

Sygn. akt: KIO 1180/21

WYROK
z dnia 22 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 11 czerwca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2021 r. przez **wykonawcę M. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. PIOMAR M. K. z siedzibą w Paczkowie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Powiat Nyski z siedzibą w Nysie**

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. **Kosztami postępowania obciąża wykonawcę M. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. PIOMAR M. K. z siedzibą w Paczkowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M. K. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. PIOMAR M. K. z siedzibą w Paczkowie tytułem wpisu od odwołania.

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 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Powiat Nyski z siedzibą w Nysie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) – dalej „ustawa pzp”, pn. „*Remonty cząstkowe dróg powiatowych- grysami i emulsją*”. Numer postępowania: *IP.272.2.4.2021.RM*. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 marca 2021 r., za numerem 2021/BZP 00015409.

W dniu 19 kwietnia 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca M. K. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. PIOMAR M. K. z siedzibą w Paczkowie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego:

1. z dnia 14 kwietnia 2021 r. r., polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego pomimo braku podstaw do odrzucenia tejże oferty oraz zgodności oferty z warunkami zamówienia, którą to czynnością Zamawiający naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art 16 pkt 1 i 3 ustawy pzp oraz co doprowadziło do wyboru oferty, która nie była najkorzystniejsza.

2. z dnia 14 kwietnia 2021 r. polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty PRZEDSIĘBIORSTWA ROBÓT DROGOWO MOSTOWYCH sp. z o.o., pomimo iż oferta ta nie była najkorzystniejsza w rozumieniu ustawy pzp, czym Zamawiający naruszył przepis art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy pzp.

oraz wobec zaniechania wyjaśnienia treści oferty Odwołującego oraz zaniechania wezwania Odwołującego do przedłożenia kosztorysu ofertowego uwzględniającego stawkę roboczogodziny, zestawienie cen sprzętu i materiałów oraz składników cenotwórczych, pomimo iż uprawnienie i obowiązek do podjęcia takich czynności wynika bezpośrednio z przepisów ustawy pzp, czym Zamawiający naruszył przepis art. 128 ust. 1 oraz 233 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy pzp oraz co doprowadziło do wyboru oferty, która nie była najkorzystniejsza.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

4) wybór oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej;

ewentualnie

nakazanie wykonania przez Zamawiającego czynności polegającej na wezwaniu Odwołującego do przedłożenia kosztorysu ofertowego uwzględniającego stawkę roboczogodziny, zestawienie cen sprzętu i materiałów oraz składników cenotwórczych.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że dnia 14 kwietnia 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, wskazując w tym zakresie na ofertę PRZEDSIĘBIORSTWO ROBÓT DROGOWO MOSTOWYCH sp. z o.o. Zamawiający poinformował również, iż odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. W ocenie Zamawiającego oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Do kosztorysu nie dołączono stawki rg, zestawienia cen sprzętu i materiałów oraz składników cenotwórczych (zapisy SWZ pkt. XIV). Ponieważ kosztorys ofertowy i jego załączniki nie jest dokumentem potwierdzającym spełnienie wymagań określonych przez Zamawiającego, dlatego kosztorysu ofertowego nie można uzupełnić. Nie został on wymieniony wśród dokumentów, których uzupełnienia może żądać Zamawiający w oparciu o zamknięty zakres dokumentów określonych w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30.12.2020r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415) w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy. Uzupełnienie kosztorysu stanowiłoby niedopuszczalną modyfikację oferty w rozumieniu art. 187 ustawy pzp. Zgodnie bowiem z w/w art. niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w opisie potrzeb i wymagań lub SWZ. W ocenie Odwołującego, zarówno odrzucenie jego oferty jak i wybór najkorzystniejszej oferty tj. oferty PRZEDSIĘBIORSTWO ROBÓT DROGOWO MOSTOWYCH sp. z o.o. stanowią czynności niezgodne z przepisami pzp oraz zostały podjęte bez podstawy prawnej i faktycznej, z poniżej wskazanych względów.

Odwołujący przywołał zapisy opisu przedmiotu zamówienia – pkt III SWZ, sposobu obliczenia ceny oferty – pkt XIV SWZ. Dalej wskazał, że podstawę obliczenia ceny ofert stanowił w niniejszym postępowaniu przedmiar robót sporządzony przez Zamawiającego będący załącznikiem do SWZ. W przedmiarze robót Zamawiający uwzględnił wyłącznie pozycję pn. Remonty cząstkowe nawierzchni bitumicznych grysami i emulsją w ciągach dróg powiatowych oraz oszacował ilość ton wbudowanej masy na 390. Jednocześnie Zamawiający w zakresie kosztorysu, który miał zostać załączony do oferty popadł w wewnętrzną sprzeczność: po pierwsze Zamawiający odesłał w zakresie kosztorysu do formularza , którego wzór stanowi załącznik nr 2 do SIWZ rzeczywisty załącznik nr 2 w

niniejszym postępowaniu stanowi zaś oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia. Załącznik w postaci wzoru kosztorysu nie został przez Zamawiającego przygotowany ani udostępniony Wykonawcom. Istotnym pozostaje również, iż Zamawiający odsyła do SIWZ a nie SWZ co świadczy, w ocenie Odwołującego, iż przedmiotowa SWZ stanowi zlepek dokumentacji przetargowej przygotowanej w poprzednich latach w oparciu o nieobowiązującą już ustawę pzp (co stanowi bezpośrednią przyczynę nieścisłości i błędów logicznych). Podstawą obliczenia ceny ofert jest przedmiar robót, który stanowi załącznik do SIWZ - tu znów Zamawiający odsyła do SIWZ a nie SWZ, niemniej przedmiar robót został już w rzeczywistości wykonawcom udostępniony. Jak już podkreślono w przedmiarze robót Zamawiający uwzględnił wyłącznie pozycję pn. Remonty częściowe nawierzchni bitumicznych grysami i emulsją w ciągach dróg powiatowych oraz oszacował ilość ton wbudowanej masy na 390. Skoro więc podstawą obliczenia ceny jest przedmiar robót, to w kosztorysach ofertowych Wykonawcy winni uwzględnić wyłącznie pozycję pn. Remont częściowy nawierzchni bitumicznych grysami i emulsją, jednostkę (zgodnie z przedmiarem w tonach), stawkę jednostkową (za tonę), ilość (zgodnie z przedmiarem 390 ton) oraz wartość za 390 ton netto i brutto. Pomimo powyżej wskazanych okoliczności Zamawiający (w ocenie Odwołującego omyłkowo) postanowił, że kosztorys ofertowy, o którym mowa powyżej należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji z podaniem: zestawienia materiałów wraz z cenami, zestawienia cen sprzętu, robocizny i składników cenotwórczych przy zachowaniu następujących założeń: Zakres robót, który jest podstawą do określenia ceny musi być zgodny z zakresem robót określonym w przedmiarze robót. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji, dla których podano ilości uwzględniając opisy i zakresy tych pozycji określone w Specyfikacjach Technicznych. Wyliczone w kosztorysie ofertowym wartości netto za wykonanie poszczególnych pozycji należy zsumować w pozycji: razem wartość (netto) i doliczając podatek VAT (23%) wyliczyć cenę ofertową brutto dla całości zamówienia. Tymczasem podstawą wyliczenia ceny ofertowej jest stawka za 1 tonę wbudowanej masy. Również wzajemne rozliczenia stron zawartej umowy o zamówienie publiczne mają odbywać się na podstawie uzgodnionych cen jednostkowych wyszczególnionych w kosztorysie ofertowym Wykonawcy, zaakceptowanym przez Zamawiającego oraz ilości wykonanych i odebranych robót według obmiaru (§ 4 ust. 2 projektu umowy). Abstrahując więc od kwestii nieścisłości SWZ, jego błędów oraz braku konsekwencji Zamawiającego, Odwołujący podkreślił, iż stawka roboczogodziny, zestawienie cen sprzętu i materiałów oraz składników cenotwórczych pozostają irrelewantne w zakresie celu przedmiotowego zamówienia publicznego oraz możliwości oceny ofert złożonych w postępowaniu. Upraszczając, z treści dokumentacji przetargowej jednoznacznie wynika, iż Zamawiającego interesowały

zasadniczo dwie kwestie, tj. całkowity koszt 1 tony materiału oraz udzielony okres gwarancji. Zamawiający nie przewiduje rozliczenia z Wykonawcą w oparciu o użyty sprzęt, o ilość wypracowanych roboczogodzin czy inne składniki cenotwórcze. A z uwagi na takie rzekome braki w kosztorysie Zamawiający odrzucił ofertę Pani M. K. . W ocenie Odwoływającego, złożona przez niego oferta była kompletna, zaś kosztorys załączony do oferty spełniał wszystkie wprost i jednoznacznie wyartykułowane wymagania Zamawiającego. Oferta poddawała się ocenie, zaś wybór oferty Odwoływającego mógł doprowadzić do skutecznego i zgodnego z wymaganiami Zamawiającego zawarcia umowy na realizację zadania. Odwoływający podał bowiem w ofercie cenę ofertową brutto — 142.950,60 zł (zgodnie z oświadczeniem cenę zawierającą wszelkie koszty jakie Wykonawca poniesie w związku z realizacją zamówienia, określił okres udzielonej gwarancji (2 lata) wraz z ofertą złożył wszystkie wymagane przepisami prawa oraz określone w SWZ dokumenty, w tym kosztorys zawierający pozycję określoną w przedmiarze robót, jednostkę miary robót (tona), stawkę jednostkową w złotych, ilość ton wynikającą z przedmiaru sporządzonego przez Zamawiającego oraz wartość brutto i netto oferty.

Odwoływający wskazał, że powszechnie przyjętą w praktyce zamówień publicznych zasadą jest interpretacja wszelkich niejasności, dwuznaczności i niezgodności postanowień SIWZ na korzyść wykonawcy. Odwoływający powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 6 czerwca 2018 r., sygn. akt KIO 985/18, wyrok Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 10 maja 2017 r., sygn. akt VIII Ga 43/17, wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 18 marca 2015 r., III Ca 70/15, wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2014 r., sygn. akt: KIO 1557/14, wyrok KIO z dnia 7 października 2013 r., sygn. akt: KIO 2260/13, wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 10 lipca 2015 r., sygn. akt: I C 2/15, wyrok KIO z dnia 25 stycznia 2021 r. sygn. KIO 3426/20, wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2021 r. sygn. KIO 3347/20.

Niezależnie od powyższych rozważań, z daleko posuniętej ostrożności procesowej, Odwoływający wskazał, iż z uwagi na nieścisłości zawarte w SWZ Zamawiający miał możliwość konwalidowania swoich błędów poczynionych na etapie sporządzania SWZ. Jeśli rzeczywiście wymagał szczegółowego kosztorysu (co w ocenie Odwoływającego nie wynika jednoznacznie z zapisów SWZ), który i tak nie wpływa bezpośrednio na kształt i skuteczność ofert, winien zastosować art. 128 ust. 1 ustawy pzp. W przywołanym przepisie mowa jest również o innych dokumentach lub oświadczeniach składanych w postępowaniu, stąd wadliwa pozostaje argumentacja Zamawiającego w zakresie braku możliwości wezwania wykonawcy do uzupełnienia kosztorysu ofertowego. W ocenie Odwoływającego, mając na względzie treść art. 233 ust. 1 oraz art. 128 ust. 1 ustawy pzp oraz stan faktyczny niniejszej sprawy, Zamawiający w sposób nieuprawniony zaniechał wyjaśnienia treści oferty

Odwołującego oraz uniemożliwił jej uzupełnienie w trybach przewidzianych ustawą, przed jej odrzuceniem.

Pismem z dnia 8 czerwca 2021 r. Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy pzp, z uwagi na nieotrzymanie kopii odwołania. Zamawiający pomimo prawidłowego powiadomienia nie stawiał się na posiedzenie i rozprawę.

Do zarzutu nieprzekazania kopii odwołania odniósł się Odwołujący w piśmie z dnia 6 maja 2021 r. wskazując na jego niezasadność i przedkładając dowody na poparcie swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła oddalić wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy pzp, stwierdzając że Odwołujący przekazał odwołanie Zamawiającemu w sposób prawidłowy, zgodny z art. 514 ust. 2 ustawy pzp.

W zakresie wniosku o odrzucenie odwołania Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W dniu 28 kwietnia 2021 r. Zamawiający poinformował Krajową Izbę Odwoławczą, że nie otrzymał kopii wniesionego odwołania.

Izba ustaliła, że do odwołania zostało dołączone potwierdzenie przekazania wniesionego odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu – wiadomość e-mail z dnia 19 kwietnia 2021 r., godz. 16:57 wysłana przez pełnomocnika Odwołującego M. S. na adres: zamowienia.publiczne@powiat.nysa.pl oraz kopia ukryta do: I. <l.@versus-kancelaria.pl>, "piomar.@op.pl" <piomar.@op.pl>.

Izba ustaliła również, że w ogłoszeniu o zamówieniu w pkt 1.5.9 Zamawiający podał adres poczty elektronicznej: zamowienia.publiczne@powiat.nysa.pl

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 6 maja 2021 r. Zamawiający potwierdził prawidłowość ww. adresu e-mail, jednocześnie podkreślając ponownie, że nie otrzymał na wskazany adres e-mail kopii odwołania.

Pismem z dnia 6 maja 2021 r. Odwołujący wskazał, że odwołanie zostało przekazane na właściwy adres e-mail, oświadczył, że nie otrzymał żadnej informacji o błędzie w wysłaniu czy dostarczeniu wiadomości i przedłożył dowody:

- potwierdzenie dostarczenia wiadomości e-mail z dnia 19 kwietnia 2021 r. r.pr. M. L.,
- logi serwera, z których wynika, że o 16:57:27 wysyłanie wiadomości m.in. na adres zamowienia.publiczne@powiat.nysa.pl zostało zakończone,
- wezwanie do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą kierowane do wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza z dnia 26 kwietnia 2021 r.,
- źródło wiadomości e-mail z dnia 19 kwietnia 2021 r.

W myśl art. 528 pkt 6 ustawy pzp: *„Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że: odwołujący nie przekazał zamawiającemu odpowiednio odwołania albo jego kopii, zgodnie z art. 514 ust. 2.”*

Zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy pzp: *„Odwołujący przekazuje zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.”*

W ocenie Izby, mając na względzie przedłożone dowody, nie ulega wątpliwości, że odwołanie zostało przekazane zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy pzp. Jak wynika z ustalonego stanu faktycznego, adres e-mail, na który zostało przekazane odwołanie był prawidłowy, potwierdził to również Zamawiający. Natomiast z logów serwera można odczytać, że wiadomość dotarła do odbiorcy (Zamawiającego): 19 kwietnia 2021 r. o godz. 16:57:27 pojawia się status „Completed” czyli „zakończone”. Odwołujący przedstawił również potwierdzenie otrzymania wiadomości przez radcę prawnego, do którego została przekazana jej ukryta kopia. Wszystkie te okoliczności potwierdzają, że odwołanie zostało przekazane Zamawiającemu przed upływem terminu na jego wniesienie. Zgodnie z art. 61 par 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r., Kodeks cywilny (t. j. Dz. U. z 2020, poz. 1740 z późn. zm.): *„Oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią.”* Ponadto, art. 514 ust. 3 ustawy pzp stanowi: *„Domniemywa się, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed*

upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.” W ocenie Izby złożone dowody potwierdzają, że Odwołujący wprowadził odwołanie wraz z załącznikami do systemu w taki sposób, że Zamawiający mógł się zapoznać z jego treścią. Domniemanie to mógł obalić Zamawiający przedstawiając dowody przeciwnie. Zamawiający nie skorzystał jednak ze swojego uprawnienia, co więcej nie stawiał się na wyznaczone posiedzenie i rozprawę, pomimo prawidłowego powiadomienia. Mając na względzie powyższe, Izba postanowiła oddalić wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Mając na względzie, że Zamawiający nie przekazał kopii odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z art. 524 ustawy pzp, do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie wynikającym z art. 525 ustawy pzp żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, pisma Zamawiającego składane w sprawie do Krajowej Izby Odwoławczej, pismo Odwołującego z dnia 6 maja 2021 r. wraz z załącznikami.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z pkt III SWZ: OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA: „1. *Przedmiotem zamówienia jest: „Remonty częściowe dróg powiatowych- grysami i emulsją” w ilości 390 ton. Do wykonania remontów częściowych należy stosować kruszywa bazaltowe płukane. - Grysy bazaltowe 2-5, - Grysy bazaltowe 5-8 - Kationowa emulsja asfaltowa modyfikowana polimerami. Remont nawierzchni rozliczony będzie następująco: Wyliczona będzie wartość wbudowanej masy z zastosowaniem ceny obliczonej na podstawie: Ceny jednostkowej za 1 tonę/masy + podatek VAT 23%. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera: 1) Przedmiar robót, 2) Specyfikacja techniczna, wykonania i odbioru robót budowlanych w części budowlanych, obejmujące wymagania w zakresie właściwości materiałów, wymagania dotyczące sposobu wykonania i oceny prawidłowości wykonania poszczególnych robót. (...)*

4. Warunki rozliczenia wykonania przedmiotu zamówienia. 1. Za wykonanie przedmiotu umowy w zakresie określonym w pkt. III strony ustalają wynagrodzenie kosztorysowe (wstępne) Wykonawcy na kwotę zł brutto (w tym podatek VAT) zgodnie z załączonym do oferty kosztorysem ofertowym. 2. Ostateczne wynagrodzenie Wykonawcy zostanie ustalone na podstawie cen jednostkowych wyszczególnionych w kosztorysie ofertowym Wykonawcy, zaakceptowanym przez Zamawiającego oraz ilości faktycznie wykonanych i odebranych robót według obmiaru sporządzonego po zakończeniu prac, sprawdzonego przez Inspektora nadzoru i zatwierdzonego przez Zamawiającego. 3. Ceny jednostkowe podane w kosztorysie ofertowym Wykonawcy nie podlegają waloryzacji w okresie realizacji niniejszej umowy.”

Zgodnie z pkt XIII SWZ: OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERT ORAZ WYMAGANIA FORMALNE DOTYCZĄCE SKŁADANYCH OŚWIADCZEŃ I DOKUMENTÓW: „3. Ofertę składa się na Formularzu Ofertowym –zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SWZ. Wraz z ofertą Wykonawca jest zobowiązany złożyć: (...) 4) kosztorys ofertowy.”

W myśl pkt XIV SWZ: SPOSÓB OBLICZENIA CENY OFERTY: „1. Wykonawca podaje cenę za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem Formularza Ofertowego, stanowiącego Załącznik do SWZ. 2. Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz projektowanymi postanowieniami umowy określonymi w niniejszej SWZ. Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o kosztorys ofertowy sporządzony na formularzu, którego wzór stanowi załącznik nr 2 do SIWZ. Podstawą obliczenia ceny ofert jest przedmiar robót, który stanowi załącznik do SIWZ. Kosztorys ofertowy, o którym mowa powyżej należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji z podaniem: zestawienia materiałów wraz z cenami, zestawienia cen sprzętu, robocizny i składników cenotwórczych przy zachowaniu następujących założeń: Zakres robót, który jest podstawą do określenia ceny musi być zgodny z zakresem robót określonym w przedmiarze robót. Wykonawca określi ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji, dla których podano ilości uwzględniając opisy i zakresy tych pozycji określone w Specyfikacjach Technicznych. Wyliczone w kosztorysie ofertowym wartości netto za wykonanie poszczególnych pozycji należy zsumować w pozycji: razem wartość (netto) i doliczając podatek VAT (23%) wyliczyć cenę ofertową brutto dla całości zamówienia. (...) 5. Kosztorys ofertowy należy sporządzić zgodnie z przedmiarem robót, zachowując kolejność pozycji przedmiaru. Kosztorys ofertowy musi być sporządzony jako wypełnienie przedmiaru robót, z tym, że dopuszcza się zastosowanie innej katalogowej podstawy wyceny niż podana w przedmiarze- zakres i technologia wycenionych robót musi odpowiadać zakresowi i technologii robót określonych w danej pozycji przedmiaru. (...) 6.

Wyliczona cena oferty brutto będzie służyć do porównania złożonych ofert i do rozliczenia w trakcie realizacji zamówienia.”

W SZCZEGÓŁOWEJ SPECYFIKACJI TECHNICZNEJ D – 05.03.17 REMONT CZĄSTKOWY NAWIERZCHNI BITUMICZNYCH EMULSJĄ I GRYSAMI zostały opisane m.in.: RODZAJE MATERIAŁÓW DO WYKONYWANIA CZĄSTKOWYCH REMONTÓW NAWIERZCHNI BITUMICZNYCH, SPRZĘT, TRANSPORT, WYKONANIE ROBÓT, oraz w pkt 9 PODSTAWA PŁATNOŚCI: „9.1. Ogólne ustalenia dotyczące podstawy płatności Zgodnie z umową 9.2. Cena jednostki obmiarowej. Cena wykonania 1m2 remontu cząstkowego nawierzchni z ew. uszczelnieniem spękań obejmuje: - prace pomiarowe i roboty przygotowawcze, - oznakowanie robót, - wywóz odpadów, - dostarczenie materiałów i sprzętu na budowę, - wykonanie naprawy zgodnie z dokumentacją projektową i SST, - pomiary i badania laboratoryjne, - odtransportowanie sprzętu z placu budowy.

Zgodnie z par. 4 ust. 2 projektu umowy: *„Strony ustalają, że za wykonanie przedmiotu umowy Zamawiający zapłaci wynagrodzenie na podstawie uzgodnionych cen jednostkowych wyszczególnionych w kosztorysie ofertowym Wykonawcy, zaakceptowanym przez Zamawiającego oraz ilości wykonanych i odebranych robót według obmiaru.”*

Odwołujący przedłożył wraz z ofertą kosztorys ofertowy, w którym wskazał jedną pozycję: *„Remont cząstkowy dróg powiatowych Powiatu Nyskiego grysami i emulsją asfaltową”*, Jednostkę tonę, podał stawkę jednostkową w zł netto, wartość netto, VAT i wartość brutto.

PRZEDSIĘBIORSTWO ROBÓT DROGOWO MOSTOWYCH sp. z o.o. złożyło kosztorys ofertowy opracowany przy pomocy programu NORMA STD, w którym wykonawca wykazał wartość ogółem robót, cenę jednostkową oraz przedstawił wartość sprzętu, materiałów i robocizny.

W podobny sposób został opracowany kosztorys ofertowy złożony przez Wykonawcę P.U.H. "DOMAX" A. M. . Oferta ta została jednak odrzucona z uwagi na złożenie kosztorysu na inne zadanie.

Zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 14 kwietnia 2021 r. oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wskazał: *„Na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) oferta podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Do kosztorysu nie dołączono stawki rg, zestawienia cen sprzętu i materiałów oraz składników cenotwórczych (zapisy SWZ pkt. XIV). Ponieważ kosztorys ofertowy i jego załączniki nie jest dokumentem potwierdzającym spełnienie wymagań określonych przez Zamawiającego, dlatego kosztorysu ofertowego nie można uzupełnić. Nie został on wymieniony wśród*

dokumentów, których uzupełnienia może żądać Zamawiający w oparciu o zamknięty zakres dokumentów określonych w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 30.12.2020r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2415) w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy. Uzupełnienie kosztorysu stanowiłoby niedopuszczalną modyfikację oferty w rozumieniu art. 187 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z w/w art. niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w opisie potrzeb i wymagań lub SWZ.”

W myśl art. 16 ustawy pzp: *„Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.”*

Artykuł 128 ust. 1 ustawy pzp stanowi: *„Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.”*

Zgodnie z art. 187 ustawy pzp: *„W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców uszczerłowania, wyjaśnienia i ulepszenia treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych, z tym że niedopuszczalne jest dokonywanie istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w opisie potrzeb i wymagań lub SWZ.”*

Artykuł 223 ust. 1 ustawy pzp stanowi: *„W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.”*

Zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy pzp: *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.”*

Artykuł 239 ust. 1 ustawy pzp stanowi: *„Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.”*

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była kwestia prawidłowości czynności odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na złożenie kosztorysu ofertowego niezgodnego z warunkami

SWZ. W ocenie Izby Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego z następujących powodów.

Po pierwsze, mając na względzie treść SWZ nie ulega wątpliwości, że kosztorys ofertowy został przygotowany przez Odwołującego w sposób nieodpowiadający wymaganiom Zamawiającego. Zamawiający wskazał jakiego typu kosztorysu oczekuje – kosztorys przygotowany metodą uproszczoną oraz co powinien zawierać: zestawienie materiałów wraz z cenami, zestawienie cen sprzętu, robocizny i składników cenotwórczych. Postanowienia te są jednoznaczne, zostały wyboldowane, a wskazane przez Odwołującego nieścisłości w treści SWZ, jak niedołączenie wzoru kosztorysu czy odniesienie do kolejnych pozycji przedmiaru, podczas gdy przedmiar posiada tylko jedną pozycję, nie wpływają w ocenie Izby na wymaganie dotyczące zawartości kosztorysu, który wykonawcy byli zobowiązani złożyć wraz z ofertą. Zaznaczyć należy, że Zamawiający nie miał obowiązku załączenia wzoru kosztorysu. Zapis dotyczący dołączenia takiego wzoru do SWZ w formie zał. nr 2 należało uznać za omyłkowy. Jeśli jednak Odwołujący miał wątpliwości w tym zakresie mógł zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ, czego jednak nie uczynił. W ocenie Izby dla profesjonalnego wykonawcy branży budowlanej sporządzenie kosztorysu określoną metodą nie powinno stanowić problemu. Wskazać należy, że również postanowienie dotyczące zgodności zakresu robót ujętych w kosztorysie z zakresem robót określonym w przedmiarze robót nie uzasadnia złożenia kosztorysu w takim kształcie jak to uczynił Odwołujący. Oczywistym jest, że na zakres robót, jakim jest „Remont częściowy dróg powiatowych Powiatu Nyskiego grysami i emulsją asfaltową” składa się kilka składników cenotwórczych, jak materiały, koszty pracy czy sprzętu. Wykonawca kalkulując roboty budowlane musi mieć te składniki ceny na uwadze, dlatego też niezasadne jest tłumaczenie Odwołującego, że skoro jest jedna pozycja w przedmiarze robót to nie można było dokonać rozbicia cenowego zgodnego z żądaniem Zamawiającego. Ponadto, składniki cenotwórcze dla przedmiotowej roboty budowlanej zostały opisane w Specyfikacji technicznej dołączonej do SWZ. Na uwzględnienie nie zasługuje również argumentacja dotycząca przyszłych rozliczeń przedmiotowych robót budowlanych, które zgodnie z umową będą rozliczane po cenie jednostkowej za tonę, co uzasadniałoby prawidłowość złożonego przez Odwołującego kosztorysu. Jeśli Odwołujący uważał, że żądanie w tym postępowaniu przedstawienia składników cenotwórczych było niezasadne i nadmierne mógł zgłosić te wątpliwości w trakcie ogłoszonego postępowania. Na obecnym etapie Zamawiający jest zobowiązany działać zgodnie z ustalonymi w SWZ postanowieniami. Warto również wskazać, że pozostali Wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu w tożsamy sposób odczytali postanowienia SWZ i przedstawili kalkulację metodą uproszczoną zawierającą wymagane przez Zamawiającego pozycje cenowe. Co prawda oferta Wykonawcy DOMAX

została odrzucona jednak odrzucenie nie dotyczyło nieprawidłowości w kalkulacji ceny oferty a złożenia kosztorysu nie dotyczącego zadania będącego przedmiotem postępowania. Nie jest więc tak jak twierdzi Odwołujący, że złożenie błędnego kosztorysu było skutkiem niejednoznacznych postanowień SWZ. W ocenie Izby Odwołujący dokonał własnej, subiektywnej i błędnej interpretacji postanowień SWZ, uznając że kosztorys ofertowy w formie wymaganej w SWZ nie będzie potrzebny do rozliczenia stron umowy i w konsekwencji zignorował jasne postanowienie SWZ w zakresie wymagań co do zawartości złożonego wraz z ofertą kosztorysu.

W ocenie Izby nie jest możliwe konwalidowanie oferty Odwołującego w sposób wskazany w odwołaniu. Zaznaczyć należy, że wobec tak ukształtowanych postanowień SWZ Zamawiający podniósł rangę kosztorysów do rangi obligatoryjnych elementów treści oferty (postanowienie pkt XIII SWZ). Wbrew stanowisku Odwołującego dyspozycja art. 128 ustawy pzp, nie dotyczy możliwości uzupełnienia dokumentów stanowiących treść oferty. Przepis ten stanowi przede wszystkim o podmiotowych środkach dowodowych oraz innych dokumentach i oświadczeniach składanych w postępowaniu, które szczegółowo określa Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r., (Dz. U. z 2020 r., poz. 2415) w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy. Granicę możliwości poprawy treści oferty stanowi art. 233 ustawy pzp wskazując na wyjaśnienie czy poprawy omyłek, które jednak nie mogą prowadzić do dokonywania jakiegokolwiek zmiany w treści oferty. Skoro zatem informacje dotyczące wyceny sprzętu, materiałów, kosztów roboczogodziny w ogóle nie znalazły się w treści oferty Odwołującego to jakiegokolwiek wyjaśnienia w tym zakresie prowadziłyby do niedozwolonej zmiany, a dokładnie do wprowadzenia do oferty całkiem nowych danych. Dlatego też Izba uznała uzasadnienie Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego wskazujące na brak możliwości uzupełnienia treści oferty za prawidłowe.

Mając na względzie powyższe Izba stwierdziła, że Zamawiający nie naruszył art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp odrzucając ofertę Odwołującego oraz art. 128 ustawy pzp nie wzywając Odwołującego do uzupełnienia/wyjaśnienia brakujących elementów oferty.

W konsekwencji Izba uznała za niezasadne pozostałe zarzuty odwołania naruszenia art. 16 ustawy pzp oraz art. 239 ustawy pzp.

Izba nie rozpoznała zarzutu dotyczącego treści oferty złożonej przez wykonawcę PRZEDSIĘBIORSTWO ROBÓT DROGOWO MOSTOWYCH sp. z o.o. i błędów w kosztorysie ofertowym tego Wykonawcy, uznając go za spóźniony bowiem został sformułowany dopiero na rozprawie. Wskazanie w odwołaniu jako zaskarżonej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty nie jest wystarczające dla uznania, że Odwołujący jest

uprawniony następnie podnosić zarzuty względem oferty wybranej w nieograniczonym zakresie. Zaznaczyć należy, że zarzuty i żądania odwołania powinny zostać przedstawione w odwołaniu wraz z okolicznościami faktycznymi i prawnymi uzasadniającymi wniesienie odwołania, o czym stanowi art. 516 ust. 1 pkt 8-10 ustawy pzp. Tym samym, stwierdzenie w odwołaniu, że oferta nie powinna zostać wybrana nie wyczerpuje normy prawidłowego sformułowania zarzutu względem oferty Wykonawcy PRZEDSIĘBIORSTWO ROBÓT DROGOWO MOSTOWYCH sp. z o.o. Izba zgodnie z art. 555 ustawy pzp nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 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 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący: