

Sygn. akt: KIO 1737/20

WYROK

z dnia 14 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 sierpnia 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2020 r. przez wykonawcę **W. F.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: **Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W. F.**, ul. Kolejowa 1-82, 46-040 Ozimek w postępowaniu prowadzonym przez **Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie** ul. Grzybowska 80/82, 00-844 Warszawa

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **W. F.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: **Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W. F.**, i:
 - 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. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Poznaniu, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zwiększenie zdolności retencyjnej rzeki Struga Kraszewicka poprzez spiętrzenie wód”. numer referencyjny: ROZ.2810.58.2020. Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 maja 2020 r., numer ogłoszenia 537701-N-2020. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 22 lipca 2020 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu ofert w postępowaniu. W dniu 27 lipca 2020 r. wykonawca W. F., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Zakład Usług Hydrotechniczno-Melioracyjnych W. F. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ;
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty wykonawcy EKOBUDOWA, mimo, iż to oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, oraz
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu pierwszego zarzutu Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucając jego ofertę podał jako uzasadnienie: *„Wykonawca nie załączył do złożonej oferty przetargowej Szczegółowego kosztorysu ofertowego sporządzonego na podstawie zapisów pkt 22 SIWZ. W związku z powyższym oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu w oparciu o*

art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Prawo zamówień publicznych - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Brak szczegółowego kosztorysu ofertowego sporządzonego zgodnie z treścią SIWZ - punktem 22 SIWZ, nie pozwala na jednoznaczne zweryfikowanie prawidłowości złożonego oświadczenia woli co do zaoferowanej ceny ofertowej i jej wszystkich elementów.”

Następnie Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w SIWZ nieprecyzyjnie dokonał opisu sposobu obliczania ceny. Odwołujący szczegółowo zapoznał się z SIWZ i składając swoją ofertę w postępowaniu dążył do tego, aby była ona zgodna z SIWZ i odpowiadała oczekiwaniom Zamawiającego. W punkcie 22.3 SIWZ Zamawiający wskazał, że *ceną oferty jest kwota wymieniona w Formularzu Oferty i winna wynikać z kosztorysu ofertowego, który stanowi załącznik do oferty*. W punkcie 22.4.1 SIWZ Zamawiający wskazał, że: *Wykonawca określi ceny na wszystkie elementy zamówienia wymienione w „Przedmiarze robót”, na podstawie których sporządzi kosztorys ofertowy szczegółowy, który stanowić będzie załącznik do oferty; według następujących zasad: wszystkie pozycje w podsumowaniu (pozycji) muszą zawierać cenę jednostkową z narzutami oraz wartość pozycji z narzutami, cena jednostkowa każdej pozycji kosztorysu ofertowego musi obejmować wszystkie koszty realizacji poszczególnych prac zgodnie z dokumentacją techniczną i sztuką budowlaną*. Powyższy zapis odnosi się zarówno do kosztorysu wykonanego metodą kalkulacji szczegółowej, jak i do kosztorysu wykonanego metodą kalkulacji uproszczonej. W żaden sposób zapis ten nie precyzuje co winien zawierać tylko kosztorys wykonany metodą kalkulacji szczegółowej. W punkcie 22.4.8 SIWZ Zamawiający wskazał, że: *W celu obliczenia ceny oferty należy wykonać kosztorys ofertowy w formie kosztorysu szczegółowego, z wyszczególnieniem opisu zgodnego z „Przedmiarem robót” stanowiącym załącznik do SIWZ, ilości przedmiarowej, jednostki miary, ceny jednostkowej oraz wartości stanowiącej iloczyn ilości przedmiarowej i ceny jednostkowej*. Zdaniem Odwołującego jako wzór kosztorysu ofertowego na stronie internetowej Zamawiający umieścił katalog *Kosztorys ofertowy* spakowany za pomocą archiwizatora WinRAR. W katalogu tym znajdują się m.in. pliki: STR TYT KO STRUGA K.pdf zawierający stronę tytułową kosztorysu opatrzoną tytułem: KOSZTORYS OFERTOWY Struga Kraszewicka Km 0+000-1+336; 1+786-3+760 oraz KO STRUGA K.pdf, będący w jego ocenie wzorem dla wykonawców w jaki sposób mają wypełnić/sporządzić kosztorys ofertowy. (Dowód: kosztorys zamieszczony przez Zamawiającego (w aktach postępowania). Plik ze wzorem kosztorysu ofertowego został zamieszczony bezpośrednio po załączniku nr 9 do SIWZ oraz przed Przedmiarem Robót oraz Opisem Przedmiotu Zamówienia. Odwołujący potraktował zamieszczony przez Zamawiającego wzór kosztorysu ofertowego, jako wiążący i według niego sporządził swój

kosztorys ofertowy. (Dowód: strona internetowa Zamawiającego na której zamieszczono dokumentację, której zrzut ekranu został zamieszczony w odwołaniu).

Odwołujący przytoczył pkt 22.4.9 ÷ 22.4.11 SIWZ tj. 9) *Ceny tych samych składników cenotwórczych oraz narzuty kosztów (R, M, S, Kp, Z) muszą być takie same dla wszystkich wycenianych pozycji przedmiarowych w całym kosztorysie ofertowym. Ceny materiałów określa się łącznie z kosztami zakupu i dowozu do miejsca wbudowania. Każda pozycja kosztorysowa (oprócz zasad określonych powyżej) musi zawierać również szczegółowe nakłady; ilości i ceny jednostkowe dla roboczogodziny, materiałów i sprzętu oraz zastosowane współczynniki zmieniające wielkość i ilość nakładów przyjętych w danej pozycji. Każdy składnik pozycji przedmiarowej (roboczogodzina, materiał sprzęt) musi zawierać ilości nakładów i ceny jednostkowe przewidzianych dla wykonania jednostki pozycji przedmiarowej (np. km, szt., m³ itd.); 10) Zakres robót, który jest podstawą do określenia ceny ofertowej musi być zgodny z zakresami robót ujętymi w PRZEDMIARACH ROBÓT stanowiących załącznik nr do SIWZ (Dokumentacja do OPZ); 11) Wykonawca winien załączyć do oferty kosztorys szczegółowy, natomiast do umowy kosztorys uproszczony wraz z kosztorysem szczegółowym. Załączenie do oferty kosztorysu uproszczonego wraz z kosztorysem szczegółowym nie będzie traktowane jako niespełnienie wymagania określonego w punkcie 22.3. i wyraził pogląd, że z punktu 22.4.11, wynika, że Zamawiający wymagał aby wykonawca załączył do oferty kosztorys szczegółowy, natomiast do umowy kosztorys uproszczony wraz z kosztorysem szczegółowym, a w zdaniu drugim tego punktu wskazał, że załączenie do oferty kosztorysu uproszczonego wraz z kosztorysem szczegółowym nie będzie traktowane jako niespełnienie wymagania określonego w punkcie 22.3. Z treści zdania pierwszego wynikają oczekiwania Zamawiającego co do załączenia do oferty kosztorysu szczegółowego, natomiast zasady jego sporządzenia Zamawiający określił w punktach 22.4.1 i 22.4.8 oraz załączył jego wzór na stronie internetowej. W punkcie 22.4.9 zd. drugie i następne SIWZ, Zamawiający określił, co każda pozycja kosztorysowa musi zawierać, bez wskazania, czy odnosi się to do kosztorysu ofertowego. Natomiast zapisy w punktach 22.4.1, 22.4.8 oraz 22.4.11 SIWZ - Wykonawca winien załączyć do oferty kosztorys szczegółowy, odnoszą się do kosztorysu wykonanego według wzoru zamieszczonego przez Zamawiającego. Zapisy punktu 22.4.9 zdania trzeciego i czwartego Odwołujący odczytał jako wymóg dla kosztorysu wykonanego metodą kalkulacji (bardzo) szczegółowej, który winien być załączony do umowy.*

Odwołujący stwierdził, że powyższe prowadzi do wniosku, że Zamawiający w sposób świadomy określił swoje oczekiwania co kształtu kosztorysu ofertowego, czego dowodem jest umieszczenie jego wzoru na stronie internetowej, a zamieszczenie opisane powyżej jest wynikiem popełnionej przez niego niedokładności w posługiwaniu się w treści SIWZ

przymiotnikami „szczegółowy” oraz „uproszczony”. Sporządzony przez Odwołującego kosztorys ofertowy uwzględnia w całości zapisy punktu 22.4.10 SIWZ. Wszystkie pozycje kosztorysu Odwołującego odnoszą się do właściwego Opisu podstaw (KNNR) zastosowanego dla danej pozycji w przedmiarze robót przez Zamawiającego i są zgodne z normami w nim zawartymi. (Dowód: Oferta Odwołującego w aktach postępowania). Zdaniem Odwołującego za całkowicie chybione i gołosłowne należy uznać stanowisko Zamawiającego, iż treść kosztorysu ofertowego sporządzonego przez Odwołującego zgodnie ze wzorem opracowanym i opublikowanym przez Zamawiającego nie pozwala „na jednoznaczne zweryfikowanie prawidłowości złożonego oświadczenia woli co do zaoferowanej ceny ofertowej i jej wszystkich elementów. Także analiza wzoru umowy (załącznik nr 6 do SIWZ) wskazuje, że wzór kosztorysu opracowany przez Zamawiającego oraz sporządzony na jego podstawie kosztorys ofertowy Odwołującego w pełni pozwala na zrealizowanie i rozliczenie przedmiotowego zamówienia. W szczególności, czynniki cenotwórcze wskazane w § 3 ust. 2 wzoru umowy (stawka roboczogodziny, koszty pośrednie, zysk) zostały zamieszczone w kosztorysie ofertowym Odwołującego. (Wzór umowy - załącznik nr 6 do SIWZ w aktach postępowania).

Odwołujący przywołał wyroki Izby z 16 kwietnia 2015 r. sygn. akt: KIO 660/15, z dnia 10 grudnia 2019 r. sygn. akt KIO 2395/19, z dnia 12 listopada 2019 r. sygn. akt KIO 2194/19, z dnia 11 grudnia 2019 r. sygn. akt KIO 2334/19, z dnia 15 października 2019 r. sygn. akt KIO 1863/19, z 9 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 627/15, z dnia 17 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 674/15, z dnia 16 lipca 2015 r. sygn. akt KIO 1414/15, z dnia 22 lipca 2015 r. sygn. akt: KIO 1472/15 oraz uchwałę KIO z 3 sierpnia 2017 r. sygn. akt: KIO/KD 38/17.

Uzasadniając drugi zarzut odwołania Odwołujący wskazał: „Zgodnie z art. 7 ust. 1 i 3 PZP, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców. Z powyższego przepisu wynika, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający ma obowiązek równego traktowania Wykonawców. Jak trafnie wskazała bowiem KIO w wyroku z dnia 25 kwietnia 2019 r. (sygn. KIO 652/19), „Od Zamawiającego, jako gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy oczekiwać wnikliwego, a zarazem rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia - to na Zamawiającym spoczywa obowiązek zapewnienia poszanowania zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Weryfikacji ofert zamawiający może dokonywać jedynie w oparciu o postanowienia, które sam ustanowił,

wiązące zarówno wykonawców, jak i Zamawiającego. Zamawiający nie jest uprawniony, aby postanowienia SIWZ zmieniać, czy interpretować w sposób dowolny i nierówny wobec pozostałych wykonawców na etapie badania i oceny ofert.” Tymczasem Zamawiający całkowicie bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego oraz wybrał jako najkorzystniejszą ofertę znacząco droższą, która nie powinna była otrzymać maksymalnej ilości punktów w kryterium „cena”. Na marginesie należy zaznaczyć, iż takie działanie Zamawiającego stoi w sprzeczności z zasadami finansów publicznych, w tym wyrażoną w art. 44 ust. 3 pkt 1 lit. a ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 869 ze zm.), zasadą nakazującą dokonywanie wydatków w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów.”

Pismem z dnia 11 sierpnia 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc jego oddalenie w całości.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający m.in. przytoczył treść uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego oraz podał, że Odwołujący, do złożonej oferty nie załączył kosztorysu szczegółowego, zatem nie wykonał zobowiązania wynikającego z treści pkt 22.4 1 i 11 SIWZ (Dowód nr 1 - SIWZ), zgodnie z którym każdy wykonawca zobowiązany był sporządzić i załączyć do oferty kosztorys ofertowy szczegółowy. Kosztorys złożony przez Odwołującego jest niezgodny z SIWZ bowiem nie zawiera elementów wymaganych w SIWZ.

Zamawiający stwierdził, że zamieszczenie przez niego pomocniczego kosztorysu na stronie internetowej nie zwalniało wykonawców z obowiązku sporządzenia i załączenia do oferty kosztorysu szczegółowego, zawierającego elementy wskazane w pkt 22.4.9 SIWZ. Zamawiający w punkcie 22 SIWZ wskazał wielokrotnie, iż wiążącym dokumentem jest załączony przedmiar robót. Zamawiający w treści SIWZ nie powoływał się na kosztorys, który umieścił na stronie pomocniczo. Z treści pkt 22.4.11 SIWZ wynika w sposób jednoznaczny, że wykonawca winien załączyć do oferty kosztorys szczegółowy, natomiast do umowy kosztorys uproszczony wraz z kosztorysem szczegółowym.

Zamawiający podał, że na etapie zapytań do SIWZ żaden z potencjalnych wykonawców (oferty w postępowaniu złożyło 9 wykonawców) nie zgłosił wątpliwości, co do załączenia do oferty szczegółowego kosztorysu ofertowego. Tym samym Zamawiający wnioskował, że przedmiot zamówienia został przez niego opisany w sposób wyczerpujący, zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, nie budzący wątpliwości wykonawców. Na potwierdzenie tego Zamawiający otrzymał od Oferentów biorących udział w postępowaniu wymagane kosztorysy szczegółowe (6 Oferentów załączyło do złożonej oferty prawidłowe kosztorysy ofertowe, 2 Oferentów nie załączyło prawidłowego kosztorysu ofertowego, w tym Odwołujący, zaś 1 oferta nie zawierała pliku oferty).

Zamawiający zauważył, że Odwołujący prawidłowo odczytał pkt 22.4.9 SIWZ jako wymóg „dla kosztorysu wykonanego metodą kalkulacji (bardzo) szczegółowej”. Zatem przywołane w treści odwołania rzekome wątpliwości Odwołującego czy zapis ten dotyczy kosztorysu szczegółowego czy uproszczonego są całkowicie nieuprawnione. Jednocześnie Odwołujący przyznał w treści odwołania, że jego zdaniem „z zapisu punktu 22.4.11 SIWZ Zamawiający wymagał aby wykonawca załączył do oferty kosztorys szczegółowy, natomiast do umowy kosztorys uproszczony wraz z kosztorysem szczegółowym”. Zatem Odwołujący wiedział, że do oferty należy dołączyć kosztorys szczegółowy, jednakże wymogu tego nie dopełnił i nie złożył kosztorysu szczegółowego. W świetle powyższego twierdzenia Odwołującego, że postanowienia SIWZ są niejasne, dwuznaczne, są bezzasadne. Skoro z treści z treści pkt 22.4.11 SIWZ wynika w sposób jednoznaczny, że wykonawca winien załączyć do oferty kosztorys szczegółowy, natomiast do umowy kosztorys uproszczony wraz z kosztorysem szczegółowym to nie sposób wywieść, jak czyni to Odwołujący, wbrew przyjętemu przez siebie rozumieniu zapisu pkt 22.4.9 SIWZ, że zapis ten dotyczy kosztorysu uproszczonego, który winien być załączony do umowy.

Opisana wyżej niezgodność oferty Odwołującego z SIWZ stanowiła podstawę odrzucenia oferty przez Zamawiającego zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt.2 ustawy Pzp. Wbrew twierdzeniom Odwołującego niezgodność oferty z SIWZ nie ma charakteru wyłącznie formalnego. Kosztorys zawiera zbite pozycje w R,M,S, zatem w przypadku nieprzewidzianych robót dodatkowych lub innych zmian wynikłych podczas realizacji przedmiotu umowy Zamawiający nie ma możliwości przeliczenia kosztów wykonania poszczególnych pozycji kosztorysu, brak w danej pozycji kosztów użytego sprzętu i materiałów, uwzględnionych w cenie, uniemożliwia jakąkolwiek ich zmianę. KNR zawiera wymagane jednostki sprzętowe uwzględniane przy obliczeniu pozycji. Jeżeli występuje większa ilość jednostek sprzętowych, jak ma to miejsce w przedmiotowej sprawie, Zamawiający nie ma możliwości jednostkowego przeliczenia podanej przez Wykonawcę kwoty na daną pozycję. Oferta złożona przez Odwołującego nie pozwala na rozliczenie zadania objętego zamówieniem.

Odnosząc się do drugiego zarzutu odwołania Zamawiający stwierdził: „Odrzucenie oferty odwołującego było zasadne, co skutkowało wyborem oferty EKOBUDOWA jako najkorzystniejszej. Oferta firmy Zakład Budowlany EKOBUDOWA s.c. S. W., W. B., ul. Nowowiejskiego 7, 98-200 Sieradz nie podlega odrzuceniu oraz uzyskała najwięcej punktów, zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi przez Zamawiającego. Tym samym odnoszenie się do zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i ust. 3 pzp tj. zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji poprzez wybór oferty EKOBUDOWA oraz zarzutu dokonania wyboru przez Zamawiającego „oferty znacząco droższej” jest bezprzedmiotowe.”

Izba dopuściła w poczet dowodów dokumentację postępowania przedłożoną przez Zamawiającego oraz dowody wskazane w ww. pismach Odwołującego i Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron, 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 stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał, iż jego oferta jest najtańsza, zaś wszyscy Wykonawcy zaoferowali najdłuższy punktowany okres gwarancji, zatem Odwołujący mógłby spodziewać się uzyskania dla siebie zamówienia. Odwołujący może utracić zatem korzyści związane z realizacją przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, mógłby liczyć na udzielenie zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania, w granicach których, stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba orzeka.

Stosownie do art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 22 lipca 2020 r. stanowiącego zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, przytoczonego powyżej w odwołaniu, Zamawiający podał m.in., że wykonawca nie załączył kosztorysu ofertowego sporządzonego na podstawie pkt 22 SIWZ, co nie pozwala na jednoznaczne zweryfikowanie prawidłowości złożonego oświadczenia woli co do zaoferowanej ceny ofertowej i jej wszystkich elementów oraz przywołał fragment SIWZ, tj. pkt 22.4.9. części I SIWZ (IDW), który stanowi: *Ceny tych samych składników cenotwórczych oraz narzuty kosztów (R,M,S,Kp,Z) muszą być takie same dla wszystkich wycenianych pozycji przedmiarowych w całym kosztorysie ofertowym. Ceny materiałów określa się łącznie z kosztami zakupu i dowozu do miejsca wbudowania. Każda pozycja kosztorysowa (oprócz zasad określonych powyżej) musi zawierać również*

szczegółowe nakłady, ilości i ceny jednostkowe dla roboczogodziny, materiałów i sprzętu oraz zastosowane współczynniki zmieniające wielkość i ilość nakładów przyjętych w danej pozycji. Każdy składnik pozycji przedmiarowej (roboczogodzina, materiał, sprzęt) musi zawierać ilości nakładów i ceny jednostkowe przewidzianych dla wykonania jednostki pozycji przedmiarowej (np. km, szt., m³ itp.).

Zważywszy na argumentację Odwołującego przedstawioną na poparcie postawionego zarzutu, kluczową dla rozstrzygnięcia sporu jest ocena, czy SIWZ w zakresie wymogu złożenia wraz z ofertą kosztorysu szczegółowego jest jasna, jak twierdzi Zamawiający i wynika z niej czytelny wymóg złożenia wraz z ofertą kosztorysu szczegółowego, czy jednak zawarte w niej postanowienia są na tyle niejasne, że po zapoznaniu się z treścią SIWZ i zamieszczonymi na stronie Zamawiającego dokumentami, w tym Formularzem ofertowym, sporządzonym metodą uproszczoną, wykonawcy mogli je rozumieć w ten sposób, że mają złożyć wraz z ofertą kosztorysy uproszczone. W tym zakresie rozstrzygnięcia wymaga również, czy w kontekście postanowień SIWZ Odwołujący zasadnie traktuje zamieszczony na stronie internetowej Zamawiającego Formularz ofertowy jako wzór w całości go wiążący, który powinien wypełnić i złożyć wraz z ofertą, pomijając postanowienia SIWZ, czy został on zamieszczony na stronie jedynie pomocniczo, jak twierdzi Zamawiający.

W ocenie Składu orzekającego Izby analiza treści Część I SIWZ- *Instrukcja dla wykonawców* pkt 22 *Opis sposobu obliczenia ceny*, prowadzi do wniosku, że zawiera ona postanowienia, które jednoznacznie określają, że wraz z ofertą ma być złożony szczegółowy kosztorys ofertowy, zawierający określone w SIWZ informacje. Zauważenia przy tym wymaga, iż w odniesieniu do informacji dotyczących kosztorysu ofertowego szczegółowego fragmenty SIWZ są podkreślone, a część z nich pogrubiona, tak, jak to zostało przedstawione poniżej, i tak m.in.:

Stosownie do pkt 22.2: *Cena zamówienia musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie Wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia.*

Zgodnie z pkt 22.3: *Ceną oferty jest kwota wymieniona w Formularzu Oferty i winna wynikać z kosztorysu ofertowego, który stanowi załącznik do oferty.*

Stosownie do pkt 22.4.1: *Wykonawca określi ceny na wszystkie elementy zamówienia wymienione w „Przedmiarze robót”, na podstawie których sporządzi **kosztorys ofertowy szczegółowy**, który stanowić będzie załącznik do oferty, według następujących zasad:*

- *wszystkie pozycje w podsumowaniu (pozycji) **muszą zawierać cenę jednostkową z narzutami oraz wartości pozycji z narzutami**.*

- cena jednostkowa każdej pozycji kosztorysu ofertowego musi obejmować wszystkie koszty realizacji poszczególnych prac zgodnie z dokumentacją techniczną i sztuką budowlaną.

Pkt 22.4.8 stanowi: *W celu obliczenia ceny oferty należy wykonać **kosztorys ofertowy w formie kosztorysu szczegółowego**, z wyszczególnieniem opisu zgodnego z „Przedmiarem robót” stanowiącym załącznik do SIWZ, ilości przedmiarowej, jednostki miary, ceny jednostkowej oraz wartości stanowiącej iloczyn ilości przedmiarowej i ceny jednostkowej.*

Zgodnie z pkt 22.4.11: *Wykonawca winien załączyć do oferty kosztorys szczegółowy, natomiast do umowy kosztorys uproszczony wraz z kosztorysem szczegółowym. Załączenie do oferty kosztorysu uproszczonego wraz z kosztorysem szczegółowym nie będzie traktowane jako niespełnienie wymagania określonego w pkt 22.3.*

Zgodnie natomiast z pkt 22.5: *Kosztorys ofertowy winien zawierać:*

- *Nazwę i adres wykonawcy.*
- *Określenie rodzaju kosztorysu (ofertowy).*
- *Określenie przedmiotu kosztorysowania (nazwa zadania, obiekt, element, rodzaj robót).*
- *Cenę kosztorysową, (bez podatku VAT, wielkość i wartość podatku VAT, łącznie z podatkiem VAT wyrażoną w PLN – liczbowo i słownie, stawkę roboczogodziny, koszty pośrednie, zakupu, zysku oraz materiałów i sprzętu.*
- *Datę opracowania kosztorysu.*
- *Podpis upoważnionego przedstawiciela wykonawcy.*

Nadto wzór Formularza ofertowego, stanowiący załącznik nr 1 do SIWZ, pkt 4 lit. o) wskazuje, że wykonawca obok innych wymaganych oświadczeń składa oświadczenie: *„Wraz z ofertą składamy następujące oświadczenia i dokumenty: 1) Szczegółowy kosztorys ofertowy, (...).”*

Wzór umowy stanowiący załącznik do SIWZ, w § 1 ust. 2 *Przedmiot Umowy zawiera postanowienia, że zakres i warunki realizacji przedmiotu umowy zostały określone w wymienionych w nim dokumentach, w tym: Kosztorys ofertowy uproszczony wraz z kosztorysem szczegółowym.*

Wzór umowy, stanowiący załącznik nr 6 do SIWZ, w § 3 ust. 4 lit. b stanowi, że jeżeli nie można wycenić robót, o których mowa w § 1 ust. 4 niniejszej Umowy, z zastosowaniem metody określonej w ust. 4 lit. a) Umowy, Wykonawca powinien przedłożyć do akceptacji Inspektora Nadzoru kalkulację ceny jednostkowej tych robót, z uwzględnieniem cen czynników produkcji nie wyższych od określonych przez Wykonawcę w ofercie oraz cen

materiałów, pracy sprzętu i transportu, nie wyższych od średnich cen publikowanych w wydawnictwach branżowych (np. SEKOCENBUD, Orgbud, Intercenbud, itp.) dla województwa, w którym roboty są wykonywane, aktualnych w miesiącu poprzedzającym miesiąc, w którym kalkulacja jest sporządzana. Dotyczy to również robót zamiennych.

Powyższe wskazuje jednoznacznie, że Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą kosztorysu szczegółowego, który by zawierał wskazane w SIWZ elementy, w tym cenę kosztorysową, stawkę roboczogodziny, koszty pośrednie, zysku, materiałów i sprzętu.

Nie jest sporne, że uproszczony kosztorys Odwołującego nie zawiera wszystkich tych wymaganych przez Zamawiającego informacji.

Natomiast z treści niektórych postanowień pkt 22 SIWZ, które mają zastosowanie do każdego kosztorysu bez względu na metodę jego sporządzenia oraz z faktu zamieszczenia na stronie internetowej Zamawiającego kosztorysu uproszczonego, który Odwołujący, pomimo braku ku temu podstaw w SIWZ, potraktował jako wzór, pomijając wyraźne postanowienia SIWZ nakładające wymóg złożenia kosztorysu szczegółowego, zawierającego określone w SIWZ informacje, wywodzi, że Zamawiający niezasadnie odrzucił jego ofertę.

W ocenie Izby nie można podzielić stanowiska Odwołującego, bowiem pozostaje ono w sprzeczności z treścią SIWZ, w tym z ww. pkt 22 SIWZ i Formularzem oferty.

Zauważenia wymaga, że zwarty w pkt 32 SIWZ wykaz załączników do IDW zawiera 10 pozycji, wśród których nie ma kosztorysu ofertowego. W treści SIWZ nie ma żadnej wzmianki na temat formularza ofertowego zamieszczonego na stronie internetowej. Również w oznaczeniu tego formularza na stronie internetowej nie towarzyszy określenie „wzór”, jak też nie ma w żadnym miejscu opisowej informacji, że jest to formularz, zgodnie z którym należy sporządzić kosztorys ofertowy. Tym samym twierdzenia zawarte w odwołaniu, że chodzi o wzór według którego należało sporządzić kosztorys ofertowy, należy uznać, za pozbawione podstaw. Potwierdza to także Odwołujący, który na pierwszej stronie swojego kosztorysu załączonego do oferty zamieścił jedną z wymaganych w SIWZ informacji, których nie było w kosztorysie zamieszczonym na stronie internetowej tj. informację dotyczącą stawki roboczogodziny.

Jakkolwiek może zastanawiać w jakim celu taki formularz został zamieszczony przez Zamawiającego na stronie internetowej, to jednak, wobec jasnych sformułowań Formularza ofertowego, w którym wykonawca składał oświadczenie, że składa kosztorys ofertowy szczegółowy oraz mając na uwadze pozostałe postanowienia SIWZ, w ocenie Izby nie można było uznać takiego formularza sporządzonego metoda uproszczoną za wzór, zgodnie z którym należało sporządzić własny formularz ofertowy, ograniczając się jedynie do treści w

nim zawartych, wynikających z przedmiaru robót i pomijając wymagane w SIWZ informacje dotyczące sprzętu i materiałów. Tym bardziej, że informacja dotycząca złożenia kosztorysu uproszczonego dotyczy jedynie etapu umowy, a więc będzie zobowiązany do jego złożenia jedynie wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Na etapie składania ofert, jeśli wykonawca chciał go złożyć, to zważywszy na jednoznaczne postanowienia SIWZ, powinien to ewentualnie uczynić obok złożenia formularza szczegółowego, zawierającego wszystkie wymagane w SIWZ elementy, a nie zamiast wymaganego w SIWZ kosztorysu.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego zaprezentowanego na rozprawie, że Zamawiający mógł go wezwać do złożenia zestawienia cen materiałowych i sprzętowych w oparciu, o które sporządził kosztorys ofertowy. Skoro Zamawiający wymagał sporządzenia i załączenia do oferty kosztorysu szczegółowego, to oznacza, że oczekiwał przedstawienia wraz z ofertą, a więc jako integralnej części oferty, pełnych informacji w zakresie zbudowania ceny ofertowej. Tym bardziej, że w pkt 22.4.9 SIWZ Zamawiający postawił określone wymagania w tym zakresie m.in., że ceny tych samych składników cenotwórczych oraz narzuty kosztów (R,M,S,Kp,Z) muszą być takie same dla wszystkich pozycji przedmiarowych w całym kosztorysie ofertowym. Stawiając takie wymagania, Zamawiający dał wyraz temu, że będzie weryfikował ich wypełnienie. Na etapie badania i oceny ofert jest zatem nimi związany. Oznacza to, że Zamawiający jest obowiązany do egzekwowania na równych zasadach wypełnienia postawionych przez siebie wymogów co do treści oferty. Na etapie badania i oceny ofert nie jest bowiem możliwe dokonywanie zmian SIWZ.

Tym bardziej, że wykonawcy winni mieć na uwadze, nie tylko to, że SIWZ i Formularz ofertowy zawierały wyraźne postanowienia dotyczące zawartości kosztorysu szczegółowego ofertowego, ale też postanowienia wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ. W §1 *Przedmiot umowy* Zamawiający wskazał w ust. 2, że zakres i warunki realizacji umowy zostały określone m.in. w kosztorysie szczegółowym. W §3 ust. 4 Zamawiający określił jak będą rozliczane roboty wskazując, że jednym z wyznaczników górnej ich granicy są czynniki produkcji, które nie mogą być wyższe od określonych przez Wykonawcę w ofercie.

Nie jest też przekonujący argument podnoszony przez Odwołującego na rozprawie, że opis przedmiotu zamówienia wskazuje między innymi na koszty odszkodowania, co również znajduje się we wzorze umowy (§ 3 ust. 3), których nie obejmuje przedmiar robót, a które musiał ująć w cenie jednostkowej, czy cenach jednostkowych, bowiem na takiej samej zasadzie koszty te winny zostać ujęte w kosztorysie szczegółowym, tym bardziej, że jak sam Odwołujący twierdzi, takie kosztorys wykonał, a jedynie wydrukował uproszczony i taki załączył do oferty.

W związku z tym niezłożenie wraz z ofertą kosztorysu ofertowego szczegółowego, pomimo złożenia oświadczenia w formularzu ofertowym, że taki kosztorys jest składany, jest brakiem merytorycznym oferty, chodzi bowiem o element oświadczenia woli wykonawcy, który na etapie oceny ofert pozwala na weryfikację przez Zamawiającego oferty w zakresie spełnienia wymogów postawionych w SIWZ, co do sposobu zbudowania ceny oferty, obejmuje zobowiązanie do świadczenia i związanego z tym rozliczenia za wykonane roboty.

W związku z tym nie można przyjąć, że skoro na stronie internetowej został zamieszczony kosztorys ofertowy sporządzony metodą uproszczoną, zawierający zakres zgodny z przedmiarem robót, jednak nie zawierający wszystkich, wymaganych w SIWZ dla kosztorysu ofertowego, informacji, to wykonawcy powinni skorzystać z tego formularza przy sporządzaniu oferty, pomijając wymogi SIWZ co do tego co kosztorys ofertowy ma zawierać, a co, w przypadku rozliczenia kosztorysowego, jakie jest zastosowane w umowie, co przyznał na rozprawie Odwołujący, jest wymagane. Cechą wynagrodzenia kosztorysowego jest bowiem to, że ma ono charakter wynikowy, tj. jego wysokość jest zależna od rozmiaru rzeczywistego świadczenia wykonawcy, w tym nakładu pracy, sprzętu, materiału.

W związku z tym nie można podzielić stanowiska Odwołującego dotyczące niejasności SIWZ, które, w jego ocenie miały by oznaczać, że nie jest możliwe odrzucenie oferty z uwagi na niespełnienie wymogów SIWZ. W ocenie Izby nie było takich niejasności, co znajduje potwierdzenie również w tym, iż 6 wykonawców złożyło wraz z ofertą kosztorys szczegółowy a jedynie Odwołujący i jeden inny wykonawca, złożyli kosztorysy uproszczone. W sytuacji, gdy Odwołujący miał wątpliwości, jak traktować kosztorys ofertowy zamieszczony na stronie internetowej, który nie jest zgodny z SIWZ i o którym nie ma żadnej wzmianki w SIWZ, powinien, jako profesjonalista, zwrócić się ze stosownym pytaniem do Zamawiającego przed złożeniem oferty. Tym bardziej, że jak sam przyznał na rozprawie, gdyby Zamawiający nie zamieścił wzoru kosztorysu ofertowego na stronie, to można byłoby przyjąć, że złożony przez odwołującego kosztorys nie odpowiada SIWZ.

Zauważenia wymaga, że Odwołujący wiedział po zapoznaniu się z SIWZ, co sam przyznaje w odwołaniu, stwierdzając na str. 4 „*Jak widać z zapisu pkt 22.4.11 Zamawiający wymagał aby wykonawca załączył do oferty kosztorys szczegółowy (..)*”, że Zamawiający oczekiwał złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego szczegółowego. Musiał zatem także wiedzieć jakich informacji w zakresie zbudowania ceny Zamawiający oczekuje, co potwierdza to, że częściowo rozszerzył przedstawione przez siebie informacje w relacji do kosztorysu zamieszczonego na stronie internetowej, dodając na pierwszej stronie stawkę roboczogodziny, której to pozycji w tym formularzu nie było. Nie podał jednakże pozostałych wymaganych przez Zamawiającego informacji, do czego był zobowiązany postanowieniami SIWZ.

Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego że złożenie wraz z ofertą kosztorysu uproszczonego zamiast szczegółowego, stanowi jedynie aspekt formalny i jako taki nie może skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Na skutek złożenia kosztorysu uproszczonego w którym nie ma wszystkich wymaganych w SIWZ informacji, oferta Odwołującego zawiera braki w zakresie elementów merytorycznych oferty, służących m.in. do rozliczenia wykonanych prac, jak również, z uwagi na pkt 22.4.9. - weryfikacji zgodności oferty z SIWZ.

W ocenie Izby, w okolicznościach analizowanej sprawy, rozważania w zakresie ewentualnego aspektu formalnego, tj. co do formy zaprezentowania wymaganych w SIWZ informacji, mając na uwadze zamieszczony na stronie internetowej kosztorys ofertowy, można by było czynić wówczas, gdyby Odwołujący załączając do oferty kosztorys sporządzony metodą uproszczoną (sugerując się jak twierdzi formularzem zamieszczonym na stronie internetowej), dołączył do niego zestawienia zawierające, wymagane w SIWZ, a brakujące w kosztorysie uproszczonym, informacje, w tym szczegółowe nakłady, ilości i ceny jednostkowe dla robocizny, materiałów, sprzętu. Jeśli Odwołujący złożyłby wraz z ofertą wszystkie wymagane w SIWZ informacje, które byłyby jedynie inaczej zaprezentowane, niż tego wymagał Zamawiający, wówczas można byłoby ewentualnie rozważać, czy chodzi jedynie o aspekt formalny oferty. Tak jednak się nie stało. Odwołujący załączył kosztorys, który nie zawiera wszystkich wymaganych informacji w zakresie ceny, które były wymagane w SIWZ. W związku z tym oferta jest niezgodna z treścią SIWZ.

W ocenie Izby twierdzenia Odwołującego, że sporządził kosztorys ofertowy metodą szczegółową, a jedynie wydrukował w formie uproszczonej i w takiej formie załączył do oferty, nie oznaczać wypełnienia wymogów SIWZ, która wymagała nie tylko wykonania kosztorysu ofertowego szczegółowego, ale też załączenia tak wykonanego kosztorysu do oferty, bowiem musi on zawierać elementy opisane w SIWZ. Wynika to jednoznacznie z przywoływanego przez Odwołującego pkt 22.4.8 SIWZ oraz pozostałych postanowień pkt 22, w tym w szczególności pkt 22.4.9, pkt 22.4.11, czy pkt 22.5.

Powyższe wskazuje, że wbrew stanowisku Odwołującego, SIWZ jednoznacznie określa wymogi co do treści oferty oraz informacji, jakie mają być zawarte w szczegółowym kosztorysie ofertowym. Jak wyżej przedstawiono, SIWZ wyraźnie określała wymagania co do kosztorysu ofertowego, którym m.in. zgodnie z oświadczeniem składanym przez wykonawcę na wypełnionym formularzu oferty, miał być kosztorys szczegółowy, którego wymagana zawartość wyraźnie została opisana w SIWZ (m.in. w 22.4.9, 22.5). Natomiast zamieszczenie na stronie kosztorysu, bez wskazania, że stanowi on wzór, ściśle według którego ma być sporządzony kosztorys ofertowy, nie oznacza, że Odwołujący miał podstawę aby samodzielnie przypisać temu kosztorysowi funkcję wzoru do wypełnienia, z pominięciem

jasnych postanowień SIWZ. Gospodarzem postępowania jest Zamawiający i to on określa wymogi co do oświadczeń, jakie mają się znaleźć w ofertach. W analizowanym przypadku Zamawiający jasno określił co ma zawierać szczegółowy kosztorys ofertowy załączony do oferty, a Odwołujący w swojej ofercie oświadczył, że taki składa, chociaż nie odpowiadało to rzeczywistości.

W okolicznościach analizowanej sprawy, wbrew sugestiom Odwołującego, nie wystąpiły niejasności SIWZ, które mogłyby oznaczać wyłączenie możliwości odrzucenia oferty z uwagi na brak wymaganych w niej oświadczeń co do elementów ceny. W związku z tym zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

W konsekwencji nie potwierdził się drugi z zarzutów odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, który stanowi, że *zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*, oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez wybór oferty złożonej przez Zakład Budowlany EKOBUDWA s.c. S. W., W. B.

Odwołujący nie kwestionuje zgodności oferty złożonej przez tego wykonawcę z SIWZ, nie wskazuje ewentualnych podstaw wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, jak również nie wskazuje na czym miałyby polegać naruszenie przez Zamawiającego podstawowych zasad obowiązujących w postępowaniu, w tym zasady równego traktowania wykonawców, ograniczając się do przytoczenia w odwołaniu m.in. brzmienia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz do wskazania, że wybrana oferta zawiera wyższą cenę, niż oferta Odwołującego.

Jak zostało wyżej wykazane, Zamawiający dokonał weryfikacji oferty Odwołującego w oparciu o postanowienia, które zawarł w SIWZ, a które wiążą zarówno wykonawców, jak i Zamawiającego. Nie zostało wykazane przez Odwołującego, na którym w tym zakresie spoczywał ciężar dowodu, stosownie do art. 6 k.c. w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, aby Zamawiający dokonał zmian SIWZ, jak też, aby dokonał zmiany jej interpretacji na etapie badania i oceny ofert. Tym bardziej zatem, nie zostało wykazane, aby uczynił to w sposób wskazujący na nierówne traktowanie wykonawców. Odwołujący nie podniósł w odwołaniu, a w konsekwencji nie wykazał, aby np. oferta wybrana jako najkorzystniejsza zawierała inny kosztorys niż wymagany w SIWZ.

Wyboru najkorzystniejszej oferty dokonuje się z uwzględnieniem jedynie ofert, które nie podlegają odrzuceniu, złożonych przez wykonawców, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: