

Warszawa, dnia 31 sierpnia 2020 r.

**Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej**

Urząd Zamówień Publicznych w Warszawie
ul. Postępu 17A, 02 – 676 Warszawa
Tel.: +48 22 458 78 01
Faks: +48 22 458 78 00
Adres e-mail: odwolania@uzp.gov.pl

Odwołujący: Wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego („Konsorcjum WEGNER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. i Healthcare Building Solutions Sp. z o.o.”):

**WEGNER Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
Spółka komandytowa**
(Lider Konsorcjum)
- reprezentująca Konsorcjum i Partnera
ul. Bukowska 177, 60-196 Poznań
Telefon: +48 61 468 15 49
Adres e-mail: przetargi@wegner.pl

Healthcare Building Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (Partner Konsorcjum)
ul. Bukowska 177, 60-196 Poznań
Telefon: +48 61 468 15 49
Adres e-mail: biuro@grupahbs.pl

Adres do doręczeń:

radca prawny Jarosław Myśko

**Kancelaria Prawa Zamówień Publicznych
Jarosław Myśko**
ul. Tęczowa 5A, 72 – 006 Mierzyn
Tel.: +48 501 675 102
Adres e-mail: jaroslaw@mysko.pl

**Zamawiający: Uniwersytet Technologiczno-Przyrodniczy
im. Jana i Jędrzeja Śniadeckich w Bydgoszczy**
Al. Prof. S. Kaliskiego 7, 85-796 Bydgoszcz
Telefon: +48 89 541 30 93
Porozumiewanie za pośrednictwem platformy zakupowej:
<https://platformazakupowa.pl/pn/utp>

ODWOŁANIE
wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie

przetargu nieograniczonego, o wartości szacunkowej powyżej równowartości 5.548.000 euro na wykonanie robót budowlanych pn.: „Budowa budynku dydaktycznego dla potrzeb Uniwersytetu Technologiczno-Przyrodniczego w Bydgoszczy” – postępowanie o numerze referencyjnym nadanym przez Zamawiającego: AZZP.243.030.2020 (zwane dalej: „Postępowaniem”)

Na podstawie art. 180 i nast. ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 – dalej: „ustawa PZP”), działając w imieniu i na rzecz Konsorcjum WEGNER Sp. z o.o. Sp.k. i Healthcare Building Solutions Sp. z o.o. (zwanego dalej „Odwołującym”), pełnomocnictwa w załączeniu, niniejszym pismem składam

ODWOŁANIE

wobec czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu z zaniechaniem odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę – BUDIMEX Spółki akcyjnej w Warszawie (dalej „BUDIMEX”).

Decyzji Zamawiającego zarzucam naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 89 ust. 1 pkt 6, art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia złożonej w Postępowaniu oferty BUDIMEX pomimo tego, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ), zawiera błędy w obliczeniu ceny, co jednocześnie świadczy o przeprowadzeniu Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając powyższe na uwadze zgłaszam żądanie:

- 1) unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez BUDIMEX;
- 2) nakazania powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) nakazania odrzucenia oferty BUDIMEX na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP;
- 4) uznania oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty złożonej w Postępowaniu.

Zwięzłe przytoczenie zarzutów

oraz
okoliczności faktycznych i prawnych
uzasadniających wniesienie odwołania:

1. Interes we wniesieniu odwołania:

Zamawiający wszczął Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego poprzez publikację Ogłoszenia o zamówieniu w dniu 30 kwietnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr Dz.U./S S85 200197-2020-PL. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy PZP.

Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż jest wykonawcą zdolnym do jego wykonania, który złożył ofertę, która powinna zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Odwołujący domaga się nakazania Zamawiającemu dokonania czynności, w wyniku których oferta BUDIMEX, wadliwie uznana aktualnie za najkorzystniejszą, ulegnie odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP. W konsekwencji druga pod względem kryteriów oceny ofert oferta Odwołującego, która nie podlega odrzuceniu, może zostać uznana za najkorzystniejszą. Oznacza to, że Odwołujący, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP, może ponieść realną szkodę w postaci nie uzyskania zamówienia, które ma możliwość uzyskać.

Jak wskazano w wyroku z dnia 9 stycznia 2009 r. Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych (KIO/UZP 1493/08): „Interes prawny może być rozumiany, bądź jako możliwość uznania oferty złożonej przez wykonawcę za najkorzystniejszą w postępowaniu i zawarcia przez wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego (interes prawny sensu stricto) lub mieć swe uzasadnienie we wnoszeniu środków prawnych w celu zapewnienia prawidłowości postępowania o udzielenie zamówienia prowadzącym do skutku w postaci zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego zgodnie z prawem, nawet jeśli zawarcie umowy nastąpi z innym wykonawcą (interes prawny sensu largo).”

Powyższe orzeczenie ma zastosowanie także do interesu w uzyskaniu zamówienia w

stanie faktycznym przedmiotowej sprawy. Odwołujący winien bowiem wykazać, w aktualnie obowiązującym stanie prawnym, we wnoszonym odwołaniu, że „*ma interes w uzyskaniu danego zamówienia*” oraz „*może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy PZP*”. W trakcie Postępowania Zamawiający zaniechał prawidłowego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP i dokonał wyboru oferty BUDIMEX jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta ta winna ulec odrzuceniu. Dokonany wybór najkorzystniejszej oferty odbył się z naruszeniem przepisów ustawy PZP, które negatywnie skutkuje w sferze interesów Odwołującego, który nie może uzyskać zamówienia w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP.

Mając powyższe na uwadze, Odwołującemu przysługuje interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia w ścisłym tego słowa znaczeniu (*sensu stricto*), albowiem zaniechanie odrzucenia oferty BUDIMEX pozbawia Odwołującego zamówienia.

2. Zarzuty oraz okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania:

2.1.

Zgodnie z SIWZ (Rozdział XIV. Pkt 2 lit. e) oferta musi pod rygorem nieważności zawierać załącznik w postaci wypełnionej Tabeli Elementów Rozliczeniowych (dalej również: „TER”) według zasad opisanych w Załączniku nr 8 – Opis przedmiotu zamówienia. Powyższe potwierdza postanowienie § 1 ust. 2 *in fine* oraz § 3 ust. 2 zdanie pierwsze wzoru umowy (załącznika nr 9 do SIWZ), zgodnie z którym TER wchodzi w zakres oferty wykonawcy.

Również w SIWZ (Rozdział XVII. Sposób obliczenia ceny, pkt 4) ustalono, iż cenę ryczałtową należy podzielić na elementy rozliczeniowe w TER według zasad opisanych w Załączniku nr 8 – Opis przedmiotu zamówienia.

Powyższe potwierdzono w stanowiącej wyjaśnienia SIWZ odpowiedzi na pytanie nr 7, gdzie podano, iż „*Zasady wypełniania TER zamieszczono w Załączniku nr 8 OPZ p. 3.4.*”

Zgodnie natomiast z Opisem przedmiotu zamówienia:

- część 3, pkt 3.4.1 ppkt 3: „*Podstawą płatności jest kwota ryczałtowa, skalkulowana przez Wykonawcę w Wycenionej Tabeli Elementów Rozliczeniowych dla danej*

pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych.”;

- część 3, pkt 3.4.1 ppkt 4: „Kwota ryczałtowa danej pozycji winna uwzględniać wszystkie materiały, czynności, wymagania i badania niezbędne do właściwego wykonania i odbioru Robót wycenionych w danej pozycji bez względu na to, czy zostało to szczegółowo wymienione w Specyfikacjach Technicznych i Tabeli Elementów Rozliczeniowych czy też nie.”;
- część 3, pkt 3.4.1 ppkt 5: „Roboty opisane w każdej pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych winny być wykonywane w sposób kompletny opisany w Specyfikacjach Technicznych, z zachowaniem jakości i zgodnie z wymaganiami IZ. W taki sposób Roboty będą odbierane. Wartość podana w każdej pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych jako cena jednostkowa pokrywa wszystkie wymogi kompletnego wykonania prac niezależnie od tego czy są one szczegółowo, czy nie opisane w dokumentach Kontraktu.”;
- część 3, pkt 3.4.1 ppkt 6: „Kwoty ryczałtowe i wartości pozycji wprowadzone do Tabeli Elementów Rozliczeniowych dla danych Robót muszą pokrywać koszt danych Robót wykonanych jak pokazano w Dokumentacji projektowej i opisano w Specyfikacji oraz wszelkie koszty wynikłe i związane, jak też wydatki włączając te, które są w związku z (...)”;
- część 3, pkt 3.4.1 ppkt 9: „Stosowne kwoty ryczałtowe muszą być podane dla każdej pozycji TER. Niekompletne wypełnienie TER może być wystarczającym powodem dla odrzucenia oferty.”;
- część 3, pkt 3.4.1 ppkt 10: „Uważa się, że kwoty ryczałtowe wprowadzone dla każdej pozycji pokrywają wszystko co jest konieczne dla całkowitego i poprawnego wykonania przedmiotowych(ej) Robót(y).”

Powyższe zostało uzupełnione w wyjaśnieniach SWIZ zawartych w odpowiedzi Zamawiającego na pytanie nr 155, gdzie podano: „Zamawiający wyjaśnia, że wartość świadczenia Wykonawcy w ramach danej pozycji Tabeli Elementów Rozliczeniowych nie może być nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wycenę pozycji w sposób odmienny od jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie będącą ceną rynkową, tzn., że generalnie nie występującą na rynku, na którym ceny wyznaczane są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających.”

W stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ wzorze umowy dodatkowo podano, iż **TER** stanowi:

- **integralną część umowy, według której ma zostać wykonany przedmiot tej umowy, tj. przedmiotowe zamówienie** (postanowienie § 1 ust. 2 *in fine* wzoru umowy);
- podstawę podziału poszczególnych pozycji składających się na wynagrodzenie (§ 2 ust. 1 *in fine* wzoru umowy);
- **podstawę określenia wartości robót zaniechanych w przypadku zmniejszenia zakresu przedmiotu umowy** (tj. przedmiotowego zamówienia) **lub rezygnacji z określonych robót** (§ 2 ust. 10 wzoru umowy);
- **podstawę rozliczania za realizację przedmiotu umowy** (postanowienia § 3 ust. 2-4 oraz ust. 12 wzoru umowy);
- podstawę uznania zakończenia danego zakresu robót (postanowienie § 3 ust. 10 wzoru umowy);
- **podstawę sporządzania kosztorysów robót dodatkowych, zaniechanych lub zamiennych** (postanowienia § 3 ust. 24 i 25 wzoru umowy);
- podstawę sporządzenia harmonogramu rzeczowo-finansowego i płatności (postanowienie § 4 ust. 4 wzoru umowy);
- podstawę sporządzenia Wniosku o płatność, którego złożenie warunkuje rozpoczęcie czynności odbiorowych (§ 8 ust. 2 pkt 1 zdanie pierwsze wzoru umowy);
- **podstawę określenia maksymalnego wynagrodzenia podwykonawcy za zakres robót w niej określony** (§ 9 ust. 1 *in fine* wzoru umowy);
- **podstawę określenia wartości zrealizowanych robót w kosztorysie powykonawczym w przypadku odstąpienia od umowy** (§ 13 ust. 12 pkt 1 wzoru umowy).

Jednocześnie należy podkreślić, iż zgodnie z § 3 ust. 2 zdanie drugie wzoru umowy możliwe jest jedynie doszczegółowienie TER bez zmiany poszczególnych, odpowiednich wartości z niej wynikających, co oznacza, iż niemożliwe jest uzupełnienie niewycenionych pozycji.

Dowód: - ogłoszenie o zamówieniu z dnia 30 kwietnia 2020 r.;

- SIWZ wraz z załącznikami;

- wyjaśnienia treści SIWZ.

Tymczasem w załączonej do oferty BUDIMEX Tabeli Elementów Rozliczeniowych nie wyceniono pozycji 1.5.1 „*Konstrukcja stalowa i obudowa dachu blachą*”.

W związku z powyższym Zamawiający w ramach Postępowania wezwał BUDIMEX do złożenia wyjaśnień.

W odpowiedzi w piśmie BUDIMEX z dnia 31 lipca 2020 r. wskazano, iż łączna cena ofertowa obejmuje również koszt pozycji 1.5.1 TER, zaś koszt wykonania robót objętych tą pozycją (tj. konstrukcji stalowej i obudowy dachu blachą) został ujęty w innej pozycji TER – 1.10.7 „*1.14 Pokrycie dachu – wszelkie roboty związane z wykonaniem podkładów spadkowych, izolacyjnych przeciwwilgociowych i termicznych, zabezpieczających i pokrywczych z papy, lekkiej obudowy z płyt warstwowych oraz membran PCV wraz z niezbędnymi obróbkami, orynnowaniem, wpustami i wszelkimi pracami towarzyszącymi do wykonania pokrycia dachowego nad projektowanym budynkiem. Ponadto zakup i montaż wszelkich przejść systemowych, klap oddymiających.*”, której opis – według BUDIMEX – wskazywał również na objęcie jej zakresem prac z pozycji 1.5.1 TER. Dodatkowo w ww. piśmie BUDIMEX wskazano, iż w pozycji 1.5.1 TER nie wskazano wartości liczbowej w kolumnie „ilość”, zaś łączna wycena wszystkich prac związanych z wykonaniem dachu dokonana została przez potencjalnych podwykonawców. Podniesiono również, iż prace dotyczące wszystkich warstw konstrukcyjnych i materiałowych dachu agregowane są w treści dokumentacji technicznej jako jeden element, zaś pozycje z TER należy traktować wskaźnikowo, jako pomocnicze narzędzie w mechanizmie comiesięcznego rozliczania kontraktu pomiędzy wykonawcą a Zamawiającym.

Pismem z dnia 30 lipca 2020 r. Odwołujący zwrócił uwagę Zamawiającemu na brak wycenienia ww. pozycji TER w ofercie BUDIMEX i konsekwencje z tego wynikające. Na pismo to Zamawiający nie odpowiedział.

Z oferty BUDIMEX wynika, że BUDIMEX zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie przedmiotowego zamówienia m.in. w zakresie wykonania prac konstrukcyjnych, a więc dotyczących pozycji 1.5.1 TER.

Dodatkowo zaznaczam, iż pismem z dnia 20 lipca 2020 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej w podaniu w ofercie (wypełnionym formularzu ofertowym) ceny łącznej brutto. Poprawienie tej omyłki nastąpiło wskutek zweryfikowania i zsumowania wszystkich pozycji TER załączonej do oferty Odwołującego.

W dniu 20 sierpnia 2020 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta złożona przez BUDIMEX. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu.

Dowód: - oferta BUDIMEX;

- wezwanie do złożenia wyjaśnień oferty z dnia 27 lipca 2020 r.;
- odpowiedź BUDIMEX na ww. wezwanie z dnia 31 lipca 2020 r.;
- pismo Odwołującego z dnia 30 lipca 2020 r.;
- zawiadomienie o poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej z dnia 20 lipca 2020 r.;
- informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 20 sierpnia 2020 r.

2.2.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, tj. nieodpowiadania treści oferty BUDIMEX treści SIWZ wskazuję w pierwszej kolejności, iż zgodnie z poglądem przywołanym w publikacji "Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany" autorstwa Józefa Edmunda Nowickiego (publ. LEX/el. 2018, zwanej dalej "Komentarzem"), „*treść oferty*” to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy **oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy dotyczące przedmiotu oraz zakresu lub wielkości zamówienia, składane wraz z formularzem ofertowym**. Treścią oferty jest zarówno opis i charakterystyka wymaganych elementów w formularzu ofertowym, jak i określenie modeli, ilości i cen w formularzu cenowym (zob. wyrok KIO z 30.10.2014 r., KIO 2121/14; KIO 2129/14; KIO 2139/14, LEX nr 1592738). **To, że załączona do oferty TER stanowi jej integralną część nie ulega wątpliwości w kontekście wyżej przywołanych postanowień SIWZ i OPZ, które wskazują na konieczność wypełnienia i załączenia TER do oferty oraz istotne znaczenie, jakie mają wypełnione pozycje TER.**

Sposób interpretacji niezgodności treści oferty z treścią SIWZ jako przesłanki odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP jest w orzecznictwie KIO utrwalony. Jako przykład tego orzecznictwa należy podać wyrok z dnia 14.08.2014 r., KIO 1543/14, publ. LEX nr 1514851, gdzie Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że: *„Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy P.z.p. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nieodpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego”*. Bardziej dobitnie (zwłaszcza w kontekście stanu faktycznego stanowiącego kanwę złożenia niniejszego odwołania) opisano to w wyroku Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 8.05.2013 r., XII Ga 186/13, publ. LEX nr 1718353, gdzie zwrócono uwagę na to, że *„oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w specyfikacji. Zaznaczyć przy tym należy, iż - uwzględniając postulaty wyrażone w wyroku KIO z dnia 19.03.2014 r., KIO 419/14, publ. LEX nr 1445016 - "Ustalenie zgodności treści oferty z treścią SIWZ nie może opierać się na przypuszczeniach, domysłach czy interpretacji dokumentów dokonywanej przez zamawiającego. Treść oferty winna być na tyle precyzyjna i jednoznaczna, aby umożliwić Zamawiającemu dokonanie jednoznacznej oceny oferty, pod względem jej zgodności z treścią SIWZ."* Przytoczyć w tym miejscu należy również najnowsze orzecznictwo KIO (wyrok z dnia 16 stycznia 2020 r., KIO 2651/19, publ. LEX nr 2923272), zgodnie z którym *„Niezgodności oferty z treścią SIWZ nie można sprowadzać wyłącznie do płaszczyzny związanej z oceną parametrów oferowanego produktu, niezgodność taką stanowić może także nieskonkretyzowanie przez wykonawcę treści oferty w zakresie wymaganym przez zamawiającego.”*

Nie ma przy tym większego znaczenia fakt, iż wynagrodzenie Wykonawcy za

wykonanie przedmiotowego zamówienia ma charakter ryczałtowy. Zaznaczyć bowiem należy, iż w Postępowaniu jednoznacznie przewidziano, że oferenci mają obowiązek złożenia wypełnionej TER przygotowanej w taki sposób, by cena ofertowa obejmowała cały przedmiot Zamówienia. Jednocześnie w OPZ (części składowej SIWZ) wprost przewidziano, iż niekompletne wypełnienie TER może być wystarczającym powodem dla odrzucenia oferty.

Jak już zaznaczono powyżej wypełniona TER ma być również używana jako: podstawa płatności za dany element rozliczeniowy i uznania jego stanu za zakończony, podstawa określenia wartości robót zaniechanych, zamiennych lub dodatkowych, podstawa określenia maksymalnego wynagrodzenia podwykonawcy za zakres robót w niej określony czy wreszcie podstawa określenia wartości zrealizowanych robót w kosztorysie powykonawczym w przypadku odstąpienia od umowy. **Oznacza to, że w tym przypadku wypełniona TER – będąca integralną częścią oferty – nie pełni jedynie roli pomocniczej (jak podniesiono w wyjaśnieniach BUDIMEX), a jest dokumentem, który stanowi treść oferty** (patrz wyrok KIO z dnia 21.07.2015 r., KIO 1455/15, LEX nr 1821161).

Ponadto TER stanowiła podstawę weryfikacji prawidłowości ustalenia ceny ofertowej wykonawcy, co miało miejsce choćby w przypadku oferty Odwołującego i poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej poprzez zweryfikowanie i zsumowanie wszystkich pozycji TER. Trafnie opisano to w wyroku KIO z dnia 9.08.2012 r., KIO 1595/12, LEX nr 1217142, gdzie stwierdzono, iż *„Istotne jest, aby w zamówieniach, w których przyjęto ryczałtową formę wynagrodzenia zamawiający w SIWZ w sposób wyraźny określił wymóg przedłożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego. Konkretne postanowienia SIWZ w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia mogą nadawać takiemu kosztorysowi bądź walor nieistotnego dokumentu z punktu widzenia treści oferty, bądź walor dokumentu, który stanowi treść oferty. Cena ofertowa stanowi treść oferty wykonawcy – skoro zamawiający określił w postanowieniach SIWZ dotyczących opisu sposobu obliczenia ceny ofertowej w sposób wyraźny wymogi dotyczące kosztorysu ofertowego dla celów weryfikacji prawidłowości ustalenia ceny ofertowej wykonawcy, ich niespełnienie musi być traktowane jako sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ.”*

Zgodnie z orzecznictwem KIO w takiej sytuacji uznać należy, iż wypełniona TER – kosztorys powinna w pełni odpowiadać wymaganiom Zamawiającego, w tym zawierać wszystkie wymagane pozycje.

Pominięcie obligatoryjnej wyceny jednej z pozycji TER przez BUDIMEX świadczy o tym, że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP. Jako przykłady tego orzecznictwa podaję:

- wyrok KIO z dnia 1.10.2012 r., KIO 1994/12, LEX nr 1223130 *„Ryczałtowy charakter ceny nie zwalnia wykonawców z obowiązku składania ofert, których treść w pełni odpowiadała będzie wymaganiom zamawiającego i potwierdzała zgodność z SIWZ w zakresie w dokumencie tym wymaganym, również w odniesieniu do przygotowanego kosztorysu ofertowego.”*;
- wyrok KIO z dnia 18.02.2019 r., KIO 173/19, LEX nr 2656683 *„Pominięcie przez wykonawcę w kosztorysie ofertowym pozycji i podpozycji przedmiarów robót musi skutkować stwierdzeniem niezgodności oferty z treścią SIWZ.”*;
- wyrok KIO z dnia 9.06.2016 r., KIO 897/16, LEX nr 2106301 *„Niezgodność treści oferty wyrażająca się w niezgodności wyliczeń kosztorysu ofertowego z SIWZ jest niezgodnością merytoryczną, która w sytuacji kiedy brak było możliwości poprawy tej niezgodności, jako omyłki skutkuje odrzuceniem oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p.”*;
- wyrok KIO z dnia 15.01.2016 r., KIO 2835/15, LEX nr 1973817 *„Nie ma znaczenia, czy niedoskonałości oferty dotyczą jednej, czy wielu pozycji kosztorysu, ale istotne znaczenie ma całościowa ocena prawidłowości skonstruowania oferty w oparciu o jednakowe dla wszystkich wymagania zamawiającego odzwierciedlone w zapisach SIWZ, którym to odpowiadać ma przedstawienie oferty przez wykonawcę.”*;
- wyrok KIO z dnia 17.03.2015 r., KIO 420/15, LEX nr 1676167 *„Kosztorys ofertowy był wymaganym elementem treści oferty, a jego kompletność podlegała ocenie w świetle przedmiarów załączonych do SIWZ. Zamawiający nie musiał zatem dodatkowo zastrzegać, że braki w kosztorysie podlegają ocenie w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., gdyż jest to konsekwencją wprowadzenia kosztorysu ofertowego jako obligatoryjnego elementu treści oferty.”*.

Powyższy pogląd potwierdzono również w Komentarzu, gdzie podano, iż *„Jeżeli kosztorys ofertowy jest dokumentem, w którym wykonawca robót budowlanych wycenia zestawienie przewidywanych do wykonania robót budowlanych, to niezgodność treści złożonego kosztorysu ofertowego z treścią przedmiaru robót budowlanych zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2.”*

W związku z powyższym uznać należy, iż oferta złożona przez BUDIMEX – przez to, że nie obejmuje wyceny pozycji 1.5.1 TER, pomimo tego, że Zamawiający obowiązek takiej wyceny przewidział – nie odpowiada oczekiwaniom Zamawiającego wyrażonym w SIWZ, a tym samym nie odpowiada treści SIWZ. Zamawiający bowiem wprost wyraził oczekiwania co do tego, że wypełnione mają zostać wszystkie pozycje TER, a co więcej wycena poszczególnych pozycji ma być realistyczna i rynkowa, a za taką w żadnym razie nie można uznać niewycenioną pozycję TER.

Zaznaczyć przy tym należy, iż wskutek powyższego cena oferty BUDIMEX nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia, ponieważ nie jest zawarta w niej właśnie ta, pominięta pozycja zawierająca – niezbędne przecież dla realizacji przedmiotowego zamówienia – roboty polegające na wykonaniu konstrukcji stalowej i obudowy dachu blachą.

Nie można przy tym zasadnie twierdzić, iż Zamawiający jest uprawniony do poprawienia omyłki BUDIMEX w tym zakresie. Zgodnie z jednolitym poglądem orzecznictwa (np. wyrok KIO z dnia 30.05.2011 r., KIO 1066/11, LEX nr 845944, wyrok KIO z dnia 16.06.2014 r., KIO 1101/14, LEX nr 1495664 czy wyrok KIO z dnia 26.03.2014 r., KIO 479/14, LEX nr 1455077) za omyłki nienadające się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 3 pkt 3 ustawy PZP uznawane są m.in. właśnie brak pozycji kosztorysowej, brak podania ceny jednostkowej, zaoferowanie czy taka zmiana opisu, która dla ustalenia omyłki wymaga złożenia nowego oświadczenia woli składającego ofertę. Co więcej, poprawienie oferty nie może prowadzić do dowolnego wypełnienia oświadczenia woli wykonawcy dodatkową treścią, co do której Zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji, Zamawiający nie może zastępować wykonawcy w tworzeniu treści oferty, dlatego poprawienie omyłki jest uzasadnione wyłącznie w sytuacji, gdy możliwe jest wywiedzenie wyraźnej woli wykonawcy z treści oferty i nie może prowadzić do wytworzenia oświadczenia woli o nowej treści. **Do poprawienia omyłki w tym zakresie nie mogło zatem dojść poprzez przyjęcie wyjaśnień BUDIMEX przez Zamawiającego.**

Wyjaśnienia BUDIMEX w tym zakresie zresztą nie zmieniają powyższych wniosków. Po pierwsze zauważyć należy, iż **twierdzenie, że daną pozycję wyceniono w innej pozycji jest przyznaniem się do tego, że TER została nieprawidłowo uzupełniona przez BUDIMEX.** Niezasadne przy tym jest akceptowanie powyższego tłumaczenia, które

pozbawia TER jakiegokolwiek znaczenia. Uznanie tego tłumaczenia spowodowałoby bowiem, że błędne wypełnienie TER na etapie ofertowania byłoby w istocie niemożliwe. Przyjmując bowiem wyjaśnienia przedstawione przez BUDIMEX zasadniczo zawsze możliwe byłoby stwierdzenie, że dana pozycja TER, która nie została wyceniona przez wykonawcę została wyceniona w innej pozycji, która wykazuje z nią jakąkolwiek analogię. Pozbawia to TER jego faktycznego znaczenia. **Wyjaśnienia te nie mogą być również uznane z tej racji, iż postanowienie § 3 ust. 2 zdanie drugie wzoru umowy (czyli części SIWZ) przewiduje, że zmiana TER (nie mająca charakteru jej doszczegółowienia), do czego w istocie zmierza BUDIMEX, nie jest możliwa.**

Nieuzasadnione również jest twierdzenie, że pozycja 1.10.7 TER mogła być uznana jako zawierająca pozycję 1.5.1. **Pierwsza z tych pozycji dotyczy bowiem poszycia dachu – robót wykończeniowych (na co wskazuje zresztą podział pozycji przyjęty w TER), zaś druga – konstrukcji stalowej i obudowy dachu blachą, czyli robót konstrukcyjnych poprzedzających możliwość wykonania poszycia dachu. Oznacza to, że zakresy tych robót się nie pokrywają i nie ma żadnych przesłanek merytorycznych, by wycena robót z pozycji 1.5.1 TER mogła nastąpić w pozycji 1.10.7.**

Kompletnie chybione jest tłumaczenie braku uzupełnienia pozycji 1.5.1 TER brakiem wskazania wartości liczbowej w kolumnie „ilość” tej pozycji. **Oczywistym bowiem jest, że w ramach przedmiotowego zamówienia konieczne jest wykonanie jednej konstrukcji stalowej i obudowy dachu blachą zwłaszcza w świetle tego, iż wynagrodzenie dotyczące tej pozycji ma charakter ryczałtowy. Jednostkowa ilość zresztą dotyczyła wszystkich zryczałtowanych pozycji z punktów 1-5 TER. Na marginesie zaznaczyć należy, iż brak wskazania wartości liczbowej w kolumnie „ilość” nie przeszkodził BUDIMEX w wycenie i uzupełnieniu pozycji 1.7.1 „Konstrukcja płyty posadzki na gruncie wraz z niezbędnymi robotami towarzyszącymi”.**

Podobnie chybione jest twierdzenie, iż TER ma charakter pomocniczy i dotyczy wyłącznie rozliczania kontraktu o roboty budowlane. **Jak wykazano powyżej TER stanowi treść oferty i jednocześnie podstawę nie tylko rozliczeń, ale również sporządzenia innych dokumentów, jak również ustalenia określonych wartości. Wobec braku wyceny pozycji 1.5.1 TER przez BUDIMEX niemożliwe w istocie będzie rozliczenie wykonania elementu robót budowlanych w postaci konstrukcji stalowej i obudowy dachu blachą. Niemożliwa w szczególności będzie również wycena robót zamiennych lub zaniechanych w tym zakresie.**

Niemożliwe wreszcie będzie określenie maksymalnej wartości wynagrodzenia

podwykonawcy za ten zakres robót, co w konsekwencji wobec brzmienia postanowienia § 9 ust. 1 *in fine* wzoru umowy uniemożliwi planowane przez BUDIMEX podwykonawstwo w tym zakresie. W każdym bowiem przypadku wynagrodzenie przewidziane dla podwykonawcy za wykonanie robót objętych pozycją 1.5.1 TER przekroczy niewycenione w TER wynagrodzenie za wykonanie tej pozycji.

Tym samym uznać należy, iż treść oferty BUDIMEX nie odpowiada oczekiwaniom Zamawiającego w tym zakresie, co świadczy o tym, że oferta BUDIMEX nie odpowiada treści SIWZ, a co w konsekwencji winno prowadzić do odrzucenia oferty BUDIMEX na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, czego jednak Zamawiający w sposób bezzasadny zaniechał.

2.3

Opisane powyżej pominięcie pozycji w TER załączonym do oferty BUDIMEX jest również błędem w obliczeniu ceny, co stanowi odrębną przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy PZP.

W niniejszym przypadku kalkulacja ceny oferty obliczona na podstawie kosztorysów ofertowych nie obejmuje bowiem całego przedmiotu zamówienia, pomija bowiem ww. pozycję wchodzącą w zakres przedmiotu zamówienia.

Powyższy pogląd znajduje potwierdzenie w orzecznictwie - patrz wyrok KIO z dnia 27.11.2017 r., KIO 2383/17, LEX nr 2415564, gdzie podano „Zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 6 p.z.p. oferta podlegać winna odrzuceniu, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Należy zaznaczyć jednocześnie, że ustawa nie definiuje pojęcia "błąd w obliczeniu ceny", niemniej przyjmuje się, że błędem w obliczeniu ceny jest błąd polegający na przyjęciu niewłaściwych danych do jej obliczenia, wynikający np. z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego. Z błędem w obliczeniu ceny oferty będziemy mieli zatem do czynienia w sytuacji, gdy wykonawca nie wyceni wszystkich pozycji kosztorysowych, ponieważ nie ujął w swojej ofercie wszystkich pozycji kosztorysowych - czyli tak jak w rozpoznawanym przypadku.” oraz wyrok KIO z dnia 11.05.2011 r., KIO 910/11, LEX nr 824325, zgodnie z którym z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieli do czynienia również w sytuacji, w której kalkulacja ceny oferty nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia.

Zaznaczyć przy tym należy, iż zgodnie z wyżej wymienionymi postanowieniami

OPZ każda z wycenionych pozycji TER ma charakter ryczałtu, który pokrywa całkowity koszt wykonania danego elementu rozliczeniowego. Brak wyceny elementu z pozycji 1.5.1 TER oznacza, że BUDIMEX nie wycenił przedmiotowego zamówienia jako całości, a zatem oferta tego wykonawcy nie może być porównywalna z ofertami innych wykonawców, których cena została obliczona w oparciu o wszystkie pozycje TER.

W uchwale Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., sygn. akt III CZP 53/11, publ. LEX nr 1808525 podano właśnie, iż *„Ustawowy obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny zakłada wolę ustawodawcy zapewnienia stanu porównywalności ofert, z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji.”*

2.4.

Zaniechanie przez Zamawiającego zastosowania w toku Postępowania zasad, które sam ustalił stanowi o prowadzeniu Postępowania z oczywistym naruszeniem zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy PZP.

W tak określonym stanie faktycznym niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione i konieczne.

3. Odniesienie się do poszczególnych przesłanek odrzucenia odwołania przez Krajową Izbę Odwoławczą na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy PZP:

3.1) W sprawie mają zastosowanie przepisy ustawy PZP:

Zamawiający jest podmiotem obowiązany do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych z mocy art. 3 ust. 1 ustawy PZP.

3.2) Odwołanie zostało wniesione przez podmiot uprawniony:

Odwołujący działa poprzez osobę upoważnioną do reprezentacji, a działającą w oparciu o stosowne pełnomocnictwo.

3.3) Odwołanie nie zostało wniesione z uchybieniem terminów określonych w ustawie PZP:

Ogłoszenie o wyniku postępowania zostało opublikowane w dniu 20 sierpnia 2020 r. na stronie internetowej Zamawiającego i przesłane wykonawcom. Odwołujący wnosi niniejsze odwołanie w formie pisemnej w postaci elektronicznej, poprzez jego doręczenie bezpośrednio w formie elektronicznej na skrzynkę podawczą Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Urzędzie Zamówień Publicznych w Warszawie w dniu 31 sierpnia 2020 r.

3.4) Odwołujący nie powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się:

Odwołujący nie korzystał wcześniej ze środków ochrony prawnej w Postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego po terminie składania ofert, od których byłoby możliwe wydanie rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą.

3.5) Odwołanie nie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu:

Odwołującemu nie jest wiadome, aby uczestnicy Postępowania wnosili wcześniej środki ochrony prawnej w przedmiotowym zakresie.

3.6) Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu, zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy PZP:

W dniu 31 sierpnia 2020 r. Odwołujący wniósł niniejsze odwołanie w formie pisemnej, w postaci elektronicznej, poprzez jego doręczenie w formie elektronicznej bezpośrednio na skrzynkę Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Urzędzie Zamówień

Publicznych w Warszawie. W tym samym dniu Odwołujący przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z wszelkimi wymaganymi załącznikami Zamawiającemu poprzez platformę zakupową wskazaną jako wyłączną do komunikacji i porozumiewania się z Zamawiającym (dowód przekazania w załączeniu do niniejszego odwołania).

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Odwołującego nie zachodzą przesłanki odrzucenia niniejszego odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy PZP.

Do odwołania nie załącza się dokumentów mających stanowić dowód w sprawie w oparciu o założenie, że Zamawiający dostarczy je w przesłanej do KIO kopii dokumentacji Postępowania.

Z ostrożności, Wykonawca niniejszym pismem przedłuża termin związania ofertą o kolejnych 60 dni.

Załączniki:

1. Pełnomocnictwa wraz z potwierdzeniem uiszczenia od nich opłaty skarbowej.
2. Odpisy z Krajowego Rejestru Sądowego.
3. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości.
4. Dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.