

Sygn. akt: KIO 2818/24

WYROK

Warszawa, dnia 5 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 września 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2024 roku przez Odwołującego wykonawcę J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J. P. Usługi Remontowo-Budowlane „FAS-BUD” Żelazówka 75 33-200 Dąbrowa Tarnowska w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gminę Dąbrowa Tarnowska ul. Rynek 34 33-200 Dąbrowa Tarnowska

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego wykonawcę J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą J. P. Usługi Remontowo-Budowlane „FAS-BUD” Żelazówka 75 33-200 Dąbrowa Tarnowska i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 2818/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Dąbrowa Tarnowska prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Rozwój tkanki społecznej i wzrost aktywności obywatelskiej poprzez budowę Centrum Kulturalno-Społecznego w Nieczajnie Górnej - II etap”, znak: IZP.271.2.16.2024, dalej: „Postępowanie”. Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym bez negocjacji, zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 2023 poz. 1065 ze zm.) dalej: „ustawa Pzp” lub „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 8 lipca 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00401802.

W dniu 6 sierpnia 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Remontowo-Budowlane FAS-BUD J. P. w Dąbrowie Tarnowskiej, dalej jako „Odwołujący” wobec:

1. czynności Zamawiającego, polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego,
2. braku poinformowania Odwołującego o przyczynach faktycznych i prawnych unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz wezwania do uzupełnienia dokumentów i złożenia podmiotowych środków dowodowych, podjętych w postępowaniu przez Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu obrazę następujących przepisów prawa:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez nieuprawnione odrzucenie złożonej przez Odwołującego oferty na skutek błędnego uznania, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez wzgląd na brak dołączenia do niej kosztorysu ofertowego oraz ze względu na fakt, iż:
 - a) żądany przez Zamawiającego kosztorys ofertowy nie stanowi treści oferty, bowiem kosztorys ten w żaden sposób nie wpływał na relację: zakres prac -wynagrodzenie należne wykonawcy;
 - b) oferta obejmuje realizację całości przedmiotu zamówienia;
 - c) wynagrodzenie za realizację zamówienia zostało przewidziane w dokumentach zamówienia jako ryczałtowe, a nie kosztorysowe, co potwierdzają postanowienia SWZ, a także w szczególności § 19 ust. 10 projektowanych postanowień

umownych (załącznik do Specyfikacji Warunków Zamówienia – dalej SWZ), zgodnie z którym wykonawca zobowiązany

jest w cenie ofertowej ująć wszystkie

koszty

(również

te nie określone w dokumentacji przetargowej i projektowej)), związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia i niezbędne dla prawidłowego i pełnego jego wykonania;

d) Zamawiający na etapie badania ofert, otrzymał od Odwołującego brakujący kosztorys ofertowy, na podstawie skierowanego wezwania do uzupełnienia w oparciu o art. 128 ust. 1 Pzp.

e) Zamawiający po dokonaniu badania i oceny ofert, otrzymał od Odwołującego podmiotowe środki dowodowe, na podstawie skierowanego wezwania w oparciu o art. 274 ust. 1 Pzp,

2) art. 16 pkt 2 i 3 oraz art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, na skutek braku przekazania Odwołującemu informacji wraz z uzasadnieniem o unieważnieniu dokonanych przez Zamawiającego czynności dotyczących badania i oceny ofert oraz wezwania do złożenia kosztorysu ofertowego i podmiotowych środków dowodowych, czym Zamawiający naruszył zasadę jawności i przejrzystości (transparentności), a także proporcjonalności postępowania.

Podnosząc powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i dalsze prowadzenie postępowania i procedowanie oferty Odwołującego w oparciu o uzupełnione przez Odwołującego kosztorys ofertowy oraz podmiotowe środki dowodowe,
3. (alternatywnie) – nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru

najkorzystniejszej oferty, dokonanego w trakcie trwania postępowania odwoławczego (jeśli taki wybór zostanie dokonany) i przywrócenie oferty Odwołującego do procedowania, zgodnie z pkt. 2.

Ponadto wniósł o zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu, który przedłożony zostanie na rozprawie.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem jego oferta sklasyfikowana została na pierwszym miejscu w rankingu, jak również uzupełnił brakujący kosztorys ofertowy oraz podmiotowe środki dowodowe. Tym samym unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty i dalsze prowadzenie postępowania w

oparciu o uzupełnione podmiotowe środki dowodowe, uprawdopodobnia wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i realizację zamówienia. Jednocześnie Odwołujący wskazał, iż w obecnym stanie faktycznym na skutek nieuprawnionego odrzucenia jego oferty, ponosi on szkodę w postaci utraty możliwości realizacji zamówienia, a tym samym uzyskania zysku.

Uzasadnienie naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, pomimo uprzedniego wezwania go do uzupełnienia brakującego kosztorysu ofertowego oraz kolejno podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający w Rozdziale II.8.A.8) Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ) w katalogu dokumentów składanych wraz z ofertą wymienił „wypełniony formularz kosztorysu ofertowego”. Zastrzegł również iż brak jego załączenia do oferty spowoduje jej odrzucenie jako niezgodnej z treścią SWZ. Wykonawca nie załączył przedmiotowego kosztorysu do oferty. Nie mniej jednak w dniu 25 lipca 2024 roku został wezwany przez Zamawiającego do jego uzupełnienia, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, pod rygorem odrzucenia oferty. Odwołujący uzupełnienia dokonał w wymaganym terminie tj. w dniu 29 lipca 2024 roku. W konsekwencji powyższego Zamawiający przeprowadził badanie i ocenę ofert

i w dniu 30 lipca 2024 roku wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, zgodnie z katalogiem wskazanym w SWZ. W dniu 2 sierpnia 2024 roku o godzinie 9:45, podmiotowe środki dowodowe zostały przesłane do Zamawiającego za pośrednictwem „Formularza do komunikacji” zamieszczonego na stronie internetowej prowadzonego postępowania. Kolejno w dniu 2 sierpnia 2024 roku o godzinie 12:13 Odwołujący otrzymał od Zamawiającego informację o odrzuceniu jego oferty, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp, ze względu na brak złożenia kosztorysów ofertowych wraz z ofertą.

Odwołujący nie zgadza się z dokonaną czynnością odrzucenia jego oferty, skoro uprzednio Zamawiający wezwał go do uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, brakującego kosztorysu ofertowego, uznając go tym samym jako „inny dokument składany w postępowaniu”, którego uzupełnienie umożliwia przywołany przepis ustawy. Tym samym podjęte przed odrzuceniem oferty przez Zamawiającego czynności, Odwołujący uważa za właściwe i skuteczne prawnie, pozwalające na dalsze procedowanie złożonej przez Odwołującego oferty oraz podmiotowych środków dowodowych, których ewentualna pozytywna ocena pozwoli na dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu (oferta Odwołującego została sklasyfikowana na 1 miejscu w rankingu). Takie działania Zamawiającego potwierdzają w szczególności fakt, iż żądany na etapie składania ofert kosztorys, nie stanowi treści oferty.

O braku możliwości przypisania kosztorysowi przymiotu treści oferty, przemawia również fakt, iż w Postępowaniu mamy

do czynienia z zamówieniem, w którym wynagrodzenie ustalono jako ryczałtowe. W takim przypadku kosztorys uważany jest jako inny dokument składany

w postępowaniu, możliwy do ewentualnego uzupełnienia.

Zastrzeżony w SWZ rygor odrzucenia oferty, wyłącznie na skutek nie załączenia do niej kosztorysu ofertowego uznać należy za nieskuteczny, również ze względu na fakt, iż żądany kosztorys w żaden sposób nie wpływał na relację pomiędzy zakresem prac a wynagrodzeniem należnym wykonawcy. Za wykonanie zamówienia ustalono bowiem wynagrodzenie ryczałtowe, na co wprost wskazują postanowienia SWZ (Rozdział III.6.6.7 – pn. Projektowane postanowienia umowy, które zostaną wprowadzone do treści umowy w sprawie zamówienia publicznego, Rozdział II.11.11.2 – pn. Opis sposobu obliczenia ceny) oraz załącznik do SWZ - Projektowane postanowienia umowne/wzór umowy w § 19 ust. 2, 10, 11. W szczególności § 19 ust.10 wskazuje iż należne wykonawcy wynagrodzenie obejmuje koszty robót i materiałów niewyspecyfikowanych w dokumentacji przetargowej, a niezbędnych do wykonania całości przedmiotu umowy, jak również nie wymienionych w dokumentacji ofertowej, a koniecznych do wykonania poszczególnych asortymentów robót, które są zaś niezbędne do wykonania całości przedmiotu umowy. Tak scharakteryzowane wynagrodzenie jest tożsame ze zdefiniowanym w art. 632 § 1 Kodeksu cywilnego, według którego „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.”.

Tym samym powyższe ustalenia prowadzą do wniosku, że w Postępowaniu, udostępniony przez Zamawiającego przedmiar robót, posłużyć winien wykonawcom jedynie jako materiał informacyjno- pomocniczy do opracowania i oszacowania ceny oferty. Natomiast sporządzony na jego podstawie kosztorys ofertowy, Zamawiający może wykorzystać wyłącznie do oceny prawidłowości ceny oferty. Jednak to wykonawca samodzielnie kalkuluje swoje wynagrodzenie ryczałtowe i przedstawia je w ofercie, biorąc pod uwagę zakres rzeczowy zamówienia określony w dokumentach przetargowych, za pomocą których dokonano opisu przedmiotu zamówienia. W konsekwencji z powyższego płynie wniosek, że przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia, brak załączenia do oferty kosztorysu ofertowego nie ma znaczenia dla oceny prawidłowości jej sporządzenia i przygotowania. Wykonawca bowiem przy tak ustalonym rodzaju wynagrodzenia, ma obowiązek ponieść koszty i wykonać w trakcie realizacji zamówienia również te roboty, które nie zostały ujęte w kosztorysie ofertowym, ale są objęte udostępnioną przez Zamawiającego dokumentacją opisującą przedmiot zamówienia.

Tym samym kosztorysu takiego nie można traktować jako treści oferty i jego brak penalizować automatycznym odrzuceniem oferty w Postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, bez wątpienia należy w Postępowaniu przyznać kosztorysowi ofertowemu, nawet pomimo wymienienia go w katalogu dokumentów za pomocą, których opisany został przedmiot zamówienia, wyłącznie funkcji pomocniczej, służącej ustaleniu ceny oferty, bowiem poza takim przeznaczeniem, żadne inne nie wynika z dokumentów zamówienia. Umieszczenie bowiem przedmiaru robót, na podstawie którego kosztorys jest przygotowywany, w zestawieniu dokumentów, za pomocą których dokonuje się opisu przedmiotu zamówienia, nie przyznaje mu żadnej innej funkcji lecz wynika wprost z Rozporządzenia Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 w sprawie szczegółowego zakresu i formy dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych oraz programu funkcjonalno-użytkowego. Zgodnie bowiem z treścią § 4 ust. 1 rozporządzenia, przedmiar robót wchodzi wraz ze specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, w skład dokumentacji projektowej, za pomocą której zamawiający dokonuje opisu przedmiotu zamówienia o roboty budowlane, do realizacji których wymagane jest uzyskania pozwolenia na budowę. W związku z powyższym ponownego zaznaczenia wymaga, iż nie ma podstaw aby twierdzić, że w Postępowaniu, kosztorys stanowił treść oferty, natomiast brak jego złożenia, podstawę do jej odrzucenia, jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Za treść oferty uważa się bowiem m. in. zadeklarowane spełnienie wymagań zamawiającego co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, przez co należy ją rozumieć jako treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania zamówienia (sygn. akt KIO 125/24 z dnia 2 lutego 2024 r.).

Tym samym kosztorys sporządzony na podstawie przedmiaru robót, nie określa zakresu zamówienia, który wykonawca musi wykonać w pełnej wysokości, wskazanej w dokumentach zamówienia, w tym również w zakresie nieprzewidzianym, a koniecznym do wykonania

ze względu na tzw. sztukę budowlaną. Takie stanowisko prowadzi do wniosku, iż treść żadanego przez Zamawiającego i uzupełnionego na jego wezwanie kosztorysu, nie wpływała na żaden istotny element zamówienia, które rozliczane będzie w oparciu o sztywną cenę ryczałtową i obejmuje wszystkie elementy przedstawione w formie pisemnej i graficznej w dokumentacji projektowej opisującej przedmiot zamówienia. A contrario, co było często podnoszone pod rządami starej ustawy Prawo zamówień publicznych, wątpliwym jest również, w przypadku ustalenia w postępowaniu wynagrodzenia ryczałtowego, samo żądanie przez Zamawiającego złożenia kosztorysu ofertowego wraz z ofertą przez wszystkich wykonawców, chyba że kosztorysowi nadana została szczególna rola w trakcie realizacji zamówienia, czego jak wspomniano wyżej w Postępowaniu nie można się

doszukać. Na marginesie należy również podnieść, iż koncepcja oczekiwania przez zamawiających załączenia do oferty przedmiarów robót przy wynagrodzeniu ryczałtowym została negatywnie oceniona przez Urząd Zamówień Publicznych. W wystąpieniu Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z 2.12.2013 r. poddano w wątpliwość prawidłowość takiego działania, ponieważ zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Z treści wspomnianego stanowiska Prezesa UZP wynika m.in., że: „w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego kosztorys może pełnić jedynie funkcję pomocniczą, zaś wykonawca w ofercie ma obowiązek podania w ofercie ceny całkowitej, z uwzględnieniem wszystkich kosztów i prac niezbędnych do wykonania

przedmiotu zamówienia, niezależnie od tego, czy zamawiający przewidzi te prace w przedmiarze. Co więcej, wykonawca nie jest zwolniony w takich okolicznościach z uwzględnienia nieprzewidzianych w przedmiarze prac w swojej ofercie, jeżeli prace te są niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia). Tym samym w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego kosztorys ofertowy nie jest - zdaniem Prezesa UZP, dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania na roboty budowlane.

W związku z powyższym w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, jeżeli kosztorys miał wyłącznie charakter pomocniczy, Zamawiający nie powinien wyciągać w stosunku do Wykonawcy negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia oferty. Natomiast działaniem powszechnie stosowanym i właściwym jest ewentualne żądanie złożenia kosztorysu ofertowego, dopiero przed podpisaniem umowy, wyłącznie przez wykonawcę którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Skoro, więc w Postępowaniu w oparciu o analizę dokumentów zamówienia można wysnuć wniosek, że kosztorysowi przypisano wyłącznie funkcję pomocniczą, tym samym w ocenie prawnej Odwołującego nie było również przeszkód do jego uzupełnienia. Tym samym jeśli Zamawiający sobie zażyczył, to kosztorys należy złożyć, a skoro tak, to można i wezwać do jego uzupełnienia. Obala to skuteczność i słuszność zastrzeżenia, iż nie dołączenie kosztorysu do oferty, obligatoryjnie spowoduje jej odrzucenie jako niezgodnej z treścią warunków zamówienia. Dlatego w przypadku nie złożenia kosztorysu wraz z ofertą, interes Zamawiającego, powinno się konwalidować za pomocą wezwania do jego uzupełnienia, które to uzupełnienie nie stanowi ani modyfikacji treści oferty, ani też ewentualnego złożenia drugiej oferty. Nie zmienia to jednak faktu, iż kosztorys ofertowy może posłużyć Zamawiającemu wyłącznie do weryfikacji zaoferowanej ceny względem zadeklarowanej w formularzu ofertowych. Tym samym brak kosztorysu jak i jego uzupełnienie w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, nie wpływa na cenę za realizację zamówienia,

tym bardziej na jego zakres, które są niezmiennie przez cały okres realizacji. Wynagrodzenie ryczałtowe (stałe-niezmiennie) jest bowiem różne od wynagrodzenia kosztorysowego, które ma charakter wynikowy i 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). Wyłącznie bowiem w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego kosztorys określa wynagrodzenie w sposób przybliżony, szacunkowy, natomiast o ostatecznej wysokości wynagrodzenia decyduje rozmiar świadczenia składającego się na wykonanie dzieła.

Treść oferty wykonawcy wyczerpuje się w podanej kwocie globalnej za realizację przedmiotu zamówienia. W przypadku oferty zawierającej cenę ryczałtową brak jest zatem podstaw do jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, z uwagi na niezgodność jej treści z treścią warunków zamówienia, która to niezgodność objawia się wyłącznie brakiem załączenia do oferty kosztorysu ofertowego. W takiej sytuacji za skuteczne należy uznać pierwotnie dokonane czynności Zamawiającego, zmierzające do uzupełnienia kosztorysu w celu dalszego procedowania złożonej oferty Odwołującego.

Naruszenie art. 16 pkt. 2 i 3 oraz 18 ust. 1 ustawy Pzp

Konsekwencją odrzucenia oferty Odwołującego, była konieczność wyeliminowania z Postępowania uprzednio skierowanych wezwań o uzupełnienie kosztorysu oraz złożenie podmiotowych środków dowodowych. Zgodnie z zasadą przejrzystości (art. 16 pkt. 2 Pzp) oraz jawności (art. 18 ust. 1 Pzp), którymi musi się charakteryzować postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, o unieważnieniu swoich decyzji Zamawiający, podobnie jak w przypadku ich pierwotnego podejmowania zobowiązany jest informować wykonawców, podając uzasadnienie swojego działania. Niestety Odwołujący nie otrzymał od Zamawiającego żadnej informacji o unieważnieniu uprzednio podjętych czynnościach, tym bardziej

o uzasadnieniu podjętych działań. Do dnia 2 sierpnia 2024 roku, tj. do dnia otrzymania informacji o odrzuceniu oferty, Odwołujący pozostawał w przekonaniu, iż jego oferta przeszła proces badania i oceny, czego konsekwencją było wezwanie go jako wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Bowiem tylko po przebrnięciu najpierw badania a potem oceny ofert, mógł zostać sklasyfikowany jako wykonawca, który złożył najwyżej ocenioną ofertę, pozostając w dalszym procesie wyboru. Pewność Odwołującego w tym względzie, spowodowała iż nie przystępował on do innych postępowań, bowiem działania Zamawiającego dawały podstawy by sądzić, iż w niedługim czasie może dojść do wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Tym bardziej

koniecznym jest penalizowanie działań Zamawiającego, jako naruszających zasadę przejrzystości, nazywaną też zasadą transparentności, przejawiającą się tym, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób umożliwiający weryfikację prawidłowości tego postępowania, prowadząc odpowiednią dokumentację czynności podejmowanych w związku z postępowaniem. Ponadto zgodnie z tą zasadą, zamawiający przekazuje wykonawcom, na każdym etapie postępowania, informacje o podejmowanych przez siebie decyzjach. Przejrzystość w odniesieniu do decyzji zamawiającego oznacza natomiast, że motywy, którymi się on kieruje, podejmując decyzje, albo wynikają z zasad określonych w dokumentach postępowania, albo z przepisów prawa i są niezmiennie w toku prowadzonego postępowania. Zasada przejrzystości stanowi swojego rodzaju model obiektywny, gdyż działanie przejrzyste to prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób czytelny, zrozumiały oraz umożliwiający ocenę i kontrolę. Gwarantuje ona, że postępowanie zawiera jasne reguły i istnieją środki do weryfikacji prawidłowości ich stosowania, a zamawiający podejmuje przewidywalne decyzje na podstawie wcześniej ustalonych kryteriów, które zapewniają zachowanie zasady uczciwej konkurencji

i równego traktowania wykonawców. Wyrazem przestrzegania tej zasady jest wypełnianie wszystkich określonych w Pzp obowiązków informacyjnych nałożonych na zamawiającego, dotyczących uzasadnienia podjętych przez niego

czynności. Zamawiający, realizując zasadę przejrzystości poprzez przekazywanie informacji wymaganych przez Pzp, umożliwia korzystanie przez wykonawcę m.in. z prawa do posiadania pełnej wiedzy w zakresie tego, jakimi przesłankami kierował się zamawiający, oceniając jego ofertę i inne oferty i dokonując wyboru najkorzystniejszej (Komentarz Urzędu Zamówień Publicznych H. Nowak, M. Winiarz – wydanie II). Każda bowiem czynność Zamawiającego w postępowaniu, a w szczególności kierowana do wykonawców, powinna posiadać swoje faktyczne i prawne uzasadnienie. Prawidłowe wypełnianie tych obowiązków informacyjnych ma fundamentalne znaczenie dla całego postępowania przez co niewątpliwie kształtuje zaufanie do podmiotów wydających środki publiczne (sygn. akt. KIO 512/23 z dnia 13 marca 2023 r.). Natomiast brak wypełnienia tej dyspozycji powodować może utratę zaufania do gospodarza postępowania. Szczególnie uwidacznia to przepis art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp, który stanowi realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania, transparentność oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji i nakłada na zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. Ma to doniosłe znaczenie uwzględniając okoliczność, że na podstawie informacji przekazanej

zgodnie

z w/w przepisem, wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie, jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego (sygn. akt. KIO 1084/22 z dnia 12 maja 2022 r.). Dalej podnieść należy, iż z przepisu art. 16 pkt 3 Pzp wynika, że zamawiający ma zawsze obowiązek nie tylko przygotowania, ale i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny. Zasada proporcjonalności jest dyrektywą, zgodnie z którą zamawiający powinien podejmować w postępowaniu działania adekwatne do osiągnięcia założonego celu, a zastosowane przez niego środki powinny być najbardziej odpowiednie,

tj. nieograniczające w sposób nieuzasadniony dostępu wykonawców do postępowania. Przy czym wymóg proporcjonalności dotyczy wszystkich czynności podejmowanych przez zamawiającego w toku postępowania. Jest to jedna z nadrzędnych w stosunku do dalszych szczegółowych uregulowań Pzp (w tym art. 128 ust. 1 Pzp) zasada udzielania zamówień publicznych, która chroni wykonawców przed skrajnym formalizmem ze strony instytucji zamawiającej (vide wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 września 2023 r., sygnatura akt: KIO 2527/23).

W związku z powyższym w przedmiotowym stanie faktycznym, jeżeli kosztorys miał wyłącznie charakter pomocniczy, Zamawiający nie powinien wyciągać w stosunku do Wykonawcy negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia oferty, gdyż przy wynagrodzeniu ryczałtowym, odmiennie niż przy wynagrodzeniu kosztorysowym, brak jakiegokolwiek "naturalnego" powiązania pomiędzy kosztorysem, a wynagrodzeniem. Kosztorys w takim przypadku (przy wynagrodzeniu ryczałtowym) nie określa treści świadczenia - zakres robót budowlanych określony jest w dokumentacji projektowej. Kosztorys powinien służyć wykonawcom jedynie jako materiał informacyjny - pomocniczy do opracowania i oszacowania oferty. To Wykonawca samodzielnie kalkuluje swoje wynagrodzenie ryczałtowe i przedstawia je w ofercie biorąc pod uwagę zakres rzeczowy określony dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych i postanowieniami projektu umowy. W konsekwencji przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia, brak załączenia do oferty kosztorysu ofertowego (czy jego części, np. w postaci zestawienia materiałów) nie ma znaczenia dla oceny prawidłowości sporządzenia i przygotowania oferty. W oczywisty sposób bazowanie przez Wykonawcę na art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, należy uznać za oczywiście nieproporcjonalne w sytuacji, gdy wynagrodzenie zostało wskazane jako ryczałtowe, a zakres robót budowlanych określony został w SWZ, to zaniechanie przy składaniu oferty złożenia kosztorysu ofertowego nie ma znaczenia dla możliwości oceny, czy został spełniony odnośny warunek udziału

w postępowaniu. Tym samym egzekwowanie przez Zamawiającego bezprzedmiotowego wymagania stanowi wyłącznie przejaw skrajnego formalizmu, czemu sprzeciwia się zasada proporcjonalności.

Nadto wskazać należy iż wątpliwym prawnie jest działanie Zamawiającego polegające przekazaniu Odwołującemu informacji o odrzuceniu jego oferty, niezgodnie z dyspozycją określoną w art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Informację o ofertach odrzuconych, Zamawiający przekazuje bowiem wszystkim wykonawcom, którzy złożyli oferty, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Obowiązek jednoczesnego przekazywania informacji o wyborze i odrzuceniu ofert potwierdza w szczególności literatura tematu, która w komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych

(H. Nowak, M. Winiarz – wydanie II) do ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że „obowiązek informacyjny, o którym mowa w art. 253 ust. 1 Pzp, jest realizowany wyłącznie w stosunku do wykonawców, którzy złożyli oferty i musi on być realizowany równocześnie

(w tym samym albo niemal tym samym czasie) w stosunku do wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu”.

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku sygn. akt KIO 1084/22 z 12.05.2022 r. stwierdziła natomiast, że przepis art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi realizację zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, takich jak jawność postępowania oraz równe traktowanie wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji oraz nakłada na

zamawiającego obowiązek zakomunikowania wykonawcom, dlaczego uznał, że dana oferta podlega odrzuceniu, a po stronie wykonawcy kształtuje prawo do uzyskania pełnej i rzetelnej wiedzy na temat przyczyn odrzucenia oferty. Ma to doniosłe znaczenie uwzględniając okoliczność, że na podstawie informacji przekazanej zgodnie z w/w przepisem

wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego.

Tym samym w związku z przekazaniem Odwołującemu w Postępowaniu informacji o odrzuceniu jego oferty niezgodnie z przepisem do tego dedykowanym, Odwołujący z ostrożności korzysta ze swojego uprawnienia do wniesienia odwołania już w tym momencie, co wyczerpuje dyspozycję art. 515 ust. 1 pkt 2) lit a) zgodnie z którym winien to uczynić w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o dokonanej czynności przez Zamawiającego.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi jak na wstępie.

W dniu 2 września 2024 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 roku, poz. 1605 ze zm.) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2024 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 26 lipca 2024 roku.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności, do których wykonania był zobowiązany, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie zarzutów odwołania.

Izba za niezasadny uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez nieuprawnione odrzucenie złożonej przez Odwołującego oferty na skutek błędnego uznania, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, przez wzgląd na brak

dołączenia

do niej kosztorysu ofertowego oraz ze względu na fakt, iż:

- a) żądany przez Zamawiającego kosztorys ofertowy nie stanowi treści oferty, bowiem kosztorys ten w żaden sposób nie wpływał na relację: zakres prac - wynagrodzenie należne wykonawcy;
- b) oferta obejmuje realizację całości przedmiotu zamówienia;
- c) wynagrodzenie za realizację zamówienia zostało przewidziane w dokumentach zamówienia jako ryczałtowe, a nie kosztorysowe, co potwierdzają postanowienia SWZ, a także w szczególności § 19 ust. 10 projektowanych postanowień umownych (załącznik do Specyfikacji Warunków Zamówienia – dalej SWZ), zgodnie z którym wykonawca zobowiązany jest w cenie ofertowej ująć wszystkie koszty (również te nie określone w dokumentacji przetargowej i projektowej), związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia i niezbędne dla prawidłowego i pełnego jego wykonania;
- d) Zamawiający na etapie badania ofert, otrzymał od Odwołującego brakujący kosztorys ofertowy, na podstawie skierowanego wezwania do uzupełnienia w oparciu o art. 128 ust. 1 Pzp.
- e) Zamawiający po dokonaniu badania i oceny ofert, otrzymał od Odwołującego podmiotowe środki dowodowe, na podstawie skierowanego wezwania w oparciu o art. 274 ust. 1 Pzp,

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty jeżeli jej treść nie jest zgodna z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego.

Ustawodawca zobowiązał więc Zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w warunkach zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji, parametrów technicznych

i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami Zamawiającego są postanowienia zawarte w dokumentach zamówienia, w których zostały jasno i przejrzysto wyrażone oczekiwania zamawiającego.

Wobec powyższego, w pierwszej kolejności należy odnieść się do postanowień specyfikacji warunków zamówienia, w której zamawiający określił stawiane wykonawcom wymagania. Pamiętać bowiem należy, że wykonawca składając ofertę nie może domyślać się co Zamawiający miał na myśli opisując przedmiot zamówienia, lecz przygotować ofertę w sposób spełniający wszystkie warunki zamówienia. Za niedopuszczalne należy uznać twierdzenie o niezgodności oferty wykonawcy na podstawie niezawartych w treści specyfikacji wymagań lub subiektywnej, rozszerzającej interpretacji jej zapisów jak również dokonanie oceny oferty przez pryzmat oczekiwań nieznajdujących odzwierciedlenia w SWZ. Wykonawca bowiem przygotowując swoją ofertę, opiera się na dosłownym brzmieniu postanowień SWZ.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, wskazać należy, że treść postanowień SWZ, w szczególności zawarta Rozdziale II.8.A.8) wyraźnie formułuje obowiązek dla wykonawcy, polegający na tym, że Wykonawca składa razem z ofertą wypełniony formularz kosztorysu ofertowego (stanowiący załącznik nr 11 do SWZ). Zamawiający zastrzegł również, że brak załączenia do oferty wypełnionego formularza j/w spowoduje odrzucenie oferty jako niezgodnej z treścią SWZ, co przesądza o konieczności złożenia kosztorysu łącznie z ofertą.

Zamawiający określił wymagane dokumenty:

A. DOKUMENTY SKŁADANE RAZEM Z OFERTA

(...)

- 8) Wypełniony formularz kosztorysu ofertowego (stanowiący załącznik nr 11 do SWZ) Brak załączenia do oferty wypełnionego formularza j/w powoduje odrzucenie oferty jako niezgodnej z treścią SWZ.

Wymagana forma:

Formularz musi być złożony w formie elektronicznej lub postaci elektronicznej opatrzonej podpisem zaufanym, lub podpisem osobistym osoby upoważnionej do reprezentowania wykonawców zgodnie z formą reprezentacji określoną w dokumencie rejestrowym właściwym dla formy organizacyjnej lub innym dokumencie.

Obowiązku tego – co nie było sporne dla Stron – nie dopełnił Odwołujący, bowiem nie złożył wraz z ofertą formularza kosztorysu ofertowego.

Wobec powyższego, w ocenie Izby oferta Odwołującego wypełniła przesłanki z art. w 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, tj. Odwołujący złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia, a zatem podlegającą obligatoryjnemu odrzuceniu przez Zamawiającego.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że z uwagi na wynagrodzenie ryczałtowe nie miał on obowiązku załączenia do oferty kosztorysu ofertowego. Sposób rozliczenia nie jest tu przedmiotem sporu, a żądanie kosztorysu ofertowego nie jest powiązane ze sposobem rozliczenia. Wymóg ten Zamawiający ustanowił niezależnie od rozliczenia ryczałtowego, ale z uwagi na swoje uzasadnione potrzeby, które wyartykułował podczas rozprawy.

Izba wskazuje, że okoliczność że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przewidział rozliczenie ryczałtowe jest bez znaczenia dla rozpoznawanego zarzutu, bowiem wymóg złożenia formularza kosztorysu ofertowego był określony przez Zamawiającego w treści SWZ pod groźbą odrzucenia oferty, a jego spełnienie było obowiązkiem wszystkich wykonawców składających oferty, niezależnie od przyjętego sposobu rozliczenia.

Izba w rozpoznawanym zarzucie nie ocenia zasadności żądania przez Zamawiającego wraz z ofertą formularza kosztorysu ofertowego, lecz ocenia, czy Odwołujący złożył ofertę zgodną z warunkami zamówienia. Jak zostało wykazane powyżej, a także przyznane podczas rozprawy - również przez Odwołującego, nie załączył on do oferty przedmiotowego formularza kosztorysu ofertowego.

Na obecnym etapie postępowania, bez znaczenia dla sprawy jest subiektywna ocena Odwołującego, dotycząca zasadności składania wymaganego formularza kosztorysu ofertowego oraz funkcji jaką pełni on dla Zamawiającego.

Twierdzenie, że kosztorys ofertowy ma jedynie charakter pomocniczy nie znajduje potwierdzenia w treści warunków zamówienia, a jest jedynie stanowiskiem Odwołującego, który mógł go złożyć, lecz z własnej woli tego zaniechał. Co więcej, podczas rozprawy, Zamawiający wyjaśnił jak ważną rolę pełni dla niego wymagany kosztorys. Z całą pewnością nie jest to funkcja pomocnicza.

Ponadto, dla oceny przedmiotowego sporu, na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przywołane przez Odwołującego stanowisko Prezesa UZP w zakresie pełnienia funkcji pomocniczej przez kosztorys ofertowy, nie mogło zostać uwzględnione jako argument w sprawie. Oceniając zgodność oferty z warunkami zamówienia decydująca jest jej treść, która musi odpowiadać warunkom zamówienia, bez względu na ich subiektywną ocenę przez Odwołującego - a ta nie odpowiadała wymaganiom postawionym przez Zamawiającego.

Wymaga podkreślenia, że jeżeli w ocenie Odwołującego wymóg złożenie wraz z ofertą formularza kosztorysu ofertowego przy rozliczeniu ryczałtowym był nadmiarowy, albo Odwołujący uważał go za nieuprawniony (kierując się przywołanym stanowiskiem Prezesa UZP), to winien dać temu wyraz poprzez zapytanie do treści SWZ albo skorzystanie ze środków ochrony prawnej na postanowienia SWZ. Skoro tego nie uczynił – co potwierdził Zamawiający podczas rozprawy - to znaczy, że zaakceptował wszystkie warunki zamówienia wymagane przez Zamawiającego i zobowiązany był do złożenia oferty zgodnie z ich treścią. W tym kontekście kosztorys stanowił treść oferty, która zgodnie z prawem zamówień publicznych nie podlega uzupełnieniu.

Izba wskazuje, że nieuprawnionym działaniem ze strony Odwołującego było samodzielne decydowanie o zbędności formularza kosztorysu ofertowego i niezałączenie go do oferty. Tym działaniem, Odwołujący - z własnej woli, pozbawił się możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, bowiem obowiązkiem Zamawiającego w powyższych okolicznościach było odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Okoliczność, że Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia brakującego formularza kosztorysu ofertowego pismem z dnia 24 lipca 2024 roku nie mogła być podstawą do sanowania niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia.

W tych okolicznościach zarzut podlegał oddaleniu.

Izba oddaliła również zarzut naruszenia art. 16 pkt 2 i 3 oraz art. 18 ust. 1, na skutek braku przekazania Odwołującemu informacji wraz z uzasadnieniem o unieważnieniu dokonanych przez Zamawiającego czynności dotyczących badania i oceny ofert oraz wezwania do złożenia kosztorysu ofertowego i podmiotowych środków dowodowych, czym Zamawiający naruszył zasadę jawności i przejrzystości (transparentności), a także proporcjonalności postępowania.

Zgodnie z art. 16 pkt 2 i 3 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: przejrzysty; proporcjonalny. Natomiast zgodnie z art. 18 ust. 1 Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający powinien go poinformować o unieważnieniu czynności związanych z kierowanymi do niego wezwaniami w zakresie złożenia brakującego formularza kosztorysu ofertowego oraz podmiotowych środków dowodowych.

Izba podziela w tym zakresie argumentację Odwołującego, jednakże zwraca uwagę na treść art. 554 ust. 1 pkt 1) Pzp, zgodnie z którą, Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

W powyższych okolicznościach, brak wyraźnego poinformowania Odwołującego o unieważnieniu czynności w postaci skierowanych wezwań do złożenia kosztorysu ofertowego oraz podmiotowych środków dowodowych, nie ma wpływu ani nie miało istotnego wpływu na wynik postępowania. Nawet gdyby Zamawiający poinformował Odwołującego

o unieważnieniu powyższych czynności, oferta Odwołującego nadal podlegałaby odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zaniechanie Zamawiającego pozostawało więc bez wpływu na wynik postępowania.

W konsekwencji, powyższy zarzut nie mógł zostać uwzględniony.

Podkreślenia wymaga jednak, że Zamawiający w żadnym piśmie nie poinformował Odwołującego o tym, że jego oferta została najwyżej oceniana. Taki wniosek wynikał jedynie z przypuszczeń Odwołującego.

Odnosząc się do przywołanego w treści uzasadnienia odwołania naruszenia z art. 253 ust. 1 pkt 2, Izba podkreśla, że Zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru oferty najkorzystniejszej, a zatem obowiązek dotyczący równoczesnego poinformowania wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, zmaterializuje się dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej.

Wobec powyższego należało orzec 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).

Przewodnicząca: