

WYROK
z dnia 30 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska
Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2020 r. przez wykonawcę: **Terra Mota Sp. z o.o. z siedzibą w Gorlicach**;
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Urząd Gminy Gorlice**;
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „INKO 2001” K. Ł., K. K., J. M. Sp. jawna z siedzibą w Nowym Sączu; Spółdzielnia Socjalna „Czystość”; Polskie Centrum Wody Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą lidera w Nowym Sączu** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
 2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych i zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu wpisu od odwołania.
- Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 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 Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

#x200eSygn. akt KIO 2961/20

UZASADNIENIE

Urząd Gminy Gorlice (dalej „zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Budowa sieci wodociągowej w Bielance”; numer referencyjny: RG.271.16.2020 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Wartość zamówienia jest niższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 13 października 2020 r., numer ogłoszenia 596488-N-2020.

W dniu 13 listopada 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: **Terra Mota Sp. z o.o. z siedzibą w Gorlicach** (dalej „odwołujący”).

Odwołujący, działając na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, wniósł odwołanie od czynności zamawiającego, podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zarzucając zamawiającemu naruszenie poniższych przepisów ustawy Pzp:

1. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nie wezwanie odwołującego do uzupełnienia oferty pomimo, że zgodnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwanie do uzupełnienia było obowiązkiem zamawiającego;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że oferta nie odpowiada specyfikami istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) w sytuacji, gdy została przez odwołującego złożona dla całego zamówienia oraz (i) zgodnie z rozdziałem 12 ust. 1 pkt 1 SIWZ oferta winna obejmować całość przedmiotu zamówienia, zaś zgodnie z rozdziałem 14 SIWZ wykonawca powinien w cenie ofertowej ująć wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia niezbędne dla prawidłowego i pełnego wykonania przedmiotu zamówienia; (ii) wynagrodzenie za realizację zamówienia zostało przewidziane jako ryczałtowe, a nie kosztorysowe; (iii) wycena ofertowa nie stanowiła elementu koniecznego oferty wykonawcy, bowiem w żaden sposób nie wpływała na relację: zakres prac - wynagrodzenie należne wykonawcy, a nadto jak wynika z treści rozdziału 12 ust. 2 pkt 3 SIWZ stanowiła element pomocniczy, a nie obligatoryjny oferty;
3. art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, że wycena ofertowa sporządzona na podstawie załączonych przedmiarów robót, projektu budowlanego wykonawczego, STWiOR oraz opisu robót w SIWZ stanowiła element konieczny do złożenia oferty odpowiadającej SIWZ, podczas gdy z treści rozdziału 12 ust. 2 pkt 3 SIWZ oraz w związku z wynagrodzeniem ryczałtowym przewidzianym przez zamawiającego mogła ona stanowić jedynie element pomocniczy, a nie obligatoryjny oferty.

W związku z wymienionymi czynnościami i formułowanymi wyżej zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego; powtórzenia czynności badania i oceny ofert

z uwzględnieniem oferty odwołującego lub ewentualnie nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp a także obciążenie kosztami odwołania zamawiającego.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych, uzasadniających wniesienie odwołania.

Podnosił, że w przedmiotowym postępowaniu złożył najkorzystniejszą ofertę uwzględniając wagi kryterium: cena (najkorzystniejsza) i okres gwarancji i rękojmi (najdłuższy przewidziany w SIWZ). Pomimo tego 9 listopada 2020 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego, powołując jako podstawę art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu wskazano, iż „Zamawiający w dziale 8, część A, ust. 5 SIWZ określił wymagania dotyczące przedłożenia wraz z ofertą - wyceny ofertowej sporządzonej na podstawie załączonych przedmiarów robót, projektu budowlanego wykonawczego, STWiOR oraz opisu robót w SIWZ. Wykonawca Terra Mota Sp. z o.o. z siedzibą ul. Bardiowska 3,38 - 300 Gorlice do złożonej oferty nie dołączył ww. dokumentu.”

Odwołujący zauważył, że dla oceny przedmiotowej sprawy szczególnie istotne winno być stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyrażone w piśmie z 2 grudnia

2013 r., znak UZP/DP/o/026/1526/13/AG, KW-1106313, w którym stwierdził, że obliczenie przez wykonawcę ceny oferty na podstawie przedmiaru następuje wyłącznie w przypadku przyjęcia przez zamawiającego zasady kosztorysowego wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych. W przypadku, gdy wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, wykonawca ustala cenę oferty na podstawie dokumentacji projektowej (przede wszystkim projektu budowlanego oraz projektu wykonawczego) oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych. Uwzględnienie przedmiaru robót w dokumentacji, służącej do odpisu przedmiotu zamówienia na roboty budowlane, za które wykonawcy będzie przysługiwało wynagrodzenie ryczałtowe, ma wyłącznie charakter pomocniczy. Ponadto Prezes UZP wskazał, iż żądanie przez zamawiającego od wykonawcy przedłożenia kosztorysu ofertowego przy wynagrodzeniu ryczałtowym stanowi naruszenie przepisu art. 25 ust. 1 zdanie 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający może żądać wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Kosztorys ofertowy nie jest dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania na roboty budowlane rozliczane ryczałtowo. Zbędność kosztorysu wynika również z faktu, iż jego sporządzenie i przedstawienie przez zamawiającego nie zwalnia wykonawcy od obowiązku podania oferty cenowej całkowitej, z uwzględnieniem wszystkich kosztów i prac niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia, niezależnie od ich przewidzenia przez zamawiającego w przedmiarze. Ostatecznie Prezes UZP doszedł również do wniosku, iż żądanie kosztorysu ofertowego od wszystkich wykonawców, w przypadku gdy zamówienie dotyczy zlecenia robót budowlanych rozliczanych ryczałtowo jest nie tylko zbędne, ale jednocześnie może ograniczać konkurencję.

Odwolujący wskazał, że niezależnie od powyższego stanowiska, zamawiający zarówno w ogłoszeniu o przetargu jak i dokumentach stanowiących element tego ogłoszenia (SIWZ) posługuje się terminem „wycena ofertowa”. Nie żąda on w żadnym miejscu kosztorysu. Z kolei kosztorys jest rodzajowo innym dokumentem od wyceny. Kosztorys to dokument zawierający precyzyjne i nie podlegające zmianie określenie kwotowe poszczególnych prac, materiałów itd., koniecznych do wykonania zadania. Wycena jest zaś szacunkiem (mniej lub bardziej dokładnym) i stanowi globalne podsumowanie spodziewanych kosztów.

Dalej odwołujący podnosił, iż cechą charakterystyczną wynagrodzenia kosztorysowego jest to, że ma ono charakter wynikowy, jego wysokość jest zależna od rozmiaru świadczenia wykonanego przez przyjmującego zamówienie tj. nakładu pracy, ilości materiału i zostaje wyliczona według cen i stawek przyjętych w kosztorysie (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 maja 1981 r., IV CR 157/81, LEX nr 63703). Sporządzany na etapie zawarcia umowy kosztorys określa wynagrodzenie w sposób przybliżony, szacunkowy (tak m.in. S. Buczkowski (w:) System Prawa Cywilnego, t. III, cz. 2, Prawo zobowiązań - część szczegółowa, red. S. Grzybowski, Ossolineum 1976, s. 436; A. Brzozowski (w:) System Prawa Prywatnego, t. 7, Prawo zobowiązań - część szczegółowa, red. J. Rajski, Warszawa 2011, s. 404; por. W. Siuda, Istota i zakres umowy o dzieło, Poznań 1964, s. 49), natomiast o ostatecznej wysokości wynagrodzenia decyduje rozmiar świadczenia składającego się na wykonanie dzieła. W ocenie odwołującego nie ma żadnych wątpliwości, że w sprawie mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym. Skoro tak, to należy podzielić stanowisko, zgodnie z którym w przypadku wynagrodzenia o charakterze ryczałtowym składniki wynagrodzenia, które zazwyczaj składają się na kosztorys ofertowy, nie mają znaczenia dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż w tym wypadku istotne jest wynagrodzenie za całość robót, których wykonania w całości, zgodnie z dokumentacją projektową, podejmuje się wykonawca. Treść oferty wykonawcy wyczerpuje się bowiem

w podanej kwocie globalnej za realizację przedmiotu zamówienia. W przypadku oferty zawierającej cenę ryczałtową brak jest zatem podstaw do odrzucenia oferty z uwagi

na niezgodność jej treści z treścią SIWZ, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

(tak np. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 27 kwietnia 2016 r., sygn. KIO 577/16).

Za powyższym przemawia również treść orzeczeń KIO 2056/12, KIO 1058/12, KIO 1722/10, orzeczenie sądu okręgowego w Kielcach sygn. VII Ga 163/09.

Odwolujący podkreślił, że w przedmiotowej sprawie istnieją postanowienia w SIWZ

o pomocniczym charakterze wyceny ofertowej. Zamawiający wskazywał bowiem w dziale

12 ust. 2 pkt 3: Wycena ofertowa sporządzona na podstawie opisu w SIWZ, załączonej dokumentacji projektowej i przedmiaru robót jako elementu pomocniczego. Zatem sam zamawiający w SIWZ określił wprost, iż wskazana wycena ofertowa nie jest elementem obligatoryjnym, lecz pomocniczym. Taki stan rzeczy oznacza, iż zamawiający nie powinien odrzucić oferty odwołującego w oparciu o taki brak. Tym bardziej, iż oferta zawiera cenę oferty i stanowi w istocie efekt wyceny po uwzględnieniu wszystkich zmiennych. Warto zauważyć, iż zamawiający w SIWZ nie określił wzoru wyceny ofertowej. W konsekwencji w istocie oferta złożona przez odwołującego nie jest obciążona żadnymi brakami i nie powinna jako taka być odrzucona. Ponadto, co istotne zdaniem odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie dopuścił możliwości fakturowania częściowego, zatem sporządzenie szczegółowej wyceny ofertowej poszczególnych robót czy etapów budowy wydaje się być zupełnie zbędne i niekonieczne.

Odwolujący podkreślił dodatkowo, że zamawiający dopuścił się błędu w postaci nie zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp skoro uznał on, że „wycena ofertowa” jest dla niego elementem koniecznym. Wskazać należy, że żądanie dołączenia „wyceny ofertowej” umieszczono w dziale 8 część A ust. 5 SIWZ. Dział ten zatytułowany został jako „Wykaz oświadczeń i dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia”. Powyższe oznacza, że zamawiający umieszczając „wycenę ofertową” w tymże dziale nadał jej status jedynie dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Takie dokumenty, zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą KIO oraz Sądów Administracyjnych podlegają uzupełnieniu i zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający zobligowany był o to uzupełnienie wystąpić. Przepis ten nie daje zamawiającemu wyboru i jest normą bezwzględnie obowiązującą. Orzekł tak WSA

w Warszawie w wyroku z 30 listopada 2017 r. V SA/Wa 3208/16. Podobnie uznała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 28 lipca 2020 r. KIO 1335/20 czy wyroku z dnia 30 lipca 2020 r. KIO 1598/20.

Ponadto odwołujący, niezależnie od powyższego, samodzielnie w dniu otwarcia ofert złożył zamawiającemu wycenę ofertową, więc na dzień otwarcia ofert spełniał on wszelkie wymogi i jego oferta nie powinna zostać odrzucona. Istotnym jest również i to, że zamawiający w dziale 8 Część A ust. 5 SIWZ określił wymagania dotyczące przedłożenia wraz z ofertą wyceny ofertowej, sporządzonej na podstawie załączonych przedmiarów robót projektu budowlanego wykonawczego, STWiOR oraz opisu robót w SIWZ. Nadto w dziale 12 ust. 2 pkt 3 wskazano, iż wycena ofertowa winna być sporządzona na podstawie opisu w SIWZ, załączonej dokumentacji projektowej i przedmiaru robót jako elementu pomocniczego. Jednocześnie w Rozdziale 3 ust. 1 SIWZ zamawiający wskazał, że w wycenie należy uwzględnić i dostarczyć do odbioru szereg dokumentów takich jak: protokoły odbioru, protokoły wydajności, protokoły zabezpieczenia skrzyżowań, protokoły z prób szczelności, pozytywne wyniki badań laboratoryjnych wody, geodezyjne wytyczenie

projektowanego wodociągu.

Żadna z pozostałych ofert uczestników przedmiotowego postępowania, nie zawiera dokumentu określonego jako Wycena ofertowa. Uczestnicy załączyli wprawdzie do swoich ofert dokumenty określone jako Kosztorys ofertowy, ale żaden z tych dokumentów nie zawierał kalkulacji pozyskania wszystkich wyżej wymienionych dokumentów, w szczególności wyników badań laboratoryjnych wody. Zamawiający wykazał się zatem brakiem konsekwencji i nierównym traktowaniem uczestników przetargu.

W przekonaniu odwołującego i mając na uwadze ryczałtowy charakter wynagrodzenia oraz jego płatność jednorazową należy wskazać, że zaoferowana przez odwołującego cena jest jednocześnie „wyceną ofertową”. Skoro jednak zamawiający uznał inaczej, to miał obowiązek wezwać odwołującego do jej uzupełnienia. Skoro zaś tego nie zrobił, tylko odrzucił ofertę, to winien to samo uczynić z pozostałymi ofertami, gdyż będąc konsekwentnym zamawiający winien zwrócić uwagę, że żadna z ofert nie zawiera „wyceny ofertowej” sporządzonej zgodnie z wymogami SIWZ.

Zamawiający, 16 listopada 2020 r., poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do złożenia przystąpienia.

Do postępowania odwoławczego swoje przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosili w dniu 17 listopada 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „INKO 2001” K. Ł., K. K., J. M. Sp. jawna z siedzibą w Nowym Sączu; Spółdzielnia Socjalna „Czystość”; Polskie Centrum Wody Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą lidera w Nowym Sączu (dalej „przystępujący”).**

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu i treścią SIWZ, treścią oferty odwołującego a także po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Na wstępie Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Odwołujący ubiega się o przedmiotowe zamówienie. W wyniku czynności dokonanych przez zamawiającego, polegających na odrzuceniu jego oferty, odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. W przypadku, gdyby zamawiający dokonał oceny ofert w sposób zgodny z przepisami ustawy Pzp - odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia. Wobec powyższego odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści w postaci utraconego zysku z realizacji zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści oferty złożonej przez odwołującego w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miały wpływ lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że przedmiotem niniejszego zamówienia, zgodnie z opisem zamieszczonym w Rozdziale 3 SIWZ - Opis przedmiotu zamówienia jest budowa sieci wodociągowej w Bielance. W pkt 3.2 zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia szczegółowo opisuje dokumentacja projektowa, przedmiary robót i Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót (STWiOR), które stanowią załączniki do SIWZ. Ponadto, z treści SIWZ wynika, że należy uwzględnić w wycenie i dostarczyć do odbioru następujące dokumenty: Protokoły odbioru w zakresie wykonanych przekroczeń dróg gminnych siecią wodociągową; Protokoły odbioru w zakresie skrzyżowań istniejących gazociągów z wykonaną siecią wodociągową; Protokoły wydajności hydrantów; Protokoły zabezpieczenia skrzyżowań z urządzeniami nadziemnymi i podziemnymi w zakresie wykonanych skrzyżowań z budowaną siecią wodociągową (energetyka, telekomunikacja oraz inne); Protokoły z prób szczelności wykonanej sieci wodociągowej, płukania i dezynfekcji wodociągu; Pozytywne wyniki badań laboratoryjnych wody; Geodezyjne wytyczenie projektowanego wodociągu z przekazaniem szkicu geodezyjnego zgodnie z dokumentacją projektową; Geodezyjna inwentaryzacja powykonawcza wykonanej sieci wodociągowej wraz z pozytywną klauzulą Ośrodka Geodezyjnego w Gorlicach, sporządzona zgodnie z art. 57 ust. 1 pkt 5 Ustawy Prawo Budowlane (Dz. U z 2020 r. poz. 1333) w wersji papierowej i elektronicznej.

Dalej Izba ustaliła, że w Rozdziale 8 SIWZ - Wykaz oświadczeń i dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, Część A pkt 5 zamawiający żądał, aby wykonawca złożył wraz z ofertą: Wycenę ofertową, sporządzoną na podstawie załączonych przedmiarów robót. Przewidział jednocześnie, że ta jest jedynie elementem pomocniczym do sporządzenia wyceny robót. Brak wyceny miał skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jednocześnie w Rozdziale 12 SIWZ - Opis sposobu przygotowania oferty (pkt 12.2., ppkt 12.2.3.) zamawiający powtórzył, że wymaga złożenia wraz z ofertą „wyceny ofertowej”. Z kolei w Rozdziale XIV SIWZ - Opis sposobu obliczenia ceny zamawiający wskazał, że cena oferty ma zostać wyliczona w oparciu o przedmiar robót, który stanowi element pomocniczy do sporządzenia wyceny robót (zał. nr 3), STWiOR, opis przedmiotu zamówienia zawarty w Rozdziale 3 SIWZ oraz projekt budowlano - wykonawczy.

Ponadto, Izba ustaliła, że w niniejszym postępowaniu zamawiający przewidział ryczałtowy sposób wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane (§5 ust. 1 projektu umowy - załącznik nr 9 do SIWZ). Jednocześnie, zgodnie z §5 ust. 4 projektu umowy rozliczenie pomiędzy zamawiającym a wykonawcom miało nastąpić po zakończeniu całości prac objętych umową.

W niniejszym postępowaniu odwołujący złożył ofertę, oświadczając w Formularzu oferty, że zobowiązuje się do wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w SIWZ za cenę brutto 1 766 813,55 zł. Do oferty nie został załączony kosztorys ofertowy, jednak jak ustaliła Izba, odwołujący złożył kosztorys w tym samym dniu, jednak po terminie wyznaczonym jako termin składania ofert.

Zamawiający podjął decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego stwierdzając, że ten nie przedłożył kosztorysu

ofertowego, stanowiącego wycenę ofertową, do czego w ocenie zamawiającego był zobowiązany zgodnie z zapisami SIWZ.

Na wstępie należy zwrócić uwagę, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Utrwalony jest w orzecnictwie pogląd, że podstawą faktyczną odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ może być tylko rzeczywista treść oferty, o ile nie odpowiada wymogom jasno w SIWZ określonym. Przy czym nie chodzi o jakiegokolwiek wymogi zamawiającego, ale wymogi odnoszące się do ukształtowania przyszłego świadczenia - przedmiotu umowy. Zatem podstawą odrzucenia oferty nie mogą być wymogi zamawiającego, które nie mają bezpośredniego związku z treścią oferty rozumianą wąsko, jako zakres przyszłego świadczenia.

Ponadto, w okolicznościach niniejszej sprawy, należy zwrócić uwagę, że zamawiający w SIWZ wymagał, aby wykonawca złożył „wycenę ofertową”. Sformułowania tego użył w kilku miejscach, przy czym nie sprecyzował i nie opisał co rozumie pod tym pojęciem. Na rozprawie wyjaśnił, że oczekiwał od wykonawców ubiegających się o zamówienie, że złożą

oni kosztorysy ofertowe. Przy czym co należy podkreślić wymaganie w tym zakresie nie zostało w żadnym punkcie SIWZ sprecyzowane. Odwołujący nie przedłożył kosztorysu ofertowego wraz z ofertą, co w ocenie zamawiającego, jest podstawą do uznania, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ.

W tym miejscu należy zauważyć, że pojęcie „wyceny ofertowej” nie może być uznane za tożsame z wymaganiem dotyczącym przedłożenia „kosztorysu ofertowego”. Brak jest wprawdzie legalnej definicji tego pojęcia, ale nie ulega wątpliwości, że w powszechnym rozumieniu wycena, w przeciwieństwie do kosztorysu to dokument o charakterze ogólnym. Zawiera ona wyłącznie zsumowane ilości danej roboty czy usługi, bez podziału na poszczególne elementy, jak to ma miejsce w kosztorysie. Co do zasady wycena jest bardzo zwięzłym dokumentem, dającym pogląd wyłącznie na koszt danego przedsięwzięcia jako całości i nie opisuje, jak to ma miejsce w przypadku kosztorysu, w sposób precyzyjny wszystkich elementów składających się na dany zakres. Tym samym za nieuzasadnione należy uznać żądanie zamawiającego, dotyczące przedłożenia wraz z ofertą dokumentu, który nie został wprost wyspecyfikowany i opisany w SIWZ.

Wskazać należy dalej, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe. Zgodnie z art. 632 kodeksu cywilnego, jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest zatem określenie tego wynagrodzenia z góry, bez prowadzenia szczegółowej analizy kosztów poszczególnych elementów składających się na wysokość wynagrodzenia. Wysokość wynagrodzenia ryczałtowego jest zatem niezmienna w stosunku do ceny podanej przez wykonawcę w ofercie. Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła, w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Rozliczenia stron w przypadku zastosowania ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w żaden sposób nie opierają się na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach (por. wyr. SO w Piotrkowie Trybunalskim z 17 lipca 2006 r., sygn. akt II Ca 342/06; wyrok SA w Poznaniu z 6 marca 2001 r., sygn. akt I ACA 1147/00).

Zamawiający przewidział w §5 ust. 9 projektu umowy, że wynagrodzenie ryczałtowe ma obejmować wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia. Brak jest także w projekcie umowy jakichkolwiek postanowień, które przypisywałyby kosztorysowi, czy też wycenie o której mowa w SIWZ, jakiegokolwiek znaczenie. Co więcej zamawiający przewidział rozliczenie za całość wykonanych prac jednorazowo, po zakończeniu całości robót (§5 ust. 4 projektu umowy) zatem i w tym aspekcie zakres wykonanych prac nie ma przełożenia na dokonywane płatności częściowe, które miałyby zostać przez wykonawcę wycenione. Wynika to poniekąd ze specyfiki wynagrodzenia ryczałtowego, ponieważ - odmiennie niż przy wynagrodzeniu kosztorysowym - brak jest bezpośredniego powiązania pomiędzy kosztorysem a wynagrodzeniem czy sposobem w jaki odbywa się rozliczenie prac objętych umową.

W przypadku wynagrodzenia ryczałtowego bowiem to nie kosztorys czy wycena opisują zakres realizowanego świadczenia, ale jak w niniejszym postępowaniu: dokumentacja projektowa, STWiOR oraz inne dokumenty, które należy albo w wycenie uwzględnić lub też przygotować dodatkowo, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SIWZ. Tak też było i w tym przypadku, gdyż zamawiający wymagał, aby w ramach zamówienia wykonawcy wykonali dodatkowo: protokoły odbioru, protokoły wydajności, protokoły zabezpieczenia skrzyżowań, protokoły z prób szczelności, pozytywne wyniki badań laboratoryjnych wody, geodezyjne wytyczenie projektowanego wodociągu (zgodnie z opisem zamieszczonym w Rozdziale 3 pkt 3.1. SIWZ oraz zawartym w §1 projektu umowy).

Oczywiste jest, że kosztorys ofertowy, co do zasady, określa elementy i prace, które zostaną wykonane w ramach robót budowlanych. Jednak, na co Izba wielokrotnie zwracała uwagę, znaczenie kosztorysu nie jest jednakowe we wszystkich okolicznościach. Należy

od ukształtowania przez zamawiającego postanowień SIWZ, projektu umowy, a w szczególności - od charakteru wynagrodzenia (czy jest to wynagrodzenie ryczałtowe

czy kosztorysowe). Przy wynagrodzeniu ryczałtowym kosztorys ofertowy nie jest dokumentem niezbędnym dla prowadzenia postępowania a ewentualne błędy, w przypadku jego złożenia wraz z ofertą, nie wpływają w takich przypadkach na niezgodności treści oferty

z treścią SIWZ (tak np. w wyroku sygn. akt KIO 1673/11 z 18 sierpnia 2011 r.; sygn. akt KIO 1602/16 z 5 września 2016 r.; sygn. akt KIO 592/19 z 15 kwietnia 2019 r.).

W okolicznościach niniejszej sprawy, w ocenie Izby, nie da się z postanowień SIWZ

i projektu umowy wywieść, że wycena, czy jak twierdzi zamawiający kosztorys, który miał zostać załączony do oferty miał jakiegokolwiek znaczenie w tym sensie, że przekładał się na zakres przyszłego zobowiązania, które powinno znaleźć odzwierciedlenie w treści oferty. Sam zamawiający przyznał na rozprawie, że rolę tego kosztorysu upatrywał wyłącznie w możliwości weryfikacji czy oferta odwołującego nie zawierała rażąco niskiej ceny, a nie czy jako taka była zgodna z treścią SIWZ. Stwierdzając, że ma miejsce niezgodność treści oferty z treścią SIWZ obowiązkiem zamawiającego jest wykazanie, że niedochowanie formy, w jakiej przedstawiona została informacja i jakiej oczekiwał zamawiający od wykonawców, ma przełożenie merytoryczne na świadczenie wykonawcy. Tego, w ocenie Izby, zamawiający nie uczynił. Ograniczył się wyłącznie do wskazania, iż o niezgodności oferty z SIWZ można mówić w sytuacji nieprawidłowego przedstawienia informacji wymaganych przez zamawiającego, polegającego na zaniechaniu złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego.

W okolicznościach niniejszej sprawy dodatkowo podkreślić należy, że wykonawca miał przedstawić wycenę ofertową, co do której zamawiający nie zawarł wymagań ani co do formy, treści, stopnia szczegółowości, a już z pewnością nie można z treści wymagania wywieść, że obowiązkiem wykonawcy było przedłożenie kosztorysu

ofertowego. Zamawiający nie odwołał się także do żadnego aktu prawnego, który miałby stanowić wytyczne do sporządzenia takiego kosztorysu. Jak słusznie zauważył odwołujący za taką wycenę, w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, można uznać oświadczenie wykonawcy złożone w treści oferty, że wykona zamówienia za łączną kwotę zaproponowaną w formularzu oferty, która obejmuje całokształt prac opisanych w SIWZ.

Izba nie zgadza się z zamawiającym i przystępującym, że z treści SIWZ wynika, że obowiązkiem wykonawcy było przedłożenie wyceny, rozumianej jako kosztorys ofertowy czy też, że taka wycena miała zostać złożona jako odrębny dokument. W sytuacji, gdy zamawiający nie określił ani stopnia szczegółowości, ani zakresu informacji, które ten ma zawierać - w równym stopniu spełnia to wymaganie oświadczenie zawarte w Formularzu oferty. Ponadto, na co zwrócił uwagę odwołujący kosztorysy ofertowe, które zostały złożone przez wykonawców w tym postępowaniu miały mieć charakter pomocniczy (taki przewidział sam zamawiający w treści SIWZ), nie uwzględniały ponadto szeregu elementów, które składały się na przedmiot zamówienia, te bowiem zamawiający wyspecyfikował odrębnie, nie ujmując ich w pozycjach przedmiarowych. Stąd także kalkulacje przedłożone przez innych wykonawców nie obejmowały całości przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ. Stanowisko zamawiającego na rozprawie potwierdziło dodatkowo, że sporządzony kosztorys nie służył mu do weryfikacji zgodności treści złożonych ofert z treścią SIWZ.

Reasumując, wobec braku podstaw do odrzucenia oferty odwołującego, w związku z brakiem załączenia przez niego wraz z ofertą kosztorysów ofertowych, Izba stwierdziła, że zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła jednak stanowiska odwołującego w zakresie, w jakim twierdził, że zamawiający naruszył przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż zaniechał wezwania odwołującego do uzupełnienia kosztorysu ofertowego.

Jak już wcześniej zauważono, zamawiający nie wskazał w treści SIWZ, że wymaga aby wykonawcy załączyli do oferty kosztorysy ofertowe, ale oczekiwał przedłożenia wyceny ofertowej. Po pierwsze należy zauważyć, że żądanie uzupełnienia w tym trybie dokumentu w postaci kosztorysu ofertowego nie ma oparcia w treści SIWZ. Ponadto, zgodzić należy się z przystępującym, że wycena ta, pomimo zamieszczenia tego dokumentu w rozdziale dotyczącym dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jest dokumentem stanowiącym element oferty, który nie podlega uzupełnieniu w tej procedurze. Jak sam stwierdził odwołujący za wycenę taką, w okolicznościach niniejszej sprawy, wobec braku sprecyzowania wymagań odnośnie tego w jaki sposób wycena ma zostać sporządzona, można uznać oświadczenie złożone w treści oferty dotyczące łącznej ceny ofertowej zaproponowanej za wykonanie zadania jako całości. Nie ulega wątpliwości, że jest to element oferty i odnosi się do oferowanego świadczenia, a tym samym nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe należało uznać, że zamawiający nie miał podstaw do uznania, że oferta odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ. Jednocześnie, wobec braku sprecyzowania wymagań zobowiązany był przyjąć wycenę ofertową, w formie w jakiej odwołujący ją zaprezentował w treści złożonej oferty tj. w formie oświadczenia, że zrealizuje przedmiot zamówienia opisany w SIWZ w całości, zgodnie z wymaganiami zamawiającego za cenę łączną w określonej wysokości.

Taka prezentacja ceny nie odbiera zamawiającemu prawa do badania, w przypadku gdy stwierdzi, że cena oferty nosi znamiona rażąco niskiej, do żądania wyjaśnień dotyczących ceny. Procedura ta jednak oraz ewentualne kalkulacje, które wykonawca będzie zobowiązany przedłożyć, wynika z treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Z powyższych powodów Izba orzekła jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego z uwagi na nieprzedłożenie rachunku, co jest warunkiem przyznania tychże kosztów zgodnie z cytowanym wyżej rozporządzeniem.

Przewodniczący: