

Sygn. akt: KIO 1508/23

**WYROK**  
**z dnia 13 czerwca 2023 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca: Danuta Dziubińska**

**Protokolant: Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 czerwca 2023 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 29 maja 2023 r. przez wykonawcę **RADBUD Spółka**

**z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Gliwicach, ul. Stanisława Dubois 36, 44-100 Gliwice w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Tarnowskie Góry**, ul. Rynek 4, 42-600 Tarnowskie Góry

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: **Firma Remontowo-Budowlana Sol-Bud M. S., S. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Mickiewicza 3c, 42-286 Koszęcin zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie;**

**2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze 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:.....**

Sygn. akt: KIO 1508/23

**Uzasadnienie**

Gmina Tarnowskie Góry (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: „Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na termomodernizację obiektów oświatowych w mieście Tarnowskie Góry - Polski Ład edycja III, numer referencyjny: BZP.271.12.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 6 kwietnia 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00168159.

22 maja 2023 roku Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Firma Remontowo-Budowlana Sol-Bud M. S., S. sp. z o.o. z siedzibą w Koszęcinie (dalej: „S.”) oraz odrzuceniu oferty RADBUD sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”), który wniósł odwołanie wobec tych czynności. Odwołujący wskazał, iż Zamawiający dokonał niezgodnych z przepisami Pzp czynności:

1) zaniechanie poprawienia omyłki polegającej na automatycznym scaleniu kwestionowanej pozycji z inną pozycją w ofercie Odwołującego;

2) odrzucenie jego oferty wyłącznie z powodu ustalenia, że Odwołujący nie dokonał wyceny pozycji w kosztorysie ofertowym dla Przedszkola nr 22 dotyczącej montażu 10 kompletów opraw oświetleniowych ledowych E1, przez co oferta Odwołującego została nieprawidłowo uznana za niezgodną z warunkami zamówienia.

i zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1)art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na rzekomą niezgodność jej treści z treścią warunków zamówienia w sytuacji, gdy treść oferty Odwołującego odpowiada warunkom zamówienia, a ewentualne niejasności treści oferty Odwołującego w tym zakresie mogły zostać rozstrzygnięte w drodze wykładni oświadczenia woli w kontekście udzielonych wyjaśnień;
- 2)art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp poprzez jego zastosowanie w sytuacji, gdy treść oferty Odwołującego pozostawała zgodna z warunkami zamówienia, albowiem dokonał wyceny wszystkich robót wskazanych przez Zamawiającego, a jedynie na skutek automatycznego działania programu kalkulującego wycena dwóch pozycji została scalona;
- 3)art. 16 pkt 1 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, poprzez uznanie wyceny oferty Odwołującego za nierealną ze względu na zbyt niską wartość kwestionowanej pozycji, podczas gdy wybrana oferta innego wykonawcy przewidywała jeszcze niższą wartość tożsamej pozycji.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy S. jako najkorzystniejszej;
- 2)unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3)nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert.

W uzasadnieniu Odwołujący podał w szczególności, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, stwierdzając, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Wątpliwości Zamawiającego pojawiły się na tle omyłki w ofercie Odwołującego polegającej na braku wyceny pozycji w kosztorysie ofertowym dla Przedszkola nr 22 dotyczącej montażu 10 kompletów opraw oświetleniowych ledowych EI. W związku z powyższym oraz dla ustalenia czy istnieje możliwość poprawy oferty w oparciu o przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, Zamawiający 8 maja 2023 roku wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Odwołujący odpowiedział na wezwanie, wskazując, że technicznie kwestionowana pozycja została scalona z inną pozycją oraz jednocześnie podkreślił, że dział: INSTAL. ELEKTR. OŚWIETLENIOWA CPV 45316000-5 - kosztorysu ofertowego w kwocie 97.589,08 zł netto obejmuje wykonanie wszystkich pozycji przedmiarowych udostępnionych przez Zamawiającego. Pozycja, która spowodowała wystąpienie wątpliwości po stronie Zamawiającego dotyczy robót na łączną kwotę 5.300,60 złotych według kosztorysu inwestorskiego. Tym samym zakwestionowana pozycja stanowi około 4% wartości działu, w którym się znajduje oraz około 0,2% wartości całego zamówienia. Tym samym Zamawiający odrzucił ofertę wyłącznie z powodu wątpliwości co do skrajnie niewielkiego fragmentu wyznaczonych robót. Zamawiający dokonując analizy wyjaśnień Odwołującego, stwierdził, że nie daje wiary tym wyjaśnieniom w zakresie w jakim pozycja 42 d.2. Oprawy oświetleniowe ledowe EI/w.g zestawienia opraw/ miała zostać przez Odwołującego scalona z pozycją 32 d.2. Rury winidurowe o śr. do 20 mm układane n.t. na podłożu innym niż beton. Zdaniem Odwołującego błędny wniosek Zamawiającego wynika z porównania średniej ceny kwestionowanej pozycji oraz średniej ceny pozycji, z którą Odwołujący ją scalił przygotowując ofertę. Zdaniem Odwołującego Zamawiający całkowicie pominął sposób wyceny kwestionowanej pozycji przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, a która pozostaje znacząco niższa od średniej ceny rynkowej ustalonej przez Zamawiającego. W tym celu Odwołujący przedstawił analizę w tym zakresie:

Poz. 32 d.2: Rury winidurowe o śr. do 20 mm układane n.t. na podłożu innym niż beton /obmiar: 600 m/

| Wykonawca                         | Cena jednostkowa   | Łączna wartość pozycji |
|-----------------------------------|--------------------|------------------------|
| FIRMA REMONTOWO-BUDOWLANA SOL-BUD | 9,53 zł netto / m  | 5.718,00 zł netto      |
| RADBUD sp. z o.o.                 | 19,22 zł netto / m | 11.532,00 zł netto     |

Poz. 42 d.2: Oprawy oświetleniowe ledowe EI/w.g zestawienia opraw/ /obmiar: 10 kpl./

| Wykonawca                         | Cena jednostkowa                      | Łączna wartość pozycji |
|-----------------------------------|---------------------------------------|------------------------|
| FIRMA REMONTOWO-BUDOWLANA SOL-BUD | 493,85 zł netto / kpl                 | 4.938,50 zł netto      |
| RADBUD sp. z o.o.                 | Brak na skutek scalenia z poz. 32 d.2 |                        |

Łączna wartość zsumowanych prac powyższych pozycji:

| Wykonawca                         | Łączna wartość pozycji 32 d.2 oraz 42 d.2 |
|-----------------------------------|---|
| FIRMA REMONTOWO-BUDOWLANA SOL-BUD | 10.656,50 zł netto                        |
| RADBIJD sp. z o.o.                | 11.532,00 zł netto                        |

Zdaniem Odwołującego z ww. analizy wynika, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Odwołujący (w zgodzie ze złożonymi wyjaśnieniami) już w pierwotnie złożonej ofercie uwzględnił i wycenił pozycję 42 d.2, a jedynie na skutek uwarunkowań technicznych programu kalkulacyjnego wykorzystywanego przez Odwołującego, wycena ta została scalona z pozycją 32 d.2. Trudno wyjaśnić dlaczego program scalił pozycje o różnych jednostkach, natomiast niewątpliwie składając ofertę zawarł w swym oświadczeniu woli wycenę i wykonanie wszelkich robót wskazanych przez

Zamawiającego, materialnie dokonał wyceny kwestionowanej pozycji i obejmował tę wycenę swym oświadczeniem woli. Jedyne na skutek formalnej niedokładności wycena ta została scalona w innej rubryce. Gdyby tożsama omyłka programu kalkulującego powstała po stronie wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, to powstałaby identyczna sytuacja jak u Odwołującego. Tymczasem Zamawiający wyłącznie ze względu na technicznie różny sposób przypisania kwot dotyczących omawianych pozycji odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z warunkami zamówienia, a ofertę innego wykonawcy wybrał jako najkorzystniejszą. Zamawiający skoncentrował swoją uwagę na pierwszej części odpowiedzi Odwołującego dokonując błędnej analizy, a przy tym pomijając w swoim rozstrzygnięciu istotę oświadczenia woli Odwołującego. W konsekwencji niezgodnie z treścią obowiązujących przepisów oraz treścią udostępnionych warunków zamówienia, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego. Nawet gdyby Zamawiający uznał, zwłaszcza w kontekście zasadniczej treści oświadczenia Odwołującego, w trybie przepisu art. 223 ust. 2 punkt 3 Pzp, że montaż 10 kpl. opraw oświetleniowych led EI został wyceniony na kwotę 0 złotych, to pozostawałoby w zgodzie z treścią warunków zamówienia. Omyłkowe scalenie dwóch pozycji przez program kalkulujący Odwołującego nie stanowi podstawy odrzucenia jego oferty. Ponadto nawet stwierdzenie, że doszło w sprawie do braku wyceny spornej pozycji nie stanowi o niemożności realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami. Pominięcie wartości przyniesie natomiast konsekwencje na etapie rozliczania wykonanych robót, ponieważ spowoduje skutek w postaci braku możliwości domagania się wynagrodzenia za jej wykonanie. Z faktu braku podania wartości jednostkowej oraz łącznej wartości prac w pozycji 42 d.2 kosztorysu nie należy wywodzić, że Odwołujący zaproponował w ofercie wykonanie swego świadczenia bez wynagrodzenia na swoją rzecz. Ewentualna umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta z Odwołującym będzie miała charakter odpłatny, za wykonanie całości przedmiotu zamówienia. Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego nie wskazał konkretnych postanowień warunków zamówienia, wobec których oferta Odwołującego miałaby pozostawać niezgodna. Jedyne w sposób ogólnikowy Zamawiający wskazał, że: *Zgodnie z zapisami SWZ wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia jest wynagrodzeniem kosztorysowym. Kosztorys ofertowy składany przez Wykonawcę w postępowaniu jest dla Zamawiającego podstawą do oceny nie tylko poprawności określenia ceny oferty, lecz stanowi podstawowe i jedyne źródło ustalenia, czy treść oferty odpowiada treści warunków zamówienia.* Odwołujący stwierdził, że sporządził kosztorys, który umożliwi ocenę poprawności ceny oferty oraz ustalenie czy treść oferty odpowiada treści warunków zamówienia. Nadto jednoznacznie oświadczył, że oferta obejmuje zobowiązanie do wykonania całości prac według jednostronnie narzuconych przez Zamawiającego zasad, a globalna wartość oferty, wraz z wyceną analizowanych pozycji nie odbiega od wartości rynkowych. Odwołujący zobowiązał się wykonać przedmiot zamówienia opisany w Specyfikacji Warunków Zamówienia, dokonał kalkulacji wszystkich pozycji elementów rozliczeniowych, a jedynie nie dał temu wyrazu w formie odzwierciedlenia tej informacji wprost co do jednej pozycji o marginalnej wartości w stosunku do całego zamówienia na skutek omyłki komputerowej, jednak w odpowiedzi na wezwanie jednoznacznie podkreślił, że oferowana kwota dotyczy wszelkich prac, w tym opisanych pozycją 42 d.2, wyjaśniając, że została scalona automatycznie z pozycją 32 d.2. Zgodnie z punktem XI.2 warunków zamówienia, ostateczne wynagrodzenie kosztorysowe będzie rozliczane na podstawie kosztorysu powykonawczego. Tym samym podniesiona wątpliwość nie wpływa w żadnym zakresie na możliwość realizacji i rozliczenia zamówienia. Odwołujący określił globalnie oraz co do poszczególnych działów zamówienia wymagane wskaźniki cenotwórcze (narzuty). Nawet ewentualne ustalenie wartości pozycji 42 d.2 jako 0 złotych w żaden sposób nie uchybiałoby warunkom zamówienia.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

W uzasadnieniu swojego stanowiska odnoście zarzutu zaniechania poprawienia omyłki polegającej na automatycznym scaleniu kwestionowanej pozycji z inną pozycją w ofercie Odwołującego Zamawiający wskazał m.in., że sprawdzając poprawność kosztorysu ofertowego Odwołującego dla Przedszkola nr 22 stwierdził brak pozycji, która w przedmiarze dla branży elektrycznej oznaczona została jako pozycja 42 d.2, dotycząca zakupu i montażu opraw oświetleniowych ledowych EI/w.g zestawienia opraw/ w ilości 10 kpl. W związku z tym 8 maja 2023 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnienia braku wyceny tej pozycji w kosztorysie ofertowym. Dokonując wezwania Zamawiający brał pod uwagę możliwości płynące z przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, jednakże decyzję co do uznania omyłki w ofercie Odwołującego uzależnił od treści wyjaśnienia Odwołującego. 9 maja 2023 r. Odwołujący przedstawił następujące wyjaśnienie: *„po szczegółowej analizie oświadczamy, iż wskazana pozycja: 42 przedmiaru dla branży elektrycznej - montaż 10 kpl. Opraw oświetleniowych led EI została scalona z inną pozycją. Wyżej wymienione elementy zostały ujęte w pozycji 32 d.2 Dział: INSTAL. ELEKTR. OŚWIETLENIOWA - cpv 45316000-5 - kosztorysu ofertowego w kwocie ! 589,08 zł netto obejmuje wykonanie wszystkich pozycji przedmiarowych udostępnionych przez Zamawiającego. Jako Wykonawca oświadczam, iż złożona oferta zawiera wszystkie niezbędne koszty do kompletnego wykonania zadania”.* W związku z tym nie wystąpiły przesłanki do dokonania poprawy innej omyłki w ofercie Odwołującego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, albowiem nie wynikały one ani z oferty Odwołującego ani też z przesłanych wyjaśnień. Inwestycja termomodernizacji budynków przedszkoli rozliczana będzie kosztorysowo na podstawie kosztorysu powykonawczego.

W związku z tym w SWZ Zamawiający jasno określił, iż wymaga wyceny każdej pozycji przedmiaru robót i zakazał dokonywania samodzielnych zmian przedmiaru. We wzorze umowy Zamawiający wskazał w § 12, iż: *Wynagrodzenie kosztorysowe, o którym mowa w ust. 1 powyżej, może ulec zmianie w wyniku obmiaru, sporządzonego po zakończeniu robót w oparciu o faktycznie wykonane i odebrane roboty*”, „*Jeżeli wystąpi konieczność wykonania robót budowlanych tych samych lub analogicznych, co robót ujętych w kosztorysie ofertowym, o którym mowa w § 2 niniejszej Umowy, wycena tych robót zostanie wykonana z zastosowaniem cen jednostkowych i składników cenotwórczych, które zostały zawarte w kosztorysie ofertowym*”. Pozycja 32 d.2, która rzekomo zawiera w sobie scalenie dwóch pozycji kosztorysu zawiera tylko jedną podstawę wyceny (KNNR), a wartość tej pozycji została wyliczona poprzez przemnożenie ceny jednostkowej 19,22 zł za metr rur winidurowych i ilości 600 metrów. Nie ma w tej pozycji informacji, że znajduje się w niej 10 kompletów opraw ledowych EI i ile kosztują. Również ze złożonego wyjaśnienia Odwołującego nie wynika jaka jest cena brakujących opraw oświetleniowych. W przypadku kosztorysowego rozliczenia informacje te są niezbędne dla Zamawiającego, gdyż w sytuacji gdy ilość obmiaru zakładanego w przedmiarze zmieni się, to Zamawiający nie będzie mógł przeliczyć zmiany wartości wynagrodzenia wykonawcy. Z opinii Urzędu Zamówień Publicznych pn. Omyłki i błędy w ofertach wykonawców - analiza na przykładzie orzecznictwa sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej wynika: „*Co do zasady nie podlega również poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP brak wyceny poszczególnych pozycji kosztorysowych w sytuacji, w której zamawiający przyjął kosztorysową formę wynagrodzenia. Jak podkreślono w wyroku z dnia 11 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 3833/09, przy cenie kosztorysowej istotne znaczenie jako treść oferty mają ceny jednostkowe, służące do faktycznych rozliczeń z uwzględnieniem ilości ustalonej obmiarem powykonawczym. Brak wyceny którejs z pozycji kosztorysu ofertowego, nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia woli, nie mieszczącym się w pojęciu art 87 ust.2 pkt 3 ustawy PZP (Zob. wyrok KIO z dnia 18 maja 2010r., sygn. akt KIO/UZF 780/10. Podobnie wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2011r., sygn. akt KIO 1252/11, KIO z dnia 30 czerwca 2010r., sygn. akt KIO 1127/10). Nie każde jednak pominięcie wyceny pozycji kosztorysu powinno skutkować koniecznością odrzucenia oferty. Uzupelnienie brakującej pozycji, poprzez jej dopisanie, możliwe byłoby wtedy, gdy na podstawie danych zawartych w kosztorysie dałoby się wyliczyć zarówno cenę jednostkową, jak i wartość tej pozycji*”. „*Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych elementów składających się na ofertę, przy czym nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp*”. Dlatego też Zamawiający dał możliwość Odwołującemu na złożenie wyjaśnień w zakresie braku wyceny pozycji, jednakże ich treść nie daje Zamawiającemu możliwości skorzystania z mechanizmu poprawienia innej omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Nie da się wywieść z oświadczenia Odwołującego jaka jest cena za oprawy ledowe EI. Zamawiający, aby móc dokonać poprawy omyłki w ofercie, musi posiadać ww. informacje, żeby wiedzieć, jak to ma zrobić. Dodatkową okolicznością jest to, iż nie sposób dać wiary twierdzeniom zawartym w odwołaniu, iż „omyłka” polega na automatycznym scaleniu przez program kosztorysujący dwóch pozycji. Programem kosztorysującym, którym posłużył się Odwołujący do przygotowania kosztorysu ofertowego, jest Norma Pro z firmy AthenaSoft sp. z o.o. Zamawiający jest w posiadaniu Normy Pro i wie, że nie ma możliwości, aby program z automatu dokonywał scalenia pozycji, nie jest to również wina uwarunkowań technicznych programu kalkulacyjnego. Zamawiający po otrzymaniu odwołania, zwrócił się do producenta programu Norma Pro z zapytaniem: czy w programie Norma PRO możliwe jest scalenie pozycji KNNR 5 0103-05 Rury winidurowe o Sr. do 20 mm układane n.t. na podłożu innym niż beton j.m. [m] z pozycją KNNR 5 0502-02 Oprawy oświetleniowe j.m.[kpl.]. Jeżeli jest możliwe, to czy scalenie ww. pozycji KNNR może nastąpić automatycznie? Zamawiający otrzymał następującą odpowiedź: „*Podane pozycje są niezależne w bazie katalogowej i ich „automatyczne” połączenie lub scalenie przez program nie jest możliwe. Dopiero po wstawieniu dwóch pozycji do kosztorysu użytkownik może skorzystać z dodatkowych poleceń:*

•*Połącz pozycje.*

•*Utwórz pozycję scaloną... „*

Potwierdza to wiedzę Zamawiającego, że program kosztorysujący nie dokonuje automatycznego scalenia pozycji, a nawet gdyby Odwołujący sam celowo połączył te pozycje, to byłoby to widoczne w nowoutworzonej, scalonej pozycji, chociażby poprzez wskazanie przez program dwóch podstaw wyceny (KNNR 5 0103-05+ KNNR 5 0502-02). Zamawiający wiedzę o „*automatycznym scaleniu kwestionowanej pozycji z inną pozycją w ofercie Odwołującego*” uzyskał dopiero z treści odwołania. Wcześniej na etapie wyjaśniania oferty Odwołującego nie było mowy o tym, iż program automatycznie scalił pozycje, wyjaśnienie wręcz sugerowało specjalne działanie Odwołującego. Dlatego też Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego dodatkowo dokonał analizy średniej wartości spornych pozycji, biorąc pod uwagę ceny tych pozycji ze wszystkich ofert wykonawców. Odwołujący w treści odwołania dokonał podobnego porównania, jednakże zrobił to wybiórczo wobec ceny najniższej jaką zaoferował Przystępujący. Jednakże nawet z tej kalkulacji nie wynika jaka jest cena za oprawy oświetleniowe ledowe EI. Co więcej, nie wynika nawet cena za

rury winidurkowe. Gdyby dać wiarę Odwołującemu, iż cena jednostkowa 19,22 zł zawiera łącznie cenę za oprawy i cenę za rury, to tak na prawdę nie wiadomo, ile z tego kosztuje jedna oprawa a ile metr rury i w momencie powykonawczego rozliczenia wykonania robót budowlanych Zamawiający nie będzie w stanie przeliczyć wynagrodzenia wykonawcy stosując ceny jednostkowe z kosztorysu ofertowego, gdyż nie będzie ich znał. Na marginesie, Zamawiający stwierdził, że nie może także przyjąć oświadczenia Odwołującego w brzmieniu: „*Dział: INSTAL. ELEKTR. OŚWIETLENIOWA cpv 45316000-5 - kosztorysu ofertowego w kwocie 97 589, 08 zł netto obejmuje wykonanie wszystkich pozycji przedmiarowych udostępnionych przez Zamawiającego*”, gdyż wówczas zmieniliby to warunki zamówienia i rezygnację z kosztorysowej formy wynagrodzenia na rzecz ryczałtowej. Natomiast powoływane na stronie 6 odwołania orzeczenia KIO pozostają zasadniczo bez znaczenia dla przedmiotu niniejszej sprawy, gdyż dotyczą wynagrodzenia ryczałtowego lub dopuszczenia przez zamawiającego w treści specyfikacji łączenia/scalania pozycji kalkulacji/kosztorysu, co w niniejszej sprawie nie ma miejsca.

W odniesieniu do zarzutu odrzucenia oferty Odwołującego wyłącznie z powodu ustalenia, że Odwołujący nie dokonał wyceny pozycji w kosztorysie ofertowym dla Przedszkola nr 22 dotyczącej montażu 10 kompletów opraw oświetleniowych ledowych EI, przez co oferta Odwołującego została nieprawidłowo uznana za niezgodną z warunkami zamówienia, Zamawiający stwierdził, że nie jest prawdą iż odrzucił ofertę Odwołującego tylko z powodu, iż uznał wycenę oferty Odwołującego za nierealną ze względu na zbyt niską wartość kwestionowanej pozycji. Zamawiający nie dokonywał czynności wyjaśnienia rażąco niskiej ceny i nie odrzucił z tego powodu oferty Odwołującego. Również nieprawdą jest „że omyłkowe scalenie dwóch pozycji przez program kalkulujący Odwołującego” stanowiło podstawę odrzucenia oferty (jak sugeruje Odwołujący). Odwołujący przedstawia w odwołaniu błędną interpretację uzasadnienia odrzucenia jego oferty, aby podważyć słuszność decyzji Zamawiającego. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający zwrócił uwagę, że wykonawca ten w przesłanym wyjaśnieniu nie wskazał ceny jednostkowej opraw oświetleniowych ledowych EI. Zgodnie ze wzorem umowy § 12 ust. 2 „*Wynagrodzenie kosztorysowe, o którym mowa w ust. 1 powyżej, może ulec zmianie w wyniku obmiaru, sporządzonego po zakończeniu robót w oparciu o faktycznie wykonane i odebrane roboty (...)*” oraz w ust. 3 „*Jeżeli wystąpi konieczność wykonania robót budowlanych tych samych lub analogicznych, co robót ujętych w kosztorysie ofertowym, o którym mowa w §2 niniejszej Umowy, wycena tych robót zostanie wykonana z zastosowaniem cen jednostkowych i składników cenotwórczych, które zostały zawarte w kosztorysie ofertowym*”. Z oferty przedłożonej przez Odwołującego, jak również późniejszych wyjaśnień, Zamawiający nie jest w stanie określić ceny jednostkowej opraw oświetleniowych ledowych EI. Analizując złożone wyjaśnienia, Zamawiający stwierdził ponadto, że brak wskazania przez Odwołującego, jaką część wartości poz. 32 d.2 kosztorysu ofertowego przewidział na wykonanie przedmiotowych opraw oświetleniowych, skutkuje brakiem możliwości określenia ceny jednostkowej dla rur winidurkowych o śr. do 20 mm układanych n.t. na podłożu innym niż beton. Wobec zapisów wskazanych we wzorze umowy oferta Odwołującego nie daje możliwości rozliczenia inwestycji zgodnie z warunkami umownymi. Brak informacji na temat cen jednostkowych uniemożliwia późniejsze rozliczenie umowy, która ma charakter kosztorysowy, a także przygotowanie kosztorysu powykonawczego.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, przekazanej przez Zamawiającego.

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

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

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania w postępowaniu ze środków ochrony prawnej, Odwołujący wskazał, że jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie robót budowlanych i złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę. Gdyby jego oferta nie została odrzucona, kwalifikowałaby się jako oferta najkorzystniejsza w postępowaniu. Wskazane w odwołaniu czynności Zamawiającego, dotyczące niezgodnego z ustawą odrzucenia oferty Odwołującego, narażają go na szkodę w postaci możliwości utraty zarobku - spodziewanego zysku z tytułu realizacji zamówienia.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej stosownie do przepisu art. 505 ust. 1 Pzp.

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: Firma Remontowo-Budowlana Sol-Bud M. S., S. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą lidera w Koszęcinie (dalej wspólnie: „Przystępujący”) zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego stając się jego uczestnikiem.

**Izba ustaliła, co następuje:**

Przedmiot zamówienia obejmuje swoim zakresem termomodernizację budynku Przedszkola nr 26 przy ulicy Pastuszki 3 oraz Przedszkola nr 22 przy ul. Kardynała Wyszyńskiego 137 w Tarnowskich Górach.

Pismem z 8 maja 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na mocy art. 223 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień kosztorysu ofertowego dla Przedszkola nr 22 (Zadanie nr 2), wskazując:

*Zamawiający sprawdzając poprawność kosztorysu ofertowego dla Przedszkola nr 22 stwierdził brak pozycji, która w przedmiarze dla branży elektrycznej znajduje się w pozycji 42 d.2, dotyczącej: Oprawy oświetleniowe ledowe E1/wg zestawienia opraw - 10 kpl.*

*W związku z powyższym Zamawiający wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia braku wyceny 10 kpl. opraw oświetleniowych ledowych E1 w kosztorysie ofertowym dla Przedszkola nr 22.*

W odpowiedzi na ww. wezwanie, w piśmie z 8 maja 2023 r. Odwołujący podał:

*W ślad za wezwaniem Zamawiającego powołującego się na art. 223 ust. 1 ustawy z dn. 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „ustawą Pzp”) do wyjaśnienia kosztorysu ofertowego dla Przedszkola nr 22 (Zadanie nr2), po szczegółowej analizie oświadczamy, iż wskazana pozycja: 42 przedmiaru dla branży elektrycznej - montaż 10 kpl. Opraw oświetleniowych led E1 została scalona z inną pozycją. Wyżej wymienione elementy zostały ujęte w pozycji 32 d.2.*

*Dział: INSTAL. ELEKTR. OŚWIETLENIOWA - CPV 45316000-5 – kosztorysu ofertowego w kwocie 97 589,08 zł nie obejmuje wykonanie wszystkich pozycji przedmiarowych udostępnionych przez Zamawiającego.*

*Jako Wykonawca oświadczam, iż złożona oferta zawiera wszystkie niezbędne koszty do kompletnego wykonania zadania.*

W informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający podał:

*Uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty*

*Oferta Wykonawcy została odrzucona na mocy art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.*

*Zamawiający sprawdzając poprawność kosztorysu ofertowego dla Przedszkola nr 22 stwierdził brak pozycji, która w przedmiarze robót dla branży elektrycznej znajduje się w pozycji 42 d.2, dotyczącej: Oprawy oświetleniowe ledowe E1/wg zestawienia opraw - 10 kpl. W związku z powyższym oraz dla ustalenia czy istnieje możliwość poprawy oferty w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, Zamawiający w dniu 08.05.2023 r. wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia braku wyceny pozycji w kosztorysie ofertowym dla Przedszkola nr 22 dotyczącej montażu 10 kompletów opraw oświetleniowych ledowych E1.*

W odpowiedzi Wykonawca wskazał:

*W ślad za wezwaniem Zamawiającego powołującego się na art. 223 ust. 1 ustawy z dn. 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych (zwanej dalej „ustawą Pzp”) do wyjaśnienia kosztorysu ofertowego dla Przedszkola nr 22 (Zadanie nr 2), po szczegółowej analizie oświadczamy, iż wskazana pozycja: 42 przedmiaru dla branży elektrycznej - montaż 10 kpl. Opraw oświetleniowych led E1 została scalona z inną pozycją. Wyżej wymienione elementy zostały ujęte w pozycji 32 d.2.*

*Dział: INSTAL. ELEKTR. OŚWIETLENIOWA - CPV 45316000-5 – kosztorysu ofertowego w kwocie 97 589,08 zł nie obejmuje wykonanie wszystkich pozycji przedmiarowych udostępnionych przez Zamawiającego.*

*Jako Wykonawca oświadczam, iż złożona oferta zawiera wszystkie niezbędne koszty do kompletnego wykonania zadania.*

*Wykonawca wyjaśnił, iż ujął montaż 10 kpl. opraw ledowych E1 w cenie pozycji 32 d.2. Pozycja 32 d.2. przedmiaru robót elektrycznych dotyczy Rur winidurowych o śr. do 20 mm układanych n.t. na podłożu innym niż beton (KNNR 5 0103-05). W związku z tak udzieloną odpowiedzią Wykonawcy, Zamawiający podjął wątpliwość takiemu wyjaśnieniu, więc dokonał następującej analizy pozycji 32 d.2 i 42 d.2 branży elektrycznej:*

|   |  |
|---|--|
| <b>PRZEDSZKOLE NR 22 – branża elektryczna</b>   |  |
| <b>POZ. 32 d.2: Rury winidurowe o śr. do 20 mm układane n.t. na podłożu innym niż beton</b><br><b>/obmiar: 600 m/</b> |  |
| <b>FIRMA</b>  | <b>Cena jednostkowa z kosztorysu ofertowego [zł netto]</b> |

|   |                     |
|---|---------------------|
| ZAKŁAD REMONTOWO-BUDOWLANY „ULBUD”<br>G. S.<br>ul. Botaniczna 26/16, 42-216 Częstochowa | 24,03               |
| FIRMA REMONTOWO-BUDOWLANA SOL-BUD<br>M. S.<br>ul. Mickiewicza 3c, 42-286 Koszęcin       | 9,53                |
| POLTERM Sp. z o.o. ul. Proletariacka 6, 42-609 Tamowskie Góry                           | 27,24               |
| KORABUD Sp. z o.o. ul. Boya-Zeleńskiego 4, 44-113 Gliwice                               | 31,698              |
| <b>ŚREDNIA CENA JEDNOSTKOWA:</b>  | <b>23,12 zł</b>     |
| <b>ŚREDNIA WARTOŚĆ POZYCJI:</b>   | <b>13.872,00 zł</b> |
| <b>RADBUD Sp. z o.o.</b><br><b>ul. Dubois 36, 44-100 Gliwice</b>                        |                     |
| <b>Cena jednostkowa z kosztorysu ofertowego:</b>  | <b>19,22 zł</b>     |
| <b>Wartość pozycji z kosztorysu ofertowego:</b>   | <b>11 532,00 zł</b> |

Jak pokazuje powyższe porównanie, wycena pozycji rury winidurowe wykonawcy Radbud Sp. z o.o. nie odbiega znacznie od średniej ceny tej pozycji w pozostałych ofertach - różnica to 2.340,00 zł, a co istotne jest nawet niższa od średniej ceny. Oznacza to, że Radbud Sp. z o.o. wykona ułożenie 600m rur winidurowych taniej niż wynika to ze średniej ceny rynkowej. Następnie Zamawiający porównał wycenę pozycji dotyczącej montażu 10 kpl. opraw ledowych E1:

| <b>POZ. 42 d.2: Oprawy oświetleniowe ledowe E1/w.g zestawienia opraw/<br/>/obmiar: 10 kpl./</b> |  |
|---|--|
| <b>FIRMA</b>  | <b>Cena jednostkowa z kosztorysu ofertowego [zł netto]</b> |
| ZAKŁAD REMONTOWO-BUDOWLANY „ULBUD”<br>G. S.<br>ul. Botaniczna 26/16, 42-216 Częstochowa         | 622,62   |
| FIRMA REMONTOWO-BUDOWLANA SOL-BUD<br>M. S.<br>ul. Mickiewicza 3c, 42-286 Koszęcin               | 493,85   |
| POLTERM Sp. z o.o. ul. Proletariacka 6, 42-609 Tamowskie Góry                                   | 448,79   |
| KORABUD Sp. z o.o. ul. Boya-Zeleńskiego 4, 44-113 Gliwice                                       | 595,306  |
| <b>ŚREDNIA CENA JEDNOSTKOWA:</b>  | <b>540,14 zł</b>   |
| <b>ŚREDNIA WARTOŚĆ POZYCJI:</b>   | <b>5.401,40 zł</b>   |

Jak pokazuje powyższe porównanie, wartość montażu 10 opraw ledowych E1 średnio kosztuje 5.401,40 zł.

Powyższe porównanie cen w ofertach wykonawców znajduje swoje potwierdzenie w kosztorysie inwestorskim Zamawiającego, w którym wartość pozycji 32 d.2 rur winidurowych jest bardzo zbliżona do wartości z oferty Radbud Sp. z.o.o. Wynika z niego również, iż średnia wartość montażu opraw ledowych E1 z poz. 42 d.2 jest także zbliżona do ceny z kosztorysu inwestorskiego Zamawiającego.

| <b>PRZEDSZKOLE NR 22 – branża elektryczna</b>  |                                    |  |
|--|------------------------------------|--|
| <b>KOSZTORYS INWESTORSKI</b>   |                                    |  |
|  | <b>Cena jednostkowa [zł netto]</b> | <b>Łączna wartość pozycji [zł netto]</b> |
| Poz. 32 d.2. Rury winidurowe o śr. do 20 mm układane n.t. na podłożu innym niż beton | 19,10                              | <b>11 460,00</b>                         |
| Poz. 42 d.2. Oprawy oświetleniowe ledowe E1/w.g zestawienia opraw                    | 530,06                             | <b>5 300,60</b>                          |

Powyższe dane wskazują, iż nie jest możliwe aby wykonawca Radbud Sp. z o.o. wycenił montaż 10 kpl. opraw ledowych E1 w pozycji dotyczącej ułożenia rur winidurowych, gdyż wówczas jego cena dla pozycji 32 d.2 musiałaby być wyższa o co najmniej 5 tys. zł (netto), a tymczasem jest nawet niższa od średniej ceny rynkowej. Oczywiście wynika to z powyższej analizy, gdyż Wykonawca w przesłanym wyjaśnieniu nie wskazał wartości jaką określił dla opraw ledowych E1. A zatem, zdaniem Zamawiającego, nie jest możliwa poprawa kosztorysu Wykonawcy na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, albowiem ani w ofercie Wykonawcy, ani w postanowieniach SWZ, nie ma informacji, które pozwalałyby Zamawiającemu na ustalenie, że zakres prac brakującej pozycji został uwzględniony w kolejnej pozycji kosztorysu. Wykonawca Radbud poinformował o tym dopiero w złożonych wyjaśnieniach. Dlatego też nie zaistniały warunki umożliwiające poprawienie oferty Wykonawcy.

Dodatkowo zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień publicznych nie podlega poprawieniu w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP brak wyceny poszczególnych pozycji kosztorysowych w sytuacji, w której Zamawiający przyjął kosztorysową formę wynagrodzenia. Jak podkreślono w wyroku z dnia 11 lutego 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1833/09, przy cenie kosztorysowej istotne znaczenie jako treść oferty mają ceny jednostkowe, służące do faktycznych rozliczeń z uwzględnieniem ilości ustalonej obmiarem powykonawczym. Brak wyceny którejs z pozycji kosztorysu ofertowego, nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia woli, nie mieszczącym się w pojęciu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (obecnie art. 223 ust. 2 pkt 3).

Zgodnie z rozdziałem XI SWZ – opis sposobu obliczenia ceny zapisano, iż wynagrodzenie jest kosztorysowe. Cenę ofertową należało wyliczyć w oparciu o dołączoną do SWZ dokumentację techniczną oraz pomocniczy przedmiar robót. Wyliczona w ten sposób w kosztorysie ofertowym cena będzie rozliczona w oparciu o kosztorys powykonawczy uwzględniający rzeczywiste obmiary wykonanych robót. Cena oferty musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, załączonych przedmiarów robót oraz dokumentacji technicznej. Zgodnie z §12 umowy w ustępie 5 pkt 1 zapisano, iż kwota wynagrodzenia zawiera w szczególności: wartość robót określonych w przedmiocie zamówienia, wycenionych w oparciu o dokumentację projektową i przedmiar robót obejmująca robociznę, materiał oraz sprzęt.

Stąd niezwykle ważne, przy kosztorysowej formie wynagrodzenia, jest sprawdzenie przez Zamawiającego kosztorysu ofertowego Wykonawcy, przed wyborem jego oferty.

Po dokonanej analizie przedstawionej powyżej, Zamawiający nie dał wiary wyjaśnieniom Wykonawcy, iż wartość montażu 10 opraw ledowych E1 ujął w pozycji dot. ułożenia rur winidurowych. Nie jest również „powszechną” praktyką przy sporządzaniu kosztorysu, aby pozycję kosztorysu rozliczaną według jednostki miary kpl. ujmować w pozycji kosztorysu rozliczanej wg jednostki miary metr. Zamawiający uznaje, iż cena oferty nie zawiera wszystkich kosztów, które Wykonawca był zobowiązany wycenić posługując się przedmiarem robót.

W ocenie Zamawiającego niewiarygodnym jest fakt skalkulowania przez Wykonawcę brakującej pozycji 42 d.2. w pozycji 32 d.2. Rzetelna ocena i badanie ofert utwierdza Zamawiającego na stanowisku, iż brakująca w kosztorysie ofertowym Wykonawcy pozycja nie została skalkulowana w kosztorysie w dziale instalacji elektrycznej oświetleniowej. Oczywiście ocena dokonana przez Zamawiającego w ww. zakresie nie stanowi sama w sobie podstawy do odrzucenia oferty, a jedynie wskazuje na wątpliwy charakter wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę.

Zgodnie z zapisami SWZ wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia jest wynagrodzeniem kosztorysowym. Kosztorys ofertowy składany przez Wykonawcę w postępowaniu jest dla Zamawiającego podstawą do oceny nie tylko poprawności określenia ceny oferty, lecz stanowi podstawowe i jedyne źródło ustalenia, czy treść oferty odpowiada treści warunków zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający uznał, że oferta Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlega odrzuceniu na mocy art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Stosownie do rozdziału XI. Specyfikacji Warunków Zamówienia (w treści również: „SWZ”) zawierającego opis sposobu obliczenia ceny:

1. Wykonawca podaje cenę ofertową na formularzu oferty, zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ. Cena oferty winna być obliczona na podstawie kosztorysu ofertowego (oddzielnego dla każdego zadania). Przygotowany przez Wykonawcę kosztorys ofertowy (uproszczony) stanowi plik(-i) w formie załącznika do formularza oferty i tak jak oferta winien zostać przygotowany jako elektroniczny dokument opatrzony podpisem elektronicznym. Wykonawca przygotowuje uproszczony kosztorys ofertowy oddzielnie dla każdego Przedszkola, Kosztorys ofertowy winien zawierać wyszczególnienie składników cenotwórczych tj.: wysokość zastosowanych narzutów: koszty pośrednie „Kp” (liczone procentowo od R, S), zysk kalkulacyjny „Z” (liczony procentowo od R+S+Kp); wartość roboczogodziny (R); stawkę VAT.
2. Cenę ofertową należy wyliczyć w oparciu o dołączoną do SWZ dokumentację techniczną oraz pomocniczy przedmiar robót. Wyliczona w ten sposób w kosztorysie ofertowym cena będzie rozliczona w oparciu o kosztorys powykonawczy uwzględniający rzeczywiste obmiary wykonanych robót, roboty zamiennie zgłoszone przez kierownika budowy w trakcie wykonywania robót, potwierdzone przez projektanta i inspektora nadzoru, a zatwierdzone przez Zamawiającego – wynagrodzenie kosztorysowe.

Obmiar powykonawczy może dotyczyć wyłącznie zakresu robót wynikających z dokumentacji projektowej i STWIORB. Ceny jednostkowe robót, materiałów i urządzeń podane w kosztorysie ofertowym nie ulegną zmianie i obowiązują do końca realizacji przedmiotu umowy. W przypadku wystąpienia koniecznych robót zamiennych,

wynagrodzenie za ww zakres nastąpi na podstawie cen roboczogodziny, sprzętu i wskaźników cenotwórczych (Kp, Kz, Z) przyjętych w kosztorysie ofertowym, natomiast materiały i sprzęt (inny niż w zamówieniu podstawowym) należy przyjąć wg średnich cen zawartych w publikacji Sekocenbud aktualnych na chwilę sporządzania kosztorysu powykonawczego. Natomiast nakłady rzeczowe wyliczyć w oparciu o Katalogi Nakładów Rzeczowych KNR.

Wykonawca sporządzając ofertę nie może samodzielnie dokonywać zmian w stosunku do zamieszczonych przedmiarów robót stanowiących załącznik do SWZ. Wszelkie niezgodności czy też sprzeczności pomiędzy przedmiarem robót, a pozostałymi dokumentami składającymi się na opis przedmiotu zamówienia tj. specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót, przedmiot zamówienia, powinny być korygowane przez Zamawiającego w trybie udzielania wyjaśnień na pytania Wykonawców do treści SWZ.

3. Cena oferty musi zawierać wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia, wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, załączonych przedmiarów robót oraz dokumentacji technicznej. Ceny jednostkowe zastosowane w pliku kosztorys ofertowy winny być podane z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Ze względu na sposób rozliczenia wykonanych robót wskazany w pkt. 2, ceny jednostkowe podane w kosztorysie uproszczonym winny zawierać wszystkie składniki R, S, M oraz narzuty (tzn. narzuty liczone dla każdej pozycji kosztorysu) – ceny jednostkowe netto. Zamawiający zaleca przygotowanie kosztorysu uproszczonego na wartość netto i do tak otrzymanej wartości doliczyć należny (na końcu kosztorysu) podatek VAT. Suma wartości netto kosztorysu oraz wartości podatku da wartość brutto oferty.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Odwolanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania w granicach których Izba orzeka.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, przy czym przez warunki zamówienia zgodnie z art. 7 pkt 29 Pzp należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

Na wstępie zauważenia wymaga, że wystąpienie niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia jest podstawą odrzucenia oferty wówczas, gdy niezgodność ta ma charakter zasadniczy i nieusuwalny. Z uwagi bowiem na przepis art. 223 ust. 2 Pzp konieczne jest ustalenie czy w okolicznościach danej sprawy możliwe jest ustalenie treści złożonego w ofercie oświadczenia woli wykonawcy i dokonanie poprawy omyłek w sposób zgodny z przepisami Pzp, w tym zasadą równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami, o której mowa w art. 16 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

W analizowanej sprawie ocenie Izby podlega czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp z uwagi na brak uwzględnienia w kosztorysie ofertowym pozycji 42 d.2, dotyczącej oprav oświetleniowych ledowych E1/w.g zestawienia oprav/ - 10 kpl.

W sprawie nie ma sporu co do tego, że kosztorys ofertowy Odwołującego dla Przedszkola nr 22 w zakresie branży elektrycznej nie zawiera wymaganej przez Zamawiającego pozycji 42 d.2, dotyczącej oprav oświetleniowych ledowych E1/w.g zestawienia oprav/ - 10 kpl, jak też tego, że w pozycji 32 d.2 dotyczącej rur winidurowych o śr. do 20 mm układanych n.t. na podłożu innym niż beton, Odwołujący wskazał cenę jednostkową netto w wysokości 19,22 zł za metr oraz cenę łączną za 600 metrów w wysokości 11.532,00 zł netto. Nie ma też sporu, że w pozycji 32 d.2 występuje wskazanie jedynie na KNNR dotyczący tylko tej pozycji.

Spór wywołany odwołaniem natomiast dotyczy tego, czy w ofercie Odwołującego w ww. zakresie wystąpiła omyłka polegająca - według twierdzeń zawartych w odwołaniu - na automatycznym scaleniu przez zastosowany przez tego wykonawcę program kalkulacyjny ww. pozycji, co jego zdaniem podlegało poprawie na podstawie art. 223 pust. 2 pkt 3 Pzp, który stanowi, iż: *Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.*

Zaznaczenia wymaga, że poprawa omyłki w trybie ww. przepisu stanowi wyjątek od zasady niezmienności treści oferty po jej złożeniu, która wynika z art. 223 ust. 1 Pzp, a także z zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 16 pkt. 1 Pzp. W związku z tym taka poprawa winna być dokonywana jedynie wówczas, gdy wystąpią przesłanki określone w tym przepisie, tj., gdy w ofercie wystąpiła omyłka, co oznacza, że stwierdzona

przez zamawiającego niezgodność oferty z dokumentami zamówienia nie ma charakteru celowego działania wykonawcy, czyli świadomego złożenia oświadczenia woli określonej treści, a jej poprawa przez zamawiającego nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, przy czym zamawiający musi mieć wiedzę w jaki sposób omyłkę poprawić wynikającą z postanowień SWZ oraz z treści oferty wykonawcy. Zamawiający winien zatem być w stanie poprawić taką omyłkę przede wszystkim w oparciu o informacje zawarte w ofercie, a w określonych sytuacjach i z zastrzeżeniem, iż nie może prowadzić negocjacji z wykonawcą, z uwzględnieniem wyjaśnień jej treści przez wykonawcę, złożonych na jego wystąpienie w trybie art. 223 ust. 1 Pzp.

Przechodząc od powyższych uwag na grunt analizowanej sprawy zauważenia wymaga, że Zamawiający wystąpił do Odwołującego w trybie art. 223 ust. 1 Pzp wzywając tego wykonawcę do wyjaśnienia braku wyceny 10 kpl. opraw oświetleniowych ledowych E1 w kosztorysie ofertowym dla Przedszkola nr 22. Jak powyżej ustalono, w odpowiedzi, Odwołujący oświadczył, iż pozycja: 42 d.2 przedmiaru dla branży elektrycznej - montaż 10 kpl. opraw oświetleniowych led E1 została scalona z pozycją 32 d.2.

W ocenie Izby w okolicznościach analizowanej sprawy za zasadne należy uznać stanowisko Zamawiającego dotyczące braku dania wiary twierdzeniom Odwołującego dotyczącym scalenia ww. pozycji, jak też trudno przyjąć, aby, jak stwierdził Odwołujący w odwołaniu, nastąpiło to automatycznie przez zastosowany przez niego program do kosztorysowania. Tym bardziej, że jak słusznie zauważył Zamawiający, z treści wyjaśnień nie wynika, że scalenie miałyby nastąpić niezależnie od woli wykonawcy.

Nie jest sporne, że wartość pozycji 32 d.2, z którą według twierdzeń Odwołującego miałyby być scalona niewymieniona w kosztorysie ofertowym pozycja, stanowi prosty wynik matematycznego działania polegającego na przemnożeniu liczby metrów jako jednostki miary właściwej dla pozycji 32 d.2 przez cenę jednostkową netto (19,22 zł x 600 = 11.532,00 zł). W związku z tym trudno dać wiarę twierdzeniom, że doszło do scalenia tej pozycji z pozycją 42 d.2, tym bardziej, że chodzi o różne elementy przedmiotu zamówienia, dla których występują różne jednostki miary, tj. odpowiednio metry i sztuki. Niezależnie od tego Odwołujący nie wykazał, aby z treści jego oferty wynikała wartość brakującej pozycji, jak też, aby wycenił ją na 0, o czym wspomina w odwołaniu.

Nadto w pozycji 32 d.2, występuje jedynie wskazanie jako podstawy wyceny (KNNR) dla niej właściwej. Tymczasem dla każdej z ww. pozycji przewidziana jest inna podstawa wyceny (odpowiednio KNNR: 5 0105-05+; 5 0502-02). Z twierdzeń przedstawionych na rozprawie przez strony wynika natomiast, że zasadą jest, iż przypadku scalania pozycji kosztorysu wskazywane są KNNR dla każdej z tych pozycji. Odwołujący przyznał, że w spornej pozycji to nie wystąpiło, chociaż w innych już tak. Nie wykazał jednak skąd miałyby wynikać taka różnica.

W sprawie nie ma sporu, że Odwołujący zastosował program do kosztorysowania Norma Pro. Jak natomiast w odpowiedzi na odwołanie wskazał Zamawiający jest on również w posiadaniu tego programu i z własnego doświadczenia ma wiedzę, że nie ma możliwości, aby program ten automatycznie dokonał scalenia pozycji, nie wynika to z uwarunkowań technicznych tego programu. Wystąpił jednak do jego producenta z pytaniem w omawianym zakresie. W odpowiedzi – jak stwierdził w swoim ww. piśmie – producent poinformował, iż takie „automatyczne” scalenie pozycji przez program nie jest możliwe, ponieważ dopiero po wstawieniu dwóch pozycji do kosztorysu użytkownik może skorzystać z dodatkowych poleceń, np. „Utwórz pozycję scaloną”. Odwołujący jednak, pomimo, iż przed terminem posiedzenia i rozprawy znał treść odpowiedzi na odwołanie i to na nim spoczywał ciężar dowodu, nie przedstawił dowodu na okoliczność, że jest możliwe scalenie tak różnych pozycji, nadto, że jest możliwe ich scalenie bez inicjatywy użytkownika, oraz że w przypadku spornej pozycji miało to miejsce. Odwołujący nawet nie uprawdopodobnił tych okoliczności.

Jak wynika z postanowień SWZ w postępowaniu zostało przewidziane wynagrodzenie kosztorysowe, a cena ofertowa winna zostać określona w oparciu o dołączoną do SWZ dokumentację techniczną oraz przedmiar robót, w stosunku, do którego wykonawca sporządzając ofertę nie mógł samodzielnie dokonywać zmian. Cena ta będzie rozliczona w oparciu o kosztorys powykonawczy uwzględniający rzeczywiste obmiary wykonanych robót.

W podsumowaniu należy stwierdzić, iż w sytuacji, gdy Odwołujący nie wskazał w kosztorysie ofertowym i nie wycenił jednej z wymaganych przez Zamawiającego pozycji, a jednocześnie, pomimo przewidzianego w SWZ rozliczenia kosztorysowego, nie wykazał, że została ona ujęta w innej pozycji oraz że jest możliwe w oparciu o treść oferty i SWZ ustalenie jej wartości, a w konsekwencji jest możliwe rozliczenie wykonanych robót, to oznacza, że Zamawiający prawidłowo dokonał badania i oceny tej oferty i złożonych przez Odwołującego wyjaśnień. W okolicznościach analizowanej sprawy Zamawiający zasadnie uznał, że oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ nie występuje możliwość jej poprawy, tj. uznania brakującej pozycji kosztorysu ofertowego jako innej omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Nie ma przy tym znaczenia

ewentualna wartość przedmiotu zamówienia z brakującej pozycji kosztorysu ofertowego, bowiem jej znaczenie dla treści oferty mogłoby być oceniane wówczas, gdyby po pierwsze, była znana, a po drugie, gdyby chodziło o ww. omyłkę, a zatem gdyby był badany skutek jej poprawy dla treści oferty.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono naruszenia przepisów Pzp, które mogło mieć wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Izba oddaliła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Odwołujący.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący: .....**