

WYROK

Warszawa, dnia 14 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 11 marca 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2025 r. przez wykonawcę PRODIM Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest: Powiat Proszowski reprezentowany przez Zarząd Dróg Powiatowych Proszowice z siedzibą w Jakubowicach

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy COLAS Polska Sp. z o.o.

z siedzibą w Pałędziu

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy COLAS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Pałędziu do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego z powodu uwzględnienia zarzutu przez zamawiającego;
 2. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy COLAS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Pałędziu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodnej z warunkami zamówienia;
 3. zarzuty naruszenia art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy COLAS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Pałędziu do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny pozostawia bez rozpoznania, jako zarzuty ewentualne, podniesione na wypadek nieuwzględnienia zarzutu głównego;
 4. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Powiat Proszowski reprezentowany przez Zarząd Dróg Powiatowych Proszowice z siedzibą w Jakubowicach, i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PRODIM Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania;
 - 4.2. zasądza od zamawiającego Powiatu Proszowskiego reprezentowanego przez Zarząd Dróg Powiatowych Proszowice z siedzibą w Jakubowicach na rzecz wykonawcy PRODIM Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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

Powiat Proszowski reprezentowany przez Zarząd Dróg Powiatowych Proszowice

z siedzibą w Jakubowicach (dalej: „zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320)

- dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn.:

„Przebudowa drogi powiatowej nr 1235K klasy "Z"

- zbiorczej Raclawice - Wrocimowice - Radziemice - Skrzeszowice w km 3 + 013,20 ÷ 3

+ 607,00, km 4 + 354,75 ÷ 5 + 940,00, km 6 + 453,00 ÷ 8 + 555,00 w m. Wrocimowice, Kaczowice, Przemęczanki, Przemęczany, Radziemice”, znak sprawy: ZDP/30/ZP/2024 (dalej „postępowanie” lub „zamówienie”).

Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa

w art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych

z dnia 21 grudnia 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00668767/01.

W dniu 19 lutego 2025 r. zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu wyboru oferty złożonej przez COLAS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Palędziu (dalej „COLAS”) jako najkorzystniejszej.

W dniu 24 lutego 2025 r. przez wykonawcę PRODIM Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej „odwołujący”), zostało wniesione odwołanie.

Odwołaniem objęto czynność wyboru oferty złożonej przez wykonawcę COLAS, wobec zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy, zaniechania wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnienie warunku doświadczenia oraz wobec zaniechania wezwania COLAS do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny.

Odwołujący sformułował zarzuty naruszenia:

- 1.art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty COLAS, pomimo iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż wykonawca ten w istocie nie przedłożył wymaganego przez zamawiającego na mocy Części X pkt 3 zestawienia kosztów robocizny, materiałów i sprzętu, bowiem nie przedstawił faktycznych kosztów, jakie miałby ponieść w ramach tychże elementów kosztotwórczych, a jedynie ceny jednostkowe, bez danych dotyczących zakładanych ich nakładów i ilości, co świadczy o niekompletności oferty COLAS, a nadto również uniemożliwia zamawiającemu zweryfikowanie ceny oferty;
ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu podniesionego w pkt 1:
- 2.art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania COLAS do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny, pomimo iż cena zaoferowana przez tego wykonawcę jest najniższą spośród wszystkich cen zaoferowanych w postępowaniu i powinna wzbudzić wątpliwości co do możliwości wykonania przez COLAS przedmiotu zamówienia w zamian za tę cenę, zaś przeliczenie istotnych części składowych tej ceny, wskazanych w treści odwołania, przy zastosowaniu cen jednostkowych zawartych w przedłożonym przez COLAS „zestawieniu RMS” prowadzi do wniosku, iż owe istotne części składowe ceny zostały zaniżone i nie pokrywają wszystkich kosztów, które COLAS poniesie przy realizacji przedmiotu zamówienia;
- 3.art. 128 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania COLAS do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, tj. dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie robót budowlanych wskazanych w poz. 2 wykazu robót budowlanych, względnie innych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania doświadczenia (dotyczących innych robót budowlanych), pomimo że z przedstawionego przez COLAS poświadczenia (referencji) nie wynika, czy roboty wykonane na rzecz Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad zostały wykonane należyście;
- 4.art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez COLAS jako oferty najkorzystniejszej, mimo iż oferta ta podlegała odrzuceniu, a wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący, zarzucając powyższe, wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1.unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej;
- 2.odrzucenia oferty COLAS;
ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia żądania określonego w pkt 2 powyżej:
- 3.wezwania COLAS do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny ofertowej, w szczególności jej istotnej części składowej;
- 4.wezwania COLAS do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi wskazanej w poz. 2 wykazu robót budowlanych lub też podmiotowych środków dowodowych potwierdzających posiadanie wymaganego przez zamawiającego doświadczenia - w przypadku powołania się przez COLAS na wykonanie innych, niż wskazane pierwotnie w wykazie roboty budowlane.

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 COLAS Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Palędziu.

Zamawiający złożył do akt sprawy pismo procesowe z 6 marca 2025 r. w którym oświadczył, że uwzględnia w części zarzuty odwołania, tj. zarzut nr 3 - naruszenie przepisów art. 128 ust. 1 w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania COLAS do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego - i związane z tym żądanie unieważnienia czynności wyboru oferty

tegoż wykonawcy, a także żądanie wezwania COLAS

do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających doświadczenie wykonawcy. W zakresie pozostałych zarzutów zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Izba, w związku ze złożonym przez zamawiającego oświadczeniem o uwzględnieniu odwołania w części - umorzyła postępowanie w tym zakresie, orzekając w pkt 1 sentencji.

W związku z tym, że odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania odwołania w pozostałym zakresie - 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 i odpowiedzią na nie, a także po wysłuchaniu stanowisk stron 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 swoją ofertę w postępowaniu i ubiega się o zamówienie a jego oferta została sklasyfikowana na miejscu drugim w rankingu oceny ofert. Uwzględnienie odwołania i odrzucenie oferty COLAS, także wezwanie COLAS do uzupełnienia dokumentów podmiotowych i do wyjaśnień rażąco niskiej ceny otworzy odwołującemu drogę do uzyskania zamówienia, zawarcia umowy i osiągnięcia zysku z tytułu jego realizacji. Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła dowód z dokumentacji postępowania, przesłanej przez zamawiającego do akt sprawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zawartym w Części I specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ”) są roboty budowlane polegające na przebudowie drogi powiatowej nr 1235K klasy Z w trzech odcinkach (Odcinek I, Odcinek II i Odcinek III).

Postanowieniem Części X pkt 1 SWZ zamawiający ustanowił wymóg, zgodnie z którym wykonawca składając ofertę powinien dla każdego odcinka drogi obliczyć cenę brutto sporządzając kosztorys/ kosztorysy/ ofertowy metodą kalkulacji uproszczonej, na podstawie dokumentacji projektowej, w tym Przedmiarów robót, ustalając w ten sposób cenę brutto (zsumowane wartości poszczególnych kosztorysów) która będzie miała charakter ryczałtowy.

Zgodnie z pkt 3 Części X SWZ, przedmiotowe kosztorysy miały służyć do sporządzenia harmonogramu rzeczowo-finansowego oraz miały stanowić podstawę do weryfikacji przez zamawiającego ceny oferty. Zamawiający zastrzegł, że niedołączenie lub niepodpisanie kosztorysów ofertowych wraz z zestawieniem kosztów robocizny, sprzętu i materiałów będzie skutkowało odrzuceniem oferty.

Izba ustaliła, że termin składania ofert w postępowaniu upłynął w dniu 28 stycznia 2025 r. Do upływu tego terminu ofertę złożyło siedmiu wykonawców, w tym COLAS i odwołujący.

COLAS wraz z ofertą złożył, sporządzone metodą uproszczoną, kosztorysy dla Odcinka I, II i III. Załączył również do oferty dokument zatytułowany „zestawienie RMS”, w którym wskazał ceny jednostkowe odnoszące się do jednej roboczogodziny, pojedynczej liczby lub jednostki obmiarowej materiałów oraz jednej godziny pracy sprzętu. W dokumencie tym nie zostały wskazane łączne koszty, jakie COLAS zamierza ponieść w związku z realizacją zamówienia w zakresie robocizny, materiałów oraz sprzętu.

W dniu 19 lutego 2025 r. zamawiający poinformował wykonawców o dokonaniu wyboru oferty COLAS jako oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty wykonawcy IGEOŚ P&P Sp. z o.o. z siedzibą w Bochni, powołując się na przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż „wskazany Wykonawca nie dołączył do oferty kosztorysów wraz z zestawieniem kosztów robocizny, sprzętu i materiałów”.

Odwołujący nie zgadzając się z decyzją zamawiającego o wyborze oferty, złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, a także zakres zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na

uwzględnienie w zakresie, w jakim odwołujący zarzucał naruszenie przez zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty COLAS, która podlega odrzuceniu z powodu niezgodności treści oferty z treścią SWZ (zarzut nr 1 odwołania).

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 oraz art. 224 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, podniesiony został przez odwołującego jako zarzut ewentualny (zarzut nr 2 odwołania) wobec tego nie podlegał on rozpoznaniu.

Na wstępie konieczne jest przypomnienie treści przepisów, które znajdują zastosowanie w niniejszej sprawie.

I tak, 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.

Zgodnie z art. 218 ust. 2 ustawy Pzp treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia.

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

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Ust. 2 tego przepisu stanowi, iż najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

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

Zgodnie z cytowanym wyżej przepisem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę wykonawcy, który zaoferował przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w warunkach zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji, parametrów technicznych i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Treść oferty z kolei należy rozumieć jako treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania zamówienia. Na tak rozumianą treść składa się formularz ofertowy, jak też wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy, składane wraz z formularzem ofertowym, których złożenia zamawiający zażąda wraz z ofertą. Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne

z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia. Odrzuceniu podlega zatem taka oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zaznaczenia także wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami zamawiającego

są postanowienia zawarte w dokumentach zamówienia, w których zostały jasno i przejrzysto wyrażone oczekiwania zamawiającego.

Wobec powyższego, w pierwszej kolejności oceniając czy oferta wykonawcy jest zgodna z SWZ czy też nie, należy odnieść się do jej postanowień. To w nich zamawiający określa stawiane wykonawcom wymagania. Pamiętać także należy, że wykonawca składając ofertę, przygotowuje ją w oparciu o zapisy znajdujące się w dokumentach zamówienia

i zobowiązany jest przestrzegać wszystkich wytycznych w tych dokumentach zawartych. Zapisy zamieszczone w SWZ, które nie zostały zmienione czy zaskarżone na etapie prowadzonego postępowania stają się wiążące dla wszystkich i jeśli są jasne, zamawiający nie może odstąpić od wymagań w tych dokumentach zamieszczonych już po otwarciu ofert, a przy dokonywaniu ich oceny. Powyższe stałoby w sprzeczności z naczelnymi zasadami udzielania zamówień publicznych tj. zasadą równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, wskazać należy, że treść postanowień SWZ, wyraźnie wskazuje na wymóg, zgodnie z którym wykonawca składając ofertę powinien dla każdego odcinka drogi obliczyć cenę brutto sporządzając kosztorys/ kosztorysy/ ofertowy metodą kalkulacji uproszczonej na podstawie dokumentacji projektowej, w tym Przedmiarów robót, ustalając w ten sposób cenę brutto (zsumowane wartości poszczególnych kosztorysów) - która będzie miała charakter ryczałtowy. Zgodnie z pkt 3 Części X SWZ, przedmiotowe kosztorysy miały służyć do sporządzenia harmonogramu rzeczowo-finansowego oraz miały stanowić podstawę do weryfikacji przez zamawiającego ceny oferty. Niedołączenie lub niepodpisanie kosztorysów ofertowych, wraz z zestawieniem kosztów robocizny, sprzętu i materiałów miało skutkować odrzuceniem oferty.

Nie budzi zatem wątpliwości, gdyż wprost wynika to z literalnego brzmienia SWZ,

że zamawiający wymagał, aby wykonawca wraz z ofertą złożył (1) kosztorysy ofertowe oraz, niejako niezależne do kosztorysu (2) zestawienie kosztów robocizny, sprzętu i materiałów. Przewidział także sankcję za niedopełnienie powyższego obowiązku w postaci odrzucenia oferty wykonawcy, który nie przedstawi któregokolwiek z tych dokumentów, czy to kosztorysów, czy też zestawienia kosztów podziału na robocizną, materiały i sprzęt, wraz z ofertą.

Wykonawca COLAS wraz z ofertą przedstawił zamawiającemu, sporządzone metodą uproszczoną, kosztorysy dla Odcinka I, II i III. Załączył również do oferty dokument zatytułowany „zestawienie RMS”. Jednak należy zgodzić się z odwołującym, że dokument ten nie może zostać uznany za wymagane przez zamawiającego zestawienie kosztów robocizny, materiałów i sprzętu. W tymże dokumencie zaprezentowane zostały bowiem wyłącznie ceny jednostkowe, odnoszące się do jednej roboczogodziny, pojedynczej liczby lub jednostki obmiarowej materiałów oraz jednej godziny pracy sprzętu. Próżno w nim jednak szukać kosztów, które to przystępujący miałby ponieść w związku z realizacją zamówienia w zakresie żądanej przez zamawiającego robocizny, materiałów oraz sprzętu.

Nie sposób zgodzić się z argumentacją COLAS, który na rozprawie wywodził, że skoro w SWZ nie narzucono określonej metodologii obliczania kosztów RMS, to zestawienie przez niego przygotowane mieści się w wymaganiach SWZ. Z takim podejściem nie sposób się zgodzić z następujących powodów. Dla wykonawcy, który jest profesjonalistą, działającym

w branży budowlanej oczywistym być powinno, że podanie samej ceny jednostkowej nie mieści się w pojęciu kosztu robocizny. Kosztem w tym przypadku jest całkowite wynagrodzenie pracowników za czas poświęcony na wykonanie danego zakresu, nie zaś cena za jedną roboczogodzinę. Podobnie podanie cen jednostkowych materiałów i sprzętu nie mieści się w pojęciu kosztu z tego powodu, że te nie pokazują całości wydatków, które ponoszone są na te elementy w całym zamówieniu.

Nie można zgodzić się także ze stanowiskiem zamawiającego, który wskazywał, że z zapisów SWZ wynika, że celem żądania kosztorysu i zestawienia RMS, było wyłącznie przygotowanie harmonogramu rzeczowo - finansowego. Sposób sporządzenia tego dokumentu i to czy w istocie znajdują się tam wymagane informacje, staje się wobec tego wtórny wobec celu, który zamawiający określił w SWZ.

Izba wskazuje, że okoliczność, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający określił przeznaczenie kosztorysu i zestawienia RMS jest bez znaczenia dla rozpoznawanego zarzutu. Powtórzyć należy, że wymóg złożenia obu tych dokumentów został określony przez zamawiającego w treści SWZ i to pod rygorem odrzucenia oferty. Tym samym jego spełnienie było obowiązkiem wszystkich wykonawców składających oferty, niezależnie od przyjętego sposobu rozliczenia i niezależnie od celów, jakim ten miał służyć.

Izba w rozpoznawanym zarzucie nie ocenia bowiem zasadności żądania przez zamawiającego wraz z ofertą kosztorysów ofertowych czy zestawienia RMS, ale czy wykonawca złożył ofertę zgodną z warunkami zamówienia. Na obecnym etapie postępowania, bez znaczenia dla sprawy jest subiektywne przekonanie zamawiającego dotyczące przeznaczenia samego kosztorysu i dodatkowego zestawienia RMS i to, w jaki sposób przekładają się one na przygotowywane później dokumenty (zamawiający przywoływał argument, że to kosztorysy, a nie zestawienie RMS jest kluczowe dla sporządzenia na późniejszym etapie harmonogramu rzeczowo-finansowego, jak też dla weryfikacji ceny oferty).

Skoro zatem COLAS ograniczył się do przedstawienia zestawienia cen jednostkowych (bez przypisania im jednostkowych nakładów rzeczowych oraz bez wskazania zakładanych kosztów robocizny, materiałów i sprzętu), powyższe należy ocenić jako nieprzedstawienie dokumentu, wymaganego w tym postępowaniu pod rygorem odrzucenia oferty. Wobec powyższego, w ocenie Izby oferta odwołującego wypełniła przesłanki z art. w 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, tj. odwołujący złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia, a zatem podlegającą obligatoryjnemu odrzuceniu przez zamawiającego.

Ponadto Izba, zgodnie z intencją odwołującego bez rozpoznania pozostawiła zarzut ewentualny wskazany w pkt 2 petitum odwołania, sformułowany z ostrożności, tj. na wypadek nieuwzględnienia zarzutu głównego, dotyczącego odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z SWZ. W tym zakresie Izba podziela i aprobuje stanowisko wyrażone przez Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 1 października 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 53/21, w którym stwierdzono, że „Zarzut ewentualny na gruncie niniejszego postępowania należy zestawić z powszechnie przyjętym i uznanym cywilistycznym roszczeniem ewentualnym. Ani prawo zamówień publicznych ani kodeks postępowania cywilnego nie precyzują pojęcia zarzutu ewentualnego. Jednakże ani jeden, ani drugi akt prawny nie ograniczają możliwości sformułowania zarzutu czy też roszczenia ewentualnego. Dodatkowo judykatura dopuszcza taką

konstrukcję procesową. Skoro zatem dopuszczalne jest podnoszenie roszczenia ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie KPC, to także w pełni dopuszczalne jest podnoszenie zarzutu ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie ZamPublU”.

W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, iż żądanie ewentualne zgłaszane jako dodatkowe na wypadek niemożności uwzględnienia przez Sąd żądania zasadniczego, jest szczególnym przypadkiem kumulacji roszczeń. Przy uwzględnieniu żądania zasadniczego Sąd nie orzeka w ogóle o żądaniu ewentualnym, a czyni to jedynie, gdy brak podstaw do uwzględnienia żądania zasadniczego (tak: wyroki Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 1996 r., , nie publ., z dnia 12 stycznia 2012 r., , nie publ. i z dnia

4 października 2012 r., I CSK 100/12, nie publ.). Podobnie wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 października 2013 r., sygn. akt , OSNC rok 2014, nr 6, poz. 62 stwierdzając, że powód może sformułować w powództwie żądanie ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia przez sąd żądania głównego, oraz w wyroku z dnia 26 stycznia 1979 r. (sygn. akt IV CR 403) wskazując, iż zgłoszenie żądania ewentualnego stanowi szczególny przypadek kumulacji przedmiotowej w procesie - mianowicie sąd orzeka o żądaniu ewentualnym wtedy, gdy oddali powództwo o świadczenie zgłoszone na pierwszym miejscu”.

Z powyższego wypływa wniosek, że uwzględnienie przez Izbę zarzutu głównego skutkuje brakiem podstaw do rozpoznawania zarzutu ewentualnego, a tym samym i braku podstaw badania dowodów czy też okoliczności faktycznych dotyczących żądania ewentualnego, skoro żądanie ewentualne nie jest przedmiotem orzeczenia wskutek uwzględnienia zarzutu głównego. Do podobnych wniosków doszła Krajowa Izba Odwoławcza w licznych orzeczeniach, tak np. w Wyroku z dnia 15 stycznia 2024 r., sygn. akt KIO 3883/23; Wyroku z dnia 29 stycznia 2024 r., sygn. akt KIO 19/24.

Sytuacja taka miała miejsce w stanie faktycznym niniejszej sprawy. Zarzut nr 2 odwołania jest zarzutem ewentualnym, co wprost wynika z treści odwołania. Na stronie 2 odwołania wskazano bowiem, że „ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu podniesionego w pkt 1”. Korelują z tym także żądania, sformułowane przez odwołującego, również na stronie 2: „ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia żądania określonego w pkt 3 powyżej” (w pkt 3 znajduje się żądanie, aby Izba nakazała zamawiającemu odrzucenie oferty COLAS), co też orzeczono w pkt 2 sentencji. Tym samym Izba nie rozpoznawała tego zarzutu, stwierdzając za ww. orzeczeniem Sądu Okręgowego w Warszawie, że „w przypadku akcji prawnej, która zawiera roszczenie ewentualne nie orzeka się o nim w sytuacji w której uwzględnia się roszczenie podstawowe”. Fakt ten znalazł odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, w pkt 3.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7

ust. 1 pkt 1 w związku 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:.....