

Sygn. akt: KIO 961/23

Wyrok

z dnia 19 kwietnia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2023 roku przez Odwołującego: **ETNA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Skawinie, ul. Wyspiańskiego 48A, 32-050 Skawina**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Gminę Liszki, ul. Mały Rynek 2, 32-060 Liszki**

przy udziale wykonawcy: **A. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowa „M.” A. M., Biała Niżna 504, 33-330 Grybów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 961/23 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę: **A. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowa „M.” A. M., Biała Niżna 504, 33-330 Grybów**
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Gminę Liszki 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,
 - 2.2. zasądza od Zmawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 870 zł 60 gr (słownie: trzynaście tysięcy osiemset siedemdziesiąt złotych sześćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu

od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów związanych z dojazdem na rozprawę oraz opłaty skarbowej.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 poz. 1710 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:

Sygn. akt: KIO 961/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Liszki prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadania pn: „Termomodernizacja budynku przy ul. Mały Rynek 36 w Liszkach” znak sprawy: ZP.271.2.2023 zwane dalej „Postępowaniem”. Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. 2022 poz. 1710 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2023/BZP 00116089 z dnia 1 marca 2023 roku.

W dniu 4 kwietnia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę ETNA sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Skawinie (Zwanego dalej Odwołującym) od czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej - oferty A. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowa „M.” A. M. (dalej „M.”), zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty A. M. prowadzącego działalność pod nazwą Firma Handlowa „M.” A. M. pomimo niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia tj. brakiem kosztorysu ofertowego w zakresie robót ogólnobudowlanych na kwotę 1 457 807,16 zł
- 2) art. 16 ust. 1 Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z postanowieniami SWZ, a tym samym ustawy prawo zamówień publicznych.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z i dokonania wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego się na podstawie przyjętych kryteriów oceny ofert.

Jednocześnie Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, tj.:

1. wpisu od odwołania,

2. kosztów związanych z dojazdem pełnomocnika na rozprawę w wysokości wynikającej z przedłożonego na rozprawie rachunku
3. kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,
4. wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3600 zł.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ przypadku odrzucenia oferty Wykonawcy „M.” w związku z niespełnieniem przez tę ofertę wymagań określonych SWZ najkorzystniejszą będzie oferta Odwołującego.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

W dniu 31 marca 2023 r. Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji ogłoszonego przez Gminę Liszki pod nazwą „Termomodernizacja budynku przy ul. Mały Rynek 36 w Liszkach”. Z jej treści wynika, iż w postępowaniu złożono 6 ofert, zaś jako najkorzystniejsza została wybrana oferta złożona przez Firmę Handlową „M.” A. M., Biała Niżna 504, 33-330 Grybów. Z informacji i zestawienia złożonych ofert z podaniem nazw (firm) i adresów Wykonawców oraz punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert wynika, iż oferta Odwołującego została sklasyfikowana przez zamawiającego na 2 miejscu. Jednocześnie poinformowano, iż Wykonawca – „M.” spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie zachodzi wobec niego podstawa do wykluczenia z udziału z postępowaniu, oferta jest ważna i nie podlega odrzuceniu. Oferta uzyskała najwyższą liczbę punktów, zgodnie z kryteriami i wymaganiami zawartymi w specyfikacji warunków zamówienia.

Ad zarzut 1)

Z postanowień SWZ wynika, iż Zamawiający przyjął rozliczenie ryczałtowe.

W związku z tym cena oferty powinna obejmować wszystkie koszty związane z realizacją całości określonego treścią SWZ przedmiotu zamówienia, a wynikające z dokumentacji zamówienia jak i koszty nieujęte w tej dokumentacji, a bez których nie można wykonać inwestycji (rozdział XX ust. 5 SWZ). Ponadto, Zamawiający wymagał, aby wraz z ofertą złożony został m. in. kosztorys ofertowy uproszczony sporządzony na podstawie dokumentacji technicznej: projektu wykonawczego, projektu technicznego, specyfikacji technicznych oraz przedmiaru robót, przy czym przedmiar jest dokumentem pomocniczym i uzupełniającym do projektu (rozdział XVII ust. 15 pkt 4) SWZ).

W części IV SWZ dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia (ust. 12.) Zamawiający wprost wskazał, że „Wykonawca wykona przedmiot zamówienia zgodnie z ofertą, dokumentacją

techniczną i kosztorysem ofertowym”. Istotny jest fakt, iż na podstawie tegoż kosztorysu ma następować częściowe rozliczanie wykonanych robót.

Jak wskazano w § 8 załącznika nr 8 do SWZ (umowa) podstawą do wystawienia faktury będzie protokół częściowego lub końcowego odbioru robót bez usterek i wad istotnych potwierdzony przez kierowników robót, inspektora nadzoru i pracownika Zamawiającego. Dlatego też celem dokonania rozliczenia, Wykonawca będzie zobowiązany dołączyć do faktury protokół częściowego lub końcowego odbioru robót, wraz z kosztorysem obejmującym zakres odebranych robót równoważny z wartością faktury.

Wynagrodzenie będzie rozliczanie fakturami częściowymi za przedmiot umowy wykonany zgodnie z harmonogramem rzeczowo-finansowym do łącznej wysokości maksymalnie 90 % kwoty wynagrodzenia brutto oraz fakturą końcową za wykonanie przedmiotu umowy, stanowiącą różnicę wynagrodzenia za przedmiot umowy, a sumą wystawionych faktur częściowych.

Należy zauważyć, że z formularza oferty Wykonawcy „M.” wynika, że zadanie zostanie wykonane za cenę brutto 1 768 740,00 zł. Jak wynika z załączników do oferty złożonej przez M. wyceną zostały objęte – wymiana opraw oświetleniowych – 42 192,19 zł brutto (plik - kosztorys uproszczony elektryczny) oraz instalacje sanitarne – 268 740,65 zł brutto (plik - kosztorys uproszczony instalacji sanitarnych). Suma wynagrodzenia wynikająca z obu kosztorysów to 310 932,84 zł brutto. Nie dołączono zatem kosztorysów potwierdzających wycenę robót ogólnobudowlanych na kwotę 1 457 807,16 zł.

Tymczasem z dokumentacji postępowania wynikał obowiązek dołączenia kosztorysów uproszczonych obejmujących pełen zakres prac określonych w dokumentacji Postępowania.

Należy zgodzić się ze stanowiskiem, że co do zasady, „kosztorys ofertowy nie powinien mieć wpływu na wynagrodzenie ryczałtowe. Niemniej jednak nie można z góry zakładać, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego niedołączenie kosztorysu ofertowego – o ile nie był on wymagany zgodnie z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia – nie ma żadnego znaczenia, a tym samym brak jest podstaw do odrzucenia oferty w myśl art. 226 ust. 1 pkt 5 nowego Pzp. Możliwa jest bowiem taka sytuacja, że na etapie wykonywania umowy

w jakichś jej aspektach, strony będą się odnosić do poszczególnych pozycji z kosztorysu ofertowego. W takim przypadku kosztorys ofertowy – nawet jeśli wynagrodzenie ustalono jako ryczałtowe – nabiera istotnego znaczenia. Z orzecznictwa wynika bowiem, że należy badać, na ile kosztorys ofertowy ma wpływ na treść oferty wykonawcy”. (A. Dylong, Brak kosztorysu a odrzucenie oferty, „Przetargi Publiczne” 01/2021.)

Z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Jak wynika z powyższego, kosztorys nie ma w tym przypadku jedynie charakteru pomocniczego

mającego służyć, np. ocenie zasadności wskazanej w ofercie ceny, lecz ma znaczenie dla rozliczania realizowanego zamówienia. A zatem należy zauważyć, iż z dokumentacji postępowania wynika, iż kosztorysy, do których złożenia zostali zobowiązani Wykonawcy stanowiły merytoryczną treść oferty. Wynika to z tego, że Zamawiający przewidział określonego rodzaju rozwiązania w przedmiotowym postępowaniu związane ze sposobem wykonania i rozliczenia zamówienia, dla których istotny jest właśnie kosztorys.

Wskazać tu należy po pierwsze na wcześniej już przytoczone zapisy § 8 umowy. Zamawiający przewidział możliwość fakturowania częściowego, wskazując, że jednym z elementów umożliwiających zapłatę za część wykonanych robót jest przedłożenie protokołu odbioru robót wraz z kosztorysem. Nie ulega więc, wątpliwości, iż ocena wykonania i wycena robót częściowych odbywać się będzie właśnie na podstawie kosztorysu ofertowego. Ponadto, wskazać należy również na zapisy § 14 umowy, gdzie Zamawiający zawarł postanowienia dotyczące robót zamiennych i dodatkowych oraz ich rozliczenia. Zamawiający wskazał,

że rozliczenie robót zamiennych lub dodatkowych nastąpi w oparciu o zatwierdzony kosztorys, którego bazą normatywną będzie KNR (w razie braku normy wycena indywidualna) oraz stawki i narzuty z kosztorysu ofertowego.

W takim przypadku braki lub istotne błędy w kosztorysie ofertowym uniemożliwiają nie tylko prawidłową ocenę oferty, ale również i późniejsze rozliczenie wykonanych robót.

W związku z powyższym należy wskazać, iż w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oferta Wykonawcy „M.” powinna zostać odrzucona (por. wyrok KIO z 20 marca 2019 r. sygn. akt KIO 363/19 oraz wyrok KIO z 14 maja 2021 r. sygn. akt KIO 865/21). Braki lub błędy w kosztorysie wykonawcy – „M.” – nie podlegają bowiem poprawie na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Biorąc pod uwagę aktualną linię orzeczniczą należy wskazać, iż w wyroku z dnia 4 stycznia 2016 r., KIO 2702/15; KIO 2724/15, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że „zamawiający uprawniony był do żądania od wykonawców złożenia kosztorysu niezależnie od tego, że umówione przez strony wynagrodzenie miało być wynagrodzeniem ryczałtowym. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej w opozycji do takiego żądania nie stoi bowiem

żaden [z powszechnie obowiązujących przepisów prawa, w szczególności przepisy ustawy Pzp, ani przepisy ustawy - Kodeks cywilny. Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia kosztorys ofertowy dla części rozliczanej ryczałtowo nie miał jedynie charakteru informacyjnego, jak jest to zwykle przyjmowane przy tego typu rozliczeniu, lecz miał konkretne znaczenie dla realizacji zamówienia. A zatem uznać należy, iż (...) decydując się na złożenie oferty w

przedmiotowym postępowaniu, winien był respektować ustalone przez zamawiającego zasady i złożyć wszystkie wymagane dokumenty, w tym również wymagany kosztorys”.

Podobnie w wyroku KIO z 24 listopada 2017 r., KIO 2389/17, Izba uznała, że żądany przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu kosztorys ofertowy stanowił merytoryczną treść oferty bowiem Zamawiający przewidział określonego rodzaju rozwiązania w przedmiotowym postępowaniu związane ze sposobem wykonania i rozliczenia zamówienia, dla których istotne jest właśnie kosztorys. Wskazać tu należy po pierwsze na zapisy §7 wzoru umowy „Rozliczenie robót”. Zamawiający dopuścił możliwość fakturowania częściowego, wskazując, że jednym z elementów umożliwiających zapłatę za część wykonanych robót jest przedłożenie zestawienia wykonanych robót podpisanego przez Inspektora Nadzoru Inwestorskiego

i kierownik budowy na dowód sprawdzenia wykonania robót zgodnie z kosztorysem ofertowym. Nie ulega więc, w ocenie Izby, wątpliwości, iż ocena wykonania i wycena robót częściowych odbywać się będzie właśnie na podstawie kosztorysu ofertowego. Ponadto wskazać należy również na zapisy §8 i 9 wzoru umowy, gdzie Zamawiający zawarł postanowienia dotyczące robót zamiennych i dodatkowych oraz ich rozliczenia. Zamawiający wskazał, że roboty zamienne, które odpowiadają opisowi pozycji w kosztorysie ofertowym będą wyceniane według cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym i w ten sposób zostanie obliczona wysokość należnego wynagrodzenia”.

Reasumując, mając na uwadze powyższe, z zapisów zawartych przez Zamawiającego w SWZ oraz załącznikach do SWZ wynika, iż podobna sytuacja zachodzi również w realiach niniejszej sprawy, co oznacza, że w niniejszym postępowaniu kosztorys ofertowy nie miał charakteru pomocniczego, lecz stanowił merytoryczną część oferty. W związku z tym oferta A. M. prowadzącego działalność pod nazwą Firma Handlowa „M.” A. M. powinna zostać odrzucona.

Ad zarzut 2)

W konsekwencji naruszenia art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy doszło do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z postanowieniami SWZ, a tym samym doszło do naruszenia ustawy prawo zamówień publicznych.

Mając powyższe na uwadze - odwołanie jest zasadne i powinno zostać uwzględnione

W dniu 5 kwietnia 2023 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca A. M. prowadzący działalność gospodarczą

pod nazwą: Firma Handlowa „M.” A. M., Biała Niżna 504, 33-330 Grybów, zwany dalej Przystępującym, wnosząc o oddalenie odwołania.

W dniu 13 kwietnia 2023 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba uznała, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Izba za skuteczne uznała zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawcę A. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Firma Handlowa „M.” A. M., Biała Niżna 504, 33-330 Grybów, w charakterze Uczestnika postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności, do których wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa

zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie podnoszonym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty A. M. prowadzącego działalność pod nazwą Firma Handlowa „M.” A. M. pomimo niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia tj. brakiem kosztorysu ofertowego w zakresie robót ogólnobudowlanych na kwotę 1 457 807,16 zł, Izba uznała zarzut za zasadny.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty jeżeli jej treść nie jest zgodna z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego.

Ustawodawca zobowiązał więc Zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w warunkach zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji, parametrów technicznych

i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego są postanowienia zawarte w dokumentach zamówienia, w których zostały jasno i przejrzysto wyrażone oczekiwania zamawiającego.

Wobec powyższego, w pierwszej kolejności należy odnieść się do postanowień specyfikacji warunków zamówienia, w której zamawiający określił stawiane wykonawcom wymagania. Pamiętać bowiem należy, że wykonawca składając ofertę nie może domyślać się co Zamawiający miał na myśli opisując przedmiot zamówienia, lecz przygotować ofertę w sposób spełniający wszystkie warunki zamówienia. Za niedopuszczalne należy uznać twierdzenie o niezgodności oferty wykonawcy na podstawie niezawartych w treści specyfikacji wymagań lub subiektywnej, rozszerzającej interpretacji jej zapisów jak również dokonanie oceny oferty przez pryzmat oczekiwań nieznajdujących odzwierciedlenia w SWZ. Wykonawca bowiem przygotowując swoją ofertę, opiera się na dosłownym brzmieniu postanowień SWZ.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, wskazać należy, że treść postanowień SWZ, w szczególności zawarta Rozdziale XVII pkt 15 ppkt 4 Opis

sposobu przygotowywania oferty wyraźnie formułuje obowiązek dla wykonawców, polegający na tym, że w terminie wyznaczonym do składania ofert wykonawca ma złożyć: Kosztorys ofertowy uproszczony sporządzony na podstawie dokumentacji technicznej: projektu wykonawczego, projektu technicznego, specyfikacji technicznych oraz przedmiaru robót:

15. Wykonawca w terminie wyznaczonym do składania ofert składa:

4) Kosztorys ofertowy uproszczony sporządzony na podstawie dokumentacji technicznej: projektu wykonawczego, projektu technicznego, specyfikacji technicznych oraz przedmiaru robót. Przedmiar robót jest dokumentem pomocniczym i uzupełniającym do projektu.

Obowiązku tego – co nie było sporna dla Stron – nie dopełnił Przystępujący, bowiem nie złożył kosztorysu dla największego zakresu objętego przedmiotem zamówienia tj. dla robot ogólnobudowlanych.

Wobec powyższego, w ocenie Izby oferta Przystępującego wypełniła przesłanki z art. w 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, tj. Przystępujący złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia, a zatem podlegającą obligatoryjnemu odrzuceniu przez Zamawiającego.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego zawartym w odpowiedzi na odwołanie, że z uwagi na wynagrodzenie ryczałtowe Przystępujący nie miał obowiązku załączenia do oferty kompletnego kosztorysu uproszczonego, który potwierdza wycenę robót ogólnobudowlanych.

Izba wskazuje, że okoliczność że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający przewidział rozliczenie ryczałtowe jest bez znaczenia dla rozpoznawanego zarzutu, bowiem wymóg złożenia kosztorysu był określony przez Zamawiającego w treści SWZ i jego spełnienie było obowiązkiem wszystkich wykonawców składających oferty.

Nie ma również znaczenia dla sprawy okoliczność, na którą powoływał się Przystępujący podczas rozprawy, tzn. że brak kosztorysu ofertowego przy rozliczeniu ryczałtowym nie ma wpływu na obowiązek prawidłowej realizacji zamówienia.

Izba podziela stanowisko, że dla prawidłowego zrealizowania zamówienia przy rozliczeniu ryczałtowym, nie jest konieczny kosztorys ofertowy, jednakże w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym przedmiotem zarzutu nie jest konieczność złożenia kosztorysu ofertowego dla prawidłowego zrealizowania zamówienia, ale konieczność złożenia kosztorysu ofertowego jednoznacznie wymaganego w treści SWZ, jako konieczność złożenie

oferty

zgodnej

z warunkami zamówienia określonymi w treści SWZ.

Stanowisko Zamawiającego, że kosztorys ofertowy ma jedynie charakter pomocniczy (wyrażone w piśmie z 20 marca 2023 roku, skierowanym do Przystępującego w trybie art. 223 ust.1 ustawy Pzp) nie znajduje potwierdzenia w treści warunków zamówienia. Co więcej, podczas rozprawy, Zamawiający potwierdził że nie modyfikował postanowień SWZ, w sposób, który uzasadniałby możliwość wskazania na pomocniczy charakter kosztorysu ofertowego.

Izba podkreśla, że jeżeli w ocenie Zamawiającego wymóg złożenia kosztorysu ofertowego był nadmiarowy, w stosunku do przedmiotu zamówienia, to Zamawiający winien temu dać wyraz w treści SWZ usuwając ww. wymóg. Skoro tego nie uczynił, i utrzymał obowiązek złożenie przez wykonawców wraz z ofertą kosztorysu ofertowego, zobowiązany był do jego respektowania.

Zauważenia również wymaga, że stanowisko Zamawiającego jest wewnętrznie sprzeczne.

W piśmie z 20 marca 2023 roku Zamawiający z jednej strony wskazuje na pomocniczy charakter kosztorysu ofertowego, a z drugiej, w ostatnim zdaniu wskazuje na jego niezbędność do zapewnienia prawidłowego procesu realizacji zamówienia, prosząc o jego uzupełnienie.

O niezbędności kosztorysu ofertowego dla realizacji przedmiotowego zamówienia przesądził również sam Zamawiający, wskazując w treści SWZ, że Wykonawca wykona przedmiot zamówienia zgodnie z ofertą, dokumentacją techniczną i kosztorysem ofertowym.

Zgodzić się należy zatem z Odwołującym, że kosztorys ofertowy stanowi tu treść oferty, która nie podlega uzupełnieniu. Sam Zamawiający nie potrafił wskazać podstawy prawnej, na mocy której wnosił o uzupełnienia brakującego kosztorysu, co potwierdza, że taka czynność nie jest dopuszczona ustawą Pzp.

Wobec powyższego zarzut należało uwzględnić.

W ocenie Izby, potwierdził się również zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy oraz udzieleniem zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z postanowieniami SWZ, a tym samym ustawy prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zdaniem Izby, Zamawiający dokonał wyboru oferty, zmieniając po otwarciu ofert własne zasady, ustanowione w treści SWZ, dotyczące treści złożonych ofert. Za najkorzystniejszą uznał bowiem ofertę, której treść była niezgodna z warunkami zamówienia.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1) 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).

Przewodniczący: