

WYROK

z dnia 28 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Zamość

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu 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 2021 r., poz. 1129 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:

Zamawiający - Miasto Zamość [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 2 ustawy Pzp na budowę ulicy łączącej ulicę Altanową z ulicą Lipską od km 0+0,00 do km 0+374,58 oraz ulicy Altanowej od km 0+0,00 do km 0+259,28 w Zamościu (znak postępowania: IM-ZP.272.8.2021.IW.2021).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 czerwca 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00088215/01.

W dniu 9 sierpnia 2021 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z siedzibą w Zamościu [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu

naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo braku w stanie faktycznym niniejszej sprawy przesłanek, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp;
2. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia brakujących elementów dokumentu składanego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. brakujących elementów kosztorysu ofertowego wykonanego metodą uproszczoną, określonego w punkcie 3 ppkt 4 Rozdziału XIV Specyfikacji Warunków Zamówienia, który należało sporządzić na podstawie otrzymanych przedmiarów robót.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego;
2. wezwania Odwołującego do uzupełnienia brakujących elementów kosztorysu ofertowego wykonanego metodą uproszczoną, określonego w punkcie 3 ppkt 4 Rozdziału XIV Specyfikacji Warunków Zamówienia, który należało sporządzić na podstawie otrzymanych przedmiarów robót, tj. do uzupełnienia złożonego przez Odwołującego kosztorysu uproszczonego o kosztorysy dotyczące branży drogowej;
3. unieważnienia dokonanej na podstawie art. 287 ust. 3 ustawy Pzp czynności poinformowania wszystkich Wykonawców którzy w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu złożyli oferty, o Wykonawcach których oferty nie zostały odrzucone oraz punktacji przyznanej ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji oraz Wykonawcach, których oferty zostały odrzucone oraz Wykonawcach, którzy nie zostali zakwalifikowani do negocjacji, oraz punktacji przyznanej ich ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łącznej punktacji i nakazanie Zamawiającemu ponownego jej dokonania, z uwzględnieniem wskazania oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty która nie została odrzucona;
4. unieważnienia dokonanej na podstawie art. 289 ust. 1 ustawy Pzp czynności zaproszenia Wykonawców do negocjacji ofert złożonych w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu i nakazanie Zamawiającemu ponownego jej dokonania, z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty, która nie została odrzucona lecz w najwyższym stopniu spełniła kryterium ustalone przez Zamawiającego w celu ograniczenia liczby Wykonawców zaproszonych do negocjacji ofert.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy. Odwołujący wskazał, że ocena prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej

na odrzuceniu oferty wykonawcy winna być dokonywana w zakresie uzasadnienia faktycznego i prawnego tej czynności zawartego w treści informacji, o której mowa w art. 287 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2017 r. sygn. akt: KIO 50/17 i stwierdził, że w celu uznania przez Zamawiającego, że złożona przez Wykonawcę oferta, w związku z brakiem części sporządzonego metodą uproszczoną kosztorysu ofertowego winna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia, konieczne byłoby przede wszystkim wykazanie przez Zamawiającego, iż sporny kosztorys stanowił istotną część merytorycznej treści złożonej przez Wykonawcę oferty. Tymczasem, w stanie faktycznym niniejszej sprawy, Zamawiający, uzasadniając czynność odrzucenia złożonej przez Odwołującego oferty ograniczył się wyłącznie do stwierdzenia, że „niezłożenie przez Wykonawcę wraz z ofertą kosztorysu sporządzonego metodą uproszczoną, którego konieczność sporządzenia Zamawiający podniósł do rangi istotnego dla niego, obligatoryjnego elementu treści oferty, w zasadzie uniemożliwia Zamawiającemu prowadzenie negocjacji z Wykonawcą w zakresie robót z branży drogowej”. Odnosząc się do powyższego stanowiska Zamawiającego, Odwołujący zauważył, iż samo twierdzenie Zamawiającego o podniesieniu rangi kosztorysu ofertowego do rangi istotnego i obligatoryjnego elementu treści oferty, zawarte dopiero w treści uzasadnienia jej odrzucenia, nie może w żaden sposób przesądzać, iż na gruncie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia, kosztorys ofertowy w istocie składał się na merytoryczną treść złożonej przez Wykonawcę oferty. Podnoszona przez Zamawiającego okoliczność musiałaby bowiem jednoznacznie wynikać z całości przygotowanych przez Zamawiającego dokumentów zamówienia. Odwołujący stoi bowiem na stanowisku, że w przypadku gdy mamy do czynienia z wynagrodzeniem ryczałtowym, Wykonawca zobowiązuje się do wykonania całości przedmiotu zamówienia za określone z góry wynagrodzenie, którego

wysokość jest niezależna od ilości faktycznie wykonanych prac. Tym samym zatem, przy wynagrodzeniu ryczałtowym, kosztorys ofertowy nie stanowi podstawy określenia sposobu wynagrodzenia należnego Wykonawcy. W ocenie Odwołującego, jeżeli cena za wykonanie przedmiotu zamówienia jest stała, zaś kosztorys ofertowy nie stanowi części oferty koniecznej do zawarcia umowy, jego brak, o ile Zamawiający nie określił inaczej w SWZ, nie powoduje niezgodności treści oferty z treścią SWZ.

Odwołujący wskazał na orzecznictwo KIO, zgodnie z którym, kosztorys ofertowy, o ile Zamawiający nie nada mu w dokumentach zamówienia szczególnej rangi, przy wynagrodzeniu ryczałtowym pozostaje bez wpływu na zakres zobowiązania Wykonawcy. Zasadą jest bowiem, że wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje wszelkie prace konieczne do wykonania zamówienia (por. np. Wyrok KIO z dnia 29 marca 2011 r., sygn. akt KIO 560/11, Wyrok KIO z dnia 9 sierpnia 2012 r., sygn. akt KIO 1595/12).

W stanie faktycznym niniejszej sprawy, analiza dokumentów zamówienia, w szczególności SWZ oraz wzoru umowy, uzasadnia stwierdzenie iż Zamawiający, wbrew stanowisku zawartemu w treści pisma z dnia 5 sierpnia 2021 r., nie nadał kosztorysowi uproszczonemu żadnej szczególnej rangi, co pozwoliłoby ewentualnie uzasadnić postawioną przez Zamawiającego tezę, iż jego nieprzedłożenie przez Odwołującego winno skutkować uznaniem, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu.

Odwołujący wskazał na rozdział XIV ust. 3 pkt 4 SWZ i stwierdził, że sporny kosztorys miał być przedłożony wraz z ofertą, nie zaś stanowić jej merytoryczną część. W treści przywołanego Rozdziału SWZ nie znajduje się stwierdzenie, iż niedołączenie wspomnianego dokumentu skutkować będzie uznaniem, że oferta złożona przez Wykonawcę nie odpowiada treści SWZ, a w konsekwencji jej odrzuceniem na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Odwołujący akcentował, iż sporny dokument został przez Zamawiającego wyszczególniony w katalogu dokumentów podlegających uzupełnieniu na wezwanie Zamawiającego. Powyższe, zdaniem Odwołującego, uzasadnia twierdzenie o braku przypisania szczególnej rangi spornemu dokumentowi.

Następnie, Odwołujący wskazał na rozdział XV ust. 1, 3 oraz 6 SWZ, rozdział XIX oraz par. 14 ust. 1 projektu umowy. W ocenie Odwołującego ww. postanowienia SWZ potwierdzają, że merytoryczną treść oferty stanowiła wyłącznie wskazana w formularzu ofertowym cena brutto za wykonanie całości przedmiotu zamówienia, a zatem brak załączenia przez Wykonawcę kosztorysu sporządzonego metodą uproszczoną, któremu Zamawiający nie nadał żadnej szczególnej rangi, nie może świadczyć o niezgodności oferty z treścią SWZ.

Odwołujący wskazał, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, złożona przez niego oferta spełniła wszystkie warunki zamówienia, określone przez Zamawiającego w SWZ. W treści formularza oferty Wykonawca jednoznacznie zadeklarował bowiem wykonanie całości przedmiotu zamówienia za cenę ryczałtową w nim określoną. Podkreślał, iż w treści formularza oferty Odwołujący oświadczył, że zapoznał się z SWZ i uznaje się za związanego określonymi w niej postanowieniami.

Wskazując na orzecznictwo KIO, Odwołujący stał na stanowisku, że o okoliczności czy treść oferty odpowiada treści SWZ przesądza porównanie zaoferowanego przez Wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, w tym, wymaganym przez Zamawiającego sposobem i terminem jego realizacji (por. Wyrok KIO z dnia 19 listopada

2020 r., sygn. akt KIO 2745/20). W stanie faktycznym niniejszej sprawy, zaoferowane przez

Wykonawcę świadczenie odpowiada wszelkim zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom. Wobec powyższego, w szczególności zaś, wobec okoliczności, że wymagany przez Zamawiającego formularz ofertowy nie stanowił merytorycznej treści oferty, brak jest przesłanek, które pozwalałyby Zamawiającemu na uznanie, że złożona przez Odwołującego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, a w konsekwencji, dokonanie czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Uzasadniał, że Odwołujący jednoznacznie zaoferował wykonanie całości opisanego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia.

Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 31 marca 2021 r., sygn. akt KIO 652/21 i wskazał, że odrzuceniu podlegać może wyłącznie oferta, która jest niezgodna z SWZ (obecnie SWZ) w sposób jednoznaczny, zasadniczy i nieusuwalny, a co więcej, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (obecnie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp), musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i jednoznacznie ustalonymi postanowieniami SWZ (obecnie SWZ). W stanie faktycznym niniejszej sprawy, w ocenie Odwołującego, Zamawiający tego rodzaju

niezgodności nie uchwycił.

Odnosząc się natomiast do stanowiska Zamawiającego zawartego w treści informacji z dnia 5 sierpnia 2021 r., zgodnie z którym „niezłożenie przez Wykonawcę spornego kosztorysu uniemożliwia Zamawiającemu prowadzenie negocjacji w zakresie robót z branży drogowej”, Odwołujący wskazał, że z powyższym poglądem również nie sposób się zgodzić. Podkreślał, iż w ramach negocjacji treści ofert, przewidzianych w art. 275 pkt 2 ustawy Pzp, stosownie do treści powołanego przepisu, negocjacjom podlegają wyłącznie te elementy treści ofert, które oceniane są przez Zamawiającego w ramach kryteriów oceny. W treści SWZ Zamawiający jednoznacznie wskazał, iż to cena oferty brutto będzie służyć do porównania złożonych ofert oraz stanowić będzie podstawę przyznawania punktów w ramach kryterium „Cena”. Mając na względzie powyższe, wycena poszczególnych pozycji w formularzu ofertowym sporządzonym metodą uproszczoną, pozostaje bez znaczenia. Odwołujący stał na stanowisku, iż, skoro Zamawiający wyszczególnił wspomniany kosztorys ofertowy w katalogu dokumentów składanych w postępowaniu, podlegających uzupełnieniu na wezwanie Zamawiającego (por. punkt 3 ppkt 4 Rozdziału XIV SWZ), winien był, po dostrzeżeniu, iż przedłożony przez Odwołującego kosztorys jest niekompletny, wezwać Odwołującego do uzupełnienia jego brakujących elementów, stosownie do treści art. 128

ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 11 sierpnia 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie zarzutu 1. zawartego w petitum odwołania Zamawiający przywołał brzmienie art. 7 pkt 3 i 29 ustawy Pzp i uzasadniał, że jeżeli z treści oferty wykonawcy wynika, że planuje realizować przedmiot zamówienia niezgodnie z oczekiwaniami zamawiającego, tj. np. w innej niż przewidziano w specyfikacji technologii lub w odmiennym terminie, to wówczas taka oferta podlega obligatoryjnemu odrzuceniu. Zdaniem Zamawiającego w danym postępowaniu nie znajdują zastosowania reguły dotyczące wyjaśnienia treści ofert, czy też poprawiania treści oferty przez zamawiającego (art. 223 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Za ofertę niezgodną z treścią warunków zamówienia nie uznaje się oferty, która nie spełnia jedynie wymogów formalnych stawianych ofercie. Zgodność bądź niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia weryfikowana jest poprzez porównanie ich zakresów. Niezgodność treści oferty z treścią warunków zamówienia ocenia się z uwzględnieniem pojęcia oferty definiowanego art. 66 k.c., a więc niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z wymaganiami zamawiającego dotyczącymi merytorycznego zakresu przedmiotu nabywanego zamówienia. Oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia tylko i wyłącznie wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada przedmiotowi zamówienia albo narzuconemu przez zamawiającego sposobowi realizacji przedmiotu zamówienia wynikającemu najczęściej ze specyfikacji warunków zamówienia lub opisu potrzeb i wymagań. Tym samym, aby uznać treść oferty za niezgodną z warunkami zamówienia, niezgodność musi być znacząca, a jej wystąpienie nie powinno budzić wątpliwości.

Zamawiający w rozdziale XIV ust. 3 pkt 4 SWZ dot. ww. postępowania, określił, że Wykonawca wraz z Ofertą zobowiązany jest złożyć „kosztorys ofertowy wykonany metodą uproszczoną wykonany na podstawie przedmiarów robót”. Dodatkowo, Zamawiający w ust. 1 Formularza ofertowego stanowiącego załącznik do SWZ zawarł treść, którą Odwołujący zaakceptował i złożył jako ofertę: „Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wynikającą z załączonych kosztorysów ofertowych, która wynosi Zamawiający

w ramach prowadzonego postępowania udostępnił przedmiary robót do każdej z branż wskazanych w zamówieniu, w tym branży drogowej. Zamawiający przewidział wybór najkorzystniejszej oferty z możliwością prowadzenia negocjacji. W ocenie Zamawiającego, prowadzenie negocjacji nie jest możliwe jedynie w oparciu o sam formularz oferty dlatego m.in. wymagał złożenia kosztorysów ofertowych w poszczególnych branżach.

Zamawiający podkreślał, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej dopuszcza się żądanie złożenia przez wykonawców kosztorysu ofertowego, w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego. W wyroku z dnia 27 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 50/14, Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła poglądu odwołującego, że ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego uniemożliwia zamawiającemu badanie kosztorysów ofertowych oraz zwróciła uwagę, że pogląd, iż ustalenie wynagrodzenia ryczałtowego nie uniemożliwia zamawiającemu badania zgodności oferty z SWZ na podstawie kosztorysów ofertowych, kształtuje się w orzecznictwie KIO. W wyroku z dnia 17 marca 2015 r., sygn. akt KIO 420/15, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego zamawiający miał prawo żądania sporządzenia i złożenia z ofertą kosztorysu ofertowego (Zamawiający podniósł sporządzenie kosztorysu ofertowego do rangi istotnego dla niego, obligatoryjnego elementu treści oferty).

Wskazał, iż mając na uwadze treść art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp skoro Zamawiający w SWZ oraz Formularzu ofertowym określił, że Wykonawca wraz z ofertą zobowiązany jest złożyć „kosztorys ofertowy wykonany metodą uproszczoną wykonany na podstawie przedmiarów robót”, to niezłożenie przez Wykonawcę wraz z ofertą ww. kosztorysu powinno w konsekwencji spowodować odrzucenie takiej oferty. Tym bardziej, że niezłożenie przez Wykonawcę wskazanego kosztorysu, którego konieczność sporządzenia Zamawiający podniósł do rangi istotnego dla niego, obligatoryjnego elementu treści oferty, w zasadzie uniemożliwia Zamawiającemu prowadzenie negocjacji z Wykonawcą w zakresie robót z branży drogowej.

Zamawiający wyjaśnił, że w chwili obecnej jest na etapie po przeprowadzeniu negocjacji. Ze względu na to, że Zamawiający dopuszczał różne sposoby umocnienia gruntu (do wyboru przez Wykonawcę), głównym tematem negocjacji były poszczególne rozwiązania przyjęte przez Wykonawcę. Brak tak istotnego elementu jakim jest wymagany kosztorys ofertowy branży drogowej (którego wartość stanowi ponad 50% wartości zamówienia) w ocenie Zamawiającego uniemożliwia prawidłowe przygotowanie się Zamawiającego do negocjacji. W ocenie Zamawiającego, podczas prowadzenia negocjacji, to na Zamawiającym ciąży obowiązek wskazania Wykonawcy, które elementy oferty (kosztorysu ofertowego) zostały przeszacowane, a które stanowią rażąco niską cenę.

Projekt umowy zawiera zapisy dotyczące ryczałtowego wynagrodzenia Wykonawcy. Jednak zawiera on zapis o możliwych płatnościach częściowych (do 80 % wartości umownej), które rozliczane są na podstawie kosztorysu ofertowego, dodatkowo w przypadku ewentualnego odstąpienia przez Wykonawcę od umowy, brak kosztorysu ofertowego

uniemożliwia prawidłowe rozliczenie wykonanych prac przez Inspektora nadzoru.

Dodatkowo Zamawiający wyjaśnił, że wymagany kosztorys ofertowy istotny jest dla prawidłowego rozliczenia dofinansowania udzielonego na realizację zadania z Rządowego Funduszu Rozwoju Dróg, prawidłowego wykonania przez Wykonawcę i zatwierdzenia przez Zamawiającego harmonogramu rzeczowo-finansowego. Oba ww. dokumenty wymagane są umową dotyczącą dofinansowania zadania z RFRD.

Odnosnie zarzutu zawartego w punkcie 2. petitum odwołania Zamawiający wskazał, że treść dołączanych do Formularza ofertowego kosztorysów ofertowych stanowi ofertę. Niedopuszczalne jest uzupełnianie treści ofert po terminie składania ofert. Wyjątkiem jest wezwanie do wyjaśnienia treści oferty ale nie uzupełnianie merytoryczne oferty.

Odnosnie zaniechania przez Zamawiającego zastosowania art. 128 ustawy Pzp Zamawiający przywołał wyrok KIO z dnia 27 lipca 2012 r. sygn. akt: KIO 1493/12, gdzie wprost stwierdzono, iż „Kosztorysy ofertowe nie podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p.” (przepis zbliżony do obecnego art. 128 ustawy Pzp). Zamawiający stoi na stanowisku, że art. 128 ustawy Pzp nie dotyczy kosztorysów ofertowych bowiem nie należą one do żadnej z kategorii dokumentów lub oświadczeń wymienionych w tym przepisie. Kosztorysy te nie zostały wymienione w rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23.12.2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz. 2415), wydanym na podstawie art. 128 ust. 6 ustawy Pzp. Zamawiający rozpatrywał natomiast możliwość zastosowania art. 223 ustawy Pzp. W tym zakresie uwagę warto zwrócić na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 8.04.2016 r., sygn. akt KIO 431/16, gdzie wskazano, że „Powyższe twierdzenie jest prawdziwe, jednakże poprawienie omyłki może nastąpić jedynie wtedy, gdy nie istnieją wątpliwości, w jaki sposób należy omyłkę poprawić”. W przedmiotowej sprawie poprawienie omyłki polegałoby na uzupełnieniu treści oferty o nieistniejące dotychczas elementy, co należy uznać za niedopuszczalne. Jednocześnie należy wskazać, że poprawienie w ofercie omyłek stanowi obowiązek zamawiającego, a ten nie mógłby zostać zrealizowany bez zaangażowania wykonawcy, który musiałby podać informacje uszczegóławiające kosztorys, których uprzednio nie wyraził. Fakt ten potwierdza brak „oczywistości” zaistniałych omyłek.

Jednocześnie Zamawiający stwierdził, że w przedmiotowej sprawie za

niedopuszczalne należy uznać zastosowanie instytucji określonej w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Wyjaśnienia udzielone przez wykonawcę stanowią wykładnię oświadczenia woli wykonawcy, mogą zatem dotyczyć wyłącznie istniejących elementów oferty i nie mogą służyć do rozszerzenia zakresu zobowiązania wykonawcy o elementy, które wbrew wymaganiom Zamawiającego, zostały pominięte w treści złożonej oferty. W przedmiotowej sprawie wyjaśnienie treści oferty musiałoby polegać na uzupełnieniu treści zobowiązania o informacje, które nie znalazły się pierwotnie, a to należy uznać za niedopuszczalne.

W związku z powyższym, Zamawiający w przedmiotowej sprawie, nie ma podstaw prawnych do doprowadzenia do uzupełnienia treści oferty w zakresie informacji, które pierwotnie

powinny zostać wyrażone w kosztorysie ofertowym.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 11 sierpnia 2021 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba na posiedzeniu niejawnym po wysłuchaniu stanowisk Stron oraz wykonawcy zgłaszającego przystąpienie - Strabag Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie stwierdziła, że Wykonawca nie przystąpił do przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. W myśl ust. 2 ww. przepisu, zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Jak wynika z akt sprawy oraz wyjaśnień Zamawiającego złożonych w toku posiedzenia niejawnego - w dniu 11 sierpnia 2021 r. Zamawiający przekazał drogą elektroniczną wykonawcy Strabag Sp. z o.o. odwołanie wniesione przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. z dnia 9 sierpnia 2021 r. Jednocześnie Zamawiający oraz Odwołujący w toku posiedzenia oświadczyli, że nie otrzymali kopii zgłoszenia przystąpienia od wykonawcy Strabag Sp. z o.o. wniesionego w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Izba ustaliła, że znajdujące się w aktach sprawy pismo wykonawcy Strabag Sp. z o.o. z dnia 9 sierpnia 2021 r. nie dotyczyło postępowania odwoławczego zainicjowanego odwołaniem wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o., które wpłynęło do Prezesa Izby 9 sierpnia 2021 r. Powyższe potwierdza okoliczność, iż kopia odwołania wniesionego w przedmiotowej sprawie odwoławczej została przekazana wykonawcom w dniu 11 sierpnia 2021 r., podczas gdy pismo Strabag Sp. z o.o. wpłynęło do Prezesa Izby w dniu 9 sierpnia 2021 r. Jednocześnie z treści pisma wykonawcy Strabag Sp. z o.o. wynika, że wykonawca otrzymał kopię odwołania w dniu 4 sierpnia 2021 r., toteż termin na zgłoszenie przystąpienia - zdaniem Wykonawcy - upływał w dniu 9 sierpnia 2021 r. Jakkolwiek wykonawca Strabag Sp. z o.o. stał na stanowisku, iż ww. pismo dotyczyło przedmiotowego postępowania odwoławczego, to nie wykazał jednak, że w dacie 9 sierpnia 2021 r. znana była mu treść odwołania wniesionego przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. w dniu 9 sierpnia 2021 r.

W tym stanie rzeczy Izba ustaliła, że do przedmiotowego postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpień.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Odwołującego oraz pisma z dnia 29 lipca 2021 r. oraz 5 sierpnia 2021 r. skierowane do Odwołującego.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie oraz pisemnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 23 września 2021 r.

Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale XIV ust. 3 pkt 4 SWZ Zamawiający wskazał, że ofertę składa się na Formularzu Ofertowym - zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ. Wraz z ofertą Wykonawca

jest zobowiązany złożyć kosztorys ofertowy wykonany metodą uproszczoną wykonany na podstawie przedmiarów robót.

Zgodnie z rozdziałem XV SWZ, Wykonawca podaje cenę za realizację przedmiotu zamówienia zgodnie ze wzorem Formularza Ofertowego, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ. Cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiot zamówienia oraz istotnymi postanowieniami umowy określonymi w SWZ. Stawka podatku VAT w przedmiotowym postępowaniu wynosi 23%. Cena podana na Formularzu Ofertowym jest ceną wyczerpującą wszelkie należności Wykonawcy wobec Zamawiającego związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Wyliczona cena oferty brutto będzie służyć do porównania złożonych ofert i do rozliczenia w trakcie realizacji zamówienia.

W myśl rozdziału XIX SWZ, kryterium ocen ofert stanowiła m.in. cena o wadze 60% podana przez wykonawcę w formularza ofertowym.

Zgodnie z punktem 1 załącznika nr 1 do SWZ: „Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wynikającą z załączonych kosztorysów ofertowych, która wynosi:

netto: _____ zł podatek VAT __%, tj. _____ zł brutto: _____ zł (słownie: _____ zł).”

Zgodnie z ust. 2 § 1 załącznika nr 5 do SWZ: Wykonawca zobowiązuje się do wykonania przedmiotu umowy określonego w ust. 1 w zakresie określonym w projektach budowlanych i projektach wykonawczych stanowiącymi załącznik Nr 1 do niniejszej umowy, a także w sposób określony w:

- a) kosztorysie ofertowym
- b) Specyfikacji Warunków Zamówienia,
- c) Szczegółowej Specyfikacji Technicznej.

Zgodnie z § 14 załącznika nr 5 do SWZ: Za wykonanie przedmiotu umowy określonego w §1 i §2 niniejszej umowy Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie

ryczałtowe w wysokości: _____ zł (słownie: _____/100) netto, plus należny

ustawowy podatek od towarów i usług VAT __% o wartości _____ zł (słownie:

_____/100), łączne wynagrodzenie brutto _____ zł (słownie:

_____/100), ustalone na podstawie oferty Wykonawcy, stanowiącej

załącznik nr 1 do niniejszej umowy.

Zgodnie z § 23 ust. 8 załącznika nr 5 do SWZ, strony wspólnie rozliczą się z pozostałych kosztów, które poniósł Wykonawca a nie związanych z budową, obiektów zaplecza, uzbrojenia terenu budowy itp. uwzględniając przyczyny odstąpienia od umowy. Rozliczenie za wykonane prace do czasu odstąpienia od umowy według kosztorysu ofertowego. Do rozliczenia zostaną uwzględnione tylko elementy robót wykonane prawidłowo tj. zgodnie z projektem budowlanym. Elementy robót wykonane wadliwie i nienadające się do eksploatacji zostają przekazane bez prawa zapłaty.

W § 24 ust. 3 pkt 5 lit. a załącznika nr 5 do SWZ, Zamawiający przewidział możliwość zmiany zawartej umowy m.in. w zakresie dotyczącym zmian w stosunku do dokumentacji projektowej wprowadzone protokołem konieczności, zaakceptowanym przez Zamawiającego na wniosek Wykonawcy, w trakcie prowadzenia robót, mogą być dokonywane zmiany technologii i sposobu wykonania elementów robót. Dopuszcza się je tylko w przypadkach, gdy proponowane przez niego rozwiązanie jest równorzędne lub lepsze funkcjonalnie od tego, jakie przewiduje projekt, a jednocześnie nie spowoduje zwiększenia kosztów robót i zmiany terminu zakończenia zadania. W tym przypadku Wykonawca przedstawia projekt zamienny, zawierający opis proponowanych zmian, niezbędne rysunki i wycenę kosztów (kosztorys różnicowy obrazujący różnice pomiędzy kosztorysem ofertowym, a proponowanym rozwiązaniem zamiennym). Wniosek taki wymaga akceptacji nadzoru autorskiego, zaopiniowania przez Inspektora nadzoru w formie protokołu konieczności i zatwierdzenia do realizacji przez Zamawiającego.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło czterech

wykonawców.

Pismem z dnia 29 lipca 2021 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Jednocześnie w ww. piśmie Zamawiający wskazał, iż zaprosi do negocjacji pozostałych wykonawców.

W dniu 5 sierpnia 2021 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu dokument stanowiący uzupełnienie informacji z dnia 29 lipca 2021 r. Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający wskazał, że „oferta nr 4 złożona przez Przedsiębiorstwo Robót Drogowych Sp. z o.o. została odrzucona ze względu na brak wymaganego w SWZ dokumentu, który należało złożyć wraz z ofertą. W ofercie brak wymaganego kosztorysu ofertowego wykonanego metodą uproszczoną na podstawie załączonego przedmiaru robót branży drogowej. Zamawiający w rozdziale XIV ust. 3 pkt 4 Specyfikacji Warunków Zamówienia dot. ww. postępowania określił, że Wykonawca wraz z ofertą zobowiązany jest złożyć „kosztorys ofertowy wykonany metodą uproszczoną wykonany na podstawie przedmiarów robót”. Zamawiający nie dopuścił możliwości składania ofert częściowych. Zamawiający w ramach prowadzonego postępowania udostępnił przedmiary robót do każdej z branż wskazanych w zamówieniu, w tym branży drogowej. Zamawiający przewidział wybór najkorzystniejszej oferty z możliwością prowadzenia negocjacji. Zamawiający w projektowanych zapisach umowy przewidział wynagrodzenie ryczałtowe.

W ocenie Zamawiającego, prowadzenie negocjacji nie jest możliwe jedynie w oparciu o sam formularz oferty, dlatego m.in. wymagał złożenia kosztorysów ofertowych w poszczególnych branżach. Niezależnie od ryczałtowego charakteru umowy, mając na uwadze treść art. 226 ust. 1 pkt 5 pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli

jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, należy stwierdzić, że skoro Zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia określił, że Wykonawca wraz z ofertą zobowiązany jest złożyć „kosztorys ofertowy wykonany metodą uproszczoną wykonany na podstawie przedmiarów robót”, to nie złożenie przez Wykonawcę wraz z ofertą ww. kosztorysu powinno w konsekwencji spowodować odrzucenie takiej oferty. Niezłożenie przez Wykonawcę wskazanego kosztorysu, którego konieczność sporządzenia Zamawiający podniósł do rangi istotnego dla niego, obligatoryjnego elementu treści oferty, w zasadzie uniemożliwia Zamawiającemu prowadzenie negocjacji z Wykonawcą w zakresie robót z branży drogowej”.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na oddalenie.

Nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, a czynność odrzucenia oferty Odwołującego była prawidłowa.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Stosownie do treści art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w podmiotowych środkach 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, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Bezspornie Odwołujący nie załączył do oferty kosztorysu ofertowego wykonanego metodą uproszczoną w branży drogowej, który należało opracować na podstawie przedmiaru robót. Wątpliwości Stron postępowania odwoławczego nie budziła kwestia dopuszczalności żądania złożenia przez wykonawców kosztorysu ofertowych, w sytuacji gdy Zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe. Osłą sporu było to, czy w rozpoznawanej sprawie wymagane przez Zamawiającego kosztorysy ofertowe stanowiły treść oferty.

Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego jakoby analiza dokumentów zamówienia, w szczególności SWZ oraz wzoru umowy uzasadniała twierdzenie, iż Zamawiający nie nadał kosztorysowi uproszczonemu treści oferty. Ustalając znaczenie i rangę kosztorysu ofertowego zauważyć należy, iż obowiązek złożenia wraz z ofertą kosztorysów ofertowych w poszczególnych branżach wykonanych w oparciu o przedmiary wprost wynikał z treści SWZ (rozdział XIV ust. 3 pkt 4), czego Odwołujący nie kwestionował, a jedynie - jak wyjaśnił w toku rozprawy - omyłkowo nie przekazał jednego kosztorysu

ofertowego. Ponadto w treści formularza ofertowego (załącznik nr 1 do SWZ) Zamawiający podał „Oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę wynikającą z załączonych kosztorysów ofertowych, która wynosi: (.)”. Z powyższego wynika tym samym, że Zamawiający oczekiwał wyceny w ramach ceny oferty pozycji zawartych w przedmiarach, które załączył w tym celu do SWZ, jak również by oferowana przez wykonawców cena wynikała z załączonych do oferty kosztorysów. Zamawiający wymagał zatem od potencjalnych wykonawców zamówienia udokumentowania sposobu obliczenia ceny oferty, która następnie mogła stanowić przedmiot negocjacji.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy nie można także pominąć postanowień umowy w sprawie zamówienia (załącznik nr 5 do SWZ) referujących do kosztorysów ofertowych wymaganych przez Zamawiającego, a przez to wskazujących na ich znaczenie.

I tak wskazać należy, iż zgodnie z § 1 ust. 2 załącznika nr 5 do SWZ, wykonawca zobowiązuje się do wykonania przedmiotu umowy określonego w ust. 1 w zakresie określonym w projektach budowlanych i projektach wykonawczych stanowiącymi załącznik Nr 1 do umowy, a także w sposób określony w: a) kosztorysie ofertowym, b) Specyfikacji Warunków Zamówienia, c) Szczegółowej Specyfikacji Technicznej. Dostrzec również należy, iż Zamawiający w dokumentacji technicznej dopuszczał różne sposoby wykonania poszczególnych elementów zamówienia np. w zakresie umocnienia gruntu, czemu nie przeczył Odwołujący. Tym samym niezłożenie przez Odwołującego wraz z ofertą kosztorysu ofertowego w branży drogowej, pozbawiło Zamawiającego możliwości weryfikacji zobowiązania Wykonawcy co do sposobu wykonania części prac, jak i oferowanych cen jednostkowych za poszczególne pozycje kosztorysu.

Dalej wskazać należy, iż kosztorysy ofertowe, których złożenia wraz z ofertą wymagał Zamawiający miały także znaczenie dla prawidłowego rozliczenia wykonanych prac w przypadku ewentualnego odstąpienia przez wykonawcę od umowy. W § 23 ust. 8 załącznika nr 5 do SWZ, Zamawiający przewidział, iż rozliczenie za wykonane prace do czasu odstąpienia od umowy nastąpi według kosztorysu ofertowego.

Stanowisko Zamawiającego potwierdza także to, iż omawiany kosztorys ofertowy miał znaczenie w przypadku zmiany umowy w zakresie dotyczącym zmian w stosunku do dokumentacji projektowej wprowadzonych protokołem konieczności (§ 24 ust. 3 pkt 5 lit. a załącznika nr 5). W takim bowiem przypadku Zamawiający przewidział obowiązek przedstawienia przez wykonawcę projektu zamiennego, zawierającego opis proponowanych zmian, niezbędne rysunki i wycenę kosztów (kosztorys różnicowy obrazujący różnice pomiędzy kosztorysem ofertowym, a proponowanym rozwiązaniem zamiennym).

Co szczególnie istotne, przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone jest w trybie podstawowym z fakultatywnymi negocjacjami. Jak wynika z art. 278 ustawy Pzp, w przypadku, o którym mowa w negocjacje treści ofert nie mogą prowadzić do zmiany treści SWZ oraz dotyczą wyłącznie tych elementów treści ofert, które podlegają ocenie w ramach kryteriów oceny ofert. Wbrew stanowisku Odwołującego brak załączenia przez Wykonawcę kosztorysu ofertowego w branży drogowej stanowiącego ok. 50% wartości zamówienia utrudniał przeprowadzenie negocjacji w ww. zakresie. Zamawiający pozbawiony został możliwości analizy sposobu i prawidłowości kalkulacji ceny za prace w branży drogowej, jak również należytego przygotowania się do negocjacji. Zdaniem Izby na gruncie przepisów ustawy Pzp brak jest przeszkód, aby w ramach cenowego kryterium oceny ofert przedmiotem negocjacji z wykonawcą był jeden z elementów składowych ceny, zwłaszcza gdy oferowana za wykonanie zamówienia cena ma być potwierdzona załączonymi do oferty kosztorysami opracowanymi przez wykonawcę na podstawie przedmiarów. Istotne jest jedynie to, aby faktyczny przedmiot negocjacji dotyczyły elementów treści oferty podlegających ocenie w ramach przewidzianych kryteriów oceny ofert oraz nie prowadził do zmiany SWZ, przy czym przepisy ustawy Pzp nie precyzują szczegółowego przedmiotu negocjacji, a wyznaczają jedynie ich granice zawarte w art. 278 ustawy Pzp.

Nie zasługiwała na uwzględnienie argumentacja Odwołującego, iż o braku przypisania szczególnej rangi spornemu kosztorysowi ofertowemu miała przesądzać okoliczność, że ww. dokument został wyszczególniony w katalogu dokumentów podlegających uzupełnieniu na wezwanie Zamawiającego. Wskazać należy, iż o tym, czy dany dokument podlega uzupełnieniu co do zasady decydują przepisy prawa, natomiast sam fakt umieszczenia kosztorysów ofertowych wśród dokumentów podlegających uzupełnieniu nie wskazuje na jego irrelevantny charakter.

Izba nie podzieliła także stanowiska Odwołującego jakoby argumentacja Zamawiającego zawarta w odpowiedzi na odwołanie wykraczała poza uzasadnienie faktyczne i prawne czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Wskazać należy, iż podstawą odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp był brak

załączenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego w branży drogowej, który w ocenie Zamawiającego stanowił treść oferty, co Zamawiający uzasadnił - powołując się m.in. na stosowne postanowienia dokumentacji zamówienia - w decyzji z dnia 5 sierpnia 2021 r. Przedstawione przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie stanowisko referowało do ww. okoliczności faktycznej, a liczba przywołanych postanowień SWZ potwierdzających, że sporny kosztorys ofertowy stanowił treść oferty stanowi wyłącznie argumentację dotyczącą tej samej okoliczności faktycznej. Innymi słowy, Zamawiający nie przedstawił w odpowiedzi na odwołanie i nie prezentował w toku rozprawy innych okoliczności faktycznych uzasadniających czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, a odwoływał się do okoliczności stwierdzonej już w piśmie z dnia 5 sierpnia 2021 r.

Konkludując powyższe rozważania stwierdzić należy, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy brak jest podstaw do uznania, że wymagane przez Zamawiającego kosztorysy ofertowe nie miały charakteru istotnych postanowień i nie stanowiły treści oferty. Dokonana przez Odwołującego analiza postanowień dokumentów zamówienia przeprowadzona została wybiórczo, prowadząc do nieprawidłowych wniosków. Tym samym czynność odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp była prawidłowa.

W konsekwencji powyższych ustaleń za nietrafione należało uznać stanowisko Odwołującego dotyczące naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp polegającego na zaniechaniu wezwania Wykonawcy do przedłożenia spornego kosztorysu ofertowego. Nie jest bowiem dopuszczalne uzupełnianie treści oferty po upływie terminu składania ofert.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: