

Sygn. akt: KIO 438/23

WYROK z dnia 3 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lutego 2023 r. przez odwołującego – wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Drogowych Spółka Akcyjna z siedzibą w Łukowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Stoczek Łukowski,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo Usługowa „Bruk-Bud” P. S. z siedzibą w Sulbinach i wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych w Otwocku Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pogorzeli, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 438/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. Zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego na wynagrodzenie pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze 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:

Sygn. akt KIO 438/23

Uzasadnienie

Gmina Stoczek Łukowski, zwana dalej „Zamawiającym”, działając w trybie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwaną dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „modernizacja dróg gminnych o znaczeniu strategicznym”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 30 grudnia 2022 r., pod numerem 2022/BZP 00523948/01.

W dniu 17 lutego 2023 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Drogowych Spółka Akcyjna z siedzibą w Łukowie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie od następujących czynności i zaniechań Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu:

- 1) wyboru jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Konsorcjum: wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo Usługowa „Bruk-Bud” P. S. z siedzibą w Sulbinach i Przedsiębiorstwo Robót Drogowych w Otwocku Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pogorzeli (zwanym dalej jako „Konsorcjum”) pomimo, że oferta Konsorcjum powinna podlegać odrzuceniu ze względu na brak zawarcia w niej kosztorysu ofertowego,
- 2) zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum ze względu na brak zawarcia w niej kosztorysu ofertowego,
- 3) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą MARTINEX Firma Ogólnobudowlana M. S. z siedzibą w Zabieli (zwanego dalej jako „wykonawca MARTINEX”) ze względu na brak zawarcia w niej kosztorysu

ofertowego,

- 4) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy FEDRO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Osiecku (zwanego dalej jako „wykonawca FEDRO”) ze względu na brak zawarcia w niej kosztorysu ofertowego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP w zw. z art. 629 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r., Nr 16, poz. 93 ze zm.), zwanego dalej jako „k.c.”, w zw. z art. 630 § 1 k.c. poprzez zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum, wykonawcy MARTINEX i wykonawcy FEDRO jako ofert, których treść jest niezgodna z warunkami zamówienia w związku z niezłożeniem przez tych wykonawców kosztorysów ofertowych, pomimo kosztorysowego sposobu rozliczenia opisywanego zamówienia publicznego, co miało wpływ na wynik tego postępowania (zarzut nr 1),
- 2) art. 128 ust. 1 i 2 ustawy PZP poprzez nieuzasadnione dopuszczenie do złożenia przez Konsorcjum uzupełnienia złożonej oferty o kosztorys ofertowy (po terminie składania ofert), który stanowi dokument niepodlegający uzupełnieniu, co miało wpływ na wynik tego postępowania (zarzut nr 2).

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie jego odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum jako najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu,
- 3) odrzucenia oferty Konsorcjum z postępowania na podstawie okoliczności opisanych w uzasadnieniu odwołania,
- 4) odrzucenia oferty wykonawcy MARTINEX z postępowania na podstawie okoliczności opisanych w uzasadnieniu odwołania,
- 5) odrzucenia oferty wykonawcy FEDRO z postępowania na podstawie okoliczności

opisanych w uzasadnieniu odwołania,

- 6) uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą w postępowaniu.

Ponadto Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym, a także o zasądzenie od Zamawiającego na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1 odwołania Odwołujący podał, że w dokumentacji prowadzonego postępowania w pkt 16.1. Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ”) Zamawiający wskazał, że obowiązującą formą wynagrodzenia za wykonanie przez wykonawcę przedmiotu zamówienia będzie wynagrodzenie kosztorysowe wskazane w Formularzu ofertowym – Załączniku Nr 3 do SWZ. Informacje o kosztorysowym sposobie rozliczenia widnieją również w innych załącznikach do SWZ, tj.: Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz projekcie umowy. Według Odwołującego tylko jego oferta spełnia warunki wskazane w dokumentacji przetargowej, ponieważ tylko on załączył do oferty kosztorys ofertowy. Jednocześnie Odwołujący uważa, że oferty złożone przez Konsorcjum, wykonawcę MARTINEX i wykonawcę FEDRO powinny zostać odrzucone jako niezgodne z warunkami zamówienia i kosztorysowym charakterem wynagrodzenia zastosowanym przez Zamawiającego ze względu na brak załączenia do nich kosztorysów ofertowych. Odwołujący wskazał, że wymóg załączenia kosztorysu ofertowego był obowiązkiem oferenta w przedmiotowym postępowaniu, albowiem tylko w oparciu o kosztorys ofertowy (będący częścią złożonej w terminie oferty) możliwe jest rzetelne i prawidłowe sprawdzenie poprawności przygotowanych ofert, rozliczenie robót budowlanych wynikających z dokumentacji przetargowej oraz zaplanowanie i rozliczenie ewentualnych robót dodatkowych. Odwołujący zauważył, że Zamawiający w pkt 16.1. SWZ wskazał na kosztorysowy charakter wynagrodzenia wykonawcy, natomiast w pkt 16.2. SWZ Zamawiający zawarł, że „Cena winna uwzględniać wymagania wskazane w dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia, SWZ i wzorze umowy”. Z Opisu Przedmiotu Zamówienia (w szczególności pkt 3.4.), zwanego dalej jako „OPZ”, SWZ i postanowień umowy (w szczególności § 3 ust. 2, § 7 ust. 7 i § 8 ust. 1), Odwołujący wywodzi, iż zawierają one wymóg załączenia kosztorysów ofertowych. Odwołujący

podkreślił, że rozliczenie robót w oparciu o kosztorys powykonawczy jest wykonalne tylko i wyłącznie w sytuacji przygotowania przez wykonawcę kosztorysu ofertowego. Natomiast kosztorys powykonawczy to nic innego jak iloczyn ilości prac rzeczywiście wykonanych i ceny (zawartej w kosztorysie ofertowym) dla danej kategorii robót budowlanych. Ponadto zdaniem Odwołującego z treści Załącznika nr 3 do SWZ o tytule „oferta” jednoznacznie wynika, że oferent miał obowiązek przygotować kosztorysy ofertowe, ponieważ na formularzu tym widnieje zapis, że wykonawca oświadcza, że oferuje „wykonanie przedmiotu zamówienia, określonego w Specyfikacji Warunków Zamówienia, zgodnie z przedmiarem robót, wzorem umowy stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ, dokumentacją techniczną zamówienia oraz kosztorysem ofertowym za cenę...”. Jednocześnie Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający w sposób nieuprawniony wskazał w SWZ, że kosztorys ofertowy wykonawca dostarczy przed podpisaniem umowy – co stoi w sprzeczności z szeregiem wskazanych powyżej dokumentów składających się na dokumentację przetargową. W ocenie Odwołującego bez kosztorysu ofertowego (złożonego wraz z ofertą w terminie składania ofert) Zamawiający nie ma możliwości zweryfikowania prawidłowości przygotowania oferty, ani rzetelnego rozliczenia robót budowlanych. Ponadto jego zdaniem

tylko na podstawie kosztorysu ofertowego (złożonego wraz z ofertą w terminie składania ofert) Zamawiający może stwierdzić, że zaproponowana cena uwzględnia realizację wszystkich robót budowlanych opisanych w SWZ. Nie istnieje również obiektywna możliwość przygotowania kosztorysu powykonawczego, ani rozliczenia robót budowlanych ze względu na brak punktu odniesienia w postaci kosztorysu ofertowego. Odwołujący powołał się przy tym na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, z którego ma między innymi wynikać konieczność załączenia kosztorysów ofertowych do oferty (np. wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 kwietnia 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 665/13, z dnia 12 sierpnia 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1811/13 i z dnia 11 stycznia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2383/16).

W dalszej części uzasadnienia pierwszego z zarzutów odwołania Odwołujący wywodzi, że definicja wynagrodzenia kosztorysowego została uregulowana w art. 629 k.c. i jest ona normą prawa powszechnie obowiązującego, a Zamawiający nie może dowolnie i wedle swojego uznania jej modyfikować. W ocenie Odwołującego wskazana w SWZ przez Zamawiającego konieczność przekazania kosztorysów dopiero na etapie zawarcia umowy jest próbą połączenia wynagrodzenia kosztorysowego i ryczałtowego, co jest z definicji niemożliwe i wzajemnie się wyklucza. Dodał zarazem, że oferty złożone przez Konsorcjum oraz wykonawców MARTINEX

i FEDRO są niezgodne z warunkami zamówienia, a niezgodność ta ma charakter nieusuwalny ze względu na brak możliwości uzupełnienia kosztorysu ofertowego po dniu otwarcia ofert. Na poparcie swojego stanowiska powołał się pogląd prawny wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 kwietnia 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 965/22, w świetle którego: „Należy przypomnieć, że jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa Izby, odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, w którym w sposób jednoznaczny zostanie stwierdzona niezgodność oferty wykonawcy z warunkami zamówienia, a niezgodność ta ma charakter nieusuwalny”. Ponadto Odwołujący wskazał, że w dniu 12 stycznia 2023 r. Zamawiający w wyniku otrzymania pytania od jednego z oferentów zmienił technologię wykonania poboczy z pospółki na kruszywo łamane frakcji 0-31,5 mm. Odwołujący uwzględnił powyższe zmiany w swojej ofercie. Następnie w dniu 17 stycznia 2023 r. Zamawiający opublikował zmianę ogłoszenia o zamówieniu wraz z modyfikacją SWZ poprzez zwiększenie długości wybranych dróg w konsekwencji czego zwiększył się zakres planowanych robót budowlanych (wydłużeniu uległy drogi ujęte w pkt 4.1. OPZ), a Odwołujący uwzględnił wprowadzone zmiany w swojej ofercie – zarówno w zakresie zmiany technologii wykonania poboczy, jak i zwiększenia zakresu modernizacji dróg, co zostało ujęte w załączonym do jego oferty kosztorysie ofertowym. Zdaniem Odwołującego Zamawiający oraz inni oferenci mogli bez trudu zweryfikować fakt ujęcia tych zmian w ofercie przez Odwołującego właśnie w związku z załączeniem do oferty kosztorysu ofertowego, natomiast sprawdzenie ofert innych wykonawców przez Odwołującego w powyższym zakresie było niemożliwe ze względu na brak załączenia przez nich kosztorysów. Odwołujący uważa też, że Zamawiający w trakcie oceny ofert powinien był mieć możliwość sprawdzenia kosztorysów ofertowych w zakresie poprawności obliczenia ceny ofertowej – powinien sprawdzić wynik iloczynu ilości i ceny jednostkowej oraz sumy pozycji kosztorysowych, która jest ceną ofertową, przeniesioną do formularza ofertowego, natomiast w przypadku błędów powinien poprawić oczywiste omyłki lub odrzucić ofertę w wyniku niezgodności z SWZ (przedmiarem). Jednakże w tym postępowaniu przetargowym Zamawiający w trakcie badania i oceny ofert nie był w stanie stwierdzić poprawności obliczenia cen zawartych w ofertach Konsorcjum, wykonawcy MARTINEX i wykonawcy FEDRO, ponieważ wykonawcy ci w terminie składania ofert nie złożyli wraz ze swoimi ofertami kosztorysów ofertowych. Uczynił to tylko Odwołujący i tym samym i tylko ofertę Odwołującego Zamawiający był w stanie rzetelnie zweryfikować. Odwołujący uważa, że każdy Zamawiający będąc w trakcie oceny ofert powinien sprawdzić kosztorysy ofertowe wszystkich wykonawców w odniesieniu do przedmiaru robót w zakresie zgodności technologii wykonania (opisu pozycji) i ilości do wykonania. Niezłożenie wraz z ofertą

kosztorysów ofertowych sprawia, że Zamawiający nie może stwierdzić, co obejmuje cena ofertowa, tj. jaki jest oferowany zakres rzeczowy i ilościowy, a tym bardziej w sytuacji, gdy w trakcie postępowania zostaje zmieniony przedmiar robót poprzez zwiększenie ilości robót do wykonania i zmianę technologii wykonania poboczy. Odwołujący zwrócił uwagę również na inny aspekt, który czyni nieodzownym załączenie kosztorysów ofertowych do oferty w przypadku rozliczenia kosztorysowego. Jest nim konieczność rozliczenia robót budowlanych, gdyż są one punktem odniesienia do robót faktycznie wykonanych. Na podstawie kosztorysów ofertowych oraz na podstawie rzeczywiście wykonanych robót budowlanych sporządza się następnie kosztorysy powykonawcze będące podstawą zapłaty wykonawcy. Umowa z wykonawcą będąca Załącznikiem nr 2 do SWZ odnosi się wprost do kosztorysów ofertowych i powykonawczych. Poza tym zgodnie z § 7 ust 2. Umowy Zamawiający przewiduje płatność częściową w kwocie nie mniejszej niż 5 % wartości zamówienia po wykonaniu części robót. Odwołujący uważa zatem, że w związku z niezłączeniem do oferty kosztorysów ofertowych Zamawiający nie jest w stanie rzetelnie i zgodnie z rzeczywistością wykonanym zakresem robót dokonać płatności częściowej, mimo przewidzenia takiej sytuacji w projekcie umowy. Podobnie brak możliwości oszacowania przez Zamawiającego rzetelnej ceny za wykonanie robót zamiennych lub robót dodatkowych napotyka takie same trudności jak w przypadku płatności częściowych. O braku możliwości rozliczenia robót budowlanych w przypadku braku kosztorysu ofertowego przy rozliczeniu kosztorysowym wypowiedziała się już Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 24 listopada 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2389/17.

Odwołujący zwrócił także uwagę na założenie przez Zamawiającego możliwości dopuszczenia rozwiązań równoważnych opisanych w pkt 1.1. OPZ. W świetle tego postanowienia OPZ Zamawiający dopuścił możliwość złożenia ofert równoważnych w zakresie zaproponowanych materiałów i urządzeń wskazanych w dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót oraz w przedmiarach robót. Zamawiający dopuścił ujęcie w ofercie, a następnie zastosowanie innych materiałów i urządzeń niż podane w dokumentacji projektowej, pod warunkiem zapewnienia parametrów nie gorszych niż określone w dokumentacji projektowej. W tej sytuacji Zamawiający wymagał złożenia stosownych dokumentów, które potwierdzają parametry równoważności tych materiałów lub urządzeń, oraz przedłożenia listy referencyjnej z obiektami, gdzie wbudowane zostały zaproponowane zamienniki. Zdaniem Odwołującego bez załączenia kosztorysów ofertowych do oferty nie jest możliwa weryfikacja rozwiązań równoważnych. Na potwierdzenie swojej tezy Odwołujący powołał się na wyrok

Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2012 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1493/12.

W podsumowaniu pierwszego z zarzutów odwołania Odwołujący stwierdził, że jego zdaniem z dokumentacji postępowania wynika konieczność załączenia do oferty kosztorysów ofertowych w sytuacji rozliczenia kosztorysowego oraz konieczność odrzucenia ofert które na dzień otwarcia ofert tych kosztorysów nie zawierały.

Uzasadniając drugi z zarzutów odwołania dotyczący naruszenia art. 128 ust. 1 i 2 ustawy PZP Odwołujący wskazał, że Zamawiający w sposób nieuzasadniony dopuścił do złożenia przez Konsorcjum uzupełnienia złożonej oferty (po terminie składania ofert) o kosztorys ofertowy, który stanowi dokument niepodlegający uzupełnieniu. Dokonując analizy chronologii czynności podjętych w postępowaniu przetargowym Odwołujący zauważył, że Zamawiający ustalił termin składania i otwarcia ofert w postępowaniu na dzień 31 stycznia 2023 r., oferty złożyło czterech wykonawców (ale tylko Odwołujący wraz z ofertą złożył kosztorys ofertowy), natomiast między dniem 9 a 15 lutego 2023 r. Konsorcjum uzupełniło swoją ofertę o kosztorys ofertowy, a następnie w dniu 15 lutego 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. W ocenie Odwołującego złożenie kosztorysu ofertowego przez Konsorcjum w okresie pomiędzy terminem złożenia oferty, a wyborem najkorzystniejszej oferty potwierdza fakt, że Zamawiający w celu oceny poprawności złożonych ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty potrzebował kosztorysów ofertowych. Uzupełnienie przez Konsorcjum kosztorysów ofertowych po terminie złożenia oferty jest naruszeniem przepisów ustawy PZP. Odwołujący wskazał, że nie istnieje możliwość uzupełnienia kosztorysu ofertowego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP, ani w żadnym innym trybie w przypadku rozliczenia kosztorysowego, co potwierdza między innymi wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2012 r. w sprawie sygn. akt KIO 1493/12. Odwołujący uważa, że art. 128 ustawy PZP nie dotyczy kosztorysów ofertowych, albowiem nie należą one do żadnej z kategorii dokumentów lub oświadczeń wymienionych w tym przepisie. Kosztorysy ofertowe nie zostały też wymienione w rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, które zostało wydane na podstawie art. 128 ust. 6 ustawy PZP.

W konkluzji swoje środki ochrony prawnej Odwołujący stwierdził, że utrzymanie w mocy wyboru oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz brak wykluczenia z postępowania jego konkurentów stawia Zamawiającego na pozycji podmiotu decydującego w zasadzie o każdym aspekcie postępowania bez możliwości dokonania kontroli jego działania w zakresie postępowania wynikającej z przepisów ustawy PZP. W przypadku nieuwzględnienia odwołania działania lub zaniechania Zamawiającego nie będą mogły zostać poddane żadnej kontroli. Odwołujący uważa, że tylko jego oferta spełnia warunki zawarte w SWZ i przepisach ustawy PZP, wobec czego tylko jego oferta powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, w tym w szczególności dokumenty przedłożone przez strony, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w pismach i złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z przesłanek negatywnych wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiałaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła też, że wypełnione zostały wskazane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego przez Konsorcjum, w skład którego wchodził wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo Usługowa „Bruk-Bud” P. S. z siedzibą w Sulbinach i wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowych w Otwocku Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pogorzeli, albowiem zostało ono złożone w terminie, w przewidzianej przez przepisy prawa formie, natomiast Konsorcjum wykazało interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, do którego przystąpiło.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła również stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego oraz uwzględniła stanowisko prezentowane przez Odwołującego w jego dalszym piśmie z dnia 1 marca 2023 r., stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 lutego 2023 r., a także merytoryczne stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego – Konsorcjum zaprezentowane w jego zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego z dnia 21 lutego 2023 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z akt sprawy odwoławczej oraz z dokumentów złożonych przez strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego jako załączniki do ich pism, w tym:

- kosztorysu Konsorcjum z dnia 9 lutego 2023 r.,
- dokumentów stanowiących załączniki do pisma Odwołującego z dnia 1 marca 2023

r., które również znajdowały się w dokumentacji przetargowej dostarczonej przez Zamawiającego do Izby.

Łzba uznała wiarygodność oraz moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

Łzba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Łzba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający – Gmina Stoczek Łukowski działając w trybie przepisów ustawy PZP prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „modernizację dróg gminnych o znaczeniu strategicznym”. Numer referencyjny tego zamówienia to W1.271.3.2022.WT.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 30 grudnia 2022 r., pod numerem 2022/BZP 00523948/01.

W rozdziale 13 SWZ Zamawiający zawarł postanowienia dotyczące sposobu przygotowania oferty. Zgodnie z pkt 13.4.1. SWZ Oferta musi zawierać następujące oświadczenia i dokumenty:

1. Formularz ofertowy – do wykorzystania wzór (druk), stanowiący Załącznik nr 3 do SWZ (przy czym Wykonawca może sporządzić ofertę wg innego wzorca, powinna ona wówczas obejmować dane wymagane dla oferty w SWZ i załącznikach),
2. Oświadczenia, o których mowa w pkt 8.1 SWZ,
3. Oświadczenie, o którym mowa w pkt 8.2 SWZ (jeżeli dotyczy),
4. Zobowiązanie lub inne dokumenty, o których mowa w pkt 9.4 SWZ (jeżeli dotyczy),
5. Potwierdzenie umocowania do działania w imieniu wykonawcy lub podmiotu

udostępniającego zasoby:

- a) Zamawiający w celu potwierdzenia, że osoba działająca w imieniu wykonawcy lub podmiotu udostępniającego zasoby jest umocowana do jego reprezentowania, żąda złożenia wraz z ofertą odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego, Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej lub innego właściwego rejestru,
- b) wykonawca lub podmiot udostępniający zasoby nie jest zobowiązany do złożenia dokumentów, o których mowa w lit a), jeżeli Zamawiający może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, o ile wykonawca wskazał dane umożliwiające dostęp do tych dokumentów,
- c) jeżeli w imieniu wykonawcy lub podmiotu udostępniającego zasoby działa osoba, której umocowanie do jego reprezentowania nie wynika z dokumentów, o których

mowa w lit a), Zamawiający żąda od wykonawcy lub podmiotu udostępniającego zasoby złożenia wraz z ofertą pełnomocnictwa lub innego dokumentu potwierdzającego umocowanie do reprezentowania wykonawcy.

6. Pełnomocnictwo do reprezentowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania ich w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (jeżeli dotyczy).

W rozdziale 16 SWZ dotyczącym sposobu obliczenia ceny oferty Zamawiający przewidział, że obowiązującą formą wynagrodzenia za wykonanie przez wykonawcę przedmiotu zamówienia będzie wynagrodzenie kosztorysowe wskazane w Formularzu ofertowym stanowiącym Załącznik nr 3 do SWZ. Cena obejmuje wszystkie koszty i składniki związane z wykonaniem zamówienia w zakresie wynikającym z opisu przedmiotu zamówienia (pkt 16.1. SWZ). Cena powinna uwzględniać wymagania wskazane w dokumentacji opisującej przedmiot zamówienia, SWZ i wzorze umowy (pkt 16.2. SWZ).

W rozdziale 19 SWZ Zamawiający określił formalności, jakie muszą zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zgodnie z pkt 19.1. SWZ wykonawca przed podpisaniem umowy złoży Zamawiającemu kosztorys uproszczony wskazujący sposób wyliczenia ceny ofertowej z podziałem na branże i zakres rzeczowy zamówienia.

We wzorze oferty, który stanowi Załącznik nr 3 do SWZ, zostało zawarte zobowiązanie wykonawcy, że „w imieniu reprezentowanej przeze mnie firmy oświadczam, że oferujemy: wykonanie przedmiotu zamówienia, określonego w Specyfikacji Warunków Zamówienia, zgodnie z przedmiarem robót, wzorem umowy stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ, dokumentacją techniczną zamówienia oraz kosztorysem ofertowym za cenę: (...)”.

W ust. 3 OPZ Zamawiający zawarł postanowienia regulujące rozliczenie zamówień dodatkowych nieobjętych zamówieniem podstawowym. W ust. 3.4. OPZ zostało zapisane, że roboty dodatkowe, nieobjęte zamówieniem podstawowym, będą wykonane na podstawie dokumentacji projektowo-kosztorysowej sporządzonej dla tych robót. W przypadku kiedy nie jest możliwe

ustalenie ceny robót na podstawie ceny jednostkowej z kosztorysu ofertowego wykonawcy lub poprzez interpolację

uwzględniając opis w pozycji w kosztorysie ofertowym, wówczas rozliczenie ich nastąpi na podstawie Katalogów Nakładów Rzeczowych i minimalnych cen robocizny, sprzętu, materiałów itd. (dla województwa lubelskiego) publikowanych w biuletynie SEKOCENBUD dla kwartału poprzedzającego wykonanie tych robót.

Z § 3 ust. 2 lit. projektu umowy wynika, że do obowiązków wykonawcy należy przygotowanie kosztorysów ofertowych.

§ 7 ust. 7 projektu umowy stanowi, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy ma charakter kosztorysowy. Rozliczenie robót nastąpi w oparciu o kosztorys powykonawczy, tj. rzeczywiste obmiary wykonanych robót, zgodnie z postanowieniami niniejszej umowy oraz wg zasad opisanych w SWZ.

Natomiast zgodnie z § 8 ust. 1 projektu umowy fakturę końcową za zrealizowane roboty, wykonawca wystawi na podstawie kosztorysu powykonawczego przy czym podstawą wystawienia faktur są sporządzone przez wykonawcę i zatwierdzone przez Inspektora Nadzoru i Zamawiającego protokoły odbioru końcowego, które będą stanowiły załączniki do faktur.

Oferty w postępowaniu przetargowym na modernizację dróg gminnych w Gminie Stoczek Łukowski o znaczeniu strategicznym złożyło czterech wykonawców: Odwołujący, Konsorcjum, wykonawca MARTINEX i wykonawca FEDRO. Spośród czterech oferentów tylko Odwołujący załączył do swojej oferty kosztorys ofertowy.

W dniu 3 lutego 2023 r. Zamawiający działając na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy PZP oraz postanowień SWZ wezwał Konsorcjum do złożenia w terminie do dnia 9 lutego 2023 r. aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym m. in. kosztorysów uproszczonych wskazujących sposób wyliczenia ceny ofertowej w podziałem na branże i zakres rzeczy zamówienia oddzielnie dla każdej drogi, uwzględniających odpowiedzi na pytania do przetargu z dnia 12 stycznia 2023 r., tj. że Zamawiający wymaga zamianę pospółki na kruszywo frakcji 0-31,5 przy wykonywaniu poboczy oraz Zamawiający będzie wymagał wykonania po dwa odwierty na każdym odcinku

drogi w miejscach przez siebie wskazanych. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum złożyło m. in. swój kosztorys ofertowy.

W dniu 15 lutego 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu za którą uznał ofertę Konsorcjum, której przyznał 100 pkt w ramach kryteriów oceny ofert.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Po przeprowadzeniu rozprawy i zapoznaniu się z pisemnymi i ustnymi stanowiskami stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznała merytorycznie odwołanie złożone w dniu 17 lutego 2023 r. przez Odwołującego – wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Drogowych Spółka Akcyjna z siedzibą w Łukowie i uznała, że odwołanie to nie zasługuje na uwzględnienie.

Według regulacji art. 559 ust. 2 ustawy PZP uzasadnienie orzeczenia Izby zawiera wskazanie podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa.

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

Art. 629 k.c. stanowi, że jeżeli strony określiły wynagrodzenie na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów (wynagrodzenie kosztorysowe), a w toku wykonywania dzieła zarządzenie właściwego organu państwowego zmieniło wysokość cen lub stawek obowiązujących dotychczas w obliczeniach kosztorysowych, każda ze stron może żądać odpowiedniej zmiany umówionego wynagrodzenia. Nie dotyczy to jednak należności uiszczonej za materiały lub robociznę przed zmianą cen lub stawek.

Według zaś art. 630 § 1 k.c. jeżeli w toku wykonywania dzieła zajdzie konieczność

przeprowadzenia prac, które nie były przewidziane w zestawieniu prac planowanych będących podstawą obliczenia wynagrodzenia kosztorysowego, a zestawienie sporządził zamawiający, przyjmujący zamówienie może żądać odpowiedniego podwyższenia umówionego wynagrodzenia. Jeżeli zestawienie planowanych prac sporządził przyjmujący zamówienie, może on żądać podwyższenia wynagrodzenia tylko wtedy, gdy mimo zachowania należytej staranności nie mógł przewidzieć konieczności prac dodatkowych.

W świetle regulacji art. 128 ust. 1 ustawy PZP jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, 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.

Art. 128 ust. 2 ustawy PZP stanowi natomiast, że wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia.

Rozpoznając zarzuty odwołania w niniejszej sprawie Izba doszła do przekonania, że nie doszło do naruszenia żadnego z przepisów prawa zaskarżonych przez Odwołującego w odwołaniu.

W odniesieniu do zarzutu nr 1 odwołania, w którym Odwołujący zaskarżył naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP oraz dodatkowo także art. 629 k.c. i art. 630 § 1 k.c., Izba uznała, że nie doszło do sytuacji, aby oferty pozostałych trzech wykonawców – tj. Konsorcjum, wykonawcy MARTINEX i wykonawcy FEDRO – można było poczytać za oferty niezgodne z warunkami zamówienia z powodu niezłączenia do nich kosztorysu ofertowego. Treść odwołania wskazuje na to, że Odwołujący obowiązek złożenia kosztorysów ofertowych wraz z ofertą wywodził z wielu różnych zapisów zawartych w dokumentacji postępowania, zarówno z postanowień SWZ, jak również z treści wielu załączników do SWZ (OPZ, wzoru oferty i projektu umowy). Jednakże w żadnym ze wskazanych w odwołaniu postanowień zawartych w dokumentacji postępowania nie został wprost, wyraźnie, jednoznacznie i w sposób niebudzący wątpliwości nałożony na przedsiębiorców biorących udział w przetargu obowiązek złożenia kosztorysu ofertowego razem z ofertą. Uważna lektura postanowień SWZ prowadzi wręcz do wniosków sprzecznych z тезami odwołania. W pkt 13.4. SWZ zostało przewidziane, jakie dokładnie dokumenty mają składać się na ofertę i nie został pośród nich wymieniony kosztorys ofertowy. Podkreślić należy, że choć Zamawiający w dokumentacji postępowania nie zdefiniował nigdzie pojęcia „kosztorysu” i jego różnych rodzajów, a na rozprawie jego pełnomocnik nie potrafił wyjaśnić wzajemnych relacji

między pojęciami „kosztorysu ofertowego” i „kosztorysu uproszczonego”, to jednak ze zwykłej analizy językowej treści postanowień SWZ i załączników do SWZ w sposób ewidentny wynika, że Zamawiający w dokumentacji postępowania dokonuje wyraźnego rozróżnienia pomiędzy pojęciami „kosztorysu ofertowego”, „kosztorysu uproszczonego” i „kosztorysu powykonawczego”. Pojęcie te nie są stosowane zamiennie, albowiem odnoszą się one do różnych faz procesu zawierania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z pkt 19.5. SWZ wynika, że kosztorys uproszczony (czyli innymi słowy kosztorys ofertowy w formie uproszczonej) zostanie złożony przez wykonawcę dopiero przed podpisaniem umowy, czyli już po wyborze oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oraz że będzie wskazywał on sposób wyliczenia ceny ofertowej z podziałem na branże i zakres rzeczowy zamówienia. Z kolei z pkt 2.1. OPZ wynika, że kosztorys powykonawczy będzie stanowił podstawę rozliczenia robót, czyli logicznie rzecz ujmując zostanie on przedstawiony Zamawiającemu dopiero po realizacji zamówienia. Natomiast nigdzie w dokumentacji postępowania nie został wprost i jednoznacznie nałożony na wykonawców obowiązek, aby ci już na etapie przygotowywania i złożenia oferty musieli okazywać Zamawiającemu kosztorys ofertowy. Co prawda brak kosztorysu ofertowego jako elementu oferty może stwarzać różnego rodzaju problemy w czasie wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, o których Odwołujący napisał w odwołaniu i wspomniał na rozprawie, to jednak Zamawiający nie wymagał złożenia tego dokumentu razem z ofertą.

Jednocześnie Izba uznaje za nieznajdujące odzwierciedlenia w treści dokumentacji przetargowej twierdzenia Odwołującego, że obowiązek złożenia kosztorysu ofertowego na etapie składania oferty wynika też z treści przykładowego wzoru Formularza ofertowego, który stanowi Załącznik nr 3 do SWZ. Z treści wzoru Formularza ofertowego wynika jedynie, że wykonawca oświadcza, iż zobowiązuje się wykonać przedmiot zamówienia określony w SWZ m. in. zgodnie z kosztorysem ofertowym. Nie zostało nigdzie przewidziane, że taki kosztorys musi zostać dołączony do oferty jako jeden z jej obligatoryjnych elementów. W pkt 13.4.1. SWZ Zamawiający wskazał, że oferta, która może być też opracowana według innego wzorca, musi obejmować dane wymagane dla oferty w SWZ i załącznikach. W związku z tym nie oznacza to, że ma ona obejmować dodatkowe dokumenty niewymienione wprost w treści pkt 13.4. SWZ. Izba podziela przy tym stanowisko utrwalone w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, w tym również w cytowanym przez Odwołującego w odwołaniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 kwietnia 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 965/22, tj. że odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie regulacji art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, w którym w sposób jednoznaczny zostanie stwierdzona niezgodność oferty

wykonawcy z warunkami zamówienia. Wobec powyższego Krajowa Izba Odwoławcza nie mogła stwierdzić takiej niezgodności z warunkami zamówienia ofert złożonych przez Konsorcjum i pozostałych dwóch wykonawców biorących udział w przetargu, ponieważ w żadnym miejscu dokumentacji postępowania nie został w sposób wyraźny, jednoznaczny i niewątpliwie nałożony na wykonawców obowiązek złożenia kosztorysu ofertowego wspólnie z ofertą.

Biorąc pod uwagę powyższe nie można było stwierdzić, aby oferty złożone przez wszystkich konkurentów Odwołującego były niezgodne z warunkami zamówienia, czyli aby doszło do niezasadnego zaniechania odrzucenia ich ofert na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

Zarzuty dotyczące naruszenia art. 629 i art. 630 § 1 k.c. okazały się być niezasadne i to w stopniu oczywistym. Przepisy te statuuja przesłanki, których ziszczenie się uprawnia strony umowy o dzieło do wystąpienia z żądaniem zmiany wysokości umówionego wynagrodzenia kosztorysowego. W odniesieniu do art. 629 k.c. z żądaniem zmiany wysokości wynagrodzenia może wystąpić każda ze stron umowy, natomiast w przypadku art. 630 § 1 k.c. uprawnienie do domagania się podwyższenia wynagrodzenia służy tylko przyjmującemu zamówienie. Obydwa przepisy znajdują zatem zastosowanie tylko w ściśle określonych przypadkach. Izba zatem nie stwierdziła naruszenia tych przepisów Kodeksu cywilnego skoro zarzuty odwołania dotyczyły wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz zaniechania odrzucenia ofert trzech konkurentów Odwołującego, a nie był kwestionowany sposób sformułowania postanowień SWZ (projektu umowy).

Mając powyższe na uwadze Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP w zw. z art. 629 k.c. i art. 630 § 1 k.c.

Izba nie stwierdziła również naruszenia zarzutu nr 2 odwołania wskazującego na naruszenie art. 128 ust. 1 i 2 ustawy PZP. Przede wszystkim podnieść należy, że z akt postępowania wynika, iż podstawą prawną wezwania Zamawiającego skierowanego do Konsorcjum w dniu 3 lutego 2023 r. był art. 274 ust. 1 ustawy PZP, a nie art. 128 ust. 1 ustawy PZP.

Poza tym jak już była o tym mowa powyżej z dokumentacji postępowania przetargowego nie wynikał obowiązek złożenia kosztorysów ofertowych razem z ofertą. Nie ma zatem podstaw do twierdzenia, że Konsorcjum w sposób nieuprawniony uzupełniło swoją ofertę po terminie składania ofert o kosztorys ofertowy, skoro w ogóle nie miało obowiązku składania kosztorysu ofertowego, natomiast miało obowiązek zastosowania się do wezwania Zamawiającego. W odpowiedzi na odwołanie

Zamawiający wyjaśnił, iż błędnie wezwał Konsorcjum do złożenia kosztorysu uproszczonego przed czynnością wyboru oferty najkorzystniejszej i mając na uwadze całokształt materiału zgromadzonego w aktach sprawy odwoławczej Izba daje wiarę tym wyjaśnieniom, że to było jedynie przedwczesne wezwanie skierowane do wykonawcy liderującego w rankingu ofert, który po wyborze oferty i tak musiałby niezwłocznie złożyć Zamawiającemu kosztorys uproszczony.

Mając powyższe na względzie zarzuty odwołania dotyczące naruszenia art. 128 ust. 1 i 2 ustawy PZP również okazały się być chybione.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Z uwagi na oddalenie odwołania w całości Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrot kosztów postępowania odwoławczego w wysokości 3 600 zł 00 gr z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: