

Sygn. akt: KIO 2144/22

WYROK

z dnia 2 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 sierpnia 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę **Bautra Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koszalinie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Sławno**

przy udziale wykonawcy **Krężel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kobylnicy**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu w zakresie części nr 1 zamówienia unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 266 i w zw. z art. 63 ust. 2 i w zw. z art. 7 pkt 29 ustawy Prawo zamówień publicznych oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego **Miasto Sławno i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Bautra Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koszalinie**, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego **Miasta Sławno** na rzecz wykonawcy **Bautra Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koszalinie** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 10 000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) 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

Miasto Sławno, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Rozwój strefy przemysłowej w Sławnie poprzez połączenie ul. Morskiej i ul. Chełmońskiego*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 lipca 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00257364/01.

W dniu 16 sierpnia 2022 r. wykonawca Bautra Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koszalinie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie w zakresie części nr 1 zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp (zgodnie z uzasadnieniem odrzucenia wskazano, że oferta Odwołującego jest także sprzeczna z ustawą) a także art. 63 ust. 2 w zw. z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp i postanowieniami Rozdziału 15 ust. 3.5 lit. a SWZ przez odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania, co skutkuje naruszeniem art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz 17 ust. 2 ustawy Pzp przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu i ma bezpośredni wpływ na jego wynik.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania oraz powtórzenia czynności oceny ofert i w jej ramach unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił w ustawowym terminie wykonawca „Krężel” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kobylnicy, dalej również „Przystępujący”.

Pismem z dnia 29 sierpnia 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie. Przystępujący również złożył pisma procesowe, wnosząc o odrzucenie odwołania, względnie o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, oferty Odwołującego, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, pismach procesowych Przystępującego, piśmie procesowym Odwołującego, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 31 sierpnia 2022 r.

Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest rozwój strefy przemysłowej w Sławnie poprzez połączenie ul. Morskiej i ul. Chełmońskiego. Część I obejmuje przebudowę ulicy Okrzei w Sławnie. Szczegółowy zakres robót koniecznych do wykonania przy realizacji niniejszej inwestycji został określony w dokumentacji technicznej, STWIORB, przedmiarze robót, które stanowią załączniki nr 11 do specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”.

Zgodnie z Rozdziałem 6 pkt 1.15 SWZ Załączone przedmiary robót mają charakter pomocniczy, przy opracowywaniu kosztorysu ofertowego obejmującego przedmiot zamówienia należy uwzględnić dane wynikające z analizy przedmiaru robót, opisu przedmiotu zamówienia oraz wnioski wynikające z przeprowadzonej wizji lokalnej w terenie. Wykonawca musi wziąć pod uwagę fakt, że rozliczenie przedmiotu umowy ma charakter ryczałtowy, a więc przedmiot zamówienia obejmuje również pozostałe roboty nieujęte w przedmiarze robót, a konieczne do jego zrealizowania. Jeżeli Wykonawca uzna, iż przedmiar nie obejmuje pewnych robót wymaganych w dokumentacji technicznej oraz opisie przedmiotu zamówienia jest zobowiązany uzupełnić kosztorys o brakujące pozycje.

Stosownie do Rozdziału 15 pkt 3.5 SWZ wraz z ofertą należało złożyć:

- a) Wypełniony i podpisany formularz oferty – którego wzór stanowi załącznik nr 1 do SWZ. W przypadku, gdy Wykonawca nie korzysta z przygotowanego przez Zamawiającego wzorów, w treści oferty należy zamieścić wszystkie informacje wymagane w formularzu ofertowym. W formularzu ofertowym Wykonawca zobowiązany jest podać adres skrzynki ePUAP lub email, z wykorzystaniem którego prowadzona będzie korespondencja związana z postępowaniem.*
- b) Wypełniony kosztorys ofertowy, sporządzony w oparciu o załączony przedmiar robót, dokumentację techniczną i wiedzę wykonawcy w zakresie realizacji robót, niezbędnych do prawidłowego ukończenia zadania.*
- c) Potwierdzenie wniesienia wadium.*

Jak stanowi Rozdział 20 SWZ 2. *Kalkulacja ceny oferty powinna zostać podana przez wykonawcę w oparciu o dokumentację techniczną, a także koszty wszelkich innych*

czynności nie ujętych wprost w SWZ lub załącznikach do niej, ale niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia 3. Wykonawca przedstawi w formularzu oferty cenę netto a następnie łączną wartość zwiększoną o należny podatek VAT i wyliczy kwotę brutto. 4. Wykonawca ma również obowiązek podać w formularzu oferty, zryczałtowaną cenę za realizację zadania.

Zgodnie z §6 ust. 1 i 2 wzoru umowy, stanowiącego Załącznik nr 4.1 do SWZ,:

1. Wykonawca oświadcza, że sprawdził prawidłowość i kompletność dokumentacji projektowej, oraz że zapoznał się w pełni z tą dokumentacją, terenem budowy, standardami projektowanych robót, oraz że przyjmuje przedmiot umowy do wykonania według przekazanej dokumentacji, specyfikacji warunków zamówienia, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz warunków umowy bez zastrzeżeń.

2. W dniu podpisania umowy Wykonawca przekaze Zamawiającemu 2 egzemplarze kosztorysu wykonawczego w wersji papierowej oraz 1 egz. w wersji elektronicznej (w wersji edytowalnej np. ATH, RODOS oraz w wersji pdf.), na podstawie którego określił ryczałtową cenę brutto zgodną z ofertą Wykonawcy. Z zastrzeżeniem § 14 umowy nieujęcie w kosztorysie wykonawczym któregośkolwiek elementu niezbędnego do wykonania przedmiotu umowy zgodnie z dokumentacją projektową, nie zwalania Wykonawcy z jego wykonania. Wykonawca wykona ten element w ramach całkowitego ryczałtowego wynagrodzenia określonego w § 11 ust. 1 niniejszej umowy. (...)

Stosownie do §10 ust. 1-3 wzoru umowy:

1. Wykonawca zobowiązuje się do opracowania i przekazania Zamawiającemu dokumentacji powykonawczej wraz ze wszystkimi wymaganymi atestami, certyfikatami zgodności, aprobatami technicznymi, wynikami prób i badań.

2. Wszystkie niezbędne pomiary do zakończenia przedmiotu umowy Wykonawca wykona na własny koszt, a protokoły oraz szkice i wyniki pomiarów będzie przekazywać Zamawiającemu na bieżąco w odniesieniu do robót zanikających.

3. W zakresie dokumentacji powykonawczej Wykonawca zobowiązany jest do:

1) wykonania dokumentacji powykonawczej (koszty dokumentacji powykonawczej w całości obciążają Wykonawcę),

2) wszelkie zmiany w dokumentacji projektowej powinny być wprowadzone na piśmie i wymagają zgody Zamawiającego,

3) wymagania wyszczególnione choćby w jednym z dokumentów przekazanych przez Zamawiającego Wykonawcy są obowiązujące,

4) w razie rozbieżności w ustaleniach zawartych w dokumentacji ustala się następującą ważność dokumentacji:

- a) dokumentacje techniczne, w tym projekty budowlane i wykonawcze,
- b) specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót,
- c) kosztorysy wykonawcze przekazane przez Wykonawcę,
- d) przedmiary. (...)

Jak stanowi §11 ust. 1-6 wzoru umowy

1. Całkowite ryczałtowe wynagrodzenie Wykonawcy za zrealizowany przedmiot umowy, uwzględniające wszystkie składniki określone w umowie, wynosi ogółem zł brutto (słownie: złotych/100), w tym podatek VAT 23%.

2. Wynagrodzenie Wykonawcy za przedmiot umowy ustalone zostało w oparciu o formularz ofertowy złożony do postępowania przetargowego nr ZW.271.9.2022.

3. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, zawiera wszelkie koszty wymagane dla kompleksowej realizacji przedmiotu umowy, w tym wynikające z postanowień niniejszej umowy, specyfikacji warunków zamówienia oraz dokumentacji projektowej.

4. Wynagrodzenie Wykonawcy obejmuje wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania przedmiotu umowy. Wykonawca ponosi odpowiedzialność na zasadzie ryzyka z tytułu oszacowania wszelkich kosztów związanych z realizacją przedmiotu umowy.

5. Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu zamówienia nie może być podstawą do żądania podwyższenia wynagrodzenia ryczałtowego określonego w ust. 1 niniejszego paragrafu. Strony niniejszej umowy nie mogą zmienić wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia, przedstawionego w ust. 1, za wyjątkiem sytuacji określonych w § 14 niniejszej umowy. (...)

Zgodnie z §12 ust. 1-2 wzoru umowy:

1. Strony postanawiają, że rozliczenie za wykonanie przedmiotu umowy będzie się odbywać fakturami częściowymi.

2. ZASADY WYPŁATY WYNAGRODZENIA:

1) Nie wcześniej niż 20 listopada 2022 r. Wykonawca wystawi pierwszą fakturę częściową na kwotę udziału własnego Zamawiającego w wynagrodzeniu (udział zostanie ustalony po wyborze najkorzystniejszej oferty - obecnie 5%).

2) *Wypłata pozostałego wynagrodzenia następować będzie w trzech transzach, dwie każdorazowo po zakończeniu wydzielonego etapu prac w ramach realizacji inwestycji, trzecia po zakończeniu realizacji inwestycji:*

a) *I transza w wysokości nie wyższej niż 20% wynagrodzenia (pomniejszona o procentowy udział własny Zamawiającego w transzy),*

b) *II transza w wysokości nie wyższej niż 30% wynagrodzenia (pomniejszona o procentowy udział własny Zamawiającego w transzy),*

c) *III transza w wysokości pozostałej do zapłaty kwoty wynagrodzenia (pomniejszona o procentowy udział własny Zamawiającego w transzy)*

3) *Zgodnie z art. 443 ust. 2 ustawy Prawo Zamówień Publicznych ostatnia transza wynagrodzenia nie może wynosić więcej niż 50% wynagrodzenia należnego wykonawcy.*

4) *Zamawiający będzie realizował płatności uwzględniając następujące terminy:*

I etap – zakończenie - 9 miesięcy od podpisania umowy

II etap – zakończenie – 12 miesięcy od podpisania umowy

III etap – zakończenie – 15 miesięcy od dnia podpisania umowy

5) *Po zakończeniu danego etapu Wykonawca wystawi fakturę częściową w terminie nie krótszym niż 7 dni od terminu wskazanego wyżej.*

6) *Po zakończeniu III etapu (zrealizowaniu Umowy), Wykonawca wystawi fakturę końcową zgodnie z zasadą opisaną wyżej.*

7) *Faktury zostaną wystawione na podstawie protokołów odbioru. (...)*

Stosownie do §14 ust. 1-6 wzoru umowy:

1. *Poprzez roboty zamienne rozumie się roboty, które dają taki sam efekt finalny określony w dokumentacji projektowej, za pomocą innych rozwiązań technicznych lub materiałowych. Poprzez roboty dodatkowe rozumie się roboty, które są potrzebne z uwagi na konieczność osiągnięcia efektu finalnego, a nie zostały wprost przewidziane w dokumentacji projektowej. Poprzez roboty zaniechane rozumie się roboty, które na etapie realizacji dokumentacji projektowej staną się zbędne do osiągnięcia celu finalnego. Roboty zaniechane muszą zostać zatwierdzone przez projektanta sprawującego nadzór autorski a ich maksymalna wartość to 5 % wynagrodzenia brutto określonego w § 11 ust. 1 umowy. Wystąpienie potrzeby wykonania robót zamiennych, dodatkowych lub zaniechania wykonania części robót Wykonawca winien zgłosić Zamawiającemu na piśmie pod rygorem nieważności z równoczesnym powiadomieniem również na piśmie pod rygorem nieważności Inspektora nadzoru. Zgłoszenie takie powinno zawierać uzasadnienie oraz stosowne*

kosztorysy. Inspektor nadzoru dokona oceny zasadności wykonania lub zaniechania zgłoszonych robót, po czym sporządzi protokół konieczności i przekaże go Zamawiającemu. Na podstawie protokołu konieczności Zamawiający podejmie decyzję.

W przypadku zaakceptowania przez Zamawiającego robót zamiennych, dodatkowych lub zaniechań musi zostać podpisany przez strony umowy stosowny aneks na zasadach określonych w § 21 umowy oraz zgodnie z art. 455 ustawy PZP określający w szczególności – o ile zajdzie taka potrzeba – zakres i rodzaj robót, wysokość wynagrodzenia, nowy termin realizacji. W przypadku, gdy wystąpienie potrzeby wykonania robót zamiennych, dodatkowych lub zaniechania wynika z inicjatywy Zamawiającego, Zamawiający dokonana stosownego zgłoszenia Wykonawcy, do którego załączy sporządzony przez koordynatora Inspektorów nadzoru protokół konieczności. Wykonawca po zgłoszeniu Zamawiającego przedstawi stosowne kosztorysy, a Zamawiający podejmie decyzję. W przypadku zaakceptowania musi zostać podpisany przez strony umowy stosowny aneks na zasadach określonych w § 21 umowy oraz zgodnie z art. 455 ustawy PZP określający w szczególności – o ile zajdzie taka potrzeba – zakres i rodzaj robót, wysokość wynagrodzenia, nowy termin realizacji.

2. Strony postanawiają, że jeżeli w toku realizacji zamówienia zaistnieje konieczność wykonania robót zamiennych lub dodatkowych, to ich rozliczenie odbędzie się przy zastosowaniu postanowień zawartych w ust. 3 niniejszego paragrafu.

3. Kosztorysy na roboty zamienne lub dodatkowe sporządzane będą w oparciu o KNR, a przy braku w KNR odpowiednich pozycji kosztorysowych wg innych katalogów nakładczych, z zastosowaniem składników kalkulacyjnych jak w kosztorysach wykonawczych do niniejszego zamówienia oraz:

1) cen materiałów nie występujących w kosztorysach wykonawczych, uzgadnianych każdorazowo z Zamawiającym, lecz nie wyższych niż średnie ceny publikowane, np. w wydawnictwie „SEKOCENBUD” za kwartał bezpośrednio poprzedzający okres dokonywania wyceny robót, przy czym w przypadku rozbieżności między stronami co do wysokości zastosowanych cen kalkulacyjnych, rozstrzygające będą ceny wymagane przez Zamawiającego, pod warunkiem wskazania Wykonawcy źródła nabycia tych materiałów,

2) ceny sprzętu nie występującego w kosztorysach wykonawczych, uzgodnionych każdorazowo z Zamawiającym, lecz nie wyższych niż ceny publikowane np. przez wydawnictwo „SEKOCENBUD” za kwartał bezpośrednio poprzedzający okres dokonywania wyceny robót.

4. W przypadku, gdy strony nie uzgodnią warunków aneksu do umowy w terminie umożliwiającym realizację całej umowy bez zbędnej zwłoki, Zamawiający będzie miał prawo

powierzyć wykonanie robót dodatkowych lub zamiennych osobie trzeciej, a Wykonawca w niezbędnym zakresie skoordynuje z nią realizowane przez siebie roboty.

5. Wykonanie robót zamiennych lub dodatkowych bez zawarcia aneksu stanowi naruszenie postanowień umowy i za takie roboty Wykonawcy nie należy się wynagrodzenie. Wykonawca w takiej sytuacji działa na swoje ryzyko i na własny koszt.

6. W przypadku zaniechania wykonania części robót wynagrodzenie umowne określone w § 11 ust. 1 zostanie odpowiednio zmniejszone w oparciu o ceny i stawki z kosztorysu wykonawczego, o którym mowa w § 6 ust. 2.

Izba ustaliła, że Odwołujący do oferty nie załączył kosztorysu ofertowego.

Zamawiający w dniu 8 sierpnia 2022 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego wskazując, że *W niniejszym postępowaniu Wykonawca złożył ofertę bez kosztorysu ofertowego, który jest niezbędny, ponieważ Zamawiający dopuścił fakturowanie częściowe, a jednym z elementów umożliwiającym zapłatę za część wykonanych robót jest przedłożenie zestawienia wykonanych robót podpisanego przez inspektora nadzoru inwestorskiego na dowód sprawdzenia wykonania robót zgodnie z kosztorysem ofertowym. Zamawiający w postanowieniach umowy w § 12 dopuścił fakturowanie częściowe, a także wskazał, że częściowe rozliczenie robót budowlanych będzie następować na podstawie wyliczenia wartości robót częściowych w oparciu o procentowy stan zaawansowanych robót. Podstawą do wystawienia faktury częściowej będzie protokół odbioru robót częściowych bez zastrzeżeń. Istotność tego dokumentu potwierdza również fakt, że rozliczanie robót zaniechanych, zamiennych i dodatkowych także będzie odbywać się w oparciu o kosztorys ofertowy, tj. będą wyceniane według cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym i w ten sposób zostanie obliczona wysokość należnego wynagrodzenia. Z uwagi na fakt, iż brakujące dokumenty nie są dokumentami o których mowa w art. 273 ustawy PZP - nie podlegają one uzupełnieniu. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający stwierdza, że Wykonawca złożył ofertę sprzeczną z ustawą i warunkami zamówienia określonymi w SWZ. Tym samym, oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 266 i w zw. z art. 63 ust. 2 ustawy PZP i w zw. z art. 7 pkt 29 ustawy PZP i postanowieniami Rozdziału 15 ust. 3.5 lit. a SWZ.*

Izba uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Odnosząc się do wniosku Przystępującego, popieranego przez Zamawiającego o odrzucenie odwołania w oparciu o art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, skład orzekający postanowił oddalić przedmiotowy

wniosek. Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Przystępujący podnosił, że odwołanie, pomimo wskazania, że dotyczy czynności odrzucenia oferty, jest w istocie polemiką wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia. Ponadto, Odwołujący nie odwołał się w terminie od treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie, a wiedział, że Zamawiający żądał wyraźnie przedłożenia kosztorysu ofertowego przy zamówieniu z wynagrodzeniem ryczałtowym.

Zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Stosownie do art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, który to przepis ma zastosowanie w przedmiotowej sprawie, odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Odwołujący otrzymał informację o odrzuceniu jego oferty oraz wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 8 sierpnia 2022 r., wobec czego pięciodniowy termin na wniesienie odwołania upływał w dniu 16 sierpnia 2022 r. (z uwagi na fakt, że ostatni dzień terminu przypadał w sobotę). Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2022 r. Wykonawca wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego oraz odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania. Izba ustaliła, że Odwołujący nie negował faktu zaniechania złożenia kosztorysu ofertowego wraz z ofertą, wskazywał jedynie że niezłożenie powyższego dokumentu miało charakter omyłkowy oraz, wbrew twierdzeniom Przystępującego, nie kwestionował w odwołaniu postanowień SWZ, a jedynie brak podstaw do odrzucenia jego oferty w świetle dokumentacji postępowania.

Ponadto, podstawa odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odnosi się do niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, które to zgodnie z art. 7 pkt 29) ustawy Pzp 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. Zatem niezrozumiała jest argumentacja Przystępującego dotycząca możliwości zaskarżenia ogłoszenia o zamówieniu. Wobec powyższego wniosek o odrzucenie odwołania został przez Izbę oddalony.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę

interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba uznała, że potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy oraz jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Stosownie do art. 63 ust. 2 ustawy Pzp w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub konkursie o wartości mniejszej niż progi unijne ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w konkursie, oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej lub w postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym lub podpisem osobistym. Jak stanowi art. 7 pkt 29 ustawy Pzp ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o warunkach zamówienia - należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Stosownie do art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Jak stanowi art. 17 ust. 2 ustawy Pzp zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący podnosił, że ofertę *sensu stricto*, jaką składali w postępowaniu wykonawcy, stanowił formularz ofertowy i cena ryczałtowa w nim zawarta, za jaką wykonawca zobowiązywał się do realizacji przedmiotu zamówienia. Kosztorys ofertowy był wymagany do złożenia wraz z ofertą, jednak w świetle dokumentacji postępowania, nie miał znamion treści oferty, a jego niezłożenie nie stanowi podstawy odrzucenia oferty w świetle art. 226 ust 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp

W ocenie składu orzekającego z powyższym stanowiskiem należy się zgodzić. Izba ustaliła, że wynagrodzenie w niniejszym postępowaniu ma charakter ryczałtowy (Rozdział 20

SWZ, §6, §11 ust. 1-2 wzoru umowy), a ceną oferty jest cena zawarta w Formularzu ofertowym, którego wzór stanowi załącznik nr 1 do SWZ, zaś przedmiary miały charakter wyłącznie pomocniczy (Rozdział 6 pkt 1.15 SWZ).

Dalej, Izba ustaliła, że Zamawiający żądał załączenia do oferty kosztorysu ofertowego (Rozdział 15 pkt 3.5 lit. b) SWZ). Bezsposornie Odwołujący nie załączył do oferty kosztorysu ofertowego. Osia sporu było to, czy w rozpoznawanej sprawie wymagany przez Zamawiającego kosztorys ofertowy stanowił treść oferty. Izba podzieliła argumentację Odwołującego, że analiza dokumentów zamówienia uzasadniała twierdzenie, iż Zamawiający nie nadał kosztorysowi treści oferty.

Ustalając znaczenie i rangę kosztorysu ofertowego nie można pominąć postanowień wzoru umowy referujących do kosztorysów wykonawczych wymaganych przez Zamawiającego, a nie do kosztorysu ofertowego. Należy podkreślić, iż wszelkie rozliczenie robót czy też zlecenie i rozliczanie robót zaniechanych, zamiennych i dodatkowych miało odbywać się w oparciu o kosztorys wykonawczy składany po zawarciu umowy (§6 oraz §14 wzoru umowy). Wzór umowy pomija kosztorys ofertowy jako podstawę jakichkolwiek rozliczeń stron umowy, bowiem zgodnie z §12 wzoru umowy rozliczanie robót z fakturowaniem częściowym nie będzie oparte o kosztorys ofertowy, lecz o procentowy wskaźnik w relacji do wynagrodzenia całkowitego wykonawcy.

Odnosząc się do podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wiązał również brak złożenia kosztorysu ofertowego z brakiem możliwości odbioru i rozliczania częściowego. Pomijał jednak okoliczność, że to nie kosztorys ofertowy jest potrzebny do rozliczeń w ramach umowy, ale kosztorys wykonawczy, odrębnie złożony na etapie zawierania umowy. Zamawiający zarówno w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, jak i w odpowiedzi na odwołanie, podnosił, że fakturowanie częściowe oraz rozliczanie robót zaniechanych, zamiennych oraz dodatkowych będzie odbywać się w oparciu o kosztorys ofertowy. Powyższe nie wynika z postanowień dokumentacji zamówienia, zgodnie z którymi podstawą rozliczeń stron oraz rozliczeń w trybie §14 wzoru umowy mają być kosztorysy wykonawcze, a nie kosztorys ofertowy.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, postanowienia umowne nie zawierają żadnego odesłania do kosztorysu ofertowego. Jedyne koszty, który pojawia się we wzorze umowy i jest podstawą do czynności rozliczeniowych to odrębny kosztorys wykonawczy przedłożony przez wykonawcę przy zawarciu umowy. Wszelkie skutki związane z realizacją i rozliczeniem robót mają związek wyłącznie z kosztorysem wykonawczym składanym na etapie zawarcia umowy, a nie kosztorysem ofertowym. Zamawiający może oczywiście żądać różnych dokumentów, lecz nie znaczy to, że zawsze stanowią one treść oferty. Na treść oferty nie wpływa bowiem sama okoliczność, czy do oferty załączono określony dokument wymagany

w SWZ, lecz zbadanie, jaki wpływ ma ten brakujący dokument na treść oferty rozumianą jako zakres przyszłego świadczenia wykonawcy. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający nie wykazał, aby kosztorys ofertowy miał jakiegokolwiek znaczenie czy to przy prawidłowym rozliczeniu, odbiorze robót, zmianach umowy, czy też w przypadku odstąpienia od umowy. Ponadto, Izba nie znalazła potwierdzenia w dokumentacji postępowania stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego na rozprawie jakoby kosztorys wykonawczy był rozwinięciem kosztorysu ofertowego.

Odnosząc się do powołanej przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego sprzeczności złożonej oferty z ustawą, Izba wskazuje, że Zamawiający nie wskazał o jaką niezgodność chodzi, stwierdzając jedynie, że *Wykonawca złożył ofertę sprzeczną z ustawą i warunkami zamówienia określonymi w SWZ*. Zamawiający nie podał żadnej argumentacji w jakim zakresie oferta Odwołującego jest niezgodna z ustawą. Dlatego też Izba uznała twierdzenia Zamawiającego za gołosłowne. Natomiast sam fakt niezłożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego nie stanowi podstawy odrzucenia jej zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Skład orzekający podzielił także stanowisko Odwołującego, że przywołanie w treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, jako podstawy niezgodności z treścią SWZ, Rozdziału 15 ust. 3.5 lit. a SWZ jest prawdopodobnie wynikiem omyłki edytorskiej, bowiem dotyczy Formularza ofertowego zawierającego cenę, który został przez Odwołującego złożony w sposób prawidłowy, a samo uzasadnienie odrzucenia oferty nie wskazuje na jakiegokolwiek zastrzeżenia Zamawiającego dotyczące ww. Formularza.

Reasumując, Izba uznała zarzuty naruszenia przez przepisów wskazanych w odwołaniu za zasadne. Dlatego też nakazała Zamawiającemu w zakresie części nr 1 zamówienia unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 266 i w zw. z art. 63 ust. 2 i w zw. z art. 7 pkt 29 ustawy Prawo zamówień publicznych oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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: