

WYROK

z dnia 24 lipca 2020 r. Krajowa Izba

Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 i 29 czerwca 2020 r. przez wykonawcę **Nowator Sp. z o.o. Sp.k., ul. Brukowa 26, 91-341 Łódź,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Izbę Administracji Skarbowej w Łodzi, Al. T. Kościuszki 83, 90-436 Łódź,

orzeka:

1. **oddala odwołanie** w zakresie zarzutu wniesionego w dniu 26.06.2020 r. i dotyczącego niezłożenia zestawienia materiałów,
2. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu wniesionego w dniu 29.06.2020 r. i dotyczącego niespełniania warunku zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia,
3. **kosztami postępowania obciąża odwołującego Nowator Sp. z o.o. Sp.k., ul. Brukowa 26, 91-341 Łódź, i:**
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **Nowator Sp. z o.o. Sp.k., ul. Brukowa 26, 91-341 Łódź** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

Przewodniczący:
UZASADNIENIE

Zamawiający - Izba Administracji Skarbowej w Łodzi, Al. T. Kościuszki 83, 90-436 Łódź, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Roboty budowlane polegające na przebudowie nieruchomości zlokalizowanej w Łodzi przy ul. Żeromskiego 88”, nr referencyjny: 1001.ILZ.260.30.2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 30 kwietnia 2020 r., nr 536302-N-2020. Pismem z dnia 22 czerwca 2020 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Albuilding Sp. z o.o.

W dniu 26 czerwca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez ww. wykonawcę (dalej: „odwołujący”), w którym zarzucił on zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 82 ust. 3 i art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j.

Dz. U. z 2019 poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez dokonanie wyboru oferty Albuilding Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy oferta ta nie odpowiadała zapisom siwz i powinna zostać odrzucona,

2)art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp polegające na naruszeniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców, bowiem zamawiający z jednej strony wybrał jako najkorzystniejszą ofertę wykonawcy, która nie była zgodna z siwz, a z drugiej strony nie uznał za najkorzystniejszą oferty odwołującego, która spełniała wszystkie wymagania siwz, a ponadto została najwyższej oceniona spośród ofert, które nie podlegały odrzuceniu, co finalnie doprowadziło do wyboru najkorzystniejszej oferty w sposób sprzeczny z przepisami ustawy.

Odwołujący podniósł w szczególności, co następuje. „Po dokonanych w dniu 01 czerwca 2020 r. otwarciu ofert, Odwołujący zapoznał się z treścią oferty Albuilding Sp. z o. o., która nie zawierała zestawienia materiałów, które to zestawienie powinno być częścią oferty i które było wymagane przez Zamawiającego jako składnik oferty, wobec czego Odwołujący pisemnie powiadomił Zamawiającego o dostrzeżonym braku i niezgodności z SIWZ. Pomimo podjętych przez Odwołującego czynności, Zamawiający do dnia złożenia niniejszego odwołania nie odpowiedział na pismo i mimo wszystko dokonał wyboru oferty Albuilding Sp. z o. o. jako oferty najkorzystniejszej. (...) Ponadto mając na względzie art. 84 ust. 1 PZP, oferta Wykonawcy Albuilding Sp. z o.o. po dniu 01 czerwca 2020 r., tj. po dacie składania ofert, nie mogła być już zmieniona czy uzupełniona o brakujące, a wymagane przez Zamawiającego „zestawienie materiałów”. W świetle powyższego, Zamawiający był zobligowany do odrzucenia oferty Albuilding Sp. z o. o., bowiem ustawodawca nie

pozostawił mu w tym względzie żadnego wyboru. Tym bardziej zaniechanie odrzucenia w/w oferty i zaniechanie dokonania wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego było sprzeczne z art. 82 ust. 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 PZP”.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- a)unieważnienia czynności badania i oceny ofert, w tym unieważnienia wyboru oferty Albuilding Sp. z o. o. jako najkorzystniejszej,
- b)ponownego badania i oceny ofert oraz wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W dniu 29 czerwca 2020 r. (tj. w terminie na wniesienie odwołania zgodnym z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło uzupełnienie ww. odwołania, w którym odwołujący podniósł nowy zarzut: „Albuilding Sp. z o. o. w pkt 4 formularza ofertowego oświadczył, że zamówienie zostanie przez niego zrealizowane samodzielnie, bez udziału podwykonawców. Oświadczenie to w ocenie odwołującego pozostaje jednak w sprzeczności z dokumentami załączonymi przez w/w wykonawcę do oferty. Otóż do oferty zostały załączone zobowiązania dwóch podmiotów trzecich do udostępnienia doświadczenia Albuilding Sp. z o.o. — Global Park sp. z o. o. oraz Rock Park One Sp. z o. o. Ze złożonych wraz z ofertą dokumentów wynika jednak, iż wymagane przez Zamawiającego dwie roboty budowlane zostały wykonane nie przez Albuilding Sp. z o. o., ale przez Global Park Sp. z o. o. oraz przez Rock Park One Sp. z o. o. Sam wykonawca Albuilding nie wykazał natomiast żadnego własnego doświadczenia. Aby można było uznać opisane dokumenty jako potwierdzające „doświadczenie” wykonawcy, który złożył ofertę, podmioty te musiałyby zgodnie z art. 22a ust. 4 PZP wziąć udział w realizacji robót budowlanych, np. jako podwykonawcy. Wobec oczywistej sprzeczności pomiędzy treścią oferty Albuilding Sp. z o.o., a załączonymi do niej dokumentami, Zamawiający miał obowiązek uznać, iż Wykonawca Albuilding Sp. z o. o. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a tym samym dokonać jego wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP i odrzucić ofertę Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 4 PZP”.

Pismem z dnia 3 lipca 2020 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której poinformował, że uwzględni odwołanie w części dotyczącej zarzutu podniesionego w „uzupełnieniu odwołania” z dnia 29.06.2020 r., tj. zarzutu dotyczącego wykazania spełnienia warunku doświadczenia za pomocą podmiotów trzecich, mimo że wybrany wykonawca zamierza realizować zamówienie samodzielnie bez podwykonawców.

Jednocześnie zamawiający poinformował, że nie uwzględni odwołania w zakresie zarzutu wniesionego w dniu 26.06.2020 r., tj. zarzutu zaniechania odrzucenia wybranej oferty z powodu niezłączenia do niej zestawienia materiałów. Zamawiający wskazał, że wybrany wykonawca przedłożył kosztorysy ofertowe zawierające nazwy i typy materiałów i tym

samym wypełnił wymaganie zawarte siwz, gdyż nie było konieczne przedkładanie zestawienia materiałów jako odrębnego dokumentu.

W zakresie przystąpienia do niniejszego postępowania odwoławczego Izba stwierdziła, co następuje.

- 1) Zamawiający wysłał wykonawcom kopię odwołania z dnia 26.06.2020 r. w tym samym dniu, co oznacza, że termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 29.06.2020 r. W tym terminie wykonawca Albuilding Sp. z o.o. nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.
- 2) Zamawiający wysłał wykonawcom kopię uzupełnionego odwołania z dnia 29.06.2020 r. pismem z dnia 02.07.2020 r., co oznacza, że termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 06.07.2020 r. Wykonawca Albuilding Sp. z o.o. zgłosił przystąpienie po stronie zamawiającego w dniu 04.07.2020 r., jednakże do przystąpienia nie dołączył pełnomocnictwa dla osoby podpisującej przystąpienie, jak też nie dołączył dowodów przekazania kopii przystąpienia stronom. W trakcie posiedzenia odwołujący oświadczył, że nie otrzymał kopii przystąpienia, zaś wykonawca Albuilding Sp. z o.o. nie wykazał jej przekazania. Ponadto wykonawca Albuilding Sp. z o.o. nie przedłożył w trakcie posiedzenia dokumentu potwierdzającego umocowanie osoby podpisującej przystąpienie do dokonania tej czynności w dniu składania podpisu. Także pełnomocnictwo dołączone do oferty ww. wykonawcy nie przewidywało umocowania osoby podpisującej przystąpienie do dokonywania jakichkolwiek czynności w postępowaniu odwoławczym. W związku z powyższymi okolicznościami, tj. brakiem umocowania osoby podpisującej przystąpienie do dokonania tej czynności oraz nieprzekazaniem kopii przystąpienia odwołującemu, Izba stwierdziła, że przystąpienie nie zostało dokonane skutecznie i nie dopuściła wykonawcy Albuilding Sp. z o.o. do postępowania odwoławczego w charakterze jego uczestnika w zakresie zarzutu wniesionego w dniu 29.06.2020 r.

Z uwagi na uwzględnienie przez zamawiającego odwołania w części dotyczącej zarzutu podniesionego w „uzupełnieniu odwołania” z dnia 29.06.2020 r., tj. zarzutu dotyczącego niewykazania spełniania warunku zdolności technicznej lub zawodowej przez wybranego wykonawcę i brak skutecznego przystąpienia jakiegokolwiek wykonawcy po stronie zamawiającego, postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Oznacza to, że zgodnie z art. 186 ust. 4a ustawy Pzp, rozpoznaniu przez Izbę podlega pozostały zarzut, wniesiony odwołaniem z dnia 26.06.2020 r., który nie został wycofany przez odwołującego. W zakresie tego zarzutu strony podtrzymały na rozprawie swoje stanowiska.

Przedmiotem zamówienia są roboty budowlane polegające na przebudowie nieruchomości zlokalizowanej w Łodzi przy ul. Żeromskiego 88.

W rozdziale XII siwz, w pkt 4.2), zamawiający wskazał, że oferta musi zawierać kosztorysy ofertowe sporządzone metodą uproszczoną z zestawieniem materiałów, potwierdzające wykonanie zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz cenę oferty, wykonane na podstawie załączonych do siwz kosztorysów „nakładczych”, będących przedmiotami robót.

W rozdziale XIV siwz, w pkt 3, zamawiający wskazał, że cena oferty ma charakter ryczałtowy i powinna uwzględniać wszystkie wymagania siwz oraz obejmować wszelkie niezbędne koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. W projekcie umowy również oznaczono wynagrodzenie jako ryczałtowe.

W piśmie z dnia 25.05.2020 r. na pytanie nr 1 o możliwość dokonywania zmian w kosztorysach nakładczych, zamawiający odpowiedział, że: wykonawca ma w zakresie przedmiotu zamówienia wykonanie robót budowlanych objętych projektem, zamieszczone kosztorysy są elementem pomocniczym do przygotowania i oszacowania oferty, a brak pewnych elementów w kosztorysie nie zwalnia wykonawcy z realizacji prac objętych projektem.

Wykonawca Albuilding Sp. z o.o. złożył wraz z ofertą kosztorysy, ale bez zestawienia materiałów.

Pismem z dnia 22 czerwca 2020 r. zamawiający poinformował wykonawców
O wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Albuilding Sp. z o.o.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie
uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz
stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy

Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Ww. przepis przewiduje obowiązek odrzucenia oferty, która w sposób merytoryczny, np. co do zakresu, terminu, sposobu wykonania, czy parametrów technicznych, jest niezgodna z siwz, natomiast nie może on być zastosowany, gdy zachodzi jedynie formalna niezgodność oferty z siwz, np. co do sposobu przedstawienia określonych informacji.

Jednocześnie zauważyć należy, że wynagrodzenie w przedmiotowej sprawie ma charakter ryczałtowy. Przyjmuje się, że w przypadku takiego wynagrodzenia wykonawca ma wykonać roboty zgodnie z udostępnioną dokumentacją, w tym dokumentacją projektową. Tym samym opis przedmiotu zamówienia w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego obejmuje:

- a) jedynie projekt budowlany, projekty wykonawcze, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, na podstawie których wykonawca samodzielnie oblicza cenę realizacji zamówienia,
- b) ew. dodatkowo przedmiar robót opracowany przez zamawiającego, wskazujący m.in. podstawy do ustalania cen jednostkowych robót lub jednostkowych nakładów rzeczowych niezbędnych do wykonania robót, który ma charakter pomocniczy dla sporządzenia oferty i oszacowania jej ceny.

Z powyższego wynika, że przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia, udostępniony przez zamawiającego kosztorys co do zasady powinien służyć wykonawcom jedynie jako materiał informacyjny - 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 kosztorysie ofertowym, ale są objęte udostępnioną przez zamawiającego całą dokumentacją przedmiotu zamówienia (por. wyrok KIO 1439/09, wyrok KIO 899/08).

Powyższe znajduje potwierdzenie w przedmiotowej sprawie, gdzie w postanowieniach siwz wskazano, że cena oferty ma uwzględniać wszystkie wymagania siwz oraz obejmować wszelkie niezbędne koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia. Także w odpowiedzi z dnia 25.05.2020 r. zamawiający stwierdził, że zamieszczone kosztorysy są jedynie elementem pomocniczym do przygotowania i oszacowania oferty, a brak pewnych elementów w kosztorysie nie zwalnia wykonawcy z realizacji prac objętych projektem. Należy przy tym zauważyć, że kwestionowane w odwołaniu zestawienie materiałów stanowiło część kosztorysów udostępnionych przez zamawiającego, zatem wskazane okoliczności odnoszą się również do tegoż zestawienia.

Reasumując, w związku z faktem ustalenia w siwz wynagrodzenia ryczałtowego, załączenie lub niezałączenie 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, oferta wykonawcy Albuilding Sp. z o.o. nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na to, iż nie zawierała zestawienia materiałów.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 82 ust. 3 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp nie odrzucając oferty wybranego wykonawcy. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, art. 191 ust. 2 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący