 r. powtórzył czynność poinformowania wszystkich wykonawców o podstawie prawnej i szczegółowym uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty wypełniając wymagania w tym zakresie wskazane w art. 253 ust. 1 ustawy pzp.

Cytowane przez Odwołującego w dalszej części uzasadnienia odwołania „zalecenie sporządzenia kosztorysu ofertowego” z którego to zdania Odwołujący wywodzi, że sporządzenie kosztorysu ofertowego nie jest obowiązkowe - jest niezasadne. Zamawiający wymagał sporządzenia kosztorysu ofertowego jako integralnej części oferty, a cytowanie „zalecenie” dotyczyło metody jego sporządzenia.

Dodatkowo, podniesione wątpliwości związane z regulacjami Specyfikacji Warunków Zamówienia i projektu umowy mogły być tematem pytań zadawanych przed terminem składania ofert lub sporu przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Reasumując, Zamawiający dokładnie sprecyzował swoje wątpliwości, Wykonawca zaś w udzielonej odpowiedzi wyjaśnił je, jednak w sposób niesatysfakcjonujący. Wskazywanie na obowiązek ponownego żądania od Wykonawcy wyjaśnień co do sposobu kalkulacji w pozycji 4.2 kosztorysu ofertowego miało by już charakter negocjacji z wykonawcą i zmieniałoby treść oferty. Dodatkowo należy zauważyć na niekonsekwencję prezentowaną w Odwołaniu - z jednej strony stawia się Zamawiającemu zarzut dotyczący żądania wyjaśnień, z drugiej zaś w końcowej części odwołania stawia się zarzut braku żądania kolejnych wyjaśnień.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Odwołanie wniesiono w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji na zamówienie pn.: „Wykonanie robót budowlanych na zadaniu Budowa drogi nr 11 w Leśnictwie Węgierka”.

Znak sprawy: SA.270.2.23.2023.

Głoszenie nr 2023/BZP 00504540/01 z dnia 22-11-2023 roku.

Odwołanie wywołane zostało czynnością zamawiającego, polegającą na odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp/ustawy to jest w sytuacji, gdy treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący otrzymał powyższą wiadomość dnia 25 stycznia 2024 r., przesłaną przez zamawiającego, a której to wiadomości zarzuca naruszenie art. 253 ust.1 i ust.2 Pzp, ponieważ nie zawierała uzasadnienia faktycznego i prawnego, w związku z odrzuceniem jego oferty. W ocenie odwołującego, zgodnie z prawem sporządzone uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia jego oferty przez zamawiającego, sporządzone i przesłane zostało dopiero, na jego wniosek, w dniu 29 stycznia 2024 roku. Zdaniem odwołującego dopiero ten drugi dokument, zawiera wymaganą treść przepisem art.253 ust.1 i ust. 2 w związku z art. 239 ust.1 i ust.2 ustawy. W związku z zaistniałą okolicznością odwołujący kwestionuje wybór najkorzystniejszej oferty to jest jego konkurenta, w sytuacji gdy jego oferta, według kryterium oceny ofert, byłaby najkorzystniejszą ofertą gdyby jej nie odrzucono. Natomiast odwołujący nie podnosi żadnych dalszych formalnych i merytorycznych uwag co do wyboru przez zamawiającego oferty wykonawcy wybranego.

Odwołanie zostaje wniesione w terminie liczonym od daty pierwotnego zawiadomienia przez zamawiającego, odwołującego to jest w dniu 25 stycznia 2024r., z zasadniczym zarzutem odwołania, braku uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art.226 ust.1 pkt 5 i art.218 ust.2 Pzp w związku z art.253 ust.1 pkt 2 ustawy. Odwołanie zawiera również zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 223 ust.1 Pzp, co do jego zastosowania jak i oceny złożonych wyjaśnień przez odwołującego w dniu 12.01.2024r. (akta sprawy), na wezwanie zamawiającego z dnia 08.01.2024 r. (akta sprawy), w związku z załączonym do oferty kosztorysem ofertowym. W konsekwencji, podniesionych zarzutów naruszenia powyżej wskazanych przepisów ustawy, odwołanie zawiera również zarzut naruszenia art.16 pkt 1) Pzp, a praktycznie również do pkt 2), co do równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania. Naruszenie tych zasad, według odwołującego, wynika z przedwczesnego odrzucenia jego oferty, przed złożeniem właściwych dokumentów przez odwołującego, jak i nie stosowaniem się przez zamawiającego do ustalonych przez niego reguł wynikających z postanowień specyfikacji warunków zamówienia (swz).

Sam odwołujący w złożonym odwołaniu następująco sformułował zarzuty odwołania (jak w powyżej cytowanym odwołaniu):

- naruszenie art. 253 ust. 1 i 2 p.z.p, poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę Zakład Drogowy T.P. z naruszeniem prawa, a to niezgodnie z art. 239 ust. 1 i 2 p.z.p. i dokonanie wyboru oferty, która nie ma przymiotu najkorzystniejszej wg określonych kryteriów oceny ofert,
- naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. poprzez niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego zgodnej z warunkami zamówienia określonymi w dokumentach zamówienia stosownie do art. 218 ust. 2 p.z.p.,
- naruszenie art. 223 ust. 1 p.z.p. poprzez zastosowania żądania wyjaśnień treści oferty Odwołującego,
- naruszenie art. 16 pkt 1 p.z.p., poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający równe traktowanie wykonawców i przejrzystości, w konsekwencji odrzucenie oferty przedwcześnie, przed złożeniem właściwych dokumentów przez Odwołującego.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia podjętej na podstawie art. 253 ust.1 i 2 p.z.p. czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Zakład Drogowy T.P.,
- 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

Izba na posiedzeniu dokonała sprawdzenia formalnych wymagań Pzp co do odwołania, to jest co do terminu wniesienia odwołania, nie stwierdzając naruszenia w tym zakresie. Również zamawiający nie zgłosił wniosku co do odrzucenia odwołania.

Izba stwierdziła wniesienie odwołania w terminie pięciodniowym to jest 30 stycznia 2024r. liczonym od dnia 25 stycznia 2024 r., który to termin określa art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy.

Izba rozpoznając na rozprawie merytorycznie zarzuty odwołania, stwierdza interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia, którego istnienie po stronie odwołującego wynika, ze złożenia najkorzystniejszej oferty, według obowiązującego w postępowaniu kryterium oceny ofert. Jak sam odwołujący wskazuje szkoda, jaką odwołujący poniesie przez nie uzyskanie zamówienia, wyraża się w uszczerbku, jaki odwołujący dozna między innymi przez utratę zysku. Powyższe czyni zadość wymaganiom określonym w art. 505 ust. 1 Pzp do wniesienia i rozpoznania przedmiotowego odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza/Izba na podstawie dokonanych ustaleń w sprawie, w oparciu o dokumentację postępowania przetargowego, przekazaną przez zamawiającego do akt sprawy, a w szczególności dokumentów przywołanych przez strony to jest: oferty odwołującego wraz z kosztorysem ofertowym (wynagrodzenie kosztorysowe), postanowień swz dotyczących charakteru wynagrodzenia oraz informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 25 stycznia 2024r., wezwania do wyjaśnień z 8 stycznia 2024r. w trybie art.223 ust.1 Pzp i udzielonych wyjaśnień odwołującego z dnia 11 lutego 2024r., oddaliła odwołanie, nie stwierdzając naruszeń Pzp wskazanych w odwołaniu.

Tym samym Izba podziela argumentację zamawiającego przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie, zamieszczonej powyżej w uzasadnieniu wyroku.

Przede wszystkim Izba stwierdza, że wynagrodzenie ma charakter kosztorysowy, a jedynie ceny jednostkowe wskazywane w ofertach wykonawców mają tzw. charakter ryczałtowy, a co odnosi się do stawek jednostkowych pozycji kosztorysowych kosztorysu ofertowego, załączonego do formularza ofertowego. Zamawiający żądał załączenia do oferty, wypełnionego przez wykonawcę kosztorysu ofertowego, według wzoru formularza zamawiającego, który w myśl swz stanowi integralną część oferty. Zamawiający oczekiwał sporządzenia wyceny robót według przedmiaru robót, stanowiącego część swz, a następnie przekonwertowanie tak sporządzonej wyceny według kosztorysu szczegółowego, na kosztorys ofertowy uproszczony, to jest ze wskazaniem ceny jednostkowych. Odwołujący przedstawiając kosztorys ofertowy z cenami jednostkowymi, nie dokonał pełnej wyceny elementów robót przewidzianych w kosztorysie ofertowym w poz. 4.1. wykopy i w ogóle nie dokonał wyceny (0,00) w poz.4.3, które odnosiły się do m³ (4.1. wykopanie rowu do położenia rury i 4.3. zasypanie rowu po położeniu rury). W ocenie Izby zaistniała sytuacja w ofercie odwołującego świadczy o niezgodności treści oferty z treścią swz, czyli niezgodności oferty z dokumentami zamówienia (art.218 ust.2 Pzp). Pomimo takich błędów w kosztorysie ofertowym, który dyskwalifikuje ofertę odwołującego, zamawiający wystąpił o jej wyjaśnienie w zakresie, dlaczego wycena m³ gruntu w wykopach w poz. 4.1. nie odpowiada obowiązującemu przedmiarowi robót (jest mniejsza niż w przedmiarze), a w poz. 4.3. kosztorysu ofertowego nie wyceniono w ogóle m³

gruntu do zasypania rur. Na tak zadane pytanie odwołujący udzielił lakonicznej odpowiedzi, że braki w ilości wykopów (m³) w poz. 4.1. zamieścił w poz. 4. 2. to jest w pozycji ułożenie rur (m.b.). Odwołujący tak samo tłumaczył brak w ogóle wyceny (0.00) w poz. 4.3. zasypanie wykopów, to jest stwierdził, że koszty wyceny „zasyпки” znajdują się też jak poz.4.1. w poz. 4.2., a gdzie jest mowa o metrach bieżących(rura), a nie o metrach sześciennych (grunt). Odwołujący poza powyższymi stwierdzeniami nie udzielił innych wyjaśnień tłumaczących rozbieżność jego kosztorysu ofertowego z przedmiarem robót we wskazanych powyżej pozycji. Izba nie przyjmuje za zasadne twierdzenia odwołującego, że zamawiający powinien zwrócić uwagę na znaczącą różnicę w wycenie poz. 4.2. w stosunku do wycen tejże pozycji przez pozostałych wykonawców, którzy wycenili pozycję 4.2. kilkakrotnie niżej niż odwołujący. Słusznie w odpowiedzi na odwołanie zamawiający podnosił, że wyjaśnienie odwołującego z dnia 11 stycznia 2024r. w żaden sposób nie tłumaczyło zasadności braków wyceny co do m³ gruntu zarówno w jego wykopaniu, jak i w zasypaniu, a co mogłoby wyjaśnić rozbieżności kosztorysu ofertowego z przedmiarem robót. Bowiem zamawiający ma prawo, a nawet obowiązek dokonać sprawdzenia prawidłowości wyceny robót, na co wskazuje regulacja chociażby art.224 ustawy. Również nie przekonująca jest argumentacja odwołującego w odwołaniu jak i w dalszych pismach, czy przed Izbą, że właściwie to nie było obowiązku załączenia kosztorysu ofertowego, ponieważ był to dokument co najwyżej zalecany, a nie obowiązujący. W ocenie Izby wobec jednoznacznej w tym zakresie regulacji swz nie załączenie tego dokumentu powodowałoby sprzeczność treści oferty z treścią swz, co jest równoznaczne z warunkami zamówienia (art.226 ust.1 pkt 5 Pzp). Izba twierdzenie odwołującego, że kosztorys ofertowy był tylko zalecany, a nie obowiązkowy do oferty, ocenia jako nieuprawniony wywód prawny, nie wynikający z postanowień dokumentów zamówienia (art.218 ust.2 Pzp). Izba w tym celu poniżej, cytuje postanowienia swz, już bez dalszego komentarza jego postanowień, co do wynikającego z nich obowiązku złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego uproszczonego po przekonwertowaniu kosztorysu szczegółowego, a co jest czynnością nagminną w elektronicznych programach kosztorysowych:

Rozdział 15 „Opis sposobu obliczenia ceny” pkt 4) „za realizację przedmiotu umowy Wykonawca otrzyma wynagrodzenie kosztorysowe, określone na podstawie cen jednostkowych zawartych w sporządzonym przez Wykonawcę kosztorysie ofertowym oraz ilości faktycznie zrealizowanych robót. Cenę oferty należy obliczyć metodą kalkulacji uproszczonej zgodnie z powszechnie obowiązującymi zasadami kosztorysowania robót budowlanych z zestawieniem elementów oraz podaniem danych wyjściowych do kosztorysowania przy zachowaniu następujących założeń: 1) cena oferty winna być ustalona w oparciu o kalkulację własną wykonawcy, 2) w sporządzonym kosztorysie ofertowym wykonawca zobowiązany jest uwzględnić wszystkie opisane w przedmiarze pozycje robót. 3) Do kosztorysu ofertowego należy dołączyć czynniki cenotwórcze użyte do kalkulacji cen jednostkowych (stawka robocizny netto (R [zł/r-g]), koszty pośrednie Kp(R+S)[%], Zysk (R+S+Kp(R+S)[%]) (przykładowy wzór formularza - zał. 12 do SWZ)

UWAGA: W celu kalkulacji cen jednostkowych Zamawiający zaleca sporządzenie kosztorysu metodą szczegółową a następnie przekonwertowanie go na kosztorys uproszczony i dołączenie do oferty kosztorysu uproszczonego. Wykonawca jest zobowiązany do przedłożenia Zamawiającemu, w terminie do 30 dni od daty podpisania umowy, szczegółowej kalkulacji cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego lub przedłożenia kosztorysu opracowanego metodą kalkulacji szczegółowej wraz z podaniem czynników cenotwórczych w odniesieniu do każdej pozycji przedmiaru. Wyliczone tą metodą ceny jednostkowe, muszą być identyczne z zaoferowanymi w ofercie przetargowej. Także ogólna cena ofertowa wyliczona tą metodą musi być taka sama jak cena przedstawiona w ofercie. Kosztorys szczegółowy służyć będzie do rozliczania ewentualnych robót dodatkowych, zamiennych i zaniechanych (roboty dodatkowe należy utożsamiać z definicją „prac dodatkowych” zawartą w art. 630 k.c., określającą sposób rozliczania wykonywanego przedmiotu umowy w przypadku zastosowania wynagrodzenia kosztorysowego.) Zamawiający wymaga aby przedłożona szczegółowa kalkulacja cen jednostkowych z kosztorysu ofertowego opracowana została metodą kalkulacji szczegółowej zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Rozwoju Regionalnego i Budownictwa z dnia 13 lipca 2001 r. w sprawie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych (Dz. U. Nr 80, poz. 867). 28 Ponieważ obowiązującym wynagrodzeniem jest wynagrodzenie kosztorysowe, kosztorys ten będzie wykorzystywany do obliczenia należnego wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku odstąpienia od umowy, a więc w sytuacji uregulowanej w § 11a umowy. Będzie on także podstawą do rozliczania robót dodatkowych.”

Ponadto gdyby nawet uznać ten dokument (kosztorys ofertowy) jako nie obowiązujący w ofercie, to został on jednak przez odwołującego złożony. Naturalną konsekwencją złożenia dokumentu wraz z ofertą jest zbadanie jego pod względem zgodności z swz co do oferowania oczekiwanego przedmiotu zamówienia, nie tylko gdy jest wymagany dokumentacją zamówienia. W takiej sytuacji Pzp przewiduje prawo, a w pewnych okolicznościach obowiązek po stronie zamawiającego, sprawdzenia takiego dokumentu przez wyjaśnienie wątpliwości co do jego treści i znaczenia dla złożonej oferty, a służy temu już przywoływany powyżej art.223 ust.1 Pzp, którego naruszenie podnosi odwołujący. W przedmiotowej sprawie zamawiający słusznie wystąpił do odwołującego o przedstawienie wyjaśnień w związku z

niezgodnością złożonego kosztorysu ofertowego uproszczonego, w którym ilości m³ najpierw wykopów, a później zasypania tych wykopów, były niezgodne w przedmiarze robót stanowiącym integralną część dokumentów zamówienia (swz). Zamawiający na zadane pytanie nie otrzymał odpowiedzi co do zaistniałych rozbieżności w m³ wykopów i zasyпки, a tylko wyjaśnienie, że koszty znajdują się w pozycji 4. 2. dotyczącej metrów bieżących rury. Odwołujący nie przedstawił na przykład jakichkolwiek obliczeń, doprowadzających ofertę do zgodności to jest zgodności kosztorysu z wielkościami wykopów i zasypek wynikających z przedmiaru robót przez odniesienie się do wielkości i wartości wskazanych w poz. 4.2. (rury). Izba stwierdza kwitując to zagadnienie, że zamawiający nie tylko miał prawo, ale obowiązek wyjaśnić rozbieżności poz. 4.1. i 4.3. kosztorysu ofertowego z przedmiarem robót, jako dokumentem zamówienia. W związku z powyższym Izba stwierdza, że formuła odpowiedzi odwołującego o przerzuceniu kosztów do poz. 4.2. bez stosownych wyliczeń, konkretnych wyjaśnień co do podanej kwoty w poz. 4.2. w stosunku do ilości brakujących m³ do ceny jednostkowej wykopów, a tym bardziej braku ceny jednostkowej zasypania wykopów ułożonych w nich rur, nie obliguje zamawiającego do dalszych wezwań wyjaśniania wątpliwości.

Tym bardziej, że zamawiający mógłby spotkać się z zarzutem ze strony pozostałych wykonawców, podjęcia zakazanych negocjacji dotyczących złożonej oferty, w myśl postanowień art.223 ust.1 ustawy. W ocenie Izby formuła odpowiedzi odwołującego z dnia 11 lutego 2024r. w brzmieniu jej sentencji, że pozostała ilość m³ aniżeli wskazana w przedmiarze robót w pozycji 4.1. oraz 4.3. została ujęta w innej pozycji kosztorysu, a mianowicie w poz.4.2., z przywołaniem, „że powyższe działanie Wykonawcy dopuszcza orzecznictwo KIO” jest w przedmiotowej sprawie nieuprawnione i wykluczające odwołującego z postępowania. Tym samym Izba stwierdza, że w zaistniałej sytuacji dalsze dopytywanie odwołującego i przyjmowanie ewentualnych wyjaśnień należy uznać za niedopuszczalne, w kontekście przywołanego art.223 ust. 1 ustawy.

Nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut naruszenia art.253 ust.1 pkt 2 Pzp, którego dyspozycja zobowiązuje zamawiającego do podania uzasadnienia faktycznego i prawnego, odrzucenia oferty odwołującego, to jest czynności zamawiającego w dniu 25 stycznia 2024 roku. Zamawiający wskazał po pierwsze, że podstawę odrzucenia oferty odwołującego stanowi art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp ze wskazaniem, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. Jednocześnie zamawiający przedstawił uzasadnienie, w którym podaje na czym polegają błędy w kosztorysie ofertowym, wskazując niezgodność poz. 4.1. i poz. 4.3. z wskazaniem, że niezgodność polega na innych wielkościach m³ wykopów i zasyпки, przez podanie prawidłowych wielkości z przedmiaru robót i wielkości nieprawidłowych podanych w kosztorysie ofertowym odwołującego. Również zamawiający wskazuje na inny charakter poz. 4.2. gdzie wielkości podane są m.b., a nie m³ jak to jest w poz. 4.1. i 4.3 gdzie obowiązują m³. Izba dokonując analizy wyjaśnień odwołującego z dnia 11 stycznia 2024r. i wezwania do wyjaśnień z dnia 8 stycznia 2024r. potwierdza, że słusznie zamawiający skwitował wyjaśnienia odwołującego, jako nie potwierdzające zawarcie brakujących m³ (4.1) i w ogóle braku wyceny w 4.3. (poziom 0,00) za wyjaśnione w poz. 4.2. gdzie ilości są mierzone w m.b., czyli nie odpowiadające jednostkom jakim są m³, a które były podstawą wyceny poz. 4.1. i 4.3 kosztorysu ofertowego.

W konsekwencji Izba również nie stwierdza naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp ze wskazaniem odwołującego na równe traktowanie wykonawców i przejrzystość postępowania, ponieważ odwołujący po pierwsze nie udowodnił, że wobec pozostałych wykonawców zamawiający nie stosował tak jak wobec niego warunków, wynikających z dokumentów zamówienia. Po drugie odwołujący nie udowodnił, że w stosunku do niego zamawiający nie zastosował zasady przejrzystości, wzywając do wyjaśnień w trybie art.223 ust.1 Pzp w związku z nieprawidłowościami kosztorysu ofertowego, opisanych powyżej, przed czynnością odrzucenia oferty, a był do tego zobligowany chociażby treścią art.224 Pzp, co Izba rozważyła powyżej.

W tym stanie rzeczy Izba nie stwierdzając naruszeń Pzp wskazanych w odwołaniu, które miałyby wpływ na wynik postępowania, oddaliła odwołanie na mocy art. 554 ust.1 pkt 1) ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 10.000,00 złotych. Nie zasądzono kosztów zastępstwa procesowego na rzecz zamawiającego, z uwagi na nie przedstawienie faktury czy też spisu kosztów, do zgłoszonego wniosku w oparciu o obowiązujące przepisy § 5 pkt 2 lit. a) i b) w.w. Rozporządzenia.

Przewodniczący:.....

