

WYROK

Warszawa, dnia 20 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Odrzywolska
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 maja 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe BUDOPOL - POZNAŃ Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest M.P. z siedzibą w Poznaniu przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy ALSTAL Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy

orzeka:

1. oddala odwołanie;
 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe BUDOPOL - POZNAŃ Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe BUDOPOL - POZNAŃ Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe BUDOPOL - POZNAŃ Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu na rzecz wykonawcy ALSTAL Grupa Budowlana Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Bydgoszczy kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
- 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:.....

Uzasadnienie

M.P. w imieniu i na rzecz którego działają Poznańskie Inwestycje Miejskie Spółka z o.o. (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) - dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa pływalni krytej przy ul. Taborowej [POZNAŃ]”; numer sprawy PIM/01/24/ZP3/2023-372 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”), o wartości szacunkowej powyżej progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 62922-2024 w dniu 31 stycznia 2024 r.

W dniu 19 kwietnia 2024 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze, jako najkorzystniejszej w postępowaniu, oferty złożonej przez wykonawcę ALSTAL Grupa Budowlana spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa (dalej „ALSTAL” lub „przystępujący”).

W dniu 29 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlano - Usługowe BUDOPOL - POZNAŃ Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, odwołanie na czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę ALSTAL oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ALSTAL, pomimo iż treść jego oferty jest niezgodna w warunkami zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty ALSTAL jako oferty najkorzystniejszej i zaniechanie jej odrzucenia, pomimo iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, a niezgodność ta polega na niezłączeniu do oferty tabeli TER.

Zarzucając powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia

czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej; dokonania ponownego badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu; a także, na podstawie art. 573 ustawy Pzp zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Uzasadniając podnoszone w odwołaniu zarzuty, odwołujący w pierwszej kolejności przywoływał orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która wypowiadała się w analogicznych stanach faktycznych wskazując, że kluczowe dla rozstrzygnięcia sprawy jest, czy tabela TER została przez samego zamawiającego zakwalifikowana jako element oferty niezbędny w danym postępowaniu (np. do wyliczenia ceny oferty, upewnienia się przez zamawiającego, że wszystkie elementy przedmiotu zamówienia zostały przez wykonawcę skalkulowane w cenie oferty, itp.). przywołał orzeczenie z dnia 14 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 839/23, w którym Izba wskazała: „wiążące w danym postępowaniu są w pierwszej kolejności zapisy SWZ. To one stanowią wytyczne dla wykonawcy, w jaki sposób ma odczytywać i interpretować określone pojęcia, a nie postępować według pewnych, nawet utartych schematów, czy kierować się zapisami SWZ, którymi posługują się inni zamawiający. Skoro zamawiający w tym postępowaniu w taki, a nie inny sposób, opisał sposób obliczenia ceny w SWZ, wszyscy wykonawcy zobowiązani byli do tej instrukcji się zastosować”.

Dalej uzasadniał, że analiza dokumentów zamówienia wskazuje, że zamawiający uczynił z tabeli TER element oferty i podstawę wyliczenia ceny oferty. Zamawiający w rozdziale XIV ust. 1 zdanie 2 SWZ wyraźnie zażądał: „Cena podana w ofercie powinna wynikać z załączonej do oferty Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER) i być skalkulowana wg zasad określonych w niniejszej SWZ.”. W rozdz. V ust. 1 akapit 1 zdanie ostatnie SWZ, zamawiający wymienił również tabelę TER jako podstawę określenia zakresu zamówienia i - co jego zdaniem warte podkreślenia - nie doprecyzował (jak to uczynił przy przedmiarze), że TER jest dokumentem pomocniczym.

Wreszcie w samym wzorze TER, stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ, zamawiający zatytułował ten wzór: „Tabela Elementów Rozliczeniowych - Załącznik nr ... do Oferty”. Nie ma więc wątpliwości, że zamawiający tabelę TER traktował jako nieodłączną część składanej w postępowaniu oferty.

O zasadniczej roli tabeli TER w postępowaniu świadczy również §1 ust. 1 projektowanych postanowień umowy, w których zamawiający wskazał: „Przedmiot Umowy objęty jest Ofertą Wykonawcy wraz z wypełnioną przez Wykonawcę Tabelą Elementów Rozliczeniowych (dalej jako: „TER”), która stanowi Załącznik Nr 1 do niniejszej Umowy oraz dokumentacją projektową będącą załącznikiem do SWZ.”.

Skoro więc zamawiający uczynił składaną wraz z ofertą tabelę TER jednym z elementów określających zakres świadczenia wykonawcy w zawieranej umowie w sprawie zamówienia publicznego, powstaje pytanie, w jaki sposób miałyby zamawiający określić ten zakres w przypadku wykonawcy, który tabeli TER nie złożył. Wydaje się, że uchybienie takie przesądziłoby o nieważności umowy. Skoro bowiem strony omawianej umowy nie opisały przedmiotu robót budowlanych (i połączonych z nimi dostaw i usług) w sposób umożliwiający ich zidentyfikowanie, to w konsekwencji nie spełniły podstawowej przesłanki istnienia każdej więzi obligacyjnej, którą jest oznaczenie świadczenia (essentialia negotii). Z tych przyczyn powyższa czynność prawna byłaby nieważna jako sprzeczna z ustawą i z naturą zobowiązania na podstawie art. 353 k.c. w zw. z art. 353(1) k.c. w zw. z art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 28.06.2019 r. sygn. akt I AGa 31/19).

Argumentował w dalszej części, że brak tabeli TER jako załącznika do umowy w sprawie zamówienia publicznego, prowadzi do niemożności realizacji kontraktu: §3 ust. 1 projektu umowy zawiera dyspozycję, że w ciągu 7 dni po podpisaniu umowy wykonawca opracuje Harmonogram oraz U-TER (uszczegółowioną Tabelę Elementów Rozliczeniowych), co rzecz jasna nie będzie możliwe bez tabeli TER złożonej wraz z ofertą; zgodnie z §3 ust. 2 projektu umowy „2. Harmonogram rzeczowo - finansowy musi uwzględniać U-TER, zawierać wszelkie koszty składające się na cenę oferty, niezbędne do zrealizowania przedmiotu Umowy i uwzględniać terminy realizacji wynikające z oferty i Umowy”; zgodnie z §3 ust. 5 zd. 1 projektu umowy „Przyjęte Pozycje z U-TER służą rozliczaniu Przedmiotu Umowy.” Z kolei zgodnie z §3 ust. 6 projektu umowy: „W terminie 7 dni od dnia podpisania Umowy Wykonawca przedłoży Zamawiającemu U-TER, sporządzoną z uwzględnieniem łącznego wynagrodzenia Wykonawcy oraz TER. Zamawiający dopuszcza podział pozycji określonych w TER na poszczególne pozycje kosztorysowe, z zastrzeżeniem iż podany wskaźnik maksymalnej wartości danej pozycji TER nie może zostać przekroczony, jak również przekroczona nie może zostać całkowita wartość wynagrodzenia Wykonawcy w ramach Umowy. U-TER, służący weryfikacji umów podwykonawczych, a także kalkulacji należnego wynagrodzenia Wykonawcy w ramach poleceń Zamawiającego i wystąpień Wykonawcy, o których mowa w § 19 Umowy.” Zamawiający powiązał również procedurę odbiorową z pozycjami U-TER (§9 ust. 5 projektu umowy); w konsekwencji również płatności za wykonane roboty budowlane w całości powiązał ze skutecznym odbiorem poszczególnych pozycji U-TER (§10 ust. 1-2 projektu umowy); zakres podwykonawstwa ma być określony na podstawie pozycji U-TER (§11 projektu umowy)- „umowa o podwykonawstwo winna zawierać, dokładne określenie zakresu prac podlegających podzleceniu, w odniesieniu do U-TER (§11 ust. 3 pkt 1 projektu umowy).

Przypomniał także, że obowiązek złożenia tabeli TER był przedmiotem wnioskowo wyjaśnienie treści SWZ. W

dnia 14 lutego 2024 r. zamawiający opublikował odpowiedź na wniosek o wyjaśnienie treści SWZ (pakiet nr 1 - pytanie nr 1), w której wykreślił kosztorysy jako załącznik do oferty, nie odpowiedział jednak dokładnie na pytanie dotyczące tabeli TER. W dniu 6 marca 2024 r. zamawiający opublikował odpowiedź na wniosek o wyjaśnienie treści SWZ (pakiet nr 3 - pytanie nr 9) - na pytanie czy należy dołączyć TER do oferty - zamawiający odesłał do odpowiedzi z dnia 14 lutego 2024 r.

Z kolei w dniu 12 marca 2024 r. zamawiający opublikował ujednolicony SWZ, zawierający wszelkie zmiany wynikające z odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SWZ- w rozdziale XIV ust. 1 zdanie 2 SWZ pozostał wymóg dołączenia do oferty załącznika TER. Zamawiający miał więc szansę na weryfikację wymagań dotyczących tego załącznika do oferty, a wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, na sporządzenie przed terminem składania ofert TER i złożenie jej wraz z ofertą jako załącznika.

Odwolujący zwrócił uwagę, że Krajowa Izba Odwoławcza orzekała w analogicznych stanach faktycznych zgodnie z prezentowanym stanowiskiem odwołującego. Przykładowo w najnowszym orzecznictwie (wyrok KIO z dnia 13 lutego 2023 r., sygn. akt KIO 248/23) Izba wskazywała: „Analiza treści specyfikacji warunków zamówienia uzasadnia stwierdzenie, że Załącznik w postaci Tabeli Elementów Rozliczeniowych (TER), którego elementem był Harmonogram Rzeczowo Finansowy (HRF), stanowiły integralną część Oferty, a ranga tych dokumentów z uwagi na fakt, iż stanowią immanentną część oferty, jest znacząco istotna. W konsekwencji rozważania o pomocniczym charakterze tych dokumentów są bezprzedmiotowe.” Skoro niezgodność TER z warunkami określonymi w specyfikacji Izba uznała za wystarczającą podstawę do odrzucenia oferty, to tym bardziej niezaczenie tabeli TER musi przesądzać o takiej decyzji zamawiającego.

Analogicznie orzekała Izba w odniesieniu do wymaganych tabel TER również starszych orzeczeniach (wyrok KIO 72/12, KIO 74/12). KIO potwierdziła w nim, iż oferta wykonawcy, która nie zawiera tabeli TER w sytuacji, gdy by wymagany przez zamawiającego, musi zostać odrzucona.

Nie ma przy tym w ocenie odwołującego znaczenia, że SWZ w rozdz. XI ust. 4 nie wymienia tabeli TER jako załącznika do oferty. Jak wielokrotnie stwierdzała Izba (przykładowo w wyroku z 2 czerwca 2022 r., sygn. akt KIO 1357/22) każdy wykonawca jako podmiot profesjonalny, ma obowiązek szczegółowego zapoznania się z dokumentami zamówienia i skonstruowania oferty w sposób zgodny z wymaganiami SWZ oraz staranny. Nie ulega wątpliwości, że mnogość odwołań do tabeli TER i jej uszczegółowienia w dokumentach zamówienia (w tym w szczególności w projektowanych postanowieniach umowy) pozwalała wykonawcy ALSTAL na dostrzeżenie konieczności jej złożenia wraz z ofertą.

Odwolujący wskazał także, że chociaż ustawodawca dopuszcza poprawienie innej niż rachunkowa i pisarska omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jednak przesłanką zastosowania tego przepisu jest, aby poprawka nie ingerowała nadmiernie w treść samej oferty. W badanym przypadku oczywistym jest, że brak w postaci niezaczenia tabeli TER jest brakiem nieusuwalnym. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 13 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1882/21: „Poprawienie innej omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może doprowadzić do wytworzenia całkowicie nowego oświadczenia wykonawcy. W tym wypadku z taką właśnie sytuacją mielibyśmy do czynienia. Jak wskazano powyżej, dokonanie poprawienia oferty w przedmiotowym przypadku nie mogłoby się odbyć bez ingerencji odwołującego, a więc bez pozyskania od niego informacji wskazującej, w jaki sposób omyłkę tę należy poprawić w odniesieniu do wszystkich 41 wierszy TER (Tabela Elementów Rozliczeniowych). To odwołujący był zobowiązany do wypełnienia 41 pozycji formularza i to do niego należała decyzja w zakresie każdej z pozycji. Formularz ten był oświadczeniem pochodzącym od odwołującego, a nie od zamawiającego. Zamawiający określił jedynie 4 etapy, niemniej wszystkie pozostałe pozycje powinien wypełnić odwołujący. Zamawiający samodzielnie nie dysponował informacjami, które pozwalałyby mu dokonać postulowanej przez odwołującego poprawy (...)”.

Odwolujący przypomniał treść przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Definicja warunku zamówienia została zawarta w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, który stanowi, że przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. To zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wprowadził precyzyjną regulację, która w efekcie pozwala i zobowiązuje do oceny dokumentu w postaci tabeli TER jako oferty złożonej przez wykonawcę w postępowaniu o zamówienie. Nie może więc umknąć uwadze Izby, że zgodnie z wolą zamawiającego dokument TER stanowił ofertę. Zmiana sposobu postrzegania tego dokumentu na etapie oceny ofert jest niedopuszczalna, a przyjęcie rozumowania jakie zdaje się prezentować zamawiający, że tabela TER nie jest elementem oferty, prowadziło do wypaczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oceny składanych przez wykonawców ofert. To równocześnie spowodowało dowolność i swobodę w ocenie składanych ofert, a w konsekwencji naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem prowadziło do

dowolności w sposobie oceny już po terminie składania ofert, która w zamówieniach publicznych jest niedopuszczalna.

Zamówienia publiczne cechuje określony przepisami formalizm postępowania, który - choć nie jest celem samym w sobie - stanowi gwarancję realizacji zasad Prawa zamówień publicznych oraz stanowi podstawę uzasadniającą stosowania w ramach całej procedury o zamówienie określonych na wstępie, czyli przy ogłoszeniu postępowania o udzielenie zamówienia, „reguł gry” według których postępuje zamawiający. Zamawiający po terminie składania ofert nie może zmieniać ustalonych przez siebie zasad i nie może wprowadzać zasad oceny ofert złożonych w postępowaniu w sposób odmienny od ustalonego w dokumentacji postępowania.

Powyższe przesądza, zdaniem odwołującego, że oferta wykonawcy ALSTAL powinna zostać odrzucona jako niezgodna z warunkami zamówienia.

Zamawiający poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia.

W terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca ALSTAL Grupa Budowlana spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa.

Zamawiający w dniu 14 maja 2024 r., działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy pismo procesowe - Odpowiedź na odwołanie, w którym oświadczył, że uwzględni zarzuty odwołania w całości.

W piśmie procesowym z dnia 16 maja 2024 r. przystępujący, działając na podstawie przepisu art. 523 ust. 1 ustawy Pzp, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości.

Wobec tego, że wykonawca ALSTAL wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania przez zamawiającego, Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przesłaną przez zamawiającego w formie elektronicznej, po zapoznaniu się z treścią odwołania, stanowiskiem zawartym w piśmie procesowym przystępującego, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk odwołującego i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dokonała również badania spełnienia przez odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ustawy Pzp, to jest kwestii posiadania przez niego legitymacji do wniesienia odwołania uznając, że jego interes we wniesieniu odwołania przejawia się w następujący sposób.

Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i ubiega się o zamówienie, a jego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert. Zdaniem odwołującego wybrana jako najkorzystniejsza oferta wykonawcy ALSTAL, jest niezgodna z warunkami zamówienia. Tym samym w wyniku podjętej przez zamawiającego czynności wyboru oferty wykonawcy ALSTAL oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, odwołujący został pozbawiony możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, oraz zysku związanego z jego realizacją.

Izba dopuściła i oceniła dowody złożone przez ALSTAL, załączone do pisma procesowego, inne niż stanowiące element dokumentacji postępowania, na okoliczności przez niego wskazane.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zawartym w rozdziale V ust. 1 SWZ (w brzmieniu zaktualizowanym przez zamawiającego w dniu 12 marca 2024 r.) jest wykonanie robót budowlanych polegających na rozbiórce obecnej pływalni Olimpia i hali sztuk walki oraz budowie nowej pływalni krytej wraz z zapleczem oraz podziemnym, szczelnym zbiornikiem retencyjnym przy ul. Taborowej 4 w Poznaniu (dz. 32/7, 31/16, ark. 24, obr. Łazarz) oraz usług związanych z wykonywanymi robotami budowlanymi w ramach Zadania inwestycyjnego pn. Budowa pływalni krytej przy ul. Taborowej. w oparciu o kompleksową wielobranżową dokumentację projektową opracowaną przez ATJ Architekti sp. z o.o. oraz decyzję nr 485/2022 Prezydenta Miasta Poznania z dnia 16.08.2022 r. (UA-V.6740.960.2022) udzielającą pozwolenia na rozbiórkę i decyzję nr 1098 z dnia 27.10.2022 r. (UA-V.6740.966.2022) zatwierdzającą projekt zagospodarowania terenu oraz projekt architektoniczno-budowlany i udzielającą pozwolenia na budowę. Szczegółowy zakres budowy nowej pływalni wskazano w dokumentacji projektowej, stanowiącej załącznik do niniejszej SWZ. W zakresie przedmiotu umowy wchodzi także wycinka zieleni kolidującej z inwestycją, zgodnie z załączonym wykazem drzew i krzewów przeznaczonych do wycinki oraz wykonanie nasadzeń zastępczych, zgodnie z projektem nasadzeń, a także pielęgnacja zieleni w okresie gwarancji. Realizacja przedmiotu zamówienia zgodnie z zasadami wiedzy technicznej i sztuki inżynierskiej oraz powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Przedmiot zamówienia obejmuje także usługi i dostawy, związane z wykonywanymi robotami budowlanymi. Dodatkowe informacje dotyczące szczegółowego zakresu zamówienia zawarte zostały we wzorze umowy. Szczegółowe zakresy poszczególnych

Etapów realizacji przedmiotu zamówienia zostały określone w przedmiarze robot o charakterze pomocniczym, orientacyjnym oraz Tabeli Elementów Rozliczeniowych. Dalej w ust. 2 zamawiający wskazał, iż zakres robot budowlanych podlegających nadzorowi został szczegółowo określony w Dokumentacji Projektowej oraz pomocniczych/ orientacyjnych Przedmiarach Robot. Podstawą oceny jakości i odbioru wykonanych prac budowlanych oraz opracowania przez Wykonawcę Programu Zapewnienia Jakości jest Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robot budowlanych (STWIORB). Dokumentacja, STWIORB oraz Przedmiary Robót stanowią Załącznik nr 2. W ust. 3 z kolei przewidział, iż w terminie zgodnym z postanowieniami Umowy Wykonawca jest zobowiązany do przygotowania Harmonogramu Rzeczowo-Finansowego- uszczegółowioną Tabelę Elementów Rozliczeniowych, zgodnego z terminami realizacji Zadania podanymi w Umowie. Wytyczne dot. sporządzenia, przygotowania i akceptacji Harmonogramu przez Zamawiającego zostały zawarte w projektowanych postanowieniach umownych.

