

Sygn. akt: KIO 2111/23

**WYROK**  
**z dnia 31 lipca 2023 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Aleksandra Patyk**  
**Protokolant: Aldona Karpińska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 lipca 2023 r. przez wykonawcę

**BUD-WEST Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Toruniu** postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zarząd Dróg w Toruniu**

przy udziale wykonawcy **ROSROAD Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu** głaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 024 zł 20 gr (słownie: trzynaście tysięcy dwadzieścia cztery złote dwadzieścia groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok -

w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:**

.....

Sygn. akt: KIO 2111/23

**Uzasadnienie**

Zamawiający – Miejski Zarząd Dróg w Toruniu [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 2 ustawy Pzp na *rozbudowę ul. Olęderskiej w Toruniu na odcinku od ul. Otoczyńskiej do ul. Glinieckiej* (znak postępowania: DZP-271.32.2023).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 22 czerwca 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00270301/01.

W dniu 19 lipca 2023 r. wykonawca BUD-WEST Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Toruniu [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek odrzucenia oferty Odwołującego pomimo braku podstaw prawnych i faktycznych ku temu;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo tego, że jej treść odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty;

3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy.

Odwołujący wskazał, iż czynności odrzucenia jego oferty jest niezgodna z przepisami Pzp. Uzasadniał, że Zamawiający przyjął w umowie wynagrodzenie ryczałtowe. Wykonawca wyjaśnił charakter i znaczenie wynagrodzenia ryczałtowego.

Wskazał, że bez znaczenia dla treści oferty wykonawcy pozostaje sposób obliczenia ceny ofertowej, a co za tym idzie – nie znajduje, co do zasady, uzasadnienia przedstawienie przez wykonawców kosztorysów ofertowych. Wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje bowiem wykonanie przez wykonawcę pełnego zakresu robót określonych w treści SWZ niezależnie od tego, czy do oferty został dołączony kosztorys ofertowy, czy też nie. Odwołujący wskazał, że przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia, udostępniony przez zamawiającego kosztorys co do zasady powinien służyć wykonawcom jedynie jako materiał informacyjno-pomocniczy do opracowania i oszacowania oferty, zaś zamawiający może wykorzystać go do oceny prawidłowości ceny oferty. Wykonawca jednak samodzielnie kalkuluje swoje wynagrodzenie ryczałtowe i przedstawia je w ofercie biorąc pod uwagę zakres rzeczowy określony dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych i postanowieniami projektu umowy. W konsekwencji przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia, brak załączenia do oferty kosztorysu ofertowego (czy jego części np. w postaci zestawienia materiałów) nie ma znaczenia dla oceny prawidłowości sporządzenia i przygotowania oferty. Wykonawca bowiem przy tak ustalonym rodzaju wynagrodzenia, będzie miał obowiązek wykonać w trakcie realizacji zamówienia również te pozycje, które nie zostały ujęte w kosztorysie ofertowym, ale są objęte udostępnioną przez zamawiającego całą dokumentacją przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał na pkt 7 i 8 rozdziału XVII SWZ i podniósł, że w punkcie 7 Zamawiający sam określił status kosztorysu ofertowego jako dokumentu o charakterze informacyjnym, a nie merytorycznym. Kosztorys ofertowy nie wpływa więc na merytoryczną ocenę oferty. Tym samym, wbrew twierdzeniom Zamawiającego z pisma z dnia 17 lipca 2023 r., nie wpływa on na treść oferty w taki sposób, aby brak kosztorysu stanowił podstawę do odrzucenia oferty. Z kolei

w punkcie 8 jednoznacznie Zamawiający wskazuje, iż do umowy będzie trzeba załączyć kosztorys szczegółowy (czyli rozszerzoną wersję kosztorysów ofertowych). Tym samym brak kosztorysów przy ofercie nie będzie miał wpływu na sposób wykonywania obowiązków umownych i rozliczenia zamówienia.

Odwolujący wskazał, iż kwestia kwalifikacji prawnej skutków błędów w kosztorysach ofertowych w przypadkach, gdy cena oferty ma charakter ryczałtowy była rozważana

w orzecznictwie KIO. Zgodnie z utrwalonym w chwili obecnej orzecznictwem KIO, co do zasady, błędy w kosztorysie ofertowym, w przypadku zastrzeżenia przez zamawiającego ceny ryczałtowej, nie mogą stanowić podstawy odrzucenia oferty na zasadzie dawnego

art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP z 2004 r., a obecnie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwolujący przywołał punkt 1 i 2 rozdziału XVII SWZ i wskazał, że

w postanowieniach SWZ wskazano, że cena oferty ma uwzględniać wszystkie wymagania SWZ oraz obejmować wszelkie niezbędne koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji zamówienia. W ślad za w/w wyrokiem KIO z dnia 24 lipca 2020 r. KIO 1428/20, przyjęć należy, że w związku z faktem ustalenia w SWZ wynagrodzenia ryczałtowego, załączenie lub niezłączenie przez wykonawcę części kosztorysu ofertowego w postaci zestawienia materiałów pozostawało bez wpływu na prawidłowość oferty. Wykonawca bowiem i tak był zobowiązany do wykonania całości przedmiotu zamówienia zgodnie z całą udostępnioną dokumentacją. Tym samym w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego nie zaistniał obowiązek odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ergo czynność odrzucenia oferty przez Zamawiającego była niezgodna z prawem.

Odwolujący wskazał, iż dokonując oceny ofert, zamawiający powinien kierować się przyjętymi przez niego kryteriami. Jeżeli jedyne kryterium stanowi cena, zamawiający powinien wybrać jako najkorzystniejszą ofertę z najniższą ceną. W przypadku gdy cena nie jest jedynym kryterium, zamawiający zobowiązany jest wybrać ofertę, która przedstawi najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego. W realiach niniejszej sprawy najkorzystniejsza oferta pochodziła od Odwołującego (5.051.959,12 zł), a nie od podmiotu, którego ofertę ostatecznie Zamawiający wybrał (Rosroad Sp. z o.o. – 5.124.345,72 zł). Niezgodne z prawem odrzucenie oferty Odwołującego spowodowało więc dokonanie wyboru oferty nie najkorzystniejszej, a droższej o ponad 72 tysiące złotych. Tym samym doszło do naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 26 lipca 2023 r. wniósł

o oddalenie odwołania.

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

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

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

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę ROSROAD

Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu [dalej „Przystępujący”] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Odwołującego oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 31 lipca 2023 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 4 rozdziału XV SWZ: Ofertę stanowi wypełniony formularz oferty zgodny z treścią wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do IDW wraz z kosztorysem ofertowym.

Zgodnie z rozdziałem XVII SWZ – Sposób obliczenia ceny:

1. Podana w ofercie cena ryczałtowa musi uwzględniać wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SWZ. Musi obejmować wszelkie koszty związane

z wykonaniem zadania opisanego w SWZ - w szczególności w dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, a także wynikające

z obowiązujących przepisów oraz sprawowania nadzoru wykonawczego na budowie.

W oferowanej cenie ryczałtowej Wykonawca ujmie wszelkie koszty, jakie może ponieść

z tytułu należytego oraz zgodnego z umową i obowiązującymi przepisami wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również koszty towarzyszące wykonaniu, o których mowa

w SWZ, a także koszty ryzyka Wykonawcy związanego z wynagrodzeniem ryczałtowym.

2. Cena oferty stanowić będzie ryczałtowe i ostateczne wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, niezależnie od rozmiaru świadczeń oraz ponoszonych przez Wykonawcę kosztów ich realizacji. Wykonawca nie będzie mógł żądać podwyższenia wynagrodzenia, a Zamawiający jego obniżenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów tych świadczeń, z zastrzeżeniem przewidzianych we wzorze umowy okoliczności uzasadniających zmianę wynagrodzenia.

3. Podstawą obliczenia ceny oferty za roboty budowlane ma być opracowany przez Wykonawcę kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie przekazanej dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót

budowlanych stanowiących Część III SWZ, z uwzględnieniem dyspozycji zawartych w bieżącym rozdziale.

4. Za ustalenie ilości robót i innych świadczeń oraz sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji ofertowego wynagrodzenia ryczałtowo odpowiada wyłącznie Wykonawca, z zastrzeżeniem, iż kalkulacja ta musi uwzględniać wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, a wniosek przeciwny skutkować będzie odrzuceniem oferty Wykonawcy, jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

5. Przyjmuje się – z zastrzeżeniem pkt 4., że Wykonawca uwzględnił w cenie oferty, a tym samym w kosztorysie ofertowym stanowiącym podstawę jej obliczenia, cały zakres robót ujęty w dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót.

6. Przedmiar robót stanowiący Część III SWZ, jest wyłącznie dokumentem pomocniczym, z którego Wykonawca może skorzystać przy obliczaniu ceny oferty, ale nie ma takiego obowiązku.

7. Wraz z ofertą Wykonawca składa kosztorys ofertowy, który na etapie badania i oceny złożonych ofert będzie pełnił funkcję informacyjną.

8. Kosztorys ofertowy wraz z przedłożonym do umowy kosztorysem ofertowym sporządzonym metodą kalkulacji szczegółowej, posłuży jako pomocniczy do ustalenia rzeczowego zakresu robót budowlanych, do kalkulacji ewentualnych zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, robót zaniechanych, zamiennych, dodatkowych, waloryzacji wynagrodzenia, jak również do obliczenia należnego wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku odstąpienia od Umowy.

9. Skutek pominięcia okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę przedmiotu zamówienia, obciążać będzie Wykonawcę. Od Wykonawcy wymagane jest bardzo szczegółowe zapoznanie się z przedmiotem zamówienia, a także sprawdzenie warunków wykonania zamówienia i skalkulowania ceny oferty z należytą starannością.

10. Zamawiający wymaga, aby kosztorys ofertowy spełniający wszystkie wymogi Zamawiającego określone w SWZ, sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej, polegającej na obliczeniu wartości netto danej pozycji kosztorysu, jako iloczynu ilości ( liczby) ustalonych przez Wykonawcę jednostek przedmiarowych na podstawie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót i ceny jednostkowej danej pozycji kosztorysu.

Zgodnie z rozdziałem XX pkt 5.5. SWZ: Przed podpisaniem umowy wybrany Wykonawca przekaze Zamawiającemu kosztorys ofertowy sporządzony metodą kalkulacji szczegółowej stanowiący uszczegółowienie kosztorysu ofertowego złożonego wraz z ofertą, w którym dla każdej pozycji Wykonawca wskaże koszty robocizny, sprzętu, materiałów, koszty zakupu materiałów, koszty pośrednie i zakładany zysk.

W dniu 10 lipca 2023 r. upłynął termin składania ofert. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło trzech wykonawców.

W dniu 17 lipca 2023 r. Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy ROSROAD Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu.

Jednocześnie Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym ww. decyzji Zamawiający podał, iż w świetle zapisu pkt 4, Rozdz. XV SWZ (IDW), ofertę stanowi wypełniony formularz oferty zgodny z treścią wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ wraz z kosztorysem ofertowym. Wykonawca złożył za pośrednictwem Platformy zakupowej Zamawiającego plik o nazwie „oferta” w formacie pdf. odpowiadający treści załącznikowi nr 1 do SWZ, jednakże nie załączył do niego kosztorysu ofertowego. Pojęcie oferty należy rozumieć w sposób określony w art. 66 § 1 ustawy z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (t.jedn. Dz.U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.), który stanowi, iż: „Oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy”. Kosztorys ofertowy, który Wykonawca zobowiązany był złożyć wraz z formularzem oferty stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, stanowić miał ofertę, tj. doprecyzowywać istotne postanowienie umowy w zakresie należnego Wykonawcy wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu zamówienia, celem, jak wskazuje pkt 8, Rozdz. XVII SWZ (IDW), pomocniczego ustalenia rzeczowego zakresu robót budowlanych, kalkulacji ewentualnych zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, robót zaniechanych, zamiennych, dodatkowych, waloryzacji wynagrodzenia, jak również do obliczenia należnego wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku odstąpienia od umowy (wraz z kosztorysem ofertowym sporządzonym metodą kalkulacji szczegółowej przedłożonym do umowy). Zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp oferta,

w wyżej wymienionym rozumieniu, nie może zostać uzupełniona. W tym zakresie nadal aktualna (co do istoty) pozostaje uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 6.07.2020 r., KIO/KU 36/20, gdzie wskazano, że „Zarzucone zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p. obejmuje nie tylko sytuację, kiedy jednoznacznie można wskazać w treści oferty, w jej zakresie merytorycznym, co jest niezgodne z treścią SIWZ. Hipoteza przepisu zostanie także wypełniona, kiedy wykonawca złoży ofertę, w której wbrew brzmieniu dokumentacji przetargu, nieprawidłowo wyraził, opisał, czy potwierdził zakres swojego zobowiązania, bez podania wszystkich istotnych informacji z nim związanych - czyli ofertę, z treści której nie wynika zaferowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami z dokumentacji postępowania, kiedy z powodu wady oferty zamawiający nie będzie w stanie ustalić de facto co zostało w niej zawarte. Po otwarciu ofert nie jest możliwe wskazywanie jaki przedmiot zamówienia został w ofercie zawarty. Braki w ofertach można próbować naprawiać w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p., poprzez przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego, a także na kwie art. 87 ust. 2 p.z.p. Jeżeli jednak przy prawidłowym wykorzystaniu tych instrumentów zamawiający nie jest w stanie potwierdzić, że oświadczenie woli wykonawcy, w postaci treści oferty zawierającej zaferowane świadczenie, jest zgodne z wymaganym w dokumentacji przetargu, to ofertę taką należy odrzucić”. W związku z powyższym, należy uznać, iż treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, stąd też oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w

sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z ugruntowanym na tle poprzedniego stanu prawnego orzecznictwem Izby, zachowującym obecnie aktualność, niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonymu

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

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

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

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

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

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

Bezsprzecznie w okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe (pkt 1 i 2 rozdział XVII SWZ). Wskazać należy, iż zgodnie

z KC, jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmując zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Istotą wynagrodzenia ryczałtowego jest zatem określenie tego wynagrodzenia z góry, bez prowadzenia szczegółowej analizy kosztów poszczególnych elementów składających się na wysokość wynagrodzenia. Wysokość wynagrodzenia ryczałtowego jest zatem niezmienna w stosunku do ceny podanej przez wykonawcę w ofercie. Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła, w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Rozliczenia stron w przypadku zastosowania ryczałtowego charakteru wynagrodzenia

w żaden sposób nie opierają się na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach (por. wyr. SO w Piotrkowie Trybunalskim z 17 lipca 2006 r., sygn. akt II Ca 342/06; wyrok SA w Poznaniu z 6 marca 2001 r., sygn. akt ).

Dalej Izba wskazuje, iż poza sporem było, że Odwołujący nie załączył do oferty kosztorysu ofertowego wykonanego metodą uproszczoną, który należało opracować na podstawie dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych. Osią sporu między Stronami postępowania odwoławczego była kwestia, czy

w świetle postanowień dokumentów zamówienia wymagany przez Zamawiającego kosztorys ofertowy sporządzony metodą uproszczoną stanowił merytoryczną treść oferty, bowiem tylko w takim przypadku ofertę wykonawcy należałoby odrzucić zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Izba nie podzieliła argumentacji Zamawiającego jakoby analiza dokumentów zamówienia, w szczególności SWZ oraz wzoru umowy umożliwiła jednoznaczne stwierdzenie, iż Zamawiający nadał kosztorysowi uproszczonemu treść oferty. Ustalając znaczenie i rangę kosztorysu ofertowego zauważyć należy, iż w punkcie 7 rozdziału XVII SWZ Zamawiający wprost określił status kosztorysu ofertowego jako dokumentu

o charakterze informacyjnym. Tym samym to sam Zamawiający w realiach rozpoznawanej sprawy przypisał kosztorysowi ofertowemu znaczenie pomocnicze czy poglądowe, co zresztą pozostaje w zgodzie z przyjętym przez Zamawiającego modelem wynagrodzenia

o charakterze ryczałtowym.

Ponadto w punkcie 8 rozdziału XVII SWZ Zamawiający wskazał, iż kosztorys ofertowy wraz z przedłożonym do umowy kosztorysem szczegółowym, posłużył jako element pomocniczy do ustalenia zakresu robót budowlanych, do kalkulacji ewentualnych zamówień, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, robót zaniechanych, zamiennych, dodatkowych, waloryzacji wynagrodzenia, jak również do obliczenia należnego wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku odstąpienia od umowy. Jednocześnie w rozdziale XX pkt 5.5 specyfikacji wskazano, iż przed podpisaniem umowy wybrany Wykonawca przekazuje Zamawiającemu kosztorys ofertowy sporządzony metodą kalkulacji szczegółowej stanowiący uszczegółwienie kosztorysu ofertowego złożonego wraz z ofertą, w którym dla każdej pozycji Wykonawca wskaże koszty robocizny, sprzętu, materiałów, koszty zakupu materiałów, koszty pośrednie i zakładany zysk. Powyższe postanowienia również wskazują na pomocniczy charakter kosztorysu ofertowego. Jednocześnie brak jego złożenia wraz z ofertą nie przekładał się na sposób wykonywania obowiązków umownych czy też rozliczenia zamówienia, skoro na etapie wykonania umowy Zamawiający będzie dysponował kosztorysem szczegółowym.

Z drugiej strony Zamawiający w dokumentach zamówienia wskazał, że za ustalenie ilości robót i innych świadczeń oraz sposób przeprowadzenia na tej podstawie kalkulacji ofertowego wynagrodzenia ryczałtowego odpowiada wyłącznie Wykonawca oraz zastrzegł, że kalkulacja ta musi uwzględniać wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie

z dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót,

a wniosek przeciwny skutkować będzie odrzuceniem oferty Wykonawcy, jako niezgodnej

z warunkami zamówienia (pkt 4 rozdział XVII SWZ). Z powyższego postanowienia SWZ, jak

i argumentacji zaprezentowanej w odpowiedzi na odwołanie wynika, iż Zamawiający na podstawie kosztorysu ofertowego wykonanego metodą uproszczoną zamierzał weryfikować treść oferty, tj. jej zgodność z wymogami przedmiotu

zamówienia, w szczególności pod kątem ujęcia w cenie oferty całego zakresu rzeczowego robót budowlanych objętych dokumentacją projektową oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych (ich ilości, zakresu prac). Przyjęcie zatem powyższego założenia czyni postanowienia specyfikacji wewnętrznie sprzecznymi (por. pkt 4 i 7 rozdziału XVII SWZ), ponieważ z jednej strony Zamawiający przypisał kosztorysowi ofertowemu li tylko informacyjny charakter (niestanowiący treści oferty w rozumieniu merytorycznego zakresu zobowiązania wykonawcy), a z drugiej strony zamierzał na jego podstawie badać zakres świadczenia wykonawcy oraz cenę oferty, tj. *essentialia negotii* przyszłej umowy

o zamówienie publiczne, przewidując jednocześnie sankcję odrzucenia z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia, w sytuacji gdy sporządzony kosztorys nie będzie uwzględniał całego zakresu prac ujętego w dokumentacji technicznej.

Izba wskazuje, iż oczywiste jest, że kosztorys ofertowy, co do zasady, określa elementy i prace, które zostaną wykonane w ramach robót budowlanych. Jednak, na co Izba wielokrotnie zwracała uwagę, znaczenie kosztorysu nie jest jednakowe we wszystkich okolicznościach. Zależy od ukształtowania przez zamawiającego postanowień SWZ, projektu umowy, a w szczególności - od charakteru wynagrodzenia (czy jest to wynagrodzenie ryczałtowe czy kosztorysowe). Przy wynagrodzeniu ryczałtowym kosztorys ofertowy nie jest dokumentem niezbędnym dla prowadzenia postępowania a ewentualne błędy, w przypadku jego złożenia wraz z ofertą, nie wpływają w takich przypadkach na niezgodności treści oferty z treścią SWZ (tak np. w wyroku sygn. akt z 18 sierpnia 2011 r.; sygn. akt KIO 1602/16 z 5 września 2016 r.; sygn. akt KIO 592/19 z 15 kwietnia 2019 r.). Tym samym

to w gestii zamawiającego, który odpowiada za przejrzyste ukształtowanie postanowień dokumentów zamówienia, pozostaje jednoznaczne określenie charakteru kosztorysu ofertowego zwłaszcza przy wynagrodzeniu ryczałtowym, tak aby kwestia ta na etapie badania ofert nie wywoływała wątpliwości interpretacyjnych. Przypomnieć należy, iż analiza oferty danego wykonawcy winna być dokonana w świetle postanowień specyfikacji warunków zamówienia, które powinny być tłumaczone zgodnie z ich literalnym brzmieniem, muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Obowiązek takiego sformułowania i tłumaczenia postanowień SWZ ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze całokształt okoliczności przedmiotowej sprawy, w tym w szczególności, że postanowienia specyfikacji dotyczące charakteru kosztorysu ofertowego wymaganego do złożenia wraz z ofertą, nie zostały ukształtowane w sposób precyzyjny, Izba doszła do przekonania, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego była nieprawidłowa. Tym samym potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) oraz b) oraz § 7 ust. 1 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).

**Przewodniczący:** .....