

WYROK

Warszawa, dnia 16 maja 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie 12 maja 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 22 kwietnia 2025 r. przez odwołującego – wykonawcę **MABAU Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, Szymanów, ul. Alternatywy 9, 05-532 Baniocha w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gmina Mszczonów**, ul. Plac Piłsudskiego 1, 96-320 Mszczonów

przy udziale przystępującego po stronie zamawiającego – uczestnika **Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Drogowych w Grójcu Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, ul. Asfaltowa 2, 05-604 Jasieniec

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – MABAU Sp. z o.o. i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych) wpisu oraz 3.600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych) kosztów zamawiającego;

2.2 Zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3.600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty zamawiającego poniesione na wynagrodzenie 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:.....

Sygn. akt: KIO 1530/25

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Gminę Mszczonów, w trybie przetargu nieograniczonego na *rozbudowę ulicy Grójeckiej w Mszczonowie na odcinku od ul. Rolniczej do ul. Tańskiego* (nr postępowania: RG.271.1.7.2025.SG), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych 03.03.2025 r., 2025/BZP 00128235/01, wobec oceny ofert oraz odrzucenia oferty własnej, wniesione zostało 22.04.2025 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawcy – MABAU Sp. z o.o. (KIO 1530/25).

Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego 16.04.2025 r.

Odwołujący wskazuje na naruszenie:

1) art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 223 ust 1 Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp poprzez odrzucenie oferty MABAU i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej innej oferty oraz nieprawidłową ocenę wyjaśnień i dokumentów MABAU – podczas gdy oferta MABAU jest zgodna z warunkami zamówienia (co potwierdziły również wyjaśnienia MABAU) i powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza,

ewentualnie, w razie braku uwzględnienia zarzutu nr 1:

2) art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 223 ust 1 Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp poprzez odrzucenie oferty MABAU i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej innej oferty oraz nieprawidłową ocenę wyjaśnień i dokumentów MABAU – podczas gdy oferta MABAU jest zgodna z warunkami zamówienia (co potwierdziły również wyjaśnienia MABAU), a zamawiający powinien poprawić omyłkę w ofercie MABAU i dokonać jej wyboru jako najkorzystniejszej,

ewentualnie, w razie braku uwzględnienia zarzutu nr 1 i 2:

3) art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 223 ust 1 Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 Pzp w zw. z art. 266 Pzp poprzez odrzucenie oferty MABAU i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej innej oferty oraz nieprawidłową ocenę wyjaśnień i dokumentów MABAU – podczas gdy oferta MABAU jest zgodna z warunkami zamówienia (co potwierdziły również wyjaśnienia MABAU) oraz jej odrzucenie jest niezgodne w szczególności z zasadą proporcjonalności.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert, w tym

czynności odrzucenia oferty odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie dokonania ponownej oceny ofert.

Odwołujący w uzasadnieniu odniósł się do uzasadnienia odrzucenia jego oferty uznanej za niezgodną z warunkami zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy. Odwołujący był uprawniony do ujęcia poz. nr 28a sporządzonego przez zamawiającego przedmiaru robót, pn. „Wykonanie umocnienia pobocza z mieszanki niezwiązanej C90/3, frakcji 0-31,5 mm o grubości po zagęszczeniu 15 cm” (ul. Grójecka, ul. Wschodnia) w poz. 29 sporządzonego kosztorysu pn. „Wykonanie podbudowy zasadniczej z mieszanki niezwiązanej C90/3, frakcji 0-31,5 mm o grubości po zagęszczeniu 20 cm”. Wykonawca potwierdził to w wyjaśnieniach z 09.04.2025 r. Tym samym kosztorys ofertowy zawiera wszystkie pozycje z przedmiaru robót.

W sytuacji jakichkolwiek wątpliwości zamawiający zobowiązany był do samodzielnego poprawienia omyłki w ofercie odwołującego (zarzut nr 2), co mogłoby polegać na rozszerzeniu opisu poz. 29 kosztorysu wykonawcy o treść uwzględniającą opis poz. 28a przedmiaru, co nie miałoby wpływu na cenę oferty i możliwość realizacji zamówienia.

Odrzucenie oferty odwołującego w tych okolicznościach stoi w sprzeczności z zasadą proporcjonalności (zarzut nr 3).

Do postępowania odwoławczego przystąpił 24.04.2025 r. po stronie zamawiającego wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Drogowych w Grójcu Sp. z o.o. Przystępujący złożył pismo procesowe ze stanowiskiem w sprawie podniesionych zarzutów (pismo z 12.05.2025 r.).

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości (pismo z 07.05.2025 r.).

Odwołujący na posiedzeniu wnosił o uznanie za nieskuteczne przystąpienia po stronie zamawiającego wykonawcy Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjno-Drogowych w Grójcu Sp. z o.o., wskazując na brak umocowania do reprezentowania spółki udzielającego pełnomocnictwa dla osoby wnoszącej przystąpienie. Odwołujący wniosek ten opierał na stwierdzeniu, że umocowanie dla adwokata wnoszącego przystąpienie udzielone przez prokurenta samoistnego spółki nie może być skuteczne, gdyż zgodnie z zasadami reprezentacji zarządu wymagane jest reprezentacja członka zarządu spółki i prokurenta.

Izba oddaliła wniosek, który nie miał uzasadnienia w przyjętych w spółce zasadach reprezentacji, w tym ustalonej prokury samoistnej. Przekonanie odwołującego co do konieczności łącznej reprezentacji członków zarządu nie mogło zmieniać skutków umocowania, jakie wiąże się z ustaleniem prokury samoistnej.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), dalej jako „Ustawa”.

Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym ofertę i wyjaśnienia składane przez odwołującego w zakresie treści oferty.

Izba ustaliła i zważyła.

Wykonawcy składali wraz z formularzem ofertowym kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie załączonych do swz przedmiarów (załącznik nr 9 do swz).

Zgodnie z pkt XV swz, kosztorys ofertowy powinien uwzględniać wszystkie pozycje z przedmiaru robót, stanowiącego Załącznik nr 9 do SWZ.

W kosztorysie ofertowym należy podać: cenę jednostkową netto dla każdej pozycji kosztorysowej; wartość pozycji netto - liczoną jako cena jednostkowa razy ilość JM; łączną wartość netto liczoną jako suma wartości pozycji netto; VAT; łączną wartość brutto liczoną jako suma łącznej wartości netto i wartości VAT.

Wartość brutto wynikającą z kalkulacji kosztorysu ofertowego należy przenieść jako cenę ofertową brutto do Formularza Oferty (Załącznik nr 1 do SWZ).

Cena wykonania zamówienia musi obejmować wszystkie elementy składowe, za wykonanie których Zamawiający jest zobowiązany wykonawcy zapłacić, w tym również podatek VAT.

Obowiązującym wynagrodzeniem dla wykonawcy będzie wynagrodzenie kosztorysowe na podstawie zestawienia wykonanych prac i poniesionych kosztów zgodnie z art. 629 KC.

Wynagrodzenie wykonawcy zostanie dokonane na podstawie zestawienia planowanych prac i przewidywanych kosztów (wynagrodzenie kosztorysowe). Wykonawca będzie zobowiązany do wykonania wszystkich prac ujętych w SWZ wraz z załącznikami, a wysokość wynagrodzenia, które otrzyma wykonawca, będzie wynikać z rzeczywiście wykonanych ilości

robót na podstawie dokonanego obmiaru.

Wykonawca zobowiązany jest złożyć ofertę z uwzględnieniem wynagrodzenia kosztorysowego na podstawie zakresu wynikającego z załączonej do SWZ dokumentacji technicznej oraz zobowiązany będzie załączyć do oferty kosztorys ofertowy na podstawie załączonych do SWZ przedmiarów robót.

W związku z wynagrodzeniem kosztorysowym wykonawca zobowiązany będzie do prowadzenia obmiarów i sporządzenia na ich podstawie kosztorysu powykonawczego.

Ceny jednostkowe poszczególnych robót wyszczególnionych w kosztorysie ofertowym wykonawcy muszą zawierać wszystkie koszty związane z ich realizacją, w tym koszty wszelkich robót przygotowawczych, porządkowych, tymczasowych i towarzyszących, utrzymania zaplecza budowy, związane z odbiorami wykonanych robót, wykonania dokumentacji powykonawczej oraz inne wynikające z zapisów SWZ i załączników do SWZ.

Wyliczona cena oferty brutto będzie służyć do porównania złożonych ofert i do rozliczenia w trakcie realizacji zamówienia.

W dniu 25.03.2025 r. zamawiający dokonał otwarcia ofert. W postępowaniu złożonych zostało siedem ofert.

W poz. 29 kosztorysu ofertowego odwołujący wycenił prace dotyczące wykonania podbudowy zasadniczej z mieszanki niezwiązanej C90/3, frakcji 0-31,5 mm o grubości po zagęszczeniu 20 cm dla ilości obmiarowej 2.133,480 m², w cenie jednostkowej 47,60 zł.; wartość pozycji wyliczona na tej podstawie wynosi 101.553,65 zł netto. Pozycja kosztorysu odpowiada poz. 28 przedmiaru „Branża drogowa”.

Zaktualizowany przedmiar robót dla branży drogowej zawiera poz. 28a dotyczącą *Wykonanie umocnienia pobocza z mieszanki niezwiązanej C90/3, frakcji 0-31,5 mm o grubości po zagęszczeniu 15 cm: ul. Grójecka – 37,00 m²; ul. Wschodnia – 35,00 m².*

Zamawiający wezwał odwołującego pismem z 04.04.2025 r. do wyjaśnienia treści oferty, tj. brakującej wyceny poz. 28a przedmiaru robót dla branży drogowej.

W wyjaśnieniach z 09.04.2025 r. odwołujący wyjaśnił, że koszty pozycji 28a zostały uwzględnione, jako koszt łączny wykonania podbudowy z mieszanki niezwiązanej umocnienia stabilizowanego mechanicznie i przedstawił kosztorys szczegółowy poz. 29 i wyliczone koszty w rozbiciu na dwie pozycje przedmiarowe (robocizna, kruszywo, walec statyczny samojezdny, równiarka, samochód kruszywo), które zostały ujęte w cenie jednostkowej poz. 47,60 zł.

16.04.2025 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy. Zamawiający uznał, że wykonawca w kosztorysie ofertowym nie wycenił poz. 28a przedmiaru branża drogowa, oceniając wyjaśnienia wykonawcy za niewiarygodne. Ofertowe ilości jednostek miary pozycji nr 29, jak również opis tej pozycji nie zostały w jakikolwiek sposób zmienione lub zwiększone co mogłoby wskazywać na uwzględnienie w tej pozycji brakującej poz. 28a. *Kosztorys ofertowy składany przez Wykonawcę w postępowaniu jest dla Zamawiającego podstawą do oceny nie tylko poprawności określenia ceny oferty, lecz stanowił podstawowe i jedyne źródło ustalenia, czy treść oferty odpowiada treści Specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W kontekście braku wyceny pozycji kosztorysowej, jeżeli Specyfikacja warunków zamówienia (SWZ) wymagała szczegółowego kosztorysu ofertowego, a wykonawca nie dokonał wyceny którejkolwiek z pozycji, może to prowadzić do uznania oferty za niezgodną z warunkami zamówienia i jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.*

Odwołujący na rozprawie w ramach rozwinięcia wyjaśnień złożonych zamawiającemu w zakresie brakującej poz. 28a przedmiaru branża drogowa, przedstawił szczegółowe wyjaśnienie kalkulacji kosztów dla poz. 29 kosztorysu ofertowego, którą traktował jako uśrednioną wycenę obu pozycji przedmiarowych (28 i 28a), na co ma wskazywać rozbicie wyliczenia kosztów z uwzględnieniem 72 m², które objęte są poz. 28a (ul. Grójecka i ul. Wschodnia). Odwołujący wyliczył ceny jednostkowe, jakie miałyby mieć odniesienie do poz. 28 i 28a i mieściłyby się w cenie jednostkowej poz. 29 kosztorysu ofertowego.

Izba oddaliła odwołanie w całości, gdyż brak wyceny jednej z pozycji przedmiaru robót nie mógł być wyjaśniony przez jej przypisanie do innej pozycji kosztorysowej, jak również nie mógł być poprawiony jak oczekiwał tego odwołujący.

Ocena wyjaśnień treści oferty dokonana została przez zamawiającego prawidłowo. Wykonawca wskazując na wycenę prac objętych poz. 29 kosztorysu ofertowego, prezentując szczegółowe założenia kosztowe, włączył do wyceny robót materiały i robociznę, które pozwoliłyby wykonać roboty dotyczące umocnienia pobocza. Jednocześnie opis pozycji kosztorysowej nr 29 nie był związany z wykonaniem umocnienia pobocza, tak co do zakresu prac, jak i obmiaru.

Wyjaśnienia miały zatem wyłącznie powiązanie z ceną jednostkową poz. 29, która jako uśredniona miałaby obejmować również wykonanie prac objętych poz. 28a przedmiaru branży drogowej.

W ocenie składu taki sposób wyjaśnienia treści oferty nie mógł uzasadniać przyjęcia, że wycena kosztorysowa uwzględniała poz. 28a przedmiaru. Samo matematyczne przeliczenie polegające faktycznie na wykazaniu możliwości uwzględnienia w cenie jednej pozycji kosztorysowej nakładów innej pozycji, nie mogło uzasadniać rozszerzenia wyceny na pozycję, która nie została wskazana w opisie pozycji kosztorysowej. Samo matematyczne przeliczenie nakładów rzeczowych w rozbiciu na robociznę i materiały, w których miały zostać ujęte wielkości obmiarowe brakującej pozycji, nie pozwalało potwierdzić że w wycenie oferty prace te były ujęte. Potwierdza to dodatkowe wyliczenie złożone na rozprawie, w którym odwołujący wykazywał niższą cenę jednostkową dla pozycji 28a – 34,82 zł i cenę dla poz. 28/29 kosztorysu – 46,42 zł. Ceny te miały być ujęte w wycenie poz. 29 – 47,60 zł, jako średniej cenie za obie pozycje. Takie działanie nie przekonało składu orzekającego, jak również nie mogło przekonać zamawiającego wyjaśnieniami, w których te stawki nie były określone, a jedynym potwierdzeniem ujęcia pozycji 28a w kosztorysie miało być przedstawienie wyliczenia kosztów pozycji 29. Jak jednak potwierdził sam odwołujący rozliczenie prac miałyby się odbywać nie po stawce wskazanej w ofercie, bo ta miała być uśredniona ale po innych, których wykonawca nie podał ani w ofercie, ani w wyjaśnieniach z 09.04.2025 r.

Pominięcie pozycji kosztorysowej stanowi niezgodność oferty z swz, w której zamawiający wprost wymagał złożenia kosztorysu ofertowego przygotowanego na podstawie przedmiarów robót, a wyliczona na podstawie kosztorysu cena oferty brutto służyć miała do porównania złożonych ofert i do rozliczenia w trakcie realizacji zamówienia. Przygotowany przez odwołującego kosztorys nie pozwalał na porównanie ceny z ofertami innych wykonawców z uwagi na brak wyceny prac objętych poz. 28a przedmiaru branża drogowa. Niezależnie od wartości tej pozycji, okolicznością przesądzającą o zasadności odrzucenia oferty był brak wyceny, w tym ceny jednostkowej wykonania prac objętych przedmiarem. Braku tego zamawiający nie mógł poprawić, co prowadziłoby do niedozwolonych negocjacji z wykonawcą po złożeniu oferty.

Nie zmienia tej oceny ustalenie, że cena kosztorysowa, jako szacunkowa służyć miał dla celów porównania ofert, a rozliczenie prac następować będzie po ich wykonaniu na podstawie kosztorysu powykonawczego. Ponieważ ocena ofert dokonywana jest na podstawie kosztorysu ofertowego błędy wykonawcy mają znaczenie dla wyboru oferty, co nie ma odniesienia do etapu realizacji prac i ich rozliczenia. Zamawiający zobowiązany jest do oceny ofert zgodnie z ustalonymi w swz warunkami, co gwarantuje zachowanie przejrzystości decyzji, jak i dokonania wyboru z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zamawiający nie miał podstaw do poprawienia treści oferty, co w ocenie odwołującego miałyby mieć uzasadnienie w niewielkim znaczeniu prac dotyczących umocnienia pobocza drogi. Zamawiający nie miał podstaw do jakiegokolwiek korekty kosztorysu, w szczególności nie miał podstaw do uzupełnienia opisu pozycji, czy też rozbicia ceny według założeń kosztorysowych wskazanych w wyjaśnieniach. Nawet porównanie wyliczenia cen jednostkowych prezentowanego w kalkulacji złożonej na rozprawie z wyliczeniem kosztów wskazanych w wyjaśnieniach wskazuje, że dla takiego wyliczenia konieczne było przyjęcie odmiennych założeń do kosztorysowania, odpowiadających zakresem prac i nakładom związanym z wykonaniem wzmocnienia pobocza.

Podsumowując, zamawiający prawidłowo ocenił treść oferty, w której nie zostały przedstawione koszty wykonania prac objętych poz. 28a przedmiaru branży drogowej.

Wykonawca mógł zastosować własną metodologię ujęcia kosztów, ale pozycja powinna być przedstawiona tak aby zamawiający mógł dokonać porównania ofert i rozliczenia prac. Odwołanie się w wyjaśnieniach treści oferty do pozycji zbieżnej co do charakteru prac (ale nie zakresu) nie mogło uzasadniać przyjęcia, że prace zostały wycenione w kwocie łącznej dla poz. 29 (poz. 28 przedmiaru). Zamawiający nie miał podstaw do przyjęcia, że wycena prac z ilością obmiarową odpowiadającą poz. 28 przedmiaru (2.133,480 m²) miałaby również uwzględniać ilość i zakres prac dodanych w poz. 28a (72 m²).

Powyższe prowadziło do oddalenia zarzutów wobec oceny treści oferty odwołującego i jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 w zw. z § 8 ust. 2 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis oraz koszty zamawiającego wykazane rachunkiem złożonym do akt sprawy i obciążyła nimi odwołującego.

Przewodnicząca:.....