W rozdziale XIV SWZ - Opis sposobu obliczenia ceny (ust. 1) zawarto informację, iż cena oferty powinna być obliczona na podstawie załączonego OPZ - Dokumentacji Projektowej, oraz STWIORB. Cena podana w ofercie powinna wynikać z załączonej do oferty Tabeli Etapów Rozliczeniowych (TER) i być skalkulowana wg zasad określonych w niniejszej SWZ. (ust. 2) Wykonawca powinien ująć w cenie oferty koszty wszelkich czynności związanych z realizacją przedmiotu zamówienia, określone w SWZ wraz z załącznikami, a także koszty wszelkich innych czynności nie ujętych wprost w SWZ lub załącznikach do niej, ale niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia. (ust. 3) W obliczonej przez Wykonawcę cenie należy uwzględnić wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, zysk Wykonawcy oraz wszystkie wymagane przepisami opłaty i podatki. (ust. 4) W całkowitej cenie ofertowej Wykonawca ma obowiązek zawrzeć wszelkie cła, podatki i inne należności płatne przez Wykonawcę. (ust. 5) Szczegółowe postanowienia dotyczące charakteru wynagrodzenia oraz czynników, które Wykonawca winien wziąć pod uwagę przy kalkulowaniu ceny zawarte są także we projektowanych postanowieniach umownych stanowiących Załącznik nr 1 do SWZ.

Z kolei w projekcie umowy - załącznik nr 1 do SWZ w §1 opisano przedmiot umowy w następujący sposób: (ust. 1) Wykonawca zobowiązuje się do wykonania robót budowlanych polegających na rozbiórce obecnej pływalni Olimpia i hali sztuk walki oraz budowie nowej pływalni krytej wraz z zapleczem oraz podziemnym, szczelnym zbiornikiem retencyjnym przy ul. Taborowej 4 w Poznaniu (dz. 32/7, 31/16, ark. 24, obr. Łazarz) oraz usług związanych z wykonywanymi robotami budowlanymi w ramach Zadania inwestycyjnego pn. Budowa pływalni krytej przy ul. Taborowej. Przedmiot Umowy objęty jest Ofertą Wykonawcy wraz z wypełnioną przez Wykonawcę Tabelą Elementów Rozliczeniowych (dalej jako: „TER”), która stanowi Załącznik Nr 1 do niniejszej Umowy oraz dokumentacją projektową będącą załącznikiem do SWZ. (ust. 2) Zakres przedmiotu Umowy, określa także dokumentacja przetargowa, a w szczególności Specyfikacja Warunków Zamówienia, Opis Przedmiotu Zamówienia, pytania i odpowiedzi oraz pozostałe załączniki (dalej jako: „SWZ”).

W §3 wzoru umowy w ust. 1 zamawiający przewidział, iż wykonawca w terminie 7 dni od dnia podpisania Umowy opracuje i dostarczy: harmonogram rzeczowo - finansowy realizacji przedmiotu Umowy tj. wykonywania poszczególnych prac w ramach realizacji Umowy, uszczegółowioną Tabelę Elementów Rozliczeniowych (w dalszej części Umowy określona jako U-TER). Harmonogram rzeczowo-financeowy oraz U-TER będą podlegać opiniowaniu Inżyniera Kontraktu oraz akceptacji Zamawiającego. Akceptacja Zamawiającego musi być dokonana na piśmie pod rygorem nieważności. W przypadku zgłoszonych uwag przez Inżyniera Kontraktu lub Zamawiającego, Wykonawca winien je uwzględnić w terminie 3 dni od ich przekazania. Dopiero po łącznej akceptacji Inżyniera Kontraktu i Zamawiającego ww. dokumenty będą wiążące dla Stron. Z kolei zgodnie z ust. 2: Harmonogram rzeczowo - finansowy musi uwzględniać U-TER, zawierać wszelkie koszty składające się na cenę oferty, niezbędne do zrealizowania przedmiotu Umowy i uwzględniać terminy realizacji wynikające z oferty i Umowy. Wykonawca sporządzając harmonogram rzeczowo - finansowy realizacji przedmiotu Umowy uwzględni przerwy wynikające z przyczyn technologicznych i atmosferycznych, typowych dla danej pory roku, a także harmonogram przyznanych zamknięć drogowych, torowych, itp. (jeżeli dotyczy) oraz inne okoliczności mogące mieć wpływ na terminowość wykonania Umowy. Zgodnie z ust. 5: Przyjęte Pozycje z U-TER służą rozliczaniu Przedmiotu Umowy. KM służą weryfikacji terminowego wykonywania Przedmiotu Umowy. W ust. 6 wskazano z kolei: W terminie 7 dni od dnia podpisania Umowy Wykonawca przedłoży Zamawiającemu U-TER, sporządzoną z uwzględnieniem łącznego wynagrodzenia Wykonawcy oraz TER. Zamawiający dopuszcza podział pozycji określonych w TER na poszczególne pozycje kosztorysowe, z zastrzeżeniem iż podany wskaźnik maksymalnej wartości danej pozycji TER nie może zostać przekroczony, jak również przekroczona nie może zostać całkowita wartość wynagrodzenia Wykonawcy w ramach Umowy. U-TER, służący weryfikacji umów podwykonawczych, a także kalkulacji należnego wynagrodzenia Wykonawcy w ramach poleceń Zamawiającego i wystąpień Wykonawcy, o których mowa w §18 Umowy.

Z kolei §4 ust. 1 projektu umowy otrzymał brzmienie: Za wykonanie przedmiotu Umowy Zamawiający zapłaci Wykonawcy wynagrodzenie ryczałtowe w wysokości: [.....] zł netto, (słownie: [.....] złotych), tj. [.....] zł brutto (słownie: [.....]), łącznie z podatkiem VAT, według stawki, płatne zgodnie z U-TER. W ust. 4 tego paragrafu wskazano:

Wykonawca oświadcza, że wynagrodzenie określone w ust. 1 obejmuje wszelkie niezbędne koszty dla wykonania przedmiotu Umowy. Wykonawca w ramach wynagrodzenia zobowiązuje się do wykonania wszelkich robót i czynności koniecznych do zrealizowania przedmiotu Umowy niezależnie od tego, czy zostały one przewidziane na dzień złożenia oferty. Niedoszacowanie, pominięcie lub brak rozpoznania zakresu realizacji przedmiotu Umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia określonego w ust. 1 niniejszego paragrafu. Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z warunkami realizacji robót, wykonał wizję lokalną oraz niezbędne pomiary z natury, nie wnosi uwag i żadnych zastrzeżeń. Wszelkie roboty, czynności, materiały i rozwiązania, nieopisane lub niewymienione w dokumentacji projektowej oraz TER i U-TER, a konieczne do przeprowadzenia z punktu widzenia obowiązujących standardów budowlanych, wymogów prawa, warunków technicznych lub praktyki budowlanej, zostały przewidziane przez Wykonawcę na podstawie analizy dokumentacji projektowej i zostały ujęte w cenie ofertowej, wskazanej w ust. 1 powyżej.

Do SWZ załączona została także tabela TER - załącznik nr 3 do SWZ, w nagłówku tego załącznika znajdował się zapis: Załącznik nr do oferty”.

Izba ustaliła ponadto, że w toku postępowania wykonawcy zgłaszali pytania do treści SWZ, w tym w zakresie dotyczącym konieczności przedłożenia wraz z ofertą tabeli TER.

W piśmie z 14 lutego 2024 r., odpowiadając na pytania z 31 stycznia 2024 r. (pakiet nr 1, pytanie nr 1): Zgodnie z SWZ, rozdział IX do formularza ofertowego należy załączyć kosztorysy ofertowe: „3. Oferta powinna zawierać: (1) Formularz Ofertowy sporządzony i wypełniony wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 4 do SWZ wraz z wypełnionymi / wycenionymi przedmiarami robót-oferta (kosztorysami ofertowymi)”. Natomiast zgodnie z SWZ, rozdział XIV widnieje, że cena podana w ofercie powinna wynikać z załączonej do oferty Tabeli Etapów Rozliczeniowych (TER) „1. Cena oferty powinna być obliczona na podstawie załączonego OPZ - Dokumentacji Projektowej, oraz STWiORB. Cena podana w ofercie powinna wynikać z załączonej do oferty Tabeli Etapów Rozliczeniowych (TER) i być skalkulowana wg zasad określonych w niniejszej SWZ.” Czy do oferty należy załączyć kosztorysy ofertowe czy Tabelę Etapów Rozliczeniowych (TER)? Zamawiający wyjaśnił: Zamawiający informuje, że Wykonawca składa razem z ofertą z wypełnionymi/ wycenionymi przedmiarami robót-oferta (kosztorysami ofertowymi)”. Jednocześnie informuję o zmianie SWZ w rozdziale XI w pkt. 3 w następującym zakresie: Aktualne brzmienie SWZ w rozdziale XI pkt. 3: Oferta powinna zawierać: (1) Formularz Ofertowy sporządzony i wypełniony wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 4 do SWZ; (2) Jeśli Wykonawca deklaruje dodatkowe doświadczenie - Wykaz doświadczenia Kierownika Budowy w ramach kryteriów oceny ofert - wg Załącznika nr 11 do SWZ.

Z uwagi na to, że wykonawcy w dalszym ciągu mieli wątpliwości w tym zakresie, zamawiający w piśmie z 6 marca 2024 r., odpowiadając na Pytanie nr 9 o treści: Prosimy o informację czy do oferty należy załączyć wycenione przedmiary robót - kosztorysy ofertowe (rozdział XI SWZ), czy TER (rozdział XIV punkt 1 SWZ). Dodatkowo w Par. umowy wymieniana jest TER, a nie kosztorys, udzielił następujących wyjaśnień: Zamawiający dokonał zmiany zapisów rozdziału XI SWZ w dniu 14.02.2024 r. (patrz odpowiedzi pakiet nr 1 pytanie nr 1).

Izba ustaliła, że zamawiający w dniu 19 kwietnia 2024 r. poinformował o wyborze oferty ALSTAL jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Z powyższą decyzją nie zgodził się odwołujący, składając w dniu 29 kwietnia 2024 r. swoje odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba przytoczy przepisy ustawy Pzp będące podstawą orzekania.

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: (1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; (2) przejrzysty; (3) proporcjonalny.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Stosownie do brzmienia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Na wstępie koniecznym jest podkreślenie, że odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp może mieć miejsce wyłącznie w przypadku, kiedy treść oferty, rozumianej jako oświadczenie woli wykonawcy (zawartość merytoryczna oferty), nie odpowiada warunkom zamówienia, opisanym lub określonym w dokumentach zamówienia w odniesieniu do przedmiotu zamówienia lub sposobu jego realizacji. (zob. M. Jaworska [w:] Prawo zamówień publicznych. Komentarz red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek, Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, Warszawa 2022). Zastosowanie wobec oferty art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wymaga więc każdorazowo wskazania przez zamawiającego z jakimi ustalonymi elementami dokumentacji postępowania oferta jest niezgodna.

Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie zwracała na powyższe uwagę, tak też między innymi w wyroku z dnia 21 marca 2022 r., sygn. akt KIO 543/22 stwierdziła, że „Odrzucenie oferty na tej podstawie stanowi szczególny przypadek dysonansu pomiędzy treścią oferty (której integralną częścią są udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia) i brzmieniem dokumentacji postępowania. Punktem wyjścia dla stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań dokumentacji postępowania sporządzonej w danym postępowaniu, która od momentu jej udostępnienia jest wiążąca - zamawiający jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy określonego w SWZ i po otwarciu ofert zamawiający nie może tych warunków zmienić, ani od nich odstąpić. Rozstrzygające znaczenie ma literalne brzmienie SWZ. Dokumentacja sporządzona w postępowaniu powinna być rozumiana w sposób ścisły - stanowi to gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelnych zasad zamówień publicznych określonych w art. 16 Prawa zamówień publicznych, zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania - tak, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert. Nie wystarczy więc stwierdzić niezgodności oferty z niewyartykułowanymi w SWZ intencjami zamawiającego lub oczekiwanym przez niego sposobem rozumienia dokumentacji postępowania, którego w niej nie ujawniono. Jeżeli zamawiający nie jest w stanie wprost wskazać treści dokumentacji zamówienia, z którą oferta jest sprzeczna, takie odrzucenie jest wadliwe”.

Dla odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, niezbędne jest więc stwierdzenie i wskazanie w sposób jednoznaczny niezgodności treści oferty danego wykonawcy z określonymi przez zamawiającego warunkami zamówienia, przy czym podnoszona rozbieżność nie może budzić żadnych wątpliwości. Jeśli natomiast opis wymagań zamieszczonych w SWZ nie jest precyzyjny i jednoznaczny, może być przez wykonawców interpretowany w różny sposób, to zachowuje swoją aktualność zasada, że niejasne, pozwalające na taką interpretację postanowienia, nie mogą skutkować negatywnie dla wykonawcy, bowiem to zamawiający jest ich autorem i to on powinien zadbać o ich właściwy opis. Wszelkie niejasności, rozbieżności i niewyartykułowane wprost lub budzące wątpliwości wymagania, które zamawiający sformułuje w treści SWZ, w przypadku gdy wykonawca do takich wymagań się nie zastosuje - winny być interpretowane na jego korzyść. W szczególności dotyczy to sytuacji, w których takie niejednoznaczne w swoim brzmieniu zapisy, miałyby prowadzić do odrzucenia oferty danego wykonawcy. Jak trafnie zauważyła Izba w wyroku z dnia 14 września 2022 r., sygn. akt KIO 2249/22, KIO 2250/22: „należy pamiętać, że wszelkie niejasności w treści dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, zaś ewentualne błędy popełnione w toku postępowania przez zamawiającego nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawców biorących udział w postępowaniu”.

Przenosząc powyższe na kanwę rozpoznawanej sprawy, Izba doszła do przekonania, że analiza akt prowadzonego postępowania prowadzi do wniosku, że treść dokumentów zamówienia budzi co najmniej wątpliwości w zakresie, w jakim odwołujący wskazywał na obowiązek przedłożenia TER wraz z ofertą. W konsekwencji jeśli takowe wątpliwości mają w niniejszej sprawie miejsce, nie można obciążać wykonawcy ALSTAL skutkami nieprecyzyjnych i niejednoznacznie sformułowanych wymagań w tym zakresie.

Izba zgadza się z odwołującym, iż zapisy SWZ są wiążące dla każdego wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, pod warunkiem jednak, że te nie budzą żadnych wątpliwości. W tym jednak przypadku po stronie ALSTAL mogły zaistnieć uzasadnione wątpliwości co do tego, jakie dokumenty wraz z ofertą należało złożyć w postępowaniu. Izba dostrzegła wprawdzie, że zamawiający w treści SWZ, jak też we wzorze umowy zawarł szereg zapisów, w których odwołuje się do dokumentu TER, jednakże pomija on całkowicie, iż w wyniku zadawanych przez wykonawców pytań do treści SWZ, zamawiający dokonał modyfikacji dokumentów zamówienia, w szczególności zmian w zakresie dotyczącym katalogu dokumentów, które wykonawcy zobligowani byli złożyć wraz z ofertą.

Trafnie ALSTAL przywołuje treść pytania nr 1 i odpowiedź zamawiającego na to pytanie udzielone w piśmie z 14 lutego 2024 r., z jednej strony podnosząc, że wykonawcy już na etapie postępowania mieli wątpliwości dotyczące zapisów SWZ, wobec niejednoznacznego jej brzmienia, w zakresie dotyczącym obowiązku załączenia wraz z ofertą kosztorysów ofertowych czy też TER. Zamawiający doprecyzował, że nie wymaga, aby wykonawcy składali wraz z ofertą kosztorysy ofertowe, jednocześnie poinformował też o dokonaniu zmiany w brzmieniu rozdziału XI pkt 3 SWZ, który zawierał katalog dokumentów, które wykonawcy zobligowani byli złożyć wraz z ofertą. Katalog ten, w wyniku zmian, został ograniczony do Formularza ofertowego oraz Wykazu doświadczenia kierownika budowy. Jako, że treść dokumentacji postępowania nadal budziła wątpliwości, jeden z wykonawców ponownie zwrócił się do zamawiającego o jednoznaczne wskazanie, czy do oferty należy załączyć kosztorysy ofertowe czy TER. Zamawiający odpowiadając na pytanie nr 9 w piśmie z 4 marca 2024 r. odesłał do zmienionych zapisów SWZ - rozdziału XI pkt 3. Tym samym, po lekturze udzielonej na to pytanie odpowiedzi wykonawca mógł dojść do przekonania, że zamawiający nie oczekuje złożenia TER wraz z ofertą ale, że jego złożenie konieczne będzie dopiero na etapie podpisania umowy.

Odwołujący wskazuje wprawdzie, że zamawiający w dniu 14 marca 2024 r. opublikował ujednolicony SWZ,

zawierający wszystkie zmiany, które wynikały z odpowiedzi na zadane przez wykonawców pytania, pozostawiając jednak w rozdziale XIV ust. 1 zdanie 2 zapis, iż cena podana w ofercie powinna wynikać z załączonej do oferty tabeli TER. Powyższe nie może być jednak przesadzające o jednoznacznym obowiązku złożenia tego dokumentu, ale świadczy jedynie o braku konsekwencji zamawiającego co do formułowanych przez siebie wymagań i braku jednoznaczności zapisów SWZ. Pozostawienie tego zapisu, w świetle udzielonych wcześniej odpowiedzi na pytania powoduje, że w dokumentach zamówienia pojawiły się wewnętrzne sprzeczności. Skoro bowiem, odpowiadając na konkretnie sformułowane pytania co do tego jakie dokumenty wykonawca ma załączyć do oferty, zamawiający wyjaśnia i precyzuje jaki jest wymagany katalog tych dokumentów, zmieniając jednocześnie brzmienie rozdziału XI pkt 3, to konsekwencją tychże odpowiedzi powinno być dokonanie takiej modyfikacji pozostałych zapisów SWZ, aby te stały się jednoznaczne i przesądzające w jaki sposób postrzega rolę tabeli TER zamawiający w tym postępowaniu. Brak takiej modyfikacji w pozostałym zakresie nie wpływa jednak na rolę i znaczenie tych wyjaśnień, które zostały udzielone w ramach odpowiedzi na pytania do treści SWZ.

Odwolujący uzasadniając swoje zarzuty wskazuje na postanowienia dotyczące sposobu obliczenia ceny, nagłówek w załączniku nr 3 do SWZ oraz postanowienia projektu umowy. Dostrzega wprowadzenie i cytuje treść udzielonych przez zamawiającego odpowiedzi na pytania, bagatelizując jednak ich rolę i znaczenie. Izba zwraca uwagę, że ocenie należy w tym przypadku poddać treść wszystkich dokumentów zamówienia, w tym w zakresie w jakim ich treść wynika z udzielonych wyjaśnień. Zauważenia wymaga, że wszystkie elementy, które przywołuje odwołujący, jako mające potwierdzać zasadność jego stanowiska, znalazły się w dokumentach zamówienia na etapie ich publikacji, czyli przed udzieleniem wskazanych wyżej odpowiedzi na pytania. Z kolei ostateczna wola zamawiającego została wyrażona poprzez udzielenie odpowiedzi przytoczonych powyżej, zaś fakt opublikowania ujednoliconej wersji SWZ po udzieleniu cytowanych wyżej odpowiedzi, niczego w tym zakresie nie zmienia. Wszystkie wskazywane przez odwołującego postanowienia pozostały niezmienione w stosunku do pierwotnej wersji SWZ, ale tych właśnie dotyczyły udzielone przez zamawiającego odpowiedzi, które zapisy te w istocie modyfikowały. To właśnie kwestia sposobu przygotowania oferty została przez zamawiającego wyjaśniona w odpowiedziach przytoczonych powyżej, co za tym idzie jeśli zamawiający, publikując ujednoliconą wersję SWZ, nie dokonał zmiany innych postanowień SWZ, które odnosiły się do tabeli TER i mogły wskazywać na obowiązek jej złożenia wraz z ofertą (np. nagłówek nad tabelą) - z pewnością przez sam fakt tej publikacji nie nałożył na wykonawców ponownie takiego obowiązku, a co najwyżej zapisy w odniesieniu do tego wymagania należy uznać za nieprecyzyjne.

Sam zamawiający zdaje się zmieniać swoje stanowisko co do tego czy z treści zapisów SWZ wynikało, że przedmiotowy dokument należało załączyć do oferty, czy też, że możliwe jest jego przedłożenie wraz z umową. Pierwotnie dokonał bowiem wyboru oferty ALSTAL, jako najkorzystniejszej pomimo, że tabela TER nie została załączona do oferty. Z kolei po wniesieniu odwołania, przyznaje rację odwołującemu, składając oświadczenie o uwzględnieniu odwołania.

Pewną wskazówką co do rzeczywistych intencji zamawiającego może być treść zapisów zamieszczanych w SWZ z poprzednio prowadzonych przez zamawiającego postępowań. Z dowodów złożonych przez przystępującego i załączonych do pisma procesowego w postaci dokumentów zamówienia z dotychczasowych postępowań zamawiającego wynika, że w niektórych z nich wprost i bezspornie w opisie sposobu przygotowania oferty, w odróżnieniu od przedmiotowego postępowania, zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą tabeli elementów rozliczeniowych (tak np. w postępowaniach: „Szkoła Podstawowa nr 78 w Poznaniu - modernizacja”, nr postępowania PIM/04/24/ZP15/2023-360; „Budowa hali sportowej przy XX Liceum Ogólnokształcącym”, nr postępowania PIM/11/23/ZP52/2022-333; „Wykonanie robót budowlanych w zakresie podstawowym obejmujących modernizację pomieszczeń piwnicy oraz remont elewacji budynku głównego. W ramach prawa opcji wykonanie robót budowlanych obejmujących modernizację parteru na potrzeby Centrum Usług Wspólnych Jednostek Oświaty”, nr postępowania PIM/04/24/ZP10/2023-363; „Dom Pomocy Społecznej przy ul. Ugory 18/20 w Poznaniu - modernizacja instalacji wewnętrznych budynku B1”, nr postępowania PIM/01/24/ZP4/2022-330; „Wykonanie prac budowlanych wraz z opracowaniem projektów wykonawczych Zadania Inwestycyjnego pn.: „Budowa kładki pieszo-rowerowej nad rzeką Wartą oraz Cybiną pomiędzy Berdechowem, Ostrowem Tumskim oraz Chwaliszewem”, nr postępowania PIM/08/22/ZP57/2016-86; „Remont dwóch pomieszczeń znajdujących się w piwnicy oraz remont strefy wejścia w żłobku Koniczynka pn. „Poznański Zespół Żłobków- prace modernizacyjne - podniesienie standardu budynków żłobków”, nr postępowania PIM/05/23/ZP23/2022-327). We wszystkich przywołanych przez ALSTAL postępowaniach zamawiający jednoznacznie wskazywał na konieczność załączenia tabeli TER do oferty, definiując ten dokument jako składający się na ofertę. Okoliczność ta dodatkowo potwierdza, że mając na uwadze dotychczasową praktykę tego zamawiającego, wykonawcy którzy wcześniej składali oferty w postępowaniach, mogli mieć uzasadnione wątpliwości co do rzeczywistych wymagań w tym zakresie. Skoro bowiem zamawiający w tym postępowaniu, w części SWZ dotyczącej opisu sposobu przygotowania oferty, postąpił w sposób odmienny niż dotychczas tj. nie wymagał TER, a dodatkowo w

odpowiedzi na pytania udzielił wykonawcom jednoznacznej informacji, że to właśnie w punkcie dotyczącym sposobu złożenia oferty (rozdział XI SWZ) mają szukać informacji o tym jakie dokumenty należy przedłożyć wraz z ofertą, a w punkcie tym nie ma wymogu złożenia TER, to wykonawcy mogli mieć co najmniej uzasadnione wątpliwości co do tego, czy w tym postępowaniu zamawiający oczekuje, czy też nie, załączenia TER do oferty.

Co więcej, dostrzec należy, że nie tylko przystępujący, ale także inni wykonawcy nie mieli pewności co do sformułowanych w tym zakresie wymagań. Jak zauważył przystępujący trzech wykonawców ubiegających się o zamówienie nie złożyło żadnego dokumentu mogącego uchodzić za „tabelę TER” wraz z ofertą. Pozostałych pięciu wykonawców złożyło dokument w oparciu o załącznik nr 3 do SWZ. Ta okoliczność, wbrew temu co twierdzi odwołujący, jest wyraźnym sygnałem, że mamy do czynienia w tym przypadku z rozbieżnościami w dokumentacji postępowania, które to niejednoznaczności doprowadziły do tego, że kilku wykonawców nie złożyło tabeli TER. Mając na uwadze, że celem racjonalnie działającego, profesjonalnego wykonawcy, jest złożenie zgodnej z wymogami zamawiającego oferty i uzyskanie zamówienia, nie sposób dojść do przekonania, że podmiot taki celowo nie składa wymaganego w postępowaniu dokumentu zwłaszcza, że tabela TER zawierała jedynie zagregowane kwoty za poszczególne etapy robót, a więc jej wypełnienie nie nastroczało trudności i nie wiązało się z dużym nakładem pracy.

Izba nie podzieliła również argumentacji odwołującego dotyczącej tego, że skoro z treści projektu umowy wynika, że wybrany wykonawca będzie zobligowany do przedstawienia Harmonogramu oraz U-TER (uszczegółowionej Tabeli Elementów Rozliczeniowych) w terminie 7 dni od podpisania umowy, to bez przedłożenia TER wraz z ofertą przedstawienie uszczegółowionego TER nie będzie możliwe. Możliwe jest przecież przygotowanie szczegółowego wyliczenia, zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ. Postanowienia i wzór tego dokumentu pozostają dla wykonawców wiążące tyle, że sam obowiązek przedłożenia tego dokumentu przerzucony zostaje na etap po podpisaniu umowy. Za powszechną praktykę zamawiających należy uznać kompletowanie części załączników do umowy na etapie jej zawarcia, tj. już po wyborze oferty najkorzystniejszej. Dotyczy to zwłaszcza załączników w postaci szczegółowych kosztorysów lub, jak w tym przypadku, uszczegółowionej TER w sytuacji, kiedy zamawiający przewiduje wynagrodzenie ryczałtowe za wykonanie prac objętych zamówieniem (tak też w niniejszym zamówieniu w §4 ust. 1 projektu umowy zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe).

Z tego też powodu nie zasługuje również na akceptację argumentacja odwołującego, który wywodzi w treści odwołania, że zamawiający uczynił składaną wraz z ofertą tabelę TER jednym z elementów określających zakres świadczenia wykonawcy w zawieranej umowie w sprawie zamówienia publicznego i że w konsekwencji bez jej przedłożenia wraz z ofertą zamawiający nie ma możliwości określenia zakresu tego świadczenia. Zakres świadczenia wynika w tym zamówieniu z Dokumentacji Projektowej, co jasno i wyraźnie wskazano w postanowieniach rozdziału V, pkt 2 SWZ o treści: „Zakres robót budowlanych podlegających nadzorowi został szczegółowo określony w Dokumentacji Projektowej oraz pomocniczych/ orientacyjnych Przedmiarach Robót”. Wskazana Dokumentacja Projektowa, będąca załącznikiem do SWZ i określająca zakres prac do wykonania, stanowiła będzie także załącznik do umowy.

Z kolei jak już zauważono wyżej za wykonanie prac objętych Dokumentacją projektową wykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe, w kwocie wskazanej w ofercie i wynikającej z §4 ust. 1 Umowy. Z kolei z treści ust. 4 tego paragrafu wynika, że: „wynagrodzenie określone w ust. 1 obejmuje wszelkie niezbędne koszty dla wykonania przedmiotu Umowy, wykonawca w ramach wynagrodzenia zobowiązuje się do wykonania wszelkich robót i czynności koniecznych do zrealizowania przedmiotu Umowy niezależnie od tego, czy zostały one przewidziane na dzień złożenia oferty. Niedoszacowanie, pominięcie lub brak rozpoznania zakresu realizacji przedmiotu Umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia określonego w ust. 1 niniejszego paragrafu. Wykonawca oświadcza, że zapoznał się z warunkami realizacji robót, wykonał wizję lokalną oraz niezbędne pomiary z natury, nie wnosi uwag i żadnych zastrzeżeń. Wszelkie roboty, czynności, materiały i rozwiązania, nieopisane lub niewymienione w dokumentacji projektowej oraz TER i U-TERa konieczne do przeprowadzenia z punktu widzenia obowiązujących standardów budowlanych, wymogów prawa, warunków technicznych lub praktyki budowlanej, zostały przewidziane przez Wykonawcę na podstawie analizy dokumentacji projektowej i zostały ujęte w cenie ofertowej, wskazanej w ust.1 powyżej”. Powyższe dowodzi, że to nie tabela TER, ale zakres prac opisany dokumentacją projektową określają zakres świadczenia wykonawcy. Tym samym nie można z braku tabeli TER w ofercie wywodzić skutków w postaci braku możliwości zawarcia umowy, a tym bardziej twierdzić, że brak taki może przesądzać o nieważności zawartej w wyniku przeprowadzonego postępowania umowy.

Izba nie zgadza się także z odwołującym, że brak tabeli TER wpływa w jakikolwiek sposób na kwestie możliwości badania ofert pod kątem występowania rażąco niskiej ceny. Niejednokrotnie bowiem, w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego, zamawiający rezygnują z żądania przedłożenia szczegółowych kalkulacji czy kosztorysów, co nie wyklucza skierowania wezwania do wykonawcy, już na etapie badania ofert, do złożenia wyjaśnień w zakresie przez zamawiającego wskazanym, celem udzielenia wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulacji ceny ofertowej. Należy zaznaczyć w tym miejscu, że przyjęta forma wynagrodzenia ryczałtowego nie oznacza, że wykonawca, który sporządza

ofertę, zwolniony jest z konieczności przygotowania kalkulacji i wyliczenia kosztów zamówienia. Szczególnie jest to ważne w przypadku takiej formy wynagrodzenia, kiedy wszelkie ryzyka związane z niedoszacowaniem prac, poniesie wykonawca. Tym samym fakt, że kosztorysy ofertowe, czy jak w tym przypadku TER nie zostały złożone wraz z ofertą - nie oznacza, że wykonawca taką kalkulacją nie dysponuje i, że nie mógłby jej przedłożyć na wezwanie zamawiającego w trybie art. 224 ustawy Pzp.

Co jednak kluczowe w niniejszej sprawie, z tego bowiem powodu Izba oddaliła odwołanie, nie sposób na podstawie dokumentacji postępowania uznać, że zamawiający nałożył na wykonawców w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, obowiązek przedłożenia tabeli TER wraz z ofertą. Zapisy SWZ w tym zakresie należy uznać za wewnętrznie sprzeczne i nieprecyzyjne, co powoduje, że powstałe w tym zakresie wątpliwości powinny być interpretowane na korzyść wykonawców. W szczególności nie sposób stwierdzić i jednoznacznie przesądzić w tym przypadku, że brak złożenia tabeli TER winien skutkować odrzuceniem oferty, jako niezgodnej z SWZ, na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia się zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób prawidłowy, biorąc pod uwagę zapisy dokumentacji postępowania, dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy ALSTAL.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 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).

Przewodnicząca:.....