Sygn. akt: KIO 761/25

WYROK

Warszawa dnia 26 marca 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 21 marca 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 marca 2025 r.

przez **odwołującego:** Konsorcjum: E&C Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum, ul.3 Maja 32/16, 41-300 Dąbrowa Górnicza i Complex Projekt Sp. z o.o. Biuro Projektowo-Konsultingowe – Partner Konsorcjum, ul. Ligocka 103/8, 40-568 Katowice

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego**: Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad reprezentowany przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Krakowie ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków

z udziałem **przystępującego po stronie zmawiającego**:

Konsorcjum: Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Sp. z o.o. Sp.k. – Lider Konsorcjum ul. Bochenka 16a, 30-693 Kraków Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Sp. z o.o. – Partner Konsorcjum ul. Bochenka 16a, 30-693 Kraków

orzeka:

1.Oddala odwołanie

2.kosztami postępowania obciąża **odwołującego:** Konsorcjum: E&C Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum, ul.3 Maja 32/16, 41-300 Dąbrowa Górnicza i Complex Projekt Sp. z o.o. Biuro Projektowo-Konsultingowe – Partner Konsorcjum, ul. Ligocka 103/8, 40-568 Katowice i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **odwołującego:** Konsorcjum: E&C Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum, ul.3 Maja 32/16, 41-300 Dąbrowa Górnicza i Complex Projekt Sp. z o.o. Biuro Projektowo-Konsultingowe – Partner Konsorcjum, ul. Ligocka 103/8, 40-568 Katowice, tytułem wpisu od odwołania

2.2.zasądza **od odwołującego:** Konsorcjum: E&C Sp. z o.o. – Lider Konsorcjum, ul.3 Maja 32/16, 41-300 Dąbrowa Górnicza i Complex Projekt Sp. z o.o. Biuro Projektowo-Konsultingowe – Partner Konsorcjum, ul. Ligocka 103/8, 40-568 Katowice kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) **na rzecz zamawiającego** Skarb Państwa Generalny Dyrektor Dróg Krajowych i Autostrad reprezentowany przez Oddział Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Krakowie ul. Mogilska 25, 31-542 Kraków stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika **zamawiającego**

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

Odwołanie

Odwołanie wniesiono na podstawie przepisu art. 505 ust. 1 w związku z art. 513 pkt 1 oraz art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2024.1320 - dalej: „p.z.p."), wobec niezgodnej z przepisami czynności Zamawiającego, podjętej w prowadzonym postępowaniu o udzieleniu zamówienia publicznego, obejmującej:

1. wybór oferty Wykonawcy Konsorcjum w składzie Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Sp. z o.o. Sp. k. (Lider Konsorcjum) oraz Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), mimo że oferta ta nie jest najkorzystniejszą ofertą,

2. odrzucenie oferty Konsorcjum w składzie E&C Sp. z o.o. - Lider Konsorcjum oraz Complex Projekt Sp. z o.o. Biuro Projektowo-Konsultingowe - Partner Konsorcjum, Odwołujący.

Odwołujący zarzuca naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów prawa:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy p.z.p. przez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że Odwołujący złożył ofertę, której treść jest zgodna z warunkami zamówienia;

2. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy p.z.p. przez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że oferta Odwołującego nie wypełnia przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

3. art. 239 ustawy p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy p.z.p. przez wybór oferty Wykonawcy - Konsorcjum w składzie Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Sp. z o.o. Sp. k. (Lider Konsorcjum) oraz Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Sp. o.o. (Partner Konsorcjum), przystępujący po stronie zamawiającego mimo, że oferta nie jest najkorzystniejszą ofertą, w wyniku czego naruszono zasadę przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący powziął wiedzę o dokonaniu czynności Zamawiającego oraz o zaniechaniach Zamawiającego w Postępowaniu zaskarżonych powyżej w dniu 21.02.2025 roku na podstawie informacji przekazanej przez Zamawiającego w przedmiocie wyboru oferty najkorzystniejszej [Pismo Zamawiającego z dnia 21.02.2025 r.].

Uwzględniając przepis art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a) termin na złożenie odwołania upływa w dniu 03.03.2025 roku.

Odwołanie złożone w powyższym terminie spełnia wymóg terminu ustawowego do złożenia odwołania.

Oferta Odwołującego, gdyby nie została odrzucona byłaby oferta najkorzystniejszą. Utrzymanie zaskarżonych czynności Zamawiającego skutkować będzie powstaniem szkody po stronie Odwołującego, gdyż nie osiągnie on zakładanego zysku z realizacji zamówienia.

Złożone odwołanie spełnia przesłanki art. 505 ust. 1 p.z.p.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego;

3. powtórzenie badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Zamawiający, w dniu 20.09.2024 roku wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na Zarządzanie i nadzór nad realizacją inwestycji pn.: Opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania pn.: „Rozbudowa drogi krajowej nr 28 na odcinku Ropa - granica województwa” (nr postępowania O.KR.D-3.2411.11.2024). [Ogłoszenie o zamówieniu (Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej Dz.U. S: 184/2024 nr 566796-2024 z dnia 20.09.2024 r.)].

Przedmiotem zamówienia jest opracowanie dokumentacji projektowej dla zadania pn. „Rozbudowa drogi krajowej nr 28 na odcinku Ropa - granica województwa”.

W postępowaniu złożono 9 ofert. w tym oferta Odwołującego.

Zamawiający pismem z dnia 30.12.2024 r. wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 w związku z art. 223 ust. 1 p.z.p., dotyczących wyliczenia ceny złożonej oferty, między innymi w zakresie wyjaśnienia cenotwórczych pozycji Formularza 4 w pozycjach nr A.1.1, A.1.2, A.1.4, A.1.6, A.1.10, A.1.11, A.1.12, A.1.17, A.1.18, B.1.1, D.1.1 Tabeli Wyceny Opracowań Projektowych.

Odwołujący w odpowiedzi na powyższe złożył wyjaśnienia pismem z dnia 20.01.2025 r., („Wyjaśnienia RNC”) w których wskazał, że wykazana w ofercie kwota brutto za wykonanie przedmiotowego zamówienia została określona w sposób rzetelny, na podstawie długoletniego doświadczenia i wiedzy inżynierskiej oraz w oparciu o przygotowaną przed złożeniem oferty wstępną analizę obmiarową. Odwołujący wskazał, iż dokonał wyceny zgodnie z postanowieniami SWZ dotyczącymi obowiązków Wykonawcy w zakresie realizacji przedmiotu umowy oraz uprawnień związanych z przedłużeniem umowy. Odwołujący dokonał też szczegółowego wyjaśnienia kalkulacji poszczególnych pozycji oraz przedłożył dowody w postaci ofert podwykonawczych.

W dniu 21.02.2025 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej. Jednocześnie, Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zamawiający w piśmie z dnia 21.02.2025 r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. z powodu niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający powołał się na wyjaśnienia Odwołującego dotyczące sposobu wyliczenia ceny jednostkowej w pozycjach A.1.6. i A.1.19. podał wyliczenia kosztów składających się na tę pozycję, a jednocześnie wskazał, że część kosztów

wykonania tej pozycji została ujęta w ramach rezerwy ryzyka Odwołującego. Zdaniem Zamawiającego ujęcie części kosztów danej pozycji TER w innych pozycjach TER stanowi niezgodność oferty z warunkami zamówienia, postanowieniami SWZ, a tym samym oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p.

Zamawiający ponadto odrzucił ofertę odwołującego w oparciu o przepis art. 226 ust. 7 p.z.p. wskazując, że oferta Odwołującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący nie zgadza się z twierdzeniami Zamawiającego.

Dostrzeżona przez Zamawiającego rzekoma niezgodność oferty Odwołującego z warunkami zamówienia polegać ma w ocenie Zamawiającego na tym, że do wyjaśnień ceny rażąco niskiej Odwołujący przedłożył ofertę swojego podwykonawcy Geodrilltech sp. z o.o. zgodnie z którą cena za wykonanie wiercenia badawczego ujętego w pkt 3.2 Załącznika 1A - tabeli TER została określona na 500 zł, a za cały wskazany w załączniku zakres 100mb - 50.000 złotych. Natomiast Odwołujący w swojej ofercie zaproponował za ten zakres ceną 100 zł (10.000 zł za 100mb).

W wyjaśnieniach ceny rażąco niskiej z dnia 20 stycznia 2025 roku Odwołujący wskazał, że: Szczególną uwagę należy zwrócić na wartość jednostkową pozycji 3.2 zał 1A wskazaną w ofercie firmy Geodrilltech, a kwotę jednostkową wskazaną w tabeli opracowań projektowych. Wykonawca dla tej pozycji przyjął szacunkowo konieczność wykonania 100 mb wierceń badawczych. Cena jednostkowa oferty podwykonawczej wynosząca 500 zł/mb jest wyższa od ceny zaoferowanej w ofercie wynoszącej 100 zł/mb. Dla założonych 100 mb wierceń różnica w kwocie za ten zakres prac wynosi 40.000,00 zł i jest pokrywana z rezerwy na innych podpozycjach dla opracowań geologicznych i geotechnicznych. Wykonawca skorzystał w tym zakresie z prawa do swobodnego kształtowania cen jednostkowych w oparciu o politykę finansową firmy i założenia w zakresie realizacji prac projektowych. **W przypadku konieczności dalszego zwiększenia tego zakresu prac projektowych dodatkowe środki zostały zabezpieczone w pozycji „ryzyko i koszty pozostałe" opisane w pkt 2.5.**

Pozycja nr 4 zał. IB została przyjęta w oparciu o ofertę firmy Arcadis sp. z o. o., z którą współpracujemy również w innych zadaniach inwestycyjnych, a zakres projektu geotechnicznego nieujęty w ofercie podwykonawcy a niezbędny do zrealizowania tego zakresu prac projektowych ujęty został w pozycji „ryzyko i koszty pozostałe" opisane w pkt 2.5.

Z powyższego oświadczenia Odwołującego zawartego w Wyjaśnieniach RNC oraz przedłożonych wraz z Wyjaśnieniami RNC ofert Geodrilltech sp. z o.o. oraz Arcadis sp. z o.o. wynika, że Odwołujący ujął w swojej ofercie cały zakres prac niezbędnych do wykonania w ramach pkt A.1.6 i pkt A.1.19 TER.

Stosownie do Rozdziału 17.1 - 17.6 SWZ IDW:

Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o Formularz TABELA ELEMENTÓW ROZLICZENIOWY((TER) (tj.: Formularz 4, w tym: Formularz 4.1. Załącznik 1A - Tabela A TER, Formularz 4.2. Załącznik 1B - Tabela B TER, Formularz 4.3. Załącznik 1C - Tabela C TER, Formularz 4.4. Załącznik 1D - Tabela D TER, sporządzony n formularzach stanowiących integralną część SWZ - Tom IV (dalej „Formularze TER").

Formularze TER, o których mowa w pkt. 17.1., należy wypełnić ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w tych formularzach, wyliczając poszczególne ceny jednostkowe netto. Wykonawca powinien określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w tych formularzach, a następnie w TABELI ELEMENTÓW ROZLICZNIOWYCH (Formularz 4) wyliczyć cenę netto łącznie pn. „SUMA WYNAGRODZEŃ PRZEDMIOT UMOWY ETAP I+II+III+IV [NETTO]". Wykonawca obliczając cenę oferty musi uwzględniać wszyst pozycje opisane w Formularzu TABELI ELEMENTÓW ROZLICZENIOWYCH, w tym TABELACH A-D TER. Wykona nie może samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do Formularzy TER.

Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzach TER.

Przy wycenie Wykonawca winien przestrzegać zasad określonych w uwagach zamieszczonych pod TABELAMI, o których mowa w pkt 17.1. Przekroczenie ustanowionych w Formularzu TABELI ELEMENTÓW ROZLICZENIOWY(limitów: - poz. A.1.5 Formularza 4 TABELA ELEMENTÓW ROZLICZENIOWYCH spowoduje odrzucenie oferty podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy p.z.p.. Przekroczenie ustanowionych w Formularzu TER limitów: - poz. C.1.1 Formularza 4 TABELA ELEMENTÓW ROZLICZENIOWYCH - poz. D.1.1. Formularza 4 TABELA ELEMENT ROZLICZENIOWYCH Zamawiający potraktuje jako inną omyłkę i dokona jej poprawy na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy p.z.p., wyznaczając Wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. W przypadku, gdy Wykonawca w wyznaczonym terminie zakwestionuje poprawienie

omyłki, Zamawiający na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 11 ustawy p.z.p. odrzuci jego ofertę.

Dla każdej pozycji wyszczególnionej w Formularzach TER, jeśli składają się na nią elementy o zróżnicowanych kosztach, jednolita stawka jednostkowa powinna zostać skalkulowana na zasadzie uśrednienie kosztów składowych. 17.6. Wszystkie skalkulowane koszty Wykonawca zsumuje i wstawi do pozycji pn. „SUMA WYNAGRODZEŃ Z PRZEDMIOT UMOWY ETAP I+II+III+IV NETTO". Obliczoną w ten sposób Cenę netto łącznie należy powiększyć o V Obliczoną w ten sposób „Cenę oferty brutto" należy następnie przenieść do Formularz Oferty zamieszczonego w Rozdziale 2 IDW.

Konsekwentnie więc w Formularzu Oferty wykonawcy zostali zobowiązani do podania całkowitej ceny brutto. tj. zgodnie z wzorem oferty: "OFERUJEMY wykonanie przedmiotu zamówienia za cenę brutto:
zł (słownie złotych: złotych, /100), zgodnie z załączonym do Oferty Formularzem TABELI ELEMENTÓW ROZLICZENIOWYCH, w tym w TABELACH A-D TER."

Zgodnie natomiast ze Wzorem Umowy - TOM II SWZ PPU:

§ 2 (Wynagrodzenie)

1. Z tytułu wykonania Przedmiotu Umowy w zakresie określonym w § 1 ust 1 Umowy Wykonawca jest uprawniony do wynagrodzenia, zgodnie z Ofertą Wykonawcy, w łącznej kwocie
PLN brutto (słownie: PLN /100), tj.: PLN netto oraz PLN tytułem podatku od towarów i usług, w wysokości 23 % na co składają się poszczególne etapy: 1) Z tytułu wykonania przedmiotu umowy określonego w § 1 ust. 1 pkt 1 w wysokości PLN brutto (słownie: 00/100) tj.: PLN netto, 2) Z tytułu wykonania przedmiotu umowy określonego w § 1 ust. 1 pkt 2 w wysokości PLN brutto (słownie: 00/100) tj.: PLN netto, 3) Z tytułu wykonania przedmiotu umowy określonego w § 1 ust. 1 pkt 3 w wysokości PLN brutto (słownie:

00/100) tj.:PLN netto, 4) Z tytułu wykonania przedmiotu umowy określonego w § 1

ust. 1 pkt 4 w wysokości PLN brutto (słownie: 00/100) tj.: PLN netto,

1a. Wynagrodzenie za świadczenie usług objętych Umowa z uwzględnieniem maksymalnego limitu waloryzacji, o którym mowa w § 3 ust. 6 oraz przewidywanych zmian wynikających z rozliczenia obmiarowego, ustala się na 115% wartości tego wynagrodzenia tj. kwoty brutto w wysokości: zł, (słownie:), uwzględniającej należny podatek od towarów i usług .... % wynoszący zł oraz kwotę netto w wysokości zł (słownie złotych) z zastrzeżeniem ust. 1b. (...)

2 Wykonawca oświadcza, że w cenie Oferty uwzględnił wszelkie koszty i ryzyka, wynikające z wymagań określonych w Umowie, obowiązujących na Dzień składania Oferty przepisów prawa, a w szczególności koszty warunków technicznych, opinii, uzgodnień, konsultacji/spotkań, narad, pozwoleń, zezwoleń, procedur i decyzji administracyjnych niezbędnych do prawidłowego wykonania Przedmiotu Umowy.

Na podstawie analizy przedstawionych okoliczności, stwierdzić należy, że wynagrodzenie to ma charakter ryczałtowy (nie ma podstaw do uznania, że wynagrodzenia wynikające z TER powinno mieć charakter mieszany kosztorysowo-ryczałtowy). Należy podkreślić, że o sposobie ustalenia wynagrodzenia decydują postanowienia SWZ, w tym przyjęty wzór umowy, który kwalifikuje to wynagrodzenie jako ryczałtowe. W konsekwencji, mimo iż niektóre pozycje umowy zostały wycenione metodą kosztorysową, całościowo wynagrodzenie pozostaje ryczałtowe.

Mając powyższe na względzie Odwołujący dopełnił wszystkich wymogów formalnych i proceduralnych określonych w SWZ. Wskazuje, że cena Odwołującego została skalkulowana zgodnie z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia, określonymi w Rozdziale 17 zatytułowanym Sposób obliczenia ceny.

Zgodnie z postanowieniami SWZ wykonawcy winni wyliczyć cenę oferty w oparciu o Tabelę Elementów Rozliczeniowych (TER), sporządzone na formularzach stanowiących integralną część SWZ. Zobowiązani byli też do uwzględnienia wszystkich pozycji opisanych w TER-ach w danej pozycji w przyjętej jednostce ilości rozliczenia w TER-ach, a przy tym nie mogli samodzielnie wprowadzić żadnych zmian do TERów (zgodnie z pkt. 17.2. SWZ). Zamawiający ustanowił również limity (tj. w Formularzu TER limitów: - poz. A.1.5 Formularza 4 - poz. C.1.1 Formularza 4 - poz. D.1.1. Formularza 4). Równocześnie Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty z dnia 21.02.2025 r. wskazał, iż ilości wskazane w TER były jedynie propozycją przez niego wskazaną, co powoduje pewną nieścisłość dokumentów SWZ.

Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie zakwestionował realności kosztów wynagrodzenia w pozycji nr A.1.6. czy A.1.19. (jak i w ogóle nie zakwestionował realności kosztów całej oferty w ramach badania rażąco niskiej ceny), podniósł jedynie, że przeniesiono część kosztów do innych pozycji tabeli. Niemniej, wyjaśnienia złożone przez Odwołującego wskazują, że koszty wycenione w ramach innych pozycji są związane z tymi pozycjami. Co

również istotne, Zamawiający, po zapoznaniu się ze złożonymi wyjaśnieniami, nie zakwestionował sposobu wyliczenia ceny oraz możliwości wykonania zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia za zaoferowaną kwotę, a w konsekwencji nie odrzucił oferty z uwagi na rażąco niską cenę.

Dodatkowo, z treści wyjaśnień wprost wynika, że Pozycje A.1.6 i A.1.19 Formularza TER w zasadniczym zakresie zostały wycenione przy uwzględnieniu ofert cenowych podwykonawców - firmy Geodrilltech Sp. z o.o. oraz Arcadis Sp. z o.o. Odwołujący wskazuje, że przedstawiony sposób kalkulacji ceny nie powoduje sprzeczności treści oferty z warunkami zamówienia. Złożone na wezwanie wyjaśnienia wprost wskazują, które koszty zostały uwzględnione w danej pozycji oraz że koszty wycenione w ramach innych pozycji są związane z tymi pozycjami. W ocenie Odwołującego właśnie te pozycje, które zostały wskazane w A.1.6. i A.1.19. będą odpowiadały kosztom realnym wykonania tych elementów. Na uwagę zasługuje także fakt, że Zamawiający w treści SWZ nie przewidział, że przeniesienie kosztów między poszczególnymi pozycjami skutkować będzie odrzuceniem oferty, skutek taki miało powodować jedynie przekroczenie limitów. Zamawiający narzucił określone limity procentowe, których Odwołujący nie złamał. Dodatkowo wkalkulowanie niektórych kwestii w pozycję ryzyka nie stanowią automatycznie o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. Również suma poszczególnych tabel jest zgodna i składa się łącznie na cenę zaoferowaną w formularzu ofertowym Odwołującego. Jednocześnie, wyceniona rubryka nie jest wycenieniem, czy też wykroczeniem poza zakres przedmiotu zamówienia.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na to jakiego rodzaju wynagrodzenie wykonawcy przewiduje dokumentacja przetargowa. Zgodnie z warunkami PPU cena kontraktowa będzie stanowiła ryczałtową kwotę i będzie podlegała korektom zgodnie z Kontraktem. Ryczałtowy charakter wynagrodzenia Wykonawcy potwierdza treść samego formularza ofertowego. Skutki takiego uregulowania przesądzają o tym, że jeżeli wykonawca w ofercie stwierdza, że wykona przedmiot zamówienia za kwotę ryczałtu i z poszanowaniem postanowień SWZ to oznacza, że ma obowiązek wykonać cały przedmiot zamówienia.

Kwestia korelacji pomiędzy wynagrodzeniem ryczałtowym a Tabelą elementów rozliczeniowych była przedmiotem rozstrzygnięcia w wyroku KIO z dnia 12 października 2020 r. o sygn. KIO 2155/20. W stanie faktycznym tej sprawy oferta musiała zawierać załącznik w postaci wypełnionej Tabeli Elementów Rozliczeniowych. TER wchodził w zakres oferty wykonawcy, a cenę ryczałtową dzieliło się na elementy rozliczeniowe w TER. KIO rozstrzygnęło sprawę na korzyść wykonawcy, który nie wypełnił jednej z rubryk TER. Godzi się zauważyć, że w tej sprawie Zamawiający uznał (podobnie jak w rozpoznawanej sprawie), że ze względu na przewidziany w SIWZ ryczałtowy charakter wynagrodzenia, załączona do oferty Tabela Elementów Rozliczeniowych ma jedynie charakter informacyjny, pomocniczy, służyć będzie do późniejszego rozliczenia umowy. Izba uzasadniła, że „W ocenie Izby TER nie jest dokumentem potwierdzającym zgodność treści oferty z treścią SIWZ. Decyduje o tym charakter dokumentu TER w kontekście wynagrodzenia ryczałtowego, którego skutki regulowane są treścią postanowień art. 632 KC w związku z art. 14 ust. 1 ustawy. Wynagrodzenie ryczałtowe nie jest wynagrodzeniem kosztorysowym, czyli wykonawca otrzyma wynagrodzenie za wykonany przedmiot niezależnie jakie poniesie koszty spodziewane czy tez nieprzewidziane, oczywiście w ramach wyjątku KC, gdzie decyzję może podjąć tylko sąd (art. 632 § 2 KC). Dokument TER nie ma charakteru oświadczenia woli jakim jest złożenie oferty co do istotnych elementów tego oświadczenia, na które składają się zobowiązanie do wykonania przedmiotu zamówienia w określonym terminie i na warunkach SIWZ za określoną ryczałtowo kwotę. Z kolei treścią SIWZ są postanowienia co do przedmiotu zamówienia, terminu wykonania gwarancji wynagrodzenia wykonawcy składającego najkorzystniejsza ofertę, która zamawiający nie odrzucił oraz inne istotne postanowienia zamówienia. Szereg postanowień SIWZ to postanowienia nie mające charakteru treści SIWZ a jedynie służą określeniu strony formalnej składanej oferty. Tak więc skutek przewidziany w SIWZ co do możliwości odrzucenia oferty w sytuacji nie wypełnienia TER, w ocenie Izby, nie jest postanowieniem, które należy zakwalifikować do treści SIWZ. Co do zasady ustalenia co do terminów płatności wynagrodzenia ryczałtowego po kolejnych odbiorach częściowych nie zmienia charakteru wynagrodzenia, które jest ryczałtem a sposób i terminy jego płatności to kwestia formalna związana z terminem zapłaty ryczałtu."

(25)W powołanym wyroku Izba wskazała również, że "ustalenie co do terminów płatności wynagrodzenia ryczałtowego po kolejnych odbiorach częściowych nie zmienia charakteru wynagrodzenia, które jest ryczałtem, a sposób i terminy jego płatności to kwestia formalna związana z terminem zapłaty ryczałtu."

(26)Zauważyć należy, że oferta przedstawia cenę ryczałtową, która zgodnie z art. 632 Kodeksu cywilnego, jest stała, co do zasady nie podlega zmianie, a tworzenie podziału jej podziału nie wpływa na charakter ryczałtu. Jak wskazała KIO (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lutego 2023 r. KIO 370/23): "Na marginesie Izba zwróciła szczególną uwagę na to, że wynagrodzenie przewidziane w ramach przedmiotowego zamówienia ma charakter ryczałtowy, a zatem stały. Z tych względów nie było konieczności badania jego poszczególnych elementów w kontekście rażąco niskiej ceny.

Przy cenie ryczałtowej nie jest bowiem, co do zasady, ważna struktura wewnętrzna ceny, tj. ceny jednostkowe (bo wynagrodzenie jest jedno i z góry określone wartością jednej ceny ryczałtowej, którą zamawiający ma zapłacić wykonawcy). Tym samym, aby mówić o cenie rażąco niskiej, należy brać pod uwagę całkowitą cenę za wykonanie przedmiotu zamówienia, a nie cenę za wykonanie danego elementu zamówienia. Innymi słowy wynagrodzenie ryczałtowe jest płatne za całość przedmiotu zamówienia, choć rozkłada się na poszczególne jego elementy. Wykonawca w ramach przedmiotowego zamówienia, oferował kompleksowe wykonanie określonej w SWZ usługi. W związku z charakterem wynagrodzenia ryczałtowego, cena umowna jest ceną przyjętą z góry za całość przedmiotu zamówienia, a nie ceną wypadkową za jego poszczególne, w rzeczywistości wykonane części."

Kolejną ważną kwestią jest fakt, iż Wykonawca był zobowiązany do posłużenia się Zarządzeniem nr 22 Generalnego Dyrektora Dróg Krajowych i Autostrad z dnia 27 czerwca 2019 roku w sprawie wprowadzenia "Wytycznych wykonywania badań podłoża gruntowego na potrzeby budownictwa drogowego" - zawierającą standardy i procedury dotyczące badań geologicznych, w tym prac i odwiertów geologicznych, niezbędnych przy projektowaniu i budowie dróg. Celem tych wytycznych jest zapewnienie jednolitych standardów w zakresie badań podłoża gruntowego, co ma kluczowe znaczenie dla trwałości i bezpieczeństwa konstrukcji drogowych. Dokument ten ma charakter normatywny wewnętrznie dla GDDKiA, co oznacza, że jest obowiązujący dla wszystkich jednostek organizacyjnych tej instytucji. W kontekście przetargów na prace projektowe dróg, wytyczne te stanowią integralną część dokumentacji przetargowej przygotowywanej przez GDDKiA. Oznacza to, że wykonawcy ubiegający się o zamówienia publiczne na prace projektowe dróg są zobowiązani do stosowania się do tych wytycznych podczas realizacji powierzonych im zadań. Są to szczegółowe wytyczne, które pozwalają wykonawcom na określenie ceny ryczałtowej za projekt. Mając to na względzie warto wskazać, iż na podstawie dołączonych materiałów wykonawca będzie w stanie oszacować zakres prac wskazując, iż Wykonawcy są niejako i tak zmuszeni oszacować ilość badań na podstawie ww. dokumentu, tak aby uwzględnić w cenie oferty ryczałtowej koszt dotyczący minimalnych wymagań ilości wierceń geotechnicznych (Część I, Tabela nr 30). Wobec tego Odwołujący w ramach podanej kwoty w ofercie ze względu na charakter wynagrodzenia i ww. wytyczne musi wykonać konieczne wiercenia w celu wykonania dalszych etapów zadania. Prace geologiczne to proces ciągły, a wykonanie wierceń jest warunkiem koniecznym do opracowania pełnej dokumentacji. Przesunięcie części kosztów do innych pozycji jest uzasadnione technicznie, ponieważ w rzeczywistości wiercenia są częścią całego procesu badawczego. Koszty zostały rozłożone zgodnie z naturalnym i technicznie uzasadnionym harmonogramem prac. Nie można traktować wierceń jako izolowanego kosztu - one stanowią element większego procesu, dlatego ich koszty mogą być w sposób logiczny wliczone także w późniejsze etapy.

Powyższe jest szczególnie istotne w świetle tego, że to wykonanie dokumentacji Geologiczno - Inżynierskiej (pkt A.1.6 TER) lub też Dokumentacji geotechnicznej (pkt A.1.19 TER) i przekazanie Zamawiającemu finalnego dzieła będącego przedmiotem odbioru jest elementem następczym w stosunku do wykonania wierceń badawczych, wykonanie samych wierceń bez przekazania efektu finalnego jakim jest Dokumentacja Geobgiczna - Inżynierska lub też Opinia geotechniczna/Projekt geotechniczny pozostaje nieprzydatne z punktu widzenia celu, jakiemu wiercenia badawcze mają służyć, którym jest przedstawienie wyników badań w Dokumentacji Geologiczno - Inżynierskiej lub też w Dokumentacji Geotechnicznej.

Należy wiec uznać, iż zmiana rozliczenia prac w zakresie TER nie miała znaczenia dla ustalenia samego zakresu tych prac. Przedstawiona instrukcja Wytycznych (...), która jest dokumentem uniwersalnym i stosowanym przez Zamawiającego w różnych projektach dotyczących projektowania dróg zawiera szczegółowy opis sposobu wykonania badania. Wytyczne oczywiście wymagają odpowiedniego przeniesienia na daną inwestycję, co spoczywa po stronie wykonawcy, który dokonuje ich wyceny w ofercie. W ocenie Odwołującego, w świetle stanowiska Zamawiającego wskazującego na niezgodność oferty z warunkami zamówienia, nie sposób przyjąć, by Odwołujący obliczając cenę ofertową nie uwzględnił dokumentów technicznych składających się na SWZ, czy wszystkich kosztów wykonania zamówienia. Po pierwsze jak już zostało wskazane Zamawiający nie kwestionuje ceny oferty, a po drugie w ocenie Odwołującego Zamawiający nie wskazał jakich warunków zamówienia oferta nie spełnia. Zamawiający przywołał bowiem jedynie treść pkt 17 SWZ wskazujący na konieczność załączenia do oferty tabeli elementów rozliczeniowych (TER) i zbiorczego zestawienia kosztów, który zdaniem zamawiającego wskazuje na konieczność określenia cen jednostkowych za wykonanie poszczególnych pozycji wskazanych w TER, z uwzględnieniem wymogów wynikających z dokumentów technicznych składających się na SWZ. Odwołujący zaznacza, że załączył do swojej oferty tabelę elementów rozliczeniowych (TER) i zbiorcze zestawienie kosztów, a wskazana tabela zawierała ceny jednostkowe za wykonanie wszystkich poszczególnych pozycji (tabela Odwołującego nie zawierała żadnych braków).

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., gdyż w jego ocenie sporządzenie przez niego załącznika nr 4 - TER z podziałem wynagrodzenia za

wykonanie poszczególnych jednostek przedmiotu zamówienia w sposób odmienny od sztywnego podziału tego wynagrodzenia nie należy kwalifikować jako uchybienie, gdyż informacje zawarte w tym załączniku nie mają wpływu na wynik postępowania (oprócz przekroczenia limitu), ponieważ po pierwsze kryterium oceny oferty zgodnie z pkt. 21 SWZ była: Cena (C) - 60% = 60 pkt; Doświadczenie projektanta (DP) - 20% = 20 pkt; Zespół środowiskowy (ZŚ) - 10% = 10 pkt; Wzmocnienie zespołu projektowego - geotechnik - (GT) 10% = 10 pkt. Przy czym Kryterium „Cena" będzie rozpatrywana na podstawie ceny brutto za wykonanie (całego) przedmiotu zamówienia, podanej przez Wykonawcę na Formularzu Oferty. Zamawiający ofercie o najniżej (zsumowanej, łącznej) cenie spośród ofert ocenianych przyzna 60 punktów.

(31)Wobec tego dokument TER nie miał znaczenia dla oceny oferty tj. jej rankingu. Nie miało wpływu na zaoferowaną cenę, czy też zakres usługi do wykonania, której zobowiązał się Odwołujący skoro i tak był zobowiązany do wykonania minimalnych zakresów wskazanych w oparciu o dokument "Wytyczne (...)". i OPZ. Każdy z wykonawców składających ofertę miał tutaj zupełną swobodę wyboru. Zatem przełożenie pewnych kalkulacji w ryzyko ww. załączniku nie powoduje niezgodności treści oferty z treścią SWZ w rozumieniu niezgodności tych dokumentów, o jakiej stanowi art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., skutkującej odrzuceniem oferty. Na takie rozumienie dokumentu wskazuje również postanowienie zawarte w Wzorze Umowy. Również w tym zakresie wskazuje na to Harmonogram Rzeczowo - Finansowy, który jest konstruowany po podpisaniu umowy i ma za zadanie określić poszczególne czynności (pozycje) mające zostać zrealizowane w poszczególnych etapach, jest sporządzany przy pomocy TER. Tak więc, dopiero w dalszej kolejności na podstawie TER, Strony ustalą terminy realizacji poszczególnych czynności składających się na etapy.

Podkreślenia wymaga fakt, iż różnica pomiędzy ofertą Podwykonawcy a założonym przez Odwołującego dla pozycji 3.2 wynosi 40.000 zł, co przy ofercie Odwołującego na kwotę 5 267 000,00 zł netto wynosi 0,76%. Powyższa kwota jest kwotą marginalną.

Przepis art. 226 ust. 1 p.z.p. przewiduje, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (pkt 5).

W orzecznictwie pod pojęciem treści oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia publicznego zamówienia (zob. KIO/UZP 824/08; KIO/UZP 847/08; KIO/UZP 851/08; KIO/UZP 663/0 KIO/UZP 39/08; KIO/UZP 502/08; KIO/UZP 343/09). Ofertą wykonawcy jest zatem oświadczenie, które dotycz wykonania przez wykonawcę zobowiązania zgodnego z żądaniami zamawiającego. Natomiast jeżeli chodzi o niezgodność z SWZ należy odwołać się do stanowiska KIO zaprezentowanego w wyroku z dnia 24 stycznia 2017 roku sygn. akt KIO 50/17. wskazując, że de lege lata o niezgodności treści oferty z treścią SWZ można mówić tylko w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada przedmiotowi zamówienia w ten sposób, że nie zapewnia jego realizacji w sposób opisany przez Zamawiającego w SWZ. W sytuacji gdy wykonanie danej pozycji TER nie pociągało za sobą kosztów określonego rodzaju, to brak było po stronie wykonawcy konieczności ich uwzględnienia. Wskazać należy, iż uwzględnienie części kosztów A.1.6., A.1.19. czy innych wskazywanych przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia nie spowodowało, że koszty te „zniknęły", czy też obniżyły wycenę oferty. Jednocześnie taki sposób prezentacji kosztów nie dawał Odwołującemu przewagi na etapie ofertowania oraz wyjaśnień ceny ofertowej. Odwołujący wskazał, na powyższą rozbieżność pomiędzy ofertą Podwykonawcy a ceną wskazaną w Załączniku 1A do TER i wskazał, że cała pozycja 1.A.19 i 1.A.6 TER uwzględnia wszystkie koszty związane z wykonaniem opracowań geologicznych i geotechnicznym, w tym również koszty wierceń.

W ocenie Odwołującego założona przez Zamawiającego niezgodność treści oferty z treścią SWZ jest nieusprawiedliwiona i oparta na przyjętych przez Zamawiającego założeniach, które nie mają żadnego oparcia w stanie faktycznym niniejszej sprawy. Nie sposób nie dostrzec, że odrzucenie oferty zostało oparte wyłącznie na przypuszczeniach Zamawiającego co do rzekomego zastosowania "inżynierii cenowej" niepoparty chociażby próbą jego uprawdopodobnienia. W szczególności biorąc pod uwagę złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie zachodzi podejrzenie „sztucznego przerzucania cen", nieuwzględnienia części kosztów. Jak zostało wskazane powyżej, wyjaśniając zaoferowaną cenę, Odwołujący oprócz przedstawienia okoliczności mających wpływ na kalkulację ceny, przedłożył także oferty podwykonawców, za pomocą których udowodnił, że wartości wskazane w poszczególnych TER są realne i umożliwią wykonanie zleconego zadania, a także uzyskanie Wykonawcy określonego zysku. Na marginesie wskazuje, że Formularz Tabeli Elementów Rozliczeniowych stanowi głównie narzędzie służące do określenia sposobu płatności i rozliczeń na etapie realizacji umowy (taką pozycje przypisał mu Zamawiający m.in. w postanowieniach PPU i OPZ), a nie element determinujący treść oferty w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy p.z.p.. Jego podstawową funkcją jest organizacja i harmonogramowanie wypłat zgodnie z faktycznie wykonanym zakresem prac, a nie ścisłe określenie sposobu kalkulacji kosztów przez Odwołującego. Powyższe oznacza, że dokument TER miał stanowić

podstawę przy dokonywaniu rozliczeń z wykonawcą - w zakresie części Przedmiotu Umowy objętej TER. Nie jest on też dokumentem potwierdzającym spełnienie warunków udziału w zamówieniu.

W świetle treści oferty, jak również złożonych przez Odwołującego Wyjaśnień NRC nie ulega wątpliwości, że Wykonawca w ofercie ujął całość wymagań Zamawiającego związanych z wykonaniem zamówienia i nie zachodzi niezgodność pomiędzy treścią oferty Odwołującego a zakresem zobowiązania, które Zamawiający opisał w dokumentach zamówienia i którego przyjęcia oczekuje. Nie sposób przyjąć, że analizowana sytuacja stanowi niezgodność oferty z SWZ, skoro niezgodność treści oferty z treścią SWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego.

Powyższe potwierdza ugruntowana linia orzecznicza KIO min.:

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 września 2024 r., KIO 2816/24: "Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zaś zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych warunki zamówienia to 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. Istnieje możliwość posłużenia się przez zamawiającego w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia nazwą zamawianego towaru w znaczeniu zwyczajowym, rodzajowym, wskazując wzorzec przedmiotu zamówienia, a nie konkretny materiał, z którego ma on być wykonany, czy którym ma być wypełniony."

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 sierpnia 2024 r., KIO 2776/24: "Odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych jest możliwe wówczas, gdy ta niezgodność ma charakter zasadniczy i nieusuwalny, a Zamawiający może w sposób jednoznaczny stwierdzić mając na uwadze treść złożonej oferty, że nie jest możliwa realizacja zamierzonego w postępowaniu celu.";

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lutego 2024 r., KIO 348/24 "Niezgodność treści oferty z treścią SWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego".

Wyrok KIO z 10.11.2010 r., KIO/UZP 2349/10, LEX nr 707492. :„W zakresie zarzutu naruszenia przepisu art. 82 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy p.z.p. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego. Izba wskazuje, iż nie można mówić o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, której w rzeczywistości nie ma. Zamawiający precyzyjnie określił co ma składać się na ofertę wskazując m.in. na obowiązek sporządzenia Tabeli Elementów Rozliczeniowych. W ocenie Izby nie sposób wywieść z zapisów SIWZ obowiązku załączenia do oferty załączników nr 1-4 w oparciu, o które m.in. należało sporządzić i wycenić niektóre pozycje TER. Już sama forma załączników (brak wersji edytowalnej, możliwej do wypełnienia przez wykonawców) wskazuje, iż nie były one wymagane jako część oferty. Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, który wskazywał iż załączniki 1-4 miały jedynie charakter pomocniczy i miały umożliwić wykonawcom wycenę elementu scalonego. Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego, który wykazywał iż integralną częścią TER winny być załączniki 1-4. Na potwierdzenie takiej tezy brak jakichkolwiek zapisów SIWZ, zamawiający nie określił nawet brzmienia tabeli elementów rozliczeniowych i tym bardziej nie sposób uznać, iż integralną częścią TER winny być załączniki 1-4 (przedmiary robót) w oparciu o które należało jedynie wyliczyć wartości niektórych pozycji TER-u. Odwołujący w rozdz. X pkt 2 SIWZ precyzyjnie określił w oparciu o jakie dane należało dokonać wyceny oferty i otrzymane sumy zawrzeć w treści TER-u."

Wyrok KIO z 25.06.2021 r., KIO 1257/21, LEX nr 3197927.: Zamawiający w TER podzielił wprawdzie zakres zamówienia wyspecyfikował pewne grupy robót koniecznych do wykonania, jednak nie wskazał szczegółowo w tym dokumencie ani ilości prac, które musi wykonawca ująć obliczając ceny jednostkowe, ani też w SWZ nie zamieścił żadnych postanowień regulujących kwestię podziału całkowitej kwoty wynagrodzenia na poszczególne części składowe, a także innych ograniczeń podziału odnoszących się do całkowitej kwoty wynagrodzenia. Innymi słowy, zamawiający nie wskazał innego, szczegółowego sposobu obliczenia ceny, niż podanie łącznej ceny ryczałtowej w formularzu oferty (z kolei Formularz oferty przewidywał podanie wyłącznie łącznej ceny ryczałtowej za realizację zamówienia). Dokument TER będzie miał zatem tylko znaczenie w przypadkach, opisywanych w przywołanych zapisach SWZ oraz w § 20 wzoru umowy, a więc w sytuacji gdy nie zostanie zrealizowany pewien zakres prac w nim ujęty. Wówczas zamawiający posłuży się TER do wyliczenia zmniejszeń, wynikających z niezrealizowania całego zakresu robót. Izba stwierdziła, że Solid-Bruk w sposób prawidłowy określił łączną cenę oferty w Formularzu ofertowym. Z kolei zaprezentowany przez niego w dokumencie TER sposób obliczenia poszczególnych cen jednostkowych jest irrelewantny w kontekście oceny zarówno zakresu robót przyjętych przez danego wykonawcę w poszczególnych pozycjach (zakres określono bowiem w

dokumentacji projektowej), jak też przyjętych cen jednostkowych (zamawiający nie opisał bowiem jaki zakres w danej pozycji ująć).

Warto tutaj wskazać na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2023 roku w połączonych sprawach KIO 646/23 i KIO 648/23, w którym Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że:

Co jednak ponownie należy podkreślić, dla zaistnienia możliwości odrzucenia oferty na ww. podstawach konieczne jest ziszczenie się innych rodzajowo okoliczności. Z ugruntowanego już orzecznictwa oraz poglądów doktryny wynika, że zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP może okazać się skuteczny w razie wykazania przez odwołującego niezgodności oferty jego konkurenta z warunkami zamówienia, która to niezgodność ma charakter jednoznaczny. Oznacza to, że owa niezgodność zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest przy tym, że niezgodność ta musi być oczywista i niewątpliwa.

Nie można jednak uznać, że o niezgodności oferty wykonawcy z warunkami zamówienia przesądza tylko i wyłącznie zaoferowanie za realizację danej pozycji kosztorysowej stawki rażąco niskiej. Powyższe stanowi ewentualną podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP, a nie w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP. Dla skutecznego postawienia zarzutu niezgodności oferty wykonawcy z warunkami zamówienia, Odwołujący musiałby wykazać, że przyjęte przez jego konkurenta założenia albo dane do kalkulacji ceny potwierdzają, że w istocie zaoferowane przez niego świadczenie na rzecz Zamawiającego nie jest tym, którego Zamawiający oczekiwał, tj. że przedstawiona przez niego wycena nie obejmowała wszystkich warunków realizacji zamówienia. Odwołujący powinien przy tym móc jednoznacznie wskazać w jakim zakresie oferta wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, a nie wywodzić ten fakt jedynie z racji rażąco niskiej stawki za realizację określonej pozycji.

Ponadto już tylko na marginesie wskazuje, iż pomiędzy dokumentami SWZ a tabelą TER istnieje pewna niejednoznaczność. Mianowicie w pkt. 17 SWZ IDW zostało wskazane, że TER nie podlega samodzielnym modyfikacją, natomiast w TER wskazane zostało, iż ilości podane przez Zamawiającego są poglądowe. Z tego powodu też Odwołujący przyjął ilości takie jak wskazał Zamawiający. Dla odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., niezbędne jest stwierdzenie i wykazanie przez zamawiającego niezgodności treści oferty z określonymi przez niego warunkami zamówienia, przy czym podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości (wyrok KIO z 10.08.2021 r., KIO 1992/21). W związku z tym opis tych warunków, które zarzuca Zamawiający Odwołującemu powinien być precyzyjny i jednoznaczny. Zachowuje aktualność zasada, że niejasne, pozwalające na różną interpretację postanowienia dotyczące postanowień dokumentów składających się na SWZ, nie mogą skutkować negatywnie dla wykonawcy, bowiem to zamawiający jest ich autorem i to on powinien zadbać o ich właściwy opis. Kwestia ta jest o tyle istotna, iż Zamawiający z jednej strony wprowadza limity oraz ograniczenia modyfikacji, a z drugiej wskazuje, iż Wykonawcy mogą samodzielnie zmieniać niektóre kwestie zamieszczone w TER.

Konieczne jest również odniesienie się do kwestii zbyt daleko idącej ingerencji Zamawiającego w kształtowanie ceny oferty przez Wykonawców. Każdy wykonawca ma prawo do przyjęcia własnych założeń kalkulacyjnych co do przyjętych kosztów realizacji zamówienia. Jak wskazało KIO (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 września 2024 r., KIO 2769/24): "Oferowana cena jest zawsze wynikiem indywidualnej strategii biznesowej wykonawcy i zakładanego ryzyka, a sposób jej kalkulacji (jeśli nie określił tego zamawiający) wynika z własnych założeń i przyjętych metodologii kalkulacji." Zamawiający narzuca sztywną strukturę rozliczania poszczególnych pozycji, jednak Wykonawca, jako profesjonalista, powinien mieć możliwość realnego rozłożenia kosztów zgodnie z najlepszymi praktykami inżynieryjnymi i organizacyjnymi, a nie wyłącznie według sztywnych tabel Zamawiającego.

Odnosząc się zatem do stanowiska Odwołującego związanego z możliwością wykorzystania rezerwy oraz zysku wskazuje, że ukształtowanie wynagrodzenia przez wykonawcę winno umożliwiać należyte spełnienie świadczenia i brak jest możliwości narzucania jego elementów składowych przez podmiot zamawiający. Zamawiający wywodził z powyższego rzekomą niezgodność oferty z SWZ, podczas gdy Odwołujący zgodnie z obiektywnym stanem rzeczy uzasadnionym specyfiką przedmiotu zamówienia poinformował Zamawiającego, o kosztach które uwzględnił i jakie wartości w tym zakresie przyjął, aby zagwarantować należytą realizację zamówienia. Odwołujący uzasadnił, z czego wynika brak przyjęcia konkretnych wartości czy ilości. W wyjaśnieniach wskazał też, że kalkulacja poszczególnych pozycji obarczona jest ryzykiem, ale koszt tego ryzyka wliczony jest do ogólnej wartości oferty. Odwołujący również

założył zysk w postaci 5%. Wobec tego nie ma możliwości, iż zastosował on tzw. inżynierie cenową.

Powyższe twierdzenia mają odzwierciedlenie również w orzecznictwie KIO. W Wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 października 2017 r. KIO 1995/17 Izba wskazał: "Zupełnie inne znaczenie należy nadać (przypisać) poszczególnym składnikom kosztotwórczym na etapie wyceny (będących wówczas składnikami ceny ofertowej), a inne na etapie realizacji zamówienia (będących wówczas składnikami wynagrodzenia). O ile na etapie realizacji ryzyko pokrywane jest, co do zasady z zysku (marży - czyli różnicy pomiędzy kosztami a przychodem) i zmniejsza wysokość osiągniętego zysku, o tyle na etapie wyceny (kalkulowania wynagrodzenia) osobna pozycja „ryzyko" wraz z osobną pozycją „zysk - marża" stanowi równoprawny element kształtujący cenę stanowiący swoistą rezerwę przychodów nad kosztami. Z samej definicji wynika, że to właśnie zysk co do zasady (przez jego odpowiednie podwyższenie) winien obejmować rezerwę kosztów na wypadek wystąpienia nieprzewidzianych (ryzykownych) czynników - jednak ten pierwszy może zostać pomniejszony o koszt ryzyka dopiero na etapie realizacji. Ryzyko jest ze swej istoty zdarzeniem przyszłym i niepewnym - zatem jego osobne skalkulowanie na etapie wyceny, dopóki nie wystąpi na etapie realizacji, jest równoprawne i wpisuje się w zysk wykonawcy. Przeznaczanie tej pozycji na ewentualne nieprzewidziane wydatki jest całkowicie uprawnione i naturalne, gdyż stanowi ono niezagospodarowaną część przychodów wykonawcy ujmowaną jako odrębna pozycja właśnie w takim celu. Wykorzystanie tej pozycji dla pokrycia nieprzewidzianych kosztów jest nie tylko naturalne, ale samo ujęcie ryzyka w odrębnej, poza zyskiem, pozycji należy uznać za atut procesu obliczania wynagrodzenia - nie zaś za jego wadę."

Na koniec wskazuje, iż zastosowany przez Odwołującego sposób kalkulacji kosztów nie spełnia przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji określonych w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ nie narusza dobrych obyczajów ani nie zagraża lub nie ogranicza konkurencji w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami. Przesunięcie kosztów między pozycjami Tabeli Elementów Rozliczeniowych wynikało z technicznej konieczności zapewnienia spójności procesu badawczo-dokumentacyjnego oraz obiektywnej logiki realizacji prac, a nie z intencji wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Wykonawca w sposób transparentny przedstawił strukturę kalkulacji, co wyklucza zarzut działania w warunkach nieuczciwej konkurencji. Ponadto Zamawiający przeprowadził weryfikację oferty pod kątem rażąco niskiej ceny i nie stwierdził, aby oferta była nierealistyczna lub niemożliwa do wykonania, co jednoznacznie potwierdza jej rynkowy charakter i brak naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy p.z.p. jest niezasadny.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 15 lutego 2023 roku w połączonych sprawach KIO 237/23 i 239/23 skoro więc oferta Przystępującego nie wymagała wyjaśnienia w trybie art. 224 ust. 1 ustawy PZP, tym bardziej nie podlegała odrzuceniu jako złożona z rażąco niską ceną w trybie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP (zarzut przedwczesny), to tym samym jej złożenie nie stanowiło czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na utrudnieniu dostępu do rynku innym wykonawcom poprzez oferowanie usług poniżej kosztów ich realizacji.

Odwołujący dodatkowo wskazuje, że orzeczenia przytoczone przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty dotyczą odmiennych stanów faktycznych, co wyklucza możliwość ich bezpośredniego zastosowania w niniejszym postępowaniu. Każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego charakteryzuje się unikalnym zakresem, specyfiką dokumentacji przetargowej oraz sposobem kształtowania formularzy ofertowych, w tym załączników wymaganych przez Zamawiającego. Tym samym odnoszenie się do rozstrzygnięć wydanych w innych sprawach, bez uwzględnienia ich specyfiki, prowadzi do błędnej interpretacji i nie może stanowić podstawy do podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Mając na względzie powyższe odwołanie zasługuje na uwzględnienie a zaskarżona czynność powinna zostać wyeliminowana z obrotu prawnego.

Odpowiedź zamawiającego - pismo z dnia 18 marca 2025r.

Działając w imieniu Zamawiającego, na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej określanej jako: „Pzp") składam odpowiedź wnosząc o: oddalenie odwołania w całości; obciążenie kosztami postępowania Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy p.z.p. przez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że Odwołujący złożył ofertę, której treść jest zgodna z warunkami zamówienia;

2. art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy p.z.p. przez odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż oferta Odwołującego nie wypełnia przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej

konkurencji;

3. art. 239 ustawy p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy p.z.p. przez wybór oferty Wykonawcy - Konsorcjum w składzie Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Sp. z o.o. Sp. k. (Lider Konsorcjum) oraz Pracownia Inżynierska KLOTOIDA Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) mimo, że oferta ta nie jest najkorzystniejszą ofertą, w wyniku czego naruszono zasadę przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący domaga się uwzględnienia odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawcy;

2. unieważnienie odrzucenia oferty Odwołującego;

3. powtórzenie badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Zamawiający podnosi, że zarzuty odwołania oraz wnioski Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu.

Zamawiający podtrzymuje swoją ocenę, że w przypadku oferty Odwołującego wypełniły się przesłanki odrzucenia, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5) oraz pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa Pzp). Odwołujący w sposób nieuprawniony i niezgodny z warunkami zamówienia, naruszając zasadę uczciwej konkurencji, przeniósł znaczną część kosztów bezpośrednich pozycji fakultatywnej bezsprzecznie rozliczanej obmiarowo do innych pozycji koniecznych do wykonania rozliczanych ryczałtowo i realizowanych na innym etapie wykonania przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że w przypadku pozyskania zamówienia - niezależnie czy zakres fakultatywny wykona czy też nie - otrzyma za niego znaczną część wynagrodzenia.

Zauważyć należy, że Zamawiający badając realność ceny oferty Odwołującego nie uznał, że jest ona rażąco niska. Nie oznacza to jednak, jak próbuje wywieść Odwołujący, że Zamawiający badając i oceniając oferty w tym konkretnym zakresie może pomijać inne okoliczności, a w szczególności takie działania Wykonawców, które winny skutkować odrzuceniem oferty. Jeżeli powstaną okoliczności, które obligują Zamawiającego do odrzucenia oferty, to nie mogą być one sanowane jedynie przez fakt ceny, która w postępowaniu okazuje się być najniższą spośród zaoferowanych (patrz stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 22.03 2022 r. Sygn. akt XXIII Zs 9/22).

W tym stanie faktycznym nie ma mowy o hipotetycznej, pozostającej w sferze interpretacyjnej niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. Wobec jednoznacznych oświadczeń Odwołującego złożonych w wyjaśnieniach RNC oraz przedłożonych dowodach (w tym oferty Podmiotu udostępniającego zasoby - Geodrilltech Sp. z o.o.), Zamawiający nie ma wątpliwości, że Odwołujący nie zawarł w cenie jednostkowej poz. 3.2. Tabeli A TER „Wiercenia badawcze umożliwiające pobór prób gruntu i skał klasy 1 - 2 (kategoria pobierania prób A) wraz z pomiarami geodezyjnymi i nadzorem geologicznym oraz badaniami laboratoryjnymi gruntu/skał - badania w celu wyznaczenia parametrów geotechnicznych zgodnie z Załącznikiem 4.3.5. "Wytycznych ..." - tabela 41 i tabela 42 - badania wskazane jako (W)" co najmniej 80% kosztów bezpośrednich tej pozycji i w sposób nieuprawniony, naruszając zasady uczciwej konkurencji - przeniósł je do innych pozycji TER, w tym m. in. do pozycji A.1.5 TER, która stanowi minimalną wartość zobowiązania Zamawiającego (§ 5 ust. 7 Projektowanych postanowień umowy - PPU tom II SWZ).

W ocenie Zamawiającego pominięcie tych okoliczności i akceptacja proponowanego przez Odwołującego podejścia do sporządzania wyceny jest nieakceptowalne.

Odnosząc się kolejno do zarzutów odwołania:

Ad. I. Odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo iż Odwołujący złożył ofertę, której treść jest zgodna z warunkami zamówienia.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z warunkami zamówienia. Wykonawca wprost naruszył literalne brzmienie warunków zamówienia w zakresie sposobu kalkulacji ceny jednostkowej poz. 3.2. Tabeli A TER, ale też innych pozycji TER, do których przeniósł znaczną część jej kosztów bezpośrednich, co jednoznacznie przyznał w treści wyjaśnień RNC (fragment przywołany w odwołaniu (12)).

W przypadku zaistnienia obligatoryjnych podstaw odrzucenia oferty, Zamawiający nie ma przestrzeni do uznaniowego działania, miarkowania konsekwencji zaistniałych nieprawidłowości. Prowadziłoby to bowiem do niezgodności z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący buduje główną oś argumentacji zarzutów próbując wykazać ryczałtowy charakter wynagrodzenia za wykonanie przedmiotowego zamówienia (patrz m. in. pkt (15) - (18) odwołania). Nie znajduje to jednak uzasadnienia i nie

sposób się z przedstawioną przez Odwołującego argumentacją zgodzić. Wybiórcze i korzystne z uwagi na treść zarzutów traktowanie warunków zamówienia przez Odwołującego potwierdza, że decyzja - jaką podjął Zamawiający o odrzuceniu jego oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia - była w pełni uzasadniona.

Odwołujący przywołując treść dokumentów zamówienia (pkt (17) odwołania) celowo pomija postanowienia § 2 ust. 3 - 4 Projektowanych Postanowień Umowy (Tom II SWZ), które w okolicznościach przedmiotowej sprawy są istotne i bez wątpliwości świadczą, że wynagrodzenie ma charakter mieszany, gdzie część pozycji rozliczana jest kosztorysowo a część ryczałtowo. Zgodnie z § 2 PPU:

„3. Strony ustalają, że rzeczywista wysokość wynagrodzenia zależy od wykonanego zakresu przedmiotu Umowy i będzie płatna zgodnie z zasadami określonymi w TER oraz z uwzględnieniem zapisów niniejszego paragrafu.

Wynagrodzenie będzie płatne w częściach, zgodnie z podziałem płatności zawartym w TER, przy czym Strony postanawiają, że wynagrodzenie będzie rozliczone z uwzględnieniem następujących zasad:

1) odbiorom i rozliczeniu będą podlegały kompletne Elementy TER/części Elementów TER;

2) w przypadku, gdy dla danego Elementu TER przewidziane jest wynagrodzenie ryczałtowe - wynagrodzenie za Element TER stanowi kwota ryczałtowa podana przez Wykonawcę w TER;

3) w przypadku, gdy dla danego Elementu TER przewidziane jest wynagrodzenie rozliczane za pomocą cen jednostkowych (pozycje określone jako obmiarowe) - wynagrodzenie za Element TER stanowi iloczyn ilości faktycznie wykonanych jednostek i cen jednostkowych podanych przez Wykonawcę w TER

4. Zmiana ilości jednostek, w przypadku których wynagrodzenie rozliczane jest za pomocą cen jednostkowych (pozycje określone jako obmiarowe), nie ma wpływu na ceny jednostkowe podane przez Wykonawcę w TER."

Zarówno minimalna wartość zobowiązania Zamawiającego określona w § 5 ust. 7 PPU jak i maksymalna wartość zobowiązania określona w § 2 ust. 1a PPU, wynika z przepisów ustawy Pzp, ale w przedmiotowym przypadku te zapisy nie są jedynymi i niezależnymi zapisami. PPU wraz z załącznikami czytane całościowo, a nie wybiórczo - jak czyni to Odwołujący - nie usprawiedliwia twierdzenia o ryczałtowym, niezależnym od zakresu wykonania, charakterze wynagrodzenia ustalonego w przedmiotowym postępowaniu.

Ustalone wynagrodzenie ma charakter wynagrodzenia mieszanego, tj. zawiera zarówno elementy, które ustalone zostały jako ryczałt, jak również zawiera elementy, które rozliczane są kosztorysowo, a takich pozycji przewidziano siedem w tym poza dokumentacją geologiczną m in. mapa do celów projektowych, dokumentacja geotechniczna.

Odwołujący celowo pomija także inne postanowienia warunków tego zamówienia, a które w pełni przywołał Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia jego Oferty, wskazujące jednoznacznie na mieszany tj. kosztorysowo - ryczałtowy charakter wynagrodzenia tj. m.in.:

-w Formularzach TER, w tym Tabelach A-D TER - Tom IV SWZ - w szczególności dla potrzeb tej sprawy Załącznik 1A - Tabela A TER (dalej: Tabela A TER),

- w Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej OPZ) - Tom III SWZ - w szczególności Dokument 7 - Opracowania geologiczne i geotechniczne (Załącznik nr 2 do OPZ).

Wobec powyższego, nie sposób zgodzić się z Odwołującym, kiedy podnosi w odwołaniu, że „nie ma podstaw do uznania, iż wynagrodzenia wynikające z TER powinno mieć charakter mieszany kosztorysowo-ryczałtowy".

Zamawiający dla uwypuklenia tego błędu, jaki pojawia się w argumentacji Odwołującego jego własnym stwierdzeniem, gdzie przyznał, „że o sposobie ustalenia wynagrodzenia decydują postanowienia SWZ, w tym przyjęty wzór umowy". Dokładna analiza tych dokumentów bezsprzecznie obala twierdzenie Odwołującego, że wynagrodzenie za wykonanie tego zamówienia należy kwalifikować jako wynagrodzenie ryczałtowe.

W zakresie dokumentacji geologicznej Zamawiający mógł określić jej wartość jako jedną pozycję, bez wpływu na kryteria cenotwórcze tego elementu umowy. Takie formularze cenowe opracowywał Zamawiający dla postępowań przed 2019 r. Na wnioski środowiska Wykonawców skupionych w stowarzyszeniach reprezentujących ich interesy i po postępowaniach przed KIO, w których te interesy były ważone Zamawiający wprowadzał zmiany w tym zakresie, wpływające zarówno na lepszą porównywalność ofert, jak i rozłożenie ryzyk wynikających z ujawnianych w toku inwestycji warunków terenowych, które znacząco wpływały na kosztotwórczy czynnik wynagrodzenia należnego Wykonawcy. Na skutek tych zmian, zamiast ryczałtowego wynagrodzenia należnego Wykonawcy za prace geologiczne, doszło do przejścia na wynagrodzenie kosztorysowe, skutkiem czego wykonawcy mają w dodatkowym formularzu (w

tym postępowaniu zał. 1A - Tabela A TER) obowiązek wskazywania pozycji, według których to wynagrodzenie należy obliczyć. Warunki terenowe, jakie napotka Wykonawca przy opracowywaniu Koncepcji, nie będą miały wpływu na rzeczywiste koszty poniesione przez Wykonawcę na wykonanie tego typu dokumentacji, bowiem wynagrodzenie za nią będzie ustalone zgodnie z potrzebami inwestycji. Badania będą przeprowadzone w takim zakresie, jak to konieczne, bez wpływu na zwiększenie zysku Wykonawcy bądź doprowadzenia do powstania straty po jego stronie ale z rzeczywistymi potrzebami inwestycji. Wszystko to jednak zakłada realną, rzeczywistą, rynkową wycenę wszystkich elementów wpływających na cenę w tym zakresie. Wynagrodzenia za rzeczywiste wykonanie pozycji A.1.6. TER, której wartość należało przenieść z Tabeli A TER, a która zawiera m inn. poz. 3.2. Tabeli A TER (istotną w okolicznościach tej sprawy) będzie płatna z zasadami określonymi w TER oraz z uwzględnieniem zapisów § 2 PPU.

W tym kontekście całkowicie nie znajduje odzwierciedlenia w dokumentach zamówienia twierdzenie Odwołującego (pkt (23) odwołania):

Zgodnie z warunkami PPU cena kontraktowa będzie stanowiła ryczałtową kwotę i będzie podlegała korektom zgodnie z Kontraktem. Ryczałtowy charakter wynagrodzenia Wykonawcy potwierdza treść samego formularza ofertowego. Skutki takiego uregulowania przesądzają o tym, że jeżeli wykonawca w ofercie stwierdza, że wykona przedmiot zamówienia za kwotę ryczałtu i z poszanowaniem postanowień SWZ to oznacza, że ma obowiązek wykonać cały przedmiot zamówienia.

Przyjęcie takiej optyki, powodowałoby, że formularz Oferty (Formularz 2.1) należałoby traktować w oderwaniu od pozostałych dokumentów zamówienia, a w szczególności pozostałych zapisów Instrukcji dla wykonawców, Opisu przedmiotu zamówienia i Projektowanych postanowień umowy oraz, a może przede wszystkim Formularzy TER.

Błędny jest również pogląd Odwołującego jakoby w tej sprawie: załączona do oferty Tabela Elementów Rozliczeniowych ma jedynie charakter informacyjny, pomocniczy, służyć będzie do późniejszego rozliczenia umowy, powołując się na wyrok KIO 2155/20 z 12.10.2020 r. - niestety rzeczowo nieadekwatny do stanu faktycznego przedmiotowej sprawy (pkt (24) i (25) odwołania), czy też wyrok KIO 370/23 z dnia 22.02.2023 r., który z kolei odnosi się do usług nadzoru (pkt (26) odwołania).

W tym przypadku nie mamy do czynienia z ceną ryczałtową. Większość pozycji objętych Tabelą A TER, w tym poz. 3.2. Tabeli A TER: Wiercenia badawcze umożliwiające pobór prób gruntu i skał klasy 1 - 2 (kategoria pobierania prób A) wraz z pomiarami geodezyjnymi i nadzorem geologicznym oraz badaniami laboratoryjnymi gruntu/skał - badania w celu wyznaczenia parametrów geotechnicznych zgodnie z Załącznikiem 4.3.5. "Wytycznych ..." - tabela 41 i tabela 42 - badania wskazane jako (W) stanowi pozycje rozliczane obmiarowo, a zatem ma charakter kosztorysowy.

Zgodnie z Tabelą A TER: ilość robót i badań podano orientacyjnie, rozliczenie nastąpi na podstawie ilości faktycznie wykonanych robót wg cen jednostkowych podanych w niniejszym formularzu. Badania, roboty terenowe należy wykonać w nawiązaniu do projektowanych rozwiązań zgodnie z zasadami i warunkami określonymi w rozdziałach oraz załącznikach do "Wytycznych ..." przypisanych w kolumnie "A" danej pozycji.

3 Cena jednostkowa za wykonanie wierceń, sondowań, badań geofizycznych oraz innych czynności objętych rozliczeniem obmiarowym obejmuje:

- uzyskanie dostępu do nieruchomości w tym uzyskanie we własnym zakresie pisemnych zgód właścicieli nieruchomości, na których planowane jest wykonanie badań i wierceń i sondowań oraz w przypadku o którym mowa w 4.3.1. - koszt związany z przygotowaniem i złożeniem wniosku lub wniosków do Wojewody;

- tyczenie geodezyjne i niwelacja,

- wykonanie wierceń, sondowań, badań geofizycznych oraz innych czynności objętych rozliczeniem obmiarowym;

- koszt przywrócenia nieruchomości do stanu poprzedniego,

- koszty odszkodowań z tytułu wyrządzonych szkód uwzględniające brak dostępu do nieruchomości, na których wykonywano prace, zgodnie z decyzją Wojewody,

- wykonywanie kompleksowej dokumentacji fotograficznej,

- Opracowania geologiczne i geotechniczne

- w przypadku potrzeby koszt zapewnienia dojazdu lub wykonania platform roboczych niezbędnych dla wykonania wszystkich zaplanowanych wierceń i sondowań,

- opracowywania dla Zamawiającego sprawozdań dotyczących postępu prac we wskazanym przez Zamawiającego okresie,

- w przypadku potrzeby dokonanie rozpoznania saperskiego,

- wykonanie pomiarów i badań laboratoryjnych koniecznych dla prawidłowego rozpoznania podłoża na potrzeby planowanej inwestycji w zakresie określonym w niniejszym dokumencie,

- udział w spotkaniach i naradach,

- przechowywanie próbek gruntów, skał i wody pobranych w trakcie prac terenowych w sposób zapewniający ich ochronę przed uszkodzeniem, zniszczeniem oraz przed nadmiernymi zmianami temperatur.

a także inne elementy opisane w niniejszym dokumencie."

Nie sposób przyjąć także argumentacji Odwołującego (pkt (29) odwołania) iż „zmiana rozliczenia prac w zakresie TER nie miała znaczenia dla ustalenia samego zakresu tych prac".

W odniesieniu do przedmiotowej sprawy należy podkreślić, że zakres obejmujący pozycje Tabeli A TER, których suma określa wartość pozycji A.1.6. TER pn. „PROJEKT ROBÓT GEOLOGICZNYCH (PRG) DOKUMENTA GEOLOGICZNO-INŻYNIERSKA (DGI) - opracowania fakultatywne Zgodnie z tabelą "A" - załącznik 1A" - jest zakres fakultatywnym. Jeżeli więc Wykonawca nie będzie wykonywał tego zakresu, to ustalona w TER wartość nie będzie mu wypłacona. „Przerzucenie" do innej pozycji, wypłacanej Wykonawcy niezależnie od tego, czy wykona fakultatywny zakres, czy nie, nie znajduje usprawiedliwienia i nie może zostać zaakceptowane w okolicznościach niniejszej sprawy. Zamawiający precyzyjnie określił jak należy obliczyć cenę oferty, w tym jej elementy składowe (ceny jednostkowe i ryczałtowe), określił zasady płatności zarówno dla zakresu rozliczanego ryczałtowo jak i obmiarowo, jednoznacznie wskazując zakres prac, które w cenie jednostkowej w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia danej pozycji TER należy ująć.

Nie sposób przyjąć za zasadne stanowiska Odwołującego wyrażonego w pkt (11) odwołania o „rzekomej" niezgodności treści jego oferty z warunkami zamówienia. W tym przypadku niezgodność ta jest ewidentna, na co sam Odwołujący zwraca „szczególną uwagę" w wyjaśnieniach RNC (przytoczony w (12) uzasadnienia).

Skoro w Instrukcji dla Wykonawców (dalej: IDW) - Tom I SWZ pkt 17 Sposób obliczenia ceny oferty Zamawiający precyzyjnie wskazał, m.in. że:

Każda cena jednostkowa zawarta w Ofercie powinna obejmować całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzach TER (pkt 17.3. IDW) nie sposób przyjąć innego znaczenia niż to, że cena jednostkowa każdej pozycji (a więc zarówno pozycja A.1.6 TER, której wartość należało przenieść z Tabeli A TER, każdej pozycji opisanej w Tabeli A TER, pozycja A.1.19, której wartość należało przenieść z Tabeli B TER, każdej pozycji opisanej w Tabeli B TER, jak i inne pozycje TER, w tym każdej pozycji opisanej w Tabelach C i D TER).

Zatem w cenie jednostkowej 1 mb wierceń badawczych ich koszt bezpośredni nie może zostać ujęty tylko częściowo (nie mówiąc o innych kosztach, w tym kosztach pośrednich i kosztach ryzyka).

Skoro Podwykonawca - Geodrilltech Sp. z o.o., który zobowiązał się udostępnić zasoby Odwołującemu i którego ofertę sporządzoną na Formularzu Tabeli A TER na dowód realności ceny swojej oferty przedstawił Odwołujący w wyjaśnieniach RNC, zobowiązał się wykonać 1 mb wierceń badawczych w cenie 500 zł netto, to w żaden sposób nie można przyjąć że cena jednostkowa 1 mb tych wierceń wskazana przez Odwołującego w poz. 3.2 Tabeli A TER na poziomie 100 zł netto obejmuje całkowity koszt wykonania tej pozycji. Fakt ten stwierdza wprost Odwołujący, cytując w odwołaniu (12) własne wyjaśniania RNC, przyznając się tym samym do nieuprawnionego przeniesienia kosztów do innych pozycji TER:

„Cena jednostkowa oferty podwykonawczej wynosząca 500 zł/mb jest wyższa od ceny zaoferowanej w ofercie wynoszącej 100 zł/mb. Dla założonych 100 mb wierceń różnica w kwocie za ten zakres prac wynosi 40.000,00 zł i jest pokrywana z rezerwy na innych podpozycjach dla opracowań geologicznych i geotechnicznych."

Na szczególną uwagę zwraca, w kontekście zarzutów odwołania, zastrzeżenie Zamawiającego co do braku podstaw do ingerencji w TER, tak by zapewnić porównywalność składanych ofert. Wynikał z niego obowiązek oferentów do takiego skalkulowania każdej pozycji w ofercie zgodnie z Tabelą, by żaden z nich nie tworzył dodatkowych pozycji. W samej Tabeli nie było pozycji odrębnej pozycji „ryzyka" czy „rezerwa".

Odwołujący stwierdza, że wkalkulowanie niektórych kwestii w pozycję ryzyka nie stanowią automatycznie o niezgodności

treści oferty z warunkami zamówienia. W ocenie Zamawiającego koszt wdrożenia i utrzymania tymczasowej organizacji ruchu na potrzeby wykonywania badań podłoża gruntowego oraz koszty analizy stateczności nie może być przyjęty jako ryzyko, w rozumieniu tego pojęcia jako np. mniejsze lub większe prawdopodobieństwo wystąpienia nieoczekiwanych okoliczności o negatywnym (zagrożenie) wpływie na projekt czy stan finansowy przedsiębiorstwa. Zakres ten jak wynika z pkt 8 Dokumentu 7 - Opracowania geologiczne i geotechniczne powinien być skalkulowany w cenie ryczałtowej lub jednostkowej konkretnej pozycji. Jest to pozycja konieczna dla opracowania wykonania tych badań. Jest jednym z kosztotwórczych elementów tych czynności.

Ponadto, nawet gdyby bezkrytycznie przyjąć taką interpretację, wobec warunków tego zamówienia, nadal - w każdej cenie jednostkowej danej pozycji należało ująć całkowity jej koszt, a więc i koszty ryzyka z nią związanego.

Niezaprzeczalnie przedstawiony przez Odwołującego sposób kalkulacji ceny co najmniej poz. A.1.6 TER i A.1.19 TER powoduje sprzeczność treści jego oferty z warunkami zamówienia.

Nie jest argumentem w okolicznościach tej sprawy, że „Złożone na wezwanie wyjaśnienia wprost wskazują, które koszty zostały uwzględnione w danej pozycji oraz że koszty wycenione w ramach innych pozycji są związane z tymi pozycjami." (pkt (22) odwołania). Zarówno Konsorcjum E&C, jak i inni Wykonawcy biorący udział w tym postępowaniu zobligowani byli w każdej cenie jednostkowej zawartej w Ofercie zawrzeć całkowity koszt wykonania danej pozycji w przyjętej jednostce czasu/ilości rozliczenia w Formularzach TER (pkt 17.3. IDW).

Niezgodne z prawdą jest twierdzenie Odwołującego, że: „ukształtowanie wynagrodzenia przez wykonawcę winno umożliwiać należyte spełnienie świadczenia i brak jest możliwości narzucania jego elementów składowych przez podmiot zamawiający" (pkt (41) odwołania). Zamawiający wyraźnie i dosłownie wskazał jakie elementy powinna zawierać cena objęta daną pozycją.

Na kanwie obowiązujących przepisów prawa zamówień publicznych Wykonawca, jako profesjonalista, musi przede wszystkim kształtować ceny przy założeniach i w granicach określonych warunkami zamówienia. Jak wynika z zapisów SWZ, w tym postępowaniu prawo wykonawcy do swobodnego kształtowania ceny zostało ograniczone wymaganiami Zamawiającego zdefiniowanymi w sposób jednoznaczny w warunkach zamówienia. Tym samym Wykonawca błędnie założył, że był uprawniony w pełnym zakresie do „swobodnego kształtowania cen jednostkowych w oparciu o politykę finansową firmy i założenia w zakresie realizacji prac projektowych.

Nadmienić należy, że doktryna adekwatna do realiów tej sprawy całkowicie odmiennie odnosi się do argumentacji Konsorcjum E&C (pkt (22) odwołania), gdzie Odwołujący próbuje wywieść, że skoro Zamawiający w treści SWZ „nie przewidział, że przeniesienie kosztów między poszczególnymi pozycjami skutkować będzie odrzuceniem oferty", to takie działanie będzie akceptowane.

Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 22.03 2022 r. Sygn. akt XXIII Zs 9/22: „Nie może w tym zakresie zasługiwać zatem na aprobatę stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, która w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku podniosła, jakoby Zamawiający nie zakazał ujęcia ceny danej pozycji w innych pozycjach, a w treści SWZ nie przewidziano, że przeniesienie kosztów między poszczególnymi pozycjami, czy też przekroczenie określonych w TER limitów skutkować będzie odrzuceniem oferty. Tym samym zasadnie podnosi Skarżący, iż nie może mieć znaczenia fakt, czy Zamawiający w SWZ wprost zakazał przenoszenia kosztów pomiędzy pozycjami, skoro zakaz ten jest naturalną konsekwencją nakazu ujęcia w każdej cenie jednostkowej całkowitego kosztu wykonania danej pozycji (pkt 17.3 SWZ)".

Orzecznictwo przywołane przez Odwołującego, w ocenie Zamawiającego wydaje się nieadekwatne do stanu faktycznego tej sprawy, jednak w treści orzeczeń Zamawiający znajduje istotne na poparcie swojej decyzji o odrzuceniu jego oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia stwierdzenia Izby, obalające jednocześnie argumenty Odwołującego:

z wyroku KIO 646/23 i KIO 648/23 z dnia 21.03.2023 r.: „W pierwszej kolejności Izba pragnie wskazać, że przesłanki odrzucenia oferty wykonawcy z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia oraz jako zawierającej rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia zostały uregulowane w odrębnych przepisach, a dla zaistnienia możliwości odrzucenia oferty na tych podstawach konieczne jest ziszczenie się innych rodzajowo okoliczności. Nie jest jednak tak, że na podstawie wyjaśnień ceny oferty nie mogą ujawnić się podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o inne przepisy ustawy PZP, w tym np. art. 226 ust. 1 pkt 5 - Izba w tym względzie zgadza się z Odwołującym".

Skoro:

z wyroku KIO 2816/24 z dnia 06.09.2024 r.; „warunki zamówienia to 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".

z wyroku KIO 2769/24 z dnia 03.09.2024 r. „Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp musi być możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia. Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. (...) Pamiętać bowiem należy, że wykonawca składając ofertę (...) winien przygotować ofertę w sposób spełniający wszystkie warunki zamówienia.(...). Wykonawca bowiem przygotowując swoją ofertę, opiera się na dosłownym brzmieniu postanowień w nich zawartych"

Zamawiający oceniając Ofertę, po uzupełnieniu przez Odwołującego informacji w wyjaśnieniach RNC, nie miał wątpliwości (a Odwołujący potwierdził to także w treści odwołania), że sposób kalkulacji ceny, w szczególności poz. 3.2. Tabeli A TER, jest niezgodny z warunkami tego zamówienia, co klarownie wykazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego oraz przedstawił powyżej.

Ad. II. odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że oferta Odwołującego nie wypełnia przesłanek czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający w pełni podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jako oferty złożonej w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wykonawca w sposób nieuprawniony przeniósł 80% kosztów bezpośrednich, które należało skalkulować w poz. 3.2. Tabeli A TER (zakres fakultatywny), a które wprost wynikają z oferty Podwykonawcy - przedłożonej przez Wykonawcę na dowód swojej kalkulacji, do innych pozycji TABELI ELEMENTÓW ROZLICZENIOWYCH (obligatoryjnych). Przy cz Wykonawca wyraźnie przyznał, że uczynił to świadomie, w oparciu o politykę finansową firmy.

Zaznaczyć należy, że dla pozycji 3.2. Tabeli A TER przewidziano rozliczanie za pomocą cen jednostkowych (pozycje określone jako obmiarowe), a wynagrodzenie za nie stanowić będzie iloczyn ilości faktycznie wykonanych jednostek i cen jednostkowych podanych przez Wykonawcę w TER. Przy czym ilości wierceń podano w TER orientacyjne, co Zamawiający wskazał w uwagach do tabeli A TER.

Jednocześnie koszty, które winny być ujęte w pozycji 3.2 zał. A przerzuca do innych pozycji, w tym do pozycji A.1.19 (obligatoryjna), która zgodnie z załącznikiem B do TER obejmuje jedynie opracowania rozliczane ryczałtowo.

Biorąc pod uwagę powyższe, w przypadku wykonania wierceń w ilości mniejszej niż zakładana, Zamawiający w rzeczywistości zapłaci wynagrodzenie wyższe niż wynika wprost z warunków zamówienia, a Konsorcjum E&C w sposób nieuprawniony pomnoży zyski z tytułu realizacji usługi. Byłoby to nieuczciwe w stosunku do innych Wykonawców, których oferta została sporządzona rzetelnie. Nadmienić należy, że ceny za wykonanie 1 mb wierceń badawczych (poz. 3.2. zał. A) wśród innych oferentów kształtują się następująco: 950.0
zł/ mb, 950,00 zł/mb, 600,00 zł/mb, 900,00 zł/mb, 1000,00 zł/mb, 1100,00 zł/mb, 950.0 zł/mb, 700,00 zł/mb.

Zatem działanie Konsorcjum E&C w zakresie kalkulacji oferty, w szczególności manipulowanie cenami, wyczerpuje znamiona czynu nieuczciwej konkurencji - gdyby oferta ta została przyjęta - wykluczałaby innych przedsiębiorców z tego zamówienia, a jej wynagrodzenie w zakresie pozycji 3.2. zał. 1A nie oddawałoby faktycznych kosztów potrzebnych do wykonania usługi w razie konieczności jej wykonania.

W świetle przedstawionych powyżej okoliczności odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i winno zostać oddalone w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zaważyła

Izba, na podstawie przeprowadzonego postępowania odwoławczego, w sprawie wniesionego odwołania, którego treść znajduje się powyżej we wstępnej części uzasadnienia wyroku, na stronach od 3 do 19 wyroku, oddala odwołanie w całości, ponieważ nie stwierdza naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp, które to naruszenie miało lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Odwołujący podniósł zarzuty w związku z odrzuceniem jego oferty i wyborem przez zamawiającego, oferty wykonawcy przystępującego w sprawie po stronie zamawiającego, wnosząc o unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego. Odwołujący wnosząc odwołanie, zaskarżył czynność zamawiającego, którą zamawiający odrzucił jego

ofertę na podstawie art.226 ust.1 pkt 5) Pzp [niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia] i art.226 ust.1 pkt 7) Pzp [oferta złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji].

W rozpoznawanej sprawie, jej stan faktyczny pomiędzy stronami jest bezsporny, co wynika z odwołania, jak i odpowiedzi na odwołanie oraz przeprowadzonych na rozprawie dowodów z dokumentacji zamawiającego przekazanej do akt sprawy.

Natomiast sporna między stronami jest ocena stanu prawnego, w związku z postanowieniami swz (specyfikacja warunków zamówienia), a w szczególności postanowień co do prawidłowości ustalenia ceny zamówienia na podstawie obowiązującego sposobu jej ustalenia to jest według TER (Tabela Elementów Rozliczeniowych) oraz charakteru ceny (ryczałtowa, czy cena ryczałtowo - kosztorysowa). Spór dotyczy zakresu swobody w ustaleniu cen poszczególnych elementów/pozycji wyodrębnionych w TER, jak ich lokowania (ryczałt, ceny jednostkowe według czasu/ilości) to jest lokowania kosztów poszczególnych pozycji TER, w związku z np. pozycjami zobowiązań o charakterze obowiązkowym lub fakultatywnym. Powyższe uwarunkowania dotyczące zasad ustalania cen poszczególnych pozycji TER mają znaczenie wobec argumentacji odwołującego powołującego się na zasadę swobody biznesowej („inżynierię cenową") co do lokowania kosztów do pozycji, innych niż miejsce ich powstania.

Zarówno zamawiający, którego stanowisko (odpowiedź na odwołanie – treść pisma z dnia 18.03.2025r.) znajduje się powyżej we wstępnej części uzasadnienia na str. od 19 do 30 wyroku oraz przystępujący po jego stronie (pismo z dnia 20 marca 2025r. - w aktach sprawy) wnieśli o oddalenie odwołania w całości, składając stosowne uzasadnienia.

Izba na podstawie przeprowadzonych dowodów w sprawie zgodnie z wnioskami stron i przystępującego po stronie zamawiającego oraz dokumentacji zamawiającego, stanowiącej akta sprawy, a w szczególności dokonując oceny argumentacji formalnej i prawnej stron i uczestnika, nie znalazła podstaw do uwzględnienia zarzutów odwołania, mając na uwadze art.554 ust.1 pkt 1) Pzp (Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów Pzp, które miały lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania).

Zamawiający prawidłowo ocenił złożoną ofertę odwołującego w zakresie wyceny oferty oraz złożonych na wezwanie zamawiającego wyjaśnień w związku z ustaleniem ceny (jednostkowej – metr bieżący) za prace o charakterze fakultatywnym to jest prace geologiczne. Jako szeroko opisano w sprawie rozrzut cen od 100zł/m.b. (wycena odwołującego) do nawet 1000zł/m.b. (od ok.700 do 1000 zł/m.b.) pozostałych wykonawców (łącznie 9 wykonawców), zasadnie skłonił zamawiającego do żądania wyjaśnienia w kierunku rażąco niskiej ceny. Złożone przez odwołującego wyjaśnienia wskazały po pierwsze na ofertę podwykonawczą na poziomie 500zł/m.b., a nie 100zł/m.b., jak wynika z pozycji TER, a po drugie lokowanie pozostałych kosztów (do 500zł/m.b.) w innych pozycjach jak rezerwa czy bliżej nieokreślonych pozycjach TER . Taka procedura odwołującego, nawet bez jakichkolwiek rygorów sankcyjnych (np.: odrzucenie oferty) przewidzianych w swz, kwalifikuje się do czynu nieuczciwej konkurencji wobec pozostałych wykonawców, jak i zamawiającego i stanowi o niedozwolonych praktykach tzw. „inżynierii cenowej" czy porównywalnie jak analogia do subsydiowania skrośnego (taryfy wod-kan, czy energetyka cieplna). Czyn nieuczciwej konkurencji również identyfikuje się w tej sytuacji z powodu, że pozycje TER mają zarówno charakter obowiązkowy, jak i fakultatywny na poziomie zobowiązania. W ocenie Izby można posługiwać się „inżynierią cenową", ale nie w sytuacji gdy zamawiający obliguje do wyceny konkretnych pozycji zobowiązania indywidualnie, co ma obrazować koszty danej pozycji, co też umożliwia zamawiającemu sprawdzenie rzetelności wyceny w kontekście art.224 Pzp (gdy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia). W ocenie Izby takie postępowanie odwołującego zasługuje na kwalifikację do art.226 ust.1 pkt 7 Pzp. w związku z art.3 ust.1ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z dnia 16 kwietnia 1993r. (czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy). W przedmiotowej sprawie zamawiający ustanowił w TER podział kosztów do poszczególnych pozycji, a odwołujący nie stosuje się do prawa zamawiającego, a jego obowiązku, wprowadzając w błąd co do wysokości kosztów danej pozycji, ponieważ lokuje część kosztów w innych pozycjach, czy jak podaje w rezerwie. Przy czym sama rezerwa kosztów to jest dodatek do kosztów na sytuacje nieprzewidziane w chwili ustalania kosztów, a jak wynika z akt sprawy oferta podwykonawcy opiewała na 500 zł/m.b., z kolei odwołujący uwzględnił w przeznaczonej pozycji koszt100 zł/m.b., a pozostałe 400 zł/m.b. ulokował w nieprzewidzianych pozycjach do tych kosztów w tym w rezerwie. Zasadnie na niedozwoloną praktykę takiego postępowania wykonawców oraz skutków takiego postępowania wskazuje zamawiający w odpowiedzi na odwołanie: „Nadmienić należy, że doktryna adekwatna do realiów tej sprawy całkowicie odmiennie odnosi się do argumentacji Konsorcjum E&C (pkt (22) odwołania), gdzie Odwołujący próbuje wywieść, że skoro Zamawiający w treści SWZ „nie przewidział, że przeniesienie kosztów między poszczególnymi pozycjami skutkować będzie odrzuceniem oferty", to takie działanie będzie akceptowane. Za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 22.03 2022 r. Sygn. akt XXIII Zs 9/22: „Nie może w tym zakresie zasługiwać zatem na aprobatę stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej, która w uzasadnieniu

zaskarżonego wyroku podniosła, jakoby Zamawiający nie zakazał ujęcia ceny danej pozycji w innych pozycjach, a w treści SWZ nie przewidziano, że przeniesienie kosztów między poszczególnymi pozycjami, czy też przekroczenie określonych w TER limitów skutkować będzie odrzuceniem oferty. Tym samym zasadnie podnosi Skarżący, iż nie może mieć znaczenia fakt, czy Zamawiający w SWZ wprost zakazał przenoszenia kosztów pomiędzy pozycjami, skoro zakaz ten jest naturalną konsekwencją nakazu ujęcia w każdej cenie jednostkowej całkowitego kosztu wykonania danej pozycji (pkt 17.3 SWZ)".

Powyżej zacytowany fragment wyroku S.O. w Warszawie umożliwia płynne przejście do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art.226 ist.1 pkt 5 Pzp, to jest „obowiązku odrzucenia oferty gdy jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia". W ocenie Izby zamawiający w odpowiedzi na odwołanie słusznie stwierdza, że„Błędny jest również pogląd Odwołującego jakoby w tej sprawie: załączona do oferty Tabela Elementów Rozliczeniowych ma jedynie charakter informacyjny, pomocniczy, służyć będzie do późniejszego rozliczenia umowy, powołując się na wyrok KIO 2155/20 z 12.10.2020 r. - niestety rzeczowo nieadekwatny do stanu faktycznego przedmiotowej sprawy (pkt (24) i (25) odwołania), czy też wyrok KIO 370/23 z dnia 22.02.2023 r., który z kolei odnosi się do usług nadzoru (pkt (26) odwołania). Pominąwszy rzeczową nieadekwatność do stanu faktycznego przedmiotowej sprawy pierwszego z przywołanych wyroków, należy stwierdzić jego nieaktualność z mocy prawa, jako wydanego na mocy ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. i w związku treścią art.89 ust.1 „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 2). Z dniem 1 stycznia 2021r. weszła w życie ustawa z 11 września 2019r. i zgodnie z art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp nie bada się sprzeczności treści oferty z treścią siwz, tylko bada się czy treść oferty jest zgodna z warunkami zamówienia, a nie jak w poprzednim stanie prawnym z treścią siwz. Dodatkowo należy zauważyć, że art. 7 pkt 29 Pzp zawiera definicję warunków zamówienia: należy przez to 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 sprawie zamówienia publicznego. Definicja ta ma charakter otwarty, ale jej zakres jest szerszy niż dawna „treść siwz", ponieważ warunki zamówienia nie odnoszą się tylko do warunków samego zamówienia, ale mają charakter otwarty i dotyczą też postępowania o udzielenie zamówienia. W tym miejscu celowe jest przywołanie argumentacji odwołującego:

„Odwołujący dodatkowo wskazuje, że orzeczenia przytoczone przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty dotyczą odmiennych stanów faktycznych, co wyklucza możliwość ich bezpośredniego zastosowania w niniejszym postępowaniu. Każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego charakteryzuje się unikalnym zakresem, specyfiką dokumentacji przetargowej oraz sposobem kształtowania formularzy ofertowych, w tym załączników wymaganych przez Zamawiającego. Tym samym odnoszenie się do rozstrzygnięć wydanych w innych sprawach, bez uwzględnienia ich specyfiki, prowadzi do błędnej interpretacji i nie może stanowić podstawy do podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego".

Tak więc w ocenie Izby orzecznictwo ułatwia interpretację prawa, ale tylko zestawienie przepisów prawa w tym swz z konkretnym stanem faktycznym w danej sprawie, powinno decydować o rozstrzygnięciu odwołania.

Podsumowując sprawę Izba podziela argumentację zamawiającego przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie, jak i przystępującego w sprawie, przyjmując ją jako własną.

Izba nie stwierdza, aby odwołujący udowodnił w przedmiotowej sprawie naruszenia przepisów atr.226 ust.1 pkt 5 i pkt 7 Pzp i dalszych wymienionych w odwołaniu, w związku z odrzuceniem jego oferty przez zamawiającego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 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) zwanego dalej „rozporządzeniem", zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000,00 złotych i zasądzając na rzecz zamawiającego od odwołującego zwrot kwoty 3.600,00zł. stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

Przewodnicząca:……