

WYROK

Warszawa, dnia 9 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Patyk
Katarzyna Paprocka
Irmína Pawlik
Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2023 r. przez wykonawcę PORR S.A. z siedzibą w Warszawie
w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach
przy udziale uczestników po stronie Zamawiającego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI S.A. z siedzibą w Sopocie oraz NDI SOPOT S.A. z siedzibą w Sopocie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) i kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesione przez wykonawcę PORR S.A.
z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
- 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem 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:
.....
.....

Sygn. akt: KIO 3846/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie prowadzący postępowanie: Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Katowicach [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *poprawę bezpieczeństwa ruchu drogowego na sieci TEN-T na drodze krajowej nr 91 – zadanie 3 – przebudowa odcinka Zawada – Siedlec Duży* (znak postępowania: O/K.A.D-3.2411.8.2023).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 marca 2023 r. pod numerem 2023/S 045-131412.

W dniu 21 grudnia 2023 r. wykonawca PORR S.A. z siedzibą w Warszawie [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP w zw. z art. 16 pkt 3 PZP poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na rzekomą niezgodność

z warunkami zamówienia poprzez nieprzedłożenie wraz z ofertą części kosztorysu ofertowego obejmującego Tabelę Nr 12: BUDOWA LINII KABLOWEJ, podczas gdy Odwołujący objął treścią oferty również prace opisane w Tabeli nr 12, tym samym jego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia, zastosowanie sankcji odrzucenia oferty jest działaniem nieproporcjonalnym do uchybienia, a Zamawiający wymaga sporządzenia i przedstawienia kosztorysu szczegółowego na etapie realizacji zamówienia, ewentualnie

2. art. 223 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 3 PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty co do objęcia ofertą zakresu zamówienia opisanego w kosztorysie ofertowym - Tabeli Nr 12: BUDOWA LINII KABLOWEJ
a w konsekwencji

3. art. 239 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt. 5) PZP w zw. z art. 16 pkt 1 PZP poprzez wybór oferty Konsorcjum NDI jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie;
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z 11 grudnia 2023 r. dotyczącej odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum NDI;
4. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia czynności ponownego badania i oceny ofert, w tym ewentualnie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty;
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy.

W uzasadnieniu zarzutów wskazał, że w ocenie Odwołującego niezłączenie Tabeli nr 12 nie stanowi niezgodności oferty z warunkami zamówienia, a w konsekwencji nie może być podstawą odrzucenia oferty. Odwołujący objął swoją ofertą cały zakres zamówienia,

a Zamawiający dysponował na etapie oceny ofert wszystkimi informacjami, które pozwały na dokonanie oceny oferty na zasadach określonych w SWZ.

Odnosząc się do przywołanych w decyzji Zamawiającego postanowień SWZ (warunków zamówienia), z którymi oferta Odwołującego miałaby być rzekomo niezgodna Odwołujący zauważył, że:

1) zgodnie z pkt. 16.5 SWZ:

Ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta” (Formularz 2.1) oraz niżej wymienione wypełnione dokumenty:

1) Formularz KRYTERIA POZACENOWE (Formularz 2.2)

Niezłożenie Formularza „Kryteria pozacenowe” nie będzie skutkować odrzuceniem oferty.

2) Formularz KOSZTORYS OFERTOWY wraz ze zbiorczym zestawieniem kosztów (Formularz 2.3).

3) Formularz 2.3 „KOSZTORYS OFERTOWY” obejmuje 12 tabel wraz z opisem zakresu prac.

4) Zgodnie z pkt. 17.1 SWZ [Sposób obliczenia ceny]

17.1 Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o kosztorys ofertowy wraz ze zbiorczym zestawieniem kosztów sporządzony na Formularzu 2.3, który został zamieszczony w SWZ TOM I, Rozdział 2. Podstawą obliczenia ceny są: Dokumentacja projektowa, Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych oraz Przedmiar robót zamieszczone w Tomach III - V niniejszej SWZ.

17.2. Kosztorys ofertowy, o którym mowa w pkt 17.1. należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w Przedmiarze robót. Wykonawca określi w kosztorysie ofertowym ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich wskazanych pozycji. W razie jakichkolwiek wątpliwości wynikających np. z błędów w sumowaniu poszczególnych elementów rozliczeniowych, przy ocenie ofert brana będzie pod uwagę cena Oferty po poprawieniu omyłki zgodnie z art. 223 ustawy Pzp.

17.3. Wyliczone w kosztorysie ofertowym wartości netto Wykonawca powinien wpisać odpowiednio do pozycji wskazanych w zbiorczym zestawieniu kosztów, oraz wyliczyć cenę oferty brutto wraz z należnym podatkiem VAT w wysokości przewidzianej ustawowo. Wyliczoną cenę oferty brutto należy wpisać do Formularza Oferta.

17.4. Przekroczenie któregokolwiek z ustanowionych w Kosztorysie ofertowym limitów spowoduje odrzucenie oferty.

Oferta Odwołującego i cena ofertowa została sporządzona zgodnie z warunkami opisanymi w pkt. 17.1 SWZ tzn. Odwołujący przypisał koszty do każdej z pozycji kosztorysu ofertowego (w tym również dla Tabeli nr 12), a następnie zsumował koszty dla każdego

z kosztorysów (każdej z 12 tabel), a następnie przeniósł sumę kosztów do Formularza Oferty. Wyłącznie z powodu omyłki Tabela nr 12 nie została załączona do formularza „Form.2.3 KO zamienny zał. do zmiany_4_PORR-sig”. Nie jest zatem tak, że kosztorys uproszczony (Tabela nr 12) nie został w ogóle przez Odwołującego sporządzony – Odwołujący dokonał bowiem wyceny wszystkich prac opisanych w tym kosztorysie czego efektem jest wskazanie wyceny łącznej w Tabeli nr 1 (zbiorcze zestawienie kosztów). Cena ofertowa obejmuje zatem również koszty wykonania robót opisane w Tabeli nr 12 – świadczy o tym zbiorcze zestawienie kosztów załączone do oferty Odwołującego, uwzględniające również koszty opisane w Tabeli nr 12.

Suma poszczególnych kosztorysów (w tym Tabeli nr 12) odpowiada z kolei kwocie wskazanej przez

Odwołującego w Formularzu Oferty. Nie ulega zatem żadnej wątpliwości, że oferta Odwołującego obejmuje cały zakres zamówienia, opisany w dokumentacji zamówienia, w tym wszystkich kosztorysach ofertowych, a sposób wyliczenia ceny jest zgodny z regułami określonymi w pkt. 17.1 SWZ.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający wywodzi niezgodność oferty Odwołującego z SWZ z niezłączenia do oferty jednego z kosztorysów tj. Tabeli nr 12, a przez to nieprzedstawienia Zamawiającemu cen jednostkowych opisanych w tej tabeli.

Zamawiający pomija jednak okoliczność, że taki brak nie wpływa na możliwość dokonania oceny oferty Odwołującego oraz ustalenia jej zgodności z SWZ (ustalenia, czy oferta obejmuje całość świadczenia opisanego w dokumentacji zamówienia):

1) Zamawiający w ramach kryterium oceny ofert nie oceniał bowiem cen jednostkowych, ale całkowitą cenę oferty – zgodnie z pkt. 21.1.1 SWZ: 21.1.1. Kryterium „Cena” (C): Kryterium „Cena” będzie rozpatrywane na podstawie ceny brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia, podanej przez Wykonawcę na Formularzu Oferty.

2) Cena oferty Odwołującego oraz zakres świadczenia Odwołującego obejmuje również koszty wykonania prac opisanych w Tabeli nr 12, o czym świadczy ujęcie tych kosztów

w Tabeli 1: Zbiorcze zestawienie kosztów (poz. 11 Tabeli nr 1). Odwołujący podał w Tabeli nr 1 wskazał bowiem konkretne wartości kwotowe identyfikujące zarówno całość kosztów, jak

i jego poszczególnych elementów (Tabela nr 2 – Tabela nr 12), przedstawiając składniki cen oraz ich udział w cenie globalnej.

3) Zamawiający, na podstawie danych przedstawionych w kosztorysie ofertowym, jest w stanie dokonać oceny oferty, ponieważ otrzymał dane niezbędne do jej przeprowadzenia, tj. wartość poszczególnych tabeli składających się na zbiorcze zestawienie kosztów, co odpowiada głównemu celowi służącemu przedstawianiu zamawiającemu kosztorysu ofertowego.

4) Zamawiający pomija również okoliczność, że sama wartość prac opisanych w Tabeli nr 12 ma marginalne znaczenie dla wartości całej oferty – Tabela nr 12 obejmuje 10 pozycji,

a łączna wartość prac to 111 296,60 zł netto (136 894,80 zł brutto) przy wartości całej oferty 95 094 000,00 zł netto (116 965 620,00 zł brutto) - prace opisane w Tabeli nr 12 stanowią zatem zaledwie 0,1% wartości całej oferty.

Podsumowując, w tym konkretnym stanie faktycznym brak załączenia do oferty Tabeli nr 12 nie ma żadnego wpływu na możliwość oceny oferty Odwołującego pod względem jej zgodności z wymaganiami Zamawiającego. Co więcej, Zamawiający w pkt. 17 SWZ określił sankcję w postaci odrzucenia oferty wyłącznie w przypadku, gdy zostaną przekroczone limity ustanowione w kosztorysie ofertowym. (pkt. 17.4 SWZ). Zamawiający nie określił w SWZ analogicznej sankcji w przypadku niezłączenia do oferty kosztorysu.

W dalszej kolejności Zamawiający przywołuje w uzasadnieniu odrzucenia oferty postanowienia SWZ TOM IV STWiORB D.01.03.02. dotyczące kosztorysowych zasad rozliczenia wykonanych prac oraz postanowienia umowne twierdząc, że brak Tabeli nr 12,

a tym samym brak wiedzy Zamawiającego o cenach jednostkowych robót składających się na wykonanie linii kablowej uniemożliwia rozliczenie prac.

Odwolujący przywołał brzmienie § 5 i 6 PPU i wskazał, że z postanowień umownych wynika, że prace wykonane przez wykonawcę będą rozliczane w modelu kosztorysowym tj. na podstawie faktycznej wykonanej ilości prac (zgodnie z obmiarem wykonanych robót) oraz cen jednostkowych wskazanych w kosztorysach ofertowych. Ceny jednostkowe będą zatem stosowane, ale dopiero na etapie realizacji zamówienia. Oceniając wymagania Zamawiającego należy jednak wziąć pod uwagę również postanowienie §5 ust. 2 projektu umowy, zgodnie z którym: wykonawca będzie zobowiązany do przedstawienia Zamawiającemu, w terminie 21 dni od zawarcia Umowy, szczegółowej kalkulacji cen jednostkowych (w rozbiciu na nakłady rzeczowe i ceny odpowiednio dla tych nakładów): robocizny, materiałów wraz z kosztami zakupu, pracy sprzętu i transportu oraz narzuty kosztów pośrednich (ogólnych i zysku) wszystkich pozycji Kosztorysu ofertowego Wykonawcy. Tym samym, już po zawarciu umowy, a przed przystąpieniem do wykonania prac, wykonawca będzie musiał przedstawić Zamawiającemu szczegółowe kosztorysy

(w rozbiciu na nakłady rzeczowe i ceny odpowiednio dla tych nakładów), dla wszystkich pozycji składających się na przedmiot zamówienia – przed przystąpieniem do realizacji prac Zamawiający będzie zatem znał ceny jednostkowe również dla prac opisanych w Tabeli nr 12 i to w szczegółowym rozbiciu. Z kolei takie ceny jednostkowe będą wykorzystywane do ustalenia wynagrodzenia i rozliczenia wykonanych prac zgodnie z zasadami opisanymi w §5, §6 i §8 projektu umowy.

Oceniając to, czy zachodzi niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia i to taka, która skutkuje

najdotkliwszą z sankcji jaką jest odrzucenie oferty, Zamawiający powinien wziąć pod uwagę charakter uchybienia (czy jest ono merytoryczne czy formalne), jego wpływ na możliwość przeprowadzenia oceny oferty oraz możliwość ustalenia zakresu świadczenia wykonawcy oraz to, czy uchybienie ma charakter istotny czy może pozostać bez wpływu na ocenę oferty jako oświadczenia wykonawcy o gotowości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Co istotne, oceniając dane uchybienie należy mieć na względzie okoliczności konkretnego stanu faktycznego i wymagania Zamawiającego. W opisanym stanie faktycznym, mając na uwadze zarówno wymagania Zamawiającego, postanowienia umowne oraz nieznaczną wartość prac opisanych w Tabeli nr 12, nie można uznać, że niezłączenie do oferty Tabeli nr 12 powinno skutkować sankcją w postaci odrzucenia oferty.

W niniejszym stanie faktycznym, niezłączenie Tabeli nr 12 do oferty należy uznać uchybienie, które nie ma wpływu na ocenę zgodności oferty Odwołującego z istotnymi wymaganiami Zamawiającego oraz odnosząc się do wskazanych powyżej kryteriów:

- 1) Zamawiający wywodzi niezgodność oferty Odwołującego z braku o charakterze wyłącznie formalnym – w pkt. 16.5 SWZ Zamawiający zaznaczył, że: Ofertę stanowi wypełniony Formularz „Oferta” (Formularz 2.1) oraz niżej wymienione wypełnione dokumenty: (...) Formularz KOSZTORYS OFERTOWY wraz ze zbiorczym zestawieniem kosztów (Formularz 2.3). W kontekście tego postanowienia brak Tabeli nr 12 ma zatem charakter uchybienia wyłącznie formalnego, a nie merytorycznego, a skala samego uchybienia jest niewielka i pozostaje bez wpływu na ocenę oferty Odwołującego.
- 2) brak Tabeli nr 12 nie ma wpływu na ocenę oferty Odwołującego w ramach postępowania – Zamawiający ocenia bowiem cenę całkowitą, a ta uwzględnia również prace opisane w Tabeli nr 12;
- 3) brak Tabeli nr 12 nie ma wpływu na ustalenie treści oferty Odwołującego - nie ulega wątpliwości, że oferta Odwołującego obejmuje cały zakres zamówienia, w tym również prace opisane w Tabeli nr 12, o czym świadczy wskazanie w Tabeli nr 1 (zbiorcze zestawienie kosztów) tych prac na kwotę 111 296,60 zł netto;
- 4) na etapie realizacji zamówienia będzie możliwe ustalenie wysokości wynagrodzenia i rozliczenie wykonanych robót dotyczących wykonania linii kablowej - takie rozliczenie nastąpi bowiem na podstawie cen jednostkowych wskazanych w kosztorysie szczegółowym, który wykonawca będzie musiał sporządzić i przedstawić Zamawiającemu w terminie do 21 dni od zawarcia umowy (§5 ust. 2 projektu umowy);
- 5) prace opisane w Tabeli nr 12 obejmują 10 pozycji, a ich łączna wartość ma znikome znaczenie w kontekście całej oferty, ponieważ stanowią one zaledwie 0,1% wartości całkowitej oferty;
- 6) z uwagi na wartość prac opisanych w Tabeli nr 12 pozostają one bez wpływu na ocenę oferty np. pod kątem rażąco niskiej ceny.

Dokonując oceny ofert Zamawiający oraz czynności w postępowaniu – w tym również podejmując decyzję co do odrzucenia oferty – Zamawiający powinien kierować się również ogólnymi zasadami określonymi w art. 16 PZP tj. zasadą zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasadą proporcjonalności. Brak załączenia Tabeli nr 12 do oferty, uwzględniając okoliczności opisane powyżej, nie narusza zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców – Zamawiający zna bowiem łączną wartość prac opisanych w tej tabeli, a sam brak znajomości cen jednostkowych dla Tabeli nr 12 na etapie oceny ofert, chociażby z uwagi na znikomą wartość tych prac, nie ma znaczenia dla możliwości oceny oferty Odwołującego, w tym w kryteriach oceny ofert. Z kolei podejmując decyzję o odrzuceniu oferty Zamawiający powinien ocenić, czy dane uchybienie (w tym przypadku brak Tabeli nr 12) i sankcja, którą zamierza zastosować (odrzuć ofertę) są proporcjonalne. Zgodnie z art. 16 pkt. 3 PZP podejmując czynności

w postępowaniu zamawiający powinien stosować zasadę proporcjonalności. Zasada proporcjonalności nakazuje, aby zamawiający w postępowaniu podejmował tylko takie działania, które są konieczne i niezbędne do osiągnięcia założonych celów. Zasada proporcjonalności jest uznawana przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej za jedną z podstawowych zasad prawa UE. Zasada ta wymaga, aby środki wprowadzane w ramach aktów prawa unijnego były właściwe dla osiągnięcia zakładanych celów i nie wykaczały poza to, co jest niezbędne dla ich zrealizowania. Przez pryzmat zasady proporcjonalności wyrażonej w art. 16 pkt 3 PZP należy zatem oceniać każdą czynność podejmowaną przez zamawiającego, w tym również czynność odrzucenia oferty w konkretnym stanie faktycznym. Odrzucenie oferty Odwołującego wyłącznie z powodu niezłączenia Tabeli nr 12, przy jednoczesnym uwzględnieniu w ofercie wyceny tych prac, przy znikomym udziale wartości tych prac w cenie oferty, stanowiło przejaw skrajnego formalizmu, przed którym chroni zasada proporcjonalności jako jedna z nadrzędnych w stosunku do pozostałych przepisów PZP, w tym art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP.

W opisanym stanie faktycznym, z uwagi na okoliczności opisane powyżej, zastosowanie najsurowszej sankcji jaką jest dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na brak Tabeli nr 12 niewątpliwie ma charakter nieproporcjonalny do uchybienia Odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu ewentualnego tj. naruszenia art. 223 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 3 PZP – zgodnie z ww. przywołanymi przepisami w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Jeżeli Zamawiający, z uwagi na brak Tabeli nr 12 powziął wątpliwości co do treści oferty i tego, czy obejmuje ona cały zakres zamówienia, w tym opisany w Tabeli nr 12, to powinien w tym zakresie wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Nie sposób również uznać, że zastosowanie art. 223 ust. 1 PZP miałoby charakter niedozwolonych negocjacji (jak twierdzi Zamawiający). Po pierwsze, Zamawiającemu znany jest, na podstawie oferty Odwołującego, całkowity koszt wykonania prac opisanych w Tabeli nr 12 (wynika on z Tabeli nr 1 – zbiorcze zestawienie kosztów), wezwanie do złożenia wyjaśnień nie prowadziłoby do zmiany oferty poprzez wprowadzenie do niej jakiegoś dodatkowego świadczenia lub zmiany wysokości samego wynagrodzenia określonego w ofercie. Ewentualne wyjaśnienia mogłyby dotyczyć tego, czy Odwołujący objął swoją ofertą wszystkie 10 pozycji tabeli nr 12 celem potwierdzenia zgodności oświadczenia Odwołującego z warunkami zamówienia.

W ocenie Odwołującego nieprawidłowe jest twierdzenie Zamawiającego, że: *Zdaniem Zamawiającego nie jest możliwe bowiem ustalenie treści oświadczenia Wykonawcy ww. zakresie w sposób nienaruszający zasad uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Chcąc poprawić ww. braki Zamawiający zmuszony byłby wskazać poszczególne ceny jednostkowe.* Jak zostało wskazane powyżej, ceny jednostkowe dla Tabeli nr 12 nie odgrywają żadnej roli na etapie oceny oferty w ramach postępowania - z punktu widzenia kryteriów oceny ofert znaczenie ma wyłącznie cena całkowita, z kolei z uwagi na znikomą wartość prac określonych w Tabeli nr 12 nie mają one również znaczenia z punktu widzenia badania oferty przez Zamawiającego z uwzględnieniem innych przepisów PZP. Nie jest również tak, że kosztorys uproszczony (Tabela nr 12) nie został w ogóle przez Odwołującego sporządzony – Odwołujący dokonał bowiem wyceny wszystkich prac opisanych w tym kosztorysie czego efektem jest wskazanie wyceny łącznej w Tabeli nr 1 (zbiorcze zestawienie kosztów, poz. 11). W konsekwencji, treść oferty Odwołującego obejmuje również zakres prac opisany w Tabeli nr 12, a ewentualne wezwanie do wyjaśnień sprowadzałoby się wyłącznie do potwierdzenia przez Odwołującego wyceny tego zakresu prac.

Zamawiający w dniu 8 stycznia 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

W dniu 9 stycznia 2024 r. pismo procesowe w sprawie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia NDI S.A. z siedzibą w Sopocie oraz NDI SOPOT S.A. z siedzibą w Sopocie. Przystępujący wnieśli oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń

i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania,

o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia NDI S.A. z siedzibą w Sopocie oraz NDI SOPOT S.A. z siedzibą w Sopocie [dalej „Przystępujący” lub „Konsorcjum NDI”] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami, modyfikacjami oraz wyjaśnieniami treści specyfikacji, ofertę Odwołującego oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 11 grudnia 2023 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 9 stycznia 2023 r.

Izba ustaliła, co następuje:

W dniu 11 grudnia 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum NDI.

Jednocześnie Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu faktyczny decyzji Zamawiający podał, że:

Wykonawca nie przedłożył wraz z ofertą części kosztorysu ofertowego obejmującego Tabelę Nr 12: BUDOWA LINII

KABLOWEJ. Warunki zamówienia należy rozumieć zgodnie

z definicją wyrażoną w art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, która stanowi, że poprzez 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 lub projektowanych postanowień umowy

w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym punktem wyjścia dla ustalenia

i stwierdzenia niezgodności oferty z warunkami zamówienia jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań w danym postępowaniu.

Zgodnie z pkt 16.5. IDW (SWZ - TOM I) ofertę stanowi m. in. Formularz KOSZTORYS OFERTOWY wraz ze zbiorczym zestawieniem kosztów (Formularz 2.3).

Kosztorys należało sporządzić z uwzględnieniem wszelkich informacji znajdujących się w pkt 17 IDW - Opis sposobu obliczenia ceny oferty (SWZ - TOM I) oraz wynikających bezpośrednio z treści samego wzoru KOSZTORYSU OFERTOWEGO.

Podkreślić należy, że Zamawiający wskazał w pkt 17.1 i 17.2. IDW TOM I, że: „Podstawą obliczenia ceny są: Dokumentacja projektowa, Specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych oraz Przedmiar robót zamieszczone w Tomach III - V niniejszej SWZ. „Kosztorys ofertowy, o którym mowa w pkt 17.1. należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w Przedmiarze robót. Wykonawca określi w kosztorysie ofertowym ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich wskazanych pozycji.”

W konsekwencji zgodnie z warunkami zamówienia określonymi w SWZ TOM I, Zamawiający wymagał aby:

- Cena oferty została wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o kosztorys wraz ze zbiorczym zestawieniem kosztów sporządzony na Formularzu 2.3, który został zamieszczony w SWZ TOM I, Rozdział 2,
- Wykonawca obliczając cenę Oferty uwzględnił w kosztorysie ofertowym wraz ze zbiorczym zestawieniem kosztów wszystkie podane tam i opisane pozycje oraz określił ceny jednostkowe netto i wartości dla wszystkich wskazanych tam pozycji.

Zamieszczony w SWZ TOM I, Rozdział 2 Kosztorys składał się z 12 tabel, w tym Tabeli Nr 12: BUDOWA LINII KABLOWEJ, w której należało określić ceny jednostkowe i wartości dla 10 pozycji –elementów rozliczeniowych (...)

W przedłożonym wraz z ofertą przez Wykonawcę kosztorysie brakowało Tabeli Nr 12: BUDOWA LINII KABLOWEJ wyliczenia poszczególnych cen jednostkowych, o których mowa powyżej.

Wymogi związane z koniecznością wykonania i rozliczania robót mających zastosowanie do Tabeli Nr 12: BUDOWA LINII KABLOWEJ, zostały zawarte w SWZ TOM IV STWiORB D.01.03.02. I tak m.in, zgodnie z postanowieniami w STWiORB:

„(…)

Pkt 1.3

Ustalenia zawarte w niniejszej specyfikacji mają zastosowanie do przebudowy linii kablowych;

Pkt. 7.2. Jednostka obmiarowa.

Jednostką obmiarową robót jest:

- ułożenie rur osłonowych (m)
- demontaż/ułożenie kabla ziemnego (m)
- kopanie, wykonanie podsypki, zasypywanie rowów (m),
- montaż muf kablowych, badanie linii kablowej (kpl)

Pkt 9.1. Ogólne ustalenia dotyczące podstawy płatności

Ogólne ustalenia dotyczące podstawy płatności podano w STWiORB DM-00.00.00 „Wymagania ogólne” pkt. 9. Płatność za metr należy przyjmować zgodnie z obmiarem

i oceną jakości użytych materiałów i wykonanych robót na podstawie wyników pomiarów i badań kontrolnych

Pkt 9.2. Cena jednostki obmiarowej

Cena jednostkowa wykonanych robót obejmuje:

- opracowanie Projektu Technologii i Organizacji Robót
- roboty przygotowawcze, oznakowanie robót,
- wytyczenie trasy budowy kabli,
- wykonanie wykopów pod kable,
- wykonanie podsypki z przesianej ziemi,
- demontaż/ułożenie kabli w wykopie,
- zabezpieczanie kabli rurami osłonowymi,
- badanie linii kablowych, - zasypywanie fundamentów i wykopów pod kable,

- wyrównanie terenu i wywiezienie nadmiaru ziemi.
- wykonanie inwentaryzacji przebiegu kabli pod gruntem.

Pkt 9.3. Sposób rozliczenia robót tymczasowych i prac towarzyszących

Cena wykonania robót określonych niniejszymi STWiORB obejmuje:

- roboty tymczasowe, które są potrzebne do wykonania robót podstawowych, ale nie są przekazywane Zamawiającemu i są usuwane po wykonaniu robót podstawowych,
- prace towarzyszące, które są niezbędne do wykonania robót podstawowych, niezaliczane do robót tymczasowych, jak geodezyjne wytyczenie robót itd. (...).

Podkreślić należy, że do charakteru wynagrodzenia i cen jednostkowych za wykonanie poszczególnych robót odnoszą się również postanowienia § 5 i § 6 PPU (SWZ TOM II):

„Wynagrodzenie za wykonanie Przedmiotu Umowy - § 5:

1. Wynagrodzenie za wykonanie Przedmiotu Umowy Strony ustalają zgodnie z ofertą Wykonawcy na kwotę netto PLN, (słownie złotych:) plus % podatek VAT PLN, (słownie złotych:), co łącznie stanowi kwotę brutto PLN (słownie złotych:)
2. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1, jest wynagrodzeniem kosztorysowym i zostało wyliczone w oparciu o Kosztorys ofertowy, sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej. Wykonawca w terminie 21 dni od zawarcia Umowy przedłoży Zamawiającemu szczegółowe kalkulacje cen jednostkowych (w rozbiciu na nakłady rzeczowe i ceny odpowiednio dla tych nakładów): robocizny, materiałów wraz z kosztami zakupu, pracy sprzętu i transportu oraz narzuty kosztów pośrednich (ogólnych i zysku) wszystkich pozycji Kosztorysu ofertowego Wykonawcy.
3. Rzeczywiste wynagrodzenie Wykonawcy zostanie ustalone zgodnie z zasadami określonymi w § 6 i § 8 Umowy. (...)
5. Ceny jednostkowe podane w Kosztorysie ofertowym nie ulegną zmianie przez cały okres obowiązywania Umowy, z zastrzeżeniem § 7a Umowy.(...)

„Rozliczenie wynagrodzenia - § 6:

„1. Wynagrodzenie Wykonawcy, o którym mowa § 5 niniejszej Umowy, rozliczane będzie nie częściej niż raz w miesiącu, na podstawie faktur VAT wystawianych przez Wykonawcę na kwotę ustaloną w dołączonym do faktury zestawieniu wartości wykonanych Robót sporządzonym przez Wykonawcę narastająco, pomniejszoną o zsumowane kwoty poprzednio zafakturowane. Dołączone do faktury zestawienie wartości wykonanych robót musi być sprawdzone i zatwierdzone przez Inspektora Nadzoru Inwestorskiego.

(...)

3. Wynagrodzenie Wykonawcy, o którym mowa w ust. 1 stanowi będzie wynik iloczynu ilości wykonanych Robót zgodnie z obmiarem i cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym stanowiącym załącznik do Oferty Wykonawcy lub cen jednostkowych wyliczonych zgodnie z postanowieniami § 8 Umowy (...).

Nie ulega więc wątpliwości, że wymogi zawarte w SWZ jednoznacznie wskazują na to, że ocena wykonania i wycena robót częściowych odbywać się będzie właśnie na podstawie kosztorysu ofertowego. Podobnie rozliczenie robót zamiennych i dodatkowych może się odbywać w oparciu o kosztorys, tj. będą wyceniane według cen jednostkowych zawartych

w kosztorysie ofertowym i w ten sposób zostanie obliczona wysokość należnego wynagrodzenia.

Zamawiający powołał się na wyrok KIO z 20 marca 2019 r. (KIO 363/19).

Sposób obliczenia ceny jest istotny przy wynagrodzeniu kosztorysowym albowiem przy wynagrodzeniu kosztorysowym w odróżnieniu od wynagrodzenia ryczałtowego wynagrodzenie kosztorysowe oblicza się na podstawie zestawienia prac i przewidywanych kosztów. Z art. 629 zd. 1 KC wynika, że wynagrodzenie kosztorysowe dotyczy przypadku,

w którym strony określiły wynagrodzenie na podstawie zestawienia planowanych prac

i przewidywanych kosztów. W literaturze dodatkowo wskazuje się, że cechą charakterystyczną tego modelu jest to, iż wynagrodzenie kosztorysowe ma charakter wynikowy, jego wysokość jest zależna od rozmiaru świadczenia wykonanego przez przyjmującego zamówienie (tj. nakładu pracy, ilości materiału) i zostaje wyliczona według cen i stawek podanych w kosztorysie. Sporządzany na etapie zawarcia umowy kosztorys określa wynagrodzenie w sposób przybliżony, szacunkowy, natomiast o ostatecznej wysokości wynagrodzenia decyduje rozmiar świadczenia składającego się na wykonanie dzieła.

Nie ulega zatem wątpliwości, że kosztorys ofertowy tworzy merytoryczną treść oferty

i w przypadku niedołączenia do oferty kosztorysu ofertowego lub jego części skutkuje to odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodnej

z warunkami zamówienia. Odrzucenie oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia może nastąpić wyłącznie w sytuacji, gdy nie jest możliwe poprawienie stwierdzonej niezgodności treści oferty w sposób, o którym mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp.

W niniejszej sytuacji taka poprawa nie jest możliwa, gdyż nie są znane ceny jednostkowe dla Tabeli nr 12 BUDOWA LINII

KABLOWEJ, dla poszczególnych elementów rozliczeniowych ww. tabeli. Brak ten nie podlega uzupełnieniu. Zdaniem Zamawiającego nie jest możliwe bowiem ustalenie treści oświadczenia Wykonawcy ww. zakresie w sposób nienaruszający zasad uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Chcąc poprawić ww. braki Zamawiający zmuszony byłby wskazać poszczególne ceny jednostkowe. Takie działanie Zamawiającego jest niedopuszczalne. Sprowadza się to do nienaruszania zakazu prowadzenia negocjacji z wykonawcą wyrażona w art. 223 ust. 1 ustawy Pzp

i nieprzekraczania granic w poprawianiu omyłek, o których mowa w art. 223 ust.2 ustawy Pzp. Zamawiający jeżeli ustali, iż spełnione zostały przesłanki odrzucenia oferty, jest zobowiązany, a nie jedynie uprawniony, do odrzucenia oferty. Oczywiście jest, że przeciwne - fakultatywne działanie Zamawiającego stałoby w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Zamawiający powołał się także na poglądy doktryny dotyczące art. 223 ust. 2 ustawy Pzp.

Wskazał, że w niniejszym przypadku niezgodność oferty z warunkami zamówienia ma charakter nieusuwalny i polega na przedstawieniu oferty – kosztorysu ofertowego w sposób niezgodny z wymaganiami wynikającymi odpowiednio z przytoczonych powyżej postanowień SWZ TOM I Rozdział 1 pkt 17 oraz SWZ TOM I Rozdział 2 oraz SWZ TOM II, SWZ TOM IV STWiORB D.01.03.02. i. Pominiecie przez Wykonawcę w kosztorysie ofertowym kosztorysu dotyczącego BUDOWY LINII KABLOWEJ sporządzonego na podstawie wzoru Formularza 2.3, który został zamieszczony w SWZ TOM I, a także przedmiaru zamieszczonego w SWZ TOM V jest równoznaczne z nieokreśleniem w ofercie cen jednostkowych dla ww. asortymentu robót. Wobec powyższego, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

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

Zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp oraz art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 239 w zw.

z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp nie zasługiwały na uwzględnienie.

Odwolujący stał na stanowisku, że objął treścią oferty również prace opisane w Tabeli nr 12: Budowa linii kablowej, a tym samym jego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia. Argumentował, że zastosowana sankcja odrzucenia oferty jest działaniem nieproporcjonalnym do uchybienia, a Zamawiający wymaga sporządzenia i przedstawienia kosztorysu szczegółowego na etapie realizacji zamówienia. Jednocześnie Odwołujący sformułował jako ewentualny zarzut zaniechania wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty co do objęcia ofertą zakresu zamówienia opisanego w kosztorysie ofertowym – Tabeli nr 12.

Przywołując podstawy prawne rozstrzygnięcia wskazać należy, iż zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, 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 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z ugruntowanym na tle poprzedniego stanu prawnego orzecznictwem Izby, zachowującym obecnie aktualność, niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy,

o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonemu

w SWZ, bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny

z wymaganiami zamawiającego, przy czym chodzi tutaj o takie wymagania SWZ, które dotyczą sposobu opisanego, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego, tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy (por. wyrok KIO z dnia 31 marca 2016 r. sygn. akt: KIO 396/16 oraz wyrok KIO z dnia 6 września 2016 r. sygn. akt: KIO 1565/16). Z kolei termin oferta należy odczytywać w świetle art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.) [dalej „KC”], który stanowi że oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Na gruncie Prawa zamówień publicznych to zamawiający ustala

w SWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie następnie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. Dodać należy, że zastosowanie ww. przesłanki odrzucenia wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty

z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne

z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji

z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia. Tym samym punktem wyjścia dla stwierdzenia wady oferty jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w danym postępowaniu, która powinna być rozumiana w sposób ścisły, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących

niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.

Jednocześnie, po myśli art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i , dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Przedmiotem oceny Izby była legalność czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na to, iż jej treść była niezgodna z warunkami zamówienia. Izba, w okolicznościach niniejszej sprawy, nie dopatrzyła się naruszenia przepisów ustawy Pzp zarzucanych przez Odwołującego.

Wskazać należy, iż poza sporem było, że Odwołujący nie załączył do oferty kosztorysu ofertowego obejmującego Tabelę nr 12: Budowa linii kablowej wykonanego metodą uproszczoną, który należało opracować na podstawie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych oraz przedmiaru robót zamieszczonego w Tomach III-V SWZ. Zgodnie z pkt. 16.5. IDW TOM 1 ofertę stanowił m.in. kosztorys ofertowy wraz ze zbiorczym zestawieniem kosztów stanowiący Formularz 2.3. Formularz ten obejmował 12 tabel wraz z opisem zakresu prac, w tym tabelę Nr 12: Budowa linii kablowej, w której należało określić ceny jednostkowe i wartości dla 10 pozycji. Dalej wskazać należy, iż zgodnie z punktem 17.1.IDW TOM 1, cena oferty miała zostać wyliczona w oparciu o kosztorys ofertowy wraz ze zbiorczym zestawieniem kosztów sporządzonym na Formularzu 2.3. Kosztorys ofertowy, o którym mowa w punkcie 17.1 IDW TOM 1 należało sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych

w Przedmiarze robót. Jednocześnie w punkcie 17.2 IDW TOM 1 Zamawiający wskazał, iż wykonawca określi w kosztorysie ofertowym ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich wskazanych pozycji.

Z powyższego wynika zatem, iż na wykonawców, nałożony został obowiązek, sporządzenia oferty zgodnie z dokumentami zamówienia, w tym wypełnienia całego kosztorysu ofertowego (wszystkich tabel) stanowiącego merytoryczną treść oferty. Wykonawca obowiązany był podać w kosztorysie ofertowym ceny jednostkowe i wartości netto dla wszystkich pozycji. Odwołujący wymogu tego nie spełnił, mimo że Wykonawca zobowiązany był wycenić każdą pozycję kosztorysu. Co więcej, brak Tabeli nr 12, a zatem poszczególnych cen jednostkowych i wartości netto dla pozycji składających się na zakres robót objętych tabelą, przekładał się na brak możliwości weryfikacji oferowanego zakresu świadczenia. Nie sposób bowiem na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia ustalić, czy i jaki zakres prac wskazany w Tabeli nr 12 został wyceniony przez Odwołującego. Sam fakt, iż w zbiorczym zestawieniu kosztów Wykonawca podał cenę elementu rozliczeniowego jakim jest Tabela nr 12: Budowa linii kablowej, nie pozwala odtworzyć oświadczenia woli Odwołującego w zakresie poszczególnych elementów składowych Tabeli. Niewłaściwe, w kontekście postanowień specyfikacji warunków zamówienia, jest założenie *a priori*, że oferta Odwołującego obejmuje cały zakres zamówienia, w tym ujęty w Tabeli nr 12, tylko na tej podstawie, iż w zbiorczym zestawieniu kosztów podano cenę dla Tabeli nr 12. Niewątpliwie zatem oferta PORR S.A. była niezgodna z warunkami niniejszego zamówienia.

Dalej Izba wskazuje, iż w okolicznościach sprawy niesporne było, że Zamawiający w dokumentach zamówienia przewidział wynagrodzenie kosztorysowe wyliczone na podstawie złożonego wraz z ofertą kosztorysu, co potwierdzają postanowienia § 5 i 6 PPU. Wobec powyższej okoliczności nie wymaga szerokiego omówienia zagadnienie charakteru wynagrodzenia wykonawcy za realizację zamówienia, jak i związane z nim konsekwencje

w płaszczyźnie badania i oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przypomnieć jedynie należy, że istotą wynagrodzenia kosztorysowego jest ustalenie jego wysokości na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów (zob.

KC). Na gruncie zamówień publicznych kosztorys ofertowy stanowi element oświadczenia woli wykonawcy (oferty), którego brak nie podlega uzupełnieniu.

Analiza przywołanych powyżej postanowień projektu umowy wskazuje, że wynagrodzenie, w tym określenie cen jednostkowych, stanowią *essentialia negotii* umowy

o zamówienie publiczne i mają zasadnicze znaczenie dla oceny zgodności oferty

z warunkami zamówienia. Ceny jednostkowe określone w Tabeli nr 12 stanowiły samodzielne ceny za wykonanie poszczególnych robót składających się na przedmiotowe zamówienie i podlegały badaniu na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego choćby pod kątem prawidłowości ich skalkulowania czy też badania rażąco niskiej ceny lub jej istotnej części składowej. Ceny te miały charakter istotny, bowiem stanowiły podstawę ustalenia wynagrodzenia wykonawcy i rozliczeń stron umowy za wykonane roboty budowlane, w tym ewentualne roboty dodatkowe, co przeczy tezie Odwołującego o formalnym charakterze popełnionego uchybienia.

Powyższej analizie nie zmienia brzmienie § 5 ust. 2 SWZ TOM II, zgodnie z którym: „Wykonawca w terminie 21 dni od zawarcia Umowy przedłoży Zamawiającemu szczegółowe kalkulacje cen jednostkowych (w rozbiu na nakłady rzeczowe i ceny odpowiednio dla tych nakładów): robocizny, materiałów wraz z kosztami zakupu, pracy sprzętu i

transportu oraz narzuty kosztów pośrednich (ogólnych i zysku) wszystkich pozycji Kosztorysu ofertowego Wykonawcy". Okoliczność, iż Zamawiający żądał od zwycięskiego wykonawcy złożenia kosztorysu szczegółowego nie zwalniała Wykonawcy od złożenia wraz z ofertą kompletnego Formularza 2.3 wraz ze zbiorczym zestawieniem kosztów. Co więcej, z przywołanego postanowienia umowy, wynika, iż kosztorys szczegółowy wymagany po podpisaniu umowy winien zostać sporządzony dla wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego. Powyższe oznacza, iż kosztorys, o którym mowa w § 5 ust. 2 SWZ TOM II, miał stanowić szczegółowe rozbieżności poszczególnych cen jednostkowych podanych w ofercie, a nie zastępować kosztorys uproszczony składany wraz z ofertą.

Oceny Izby nie zmieniła również argumentacja Odwołującego dotycząca nieproporcjonalnego charakteru odrzucenia oferty w stosunku do uchybienia Wykonawcy. Okoliczności podniesione przez Odwołującego, tj. znikoma wartość prac wskazanych

w Tabeli nr 12 oraz związany z tym brak jej wpływu na ocenę oferty pod kątem rażąco niskiej ceny, rozliczenie wykonanych robót na podstawie cen jednostkowych wskazanych

w kosztorysie szczegółowym składanym w terminie 21 dni od zawarcia umowy, ocena ofert wykonawców na podstawie ceny globalnej oferty, a nie poszczególnych cen jednostkowych, a także podanie w zbiorczym zestawieniu kosztów ceny za prace objęte Tabelą nr 12, w tym konkretnym stanie faktycznym, nie uzasadniały uznania czynności Zamawiającego z dnia

11 grudnia 2023 r. za dokonaną z naruszeniem zasady proporcjonalności. W ocenie Izby wymogi Zamawiającego zawarte w dokumentach zamówienia, w tym w szczególności obowiązek podania cen jednostkowych dla wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego wobec przyjętego modelu wynagrodzenia kosztorysowego kształtującego treść oferty wykonawcy, któremu Odwołujący nie podolał, w sposób jednoznaczny stanowiły podstawę odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Wskazać należy, iż przepisy ustawy Pzp nakładają na zamawiającego obowiązek zbadania w sposób zerojedynkowy, czy złożona oferta odpowiada wymogom zamówienia, przewidując jednocześnie określoną sankcję za uchybienie warunkom zamówienia. W niniejszej sprawie, jak już wskazano powyżej, brak jest obecnie możliwości ustalenia, czy na etapie złożenia oferty Odwołujący wycenił całość prac niezbędnych do wykonania, ponieważ jeden z elementów koniecznych do wyceny nie został przedstawiony w ofercie. Wobec powyższego zastosowana

w niniejszym przypadku sankcja odrzucenia oferty była adekwatna do wagi popełnionego przez Wykonawcę uchybienia. Dodać również należy, iż akcentowana przez Odwołującego zasada proporcjonalności nie może pozostawać w sprzeczności z innymi fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień publicznych, w tym zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, czy też służyć obejściu przepisów ustawy obligujących zamawiającego do udzielania zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami.

W niniejszej sprawie Odwołujący jako jedyny wykonawca nie przedstawił pełnego kosztorysu ofertowego (brak Tabeli nr 12), nie może być zatem w sytuacji lepszej, niż wykonawca, który zgodnie z wymogami zamówienia dołożył należytej staranności i wycenił wszystkie pozycje kosztorysowe. Pogląd przeciwny naruszałby zasadę równego traktowania wykonawców.

W okolicznościach niniejszej sprawy brak było także podstaw do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty. Odwołujący stał na stanowisku, że „*ewentualne wyjaśnienia mogłoby dotyczyć tego, czy Odwołujący objął swoją ofertą wszystkie 10 pozycji tabeli nr 12 celem potwierdzenia zgodności oświadczenia Odwołującego z warunkami zamówienia*”. Powyższej argumentacji Izba nie podziela.

Izba wskazuje, iż art. 223 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że w przypadku, gdy zamawiający poweźmie wątpliwości co do treści złożonej oferty może żądać od wykonawcy stosownych wyjaśnień. Wyjaśnienia te prowadzone są zatem z inicjatywy zamawiającego, gdyż to jego wątpliwości stanowią podstawę wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień. Mogą one dotyczyć wszystkich elementów oferty, przy czym zakazane jest prowadzenie z wykonawcą negocjacji co do treści oferty i dokonywanie w niej jakichkolwiek zmian czy uzupełnień, poza czynnościami wynikającymi z art. 223 ust. 2 ustawy Pzp.

W rozpoznawanej sprawie nie mamy do czynienia z treścią oferty, która jest niejasna, czy też wewnętrznie sprzeczna. Wątpliwości, czy też niejasności wynikających z treści oferty nie przedstawił zresztą sam Odwołujący. W ocenie Izby przywołane wyżej stanowisko Odwołującego stanowiło próbę sanowania popełnionego uchybienia, jednak wezwanie Odwołującego na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie oczekiwanym przez Wykonawcę nie konwalidowałoby popełnionego błędu. Wyjaśnienia Odwołującego sprowadzające się do potwierdzenia, że Wykonawca objął swoją ofertą wszystkie pozycje opisane w Tabeli nr 12, nie dałyby odpowiedzi w zakresie poszczególnych cen jednostkowych Tabeli nr 12 przyjętych na moment złożenia oferty. Naprawa błędu Odwołującego wymagałaby w istocie podania określonych danych, tj. poszczególnych cen jednostkowych Tabeli nr 12, a zatem uzupełnienia treści oferty o informacje w niej pierwotnie niezawarte, co na gruncie ustawy Pzp jest niedopuszczalne. Jednocześnie, zdaniem składu orzekającego, ewentualne wezwanie odwołującego się Wykonawcy na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, stanowiłoby

niedozwolone negocjacje treści oferty, bowiem wyjaśnienia uzyskane od Odwołującego w omawianym trybie kreowałyby nową, pominiętą treść oferty, nie służyłyby natomiast usunięciu niejasności w jej treści.

W okolicznościach sporu brak było również podstaw do poprawienia treści oferty Odwołującego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty

z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Odwołujący we wniesionym odwołaniu nie podniósł zarzutu naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Nie przedstawił tym samym żadnej analizy uzasadniającej możliwość poprawy jego oferty w ww. trybie. Niemniej jednak Izba wskazuje, iż stanowisko Zamawiającego zawarte w piśmie

z dnia 11 grudnia 2023 r. co do braku możliwości poprawy oferty PORR S.A. na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp było prawidłowe. Poprawa treści oferty Odwołującego jest niemożliwa z tej przyczyny, iż nie są znane ceny jednostkowe Tabeli nr 12 stanowiące istotną treść oferty oraz podstawę rozliczeń między stronami umowy o zamówienie publiczne, a brak ten nie podlega uzupełnieniu, czy też wyjaśnieniu, co omówiono powyżej.

W konsekwencji powyższego skład orzekający stwierdził, że treść oferty wykonawcy PORR S.A. jest bezspornie niezgodna z treścią SWZ, ponieważ w warstwie merytorycznej nie odpowiada oczekiwaniom Zamawiającego, wyrażonym w dokumentacji postępowania i nie ma możliwości poprawy jej treści jako innej omyłki, o której mowa

w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jak również na zasadzie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym czynność wyboru oferty Konsorcjum NDI nie została dokonana z naruszeniem

art. 239 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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).

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:

.....
.....
.....