

**WYROK**  
**z 25 września 2020 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie 25 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 17 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę Sko-Bud Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Miejską Kraków – Zarząd Dróg Miasta Krakowa z siedzibą w Krakowie,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Sko-Bud Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100), uiszczoną przez Odwołującego - Sko-Bud

Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Odwołującego - Sko-Bud Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na rzecz Zamawiającego: Gminy Miejskiej Kraków – Zarządu Dróg Miasta Krakowa z siedzibą w Krakowie kwotę 377 zł 46 gr (słownie: trzysta siedemdziesiąt siedem złotych 46/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu kosztów dojazdu i noclegu pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych

(Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Sygn. akt KIO 1970/20

**Uzasadnienie**

Gmina Miejska Kraków – Zarząd Dróg Miasta Krakowa z siedzibą w Krakowie (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie

o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizacja budowy chodnika na ul. Górnickiego w Krakowie na odcinku od wiaduktu kolejowego do ul. Głogowej w trybie zaprojektuj i wybuduj”, numer: 2/VI/2020, zwane dalej Postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych

10 czerwca 2020 r. pod numerem 549593-N-2020. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

17 sierpnia 2020 r. wykonawca Sko-Bud Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności

i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów Pzp:

1. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez nieprzeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i udzielenie zamówienia wykonawcy, którego oferta nie była ofertą najkorzystniejszą oraz dokonywanie oceny złożonych ofert przy uwzględnieniu innego przedmiotu zamówienia niż w Programie funkcjonalno-użytkowym (dalej: PFU) i opisie przedmiotu umowy;

2. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp polegające na niewłaściwej ocenie ceny zaoferowanej przez Odwołującego i przyjęcie, że jest ona rażąco niska, gdy tymczasem odniesienie tej ceny do przedmiotu zamówienia określonego przez Zamawiającego w Programie Funkcjonalno-Użytkowym potwierdza, że jest to cena rynkowa a oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego;

2. dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania,

w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł oraz wydatków z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 10 000,00 zł oraz wydatku 17 zł na opłatę skarbową od pełnomocnictwa.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zgodnie z art. 31. ust. 2 Pzp Zamawiający opisał przedmiot zamówienia za pomocą PFU.

Odwołujący złożył ofertę na przedmiot zamówienia, określony co istotne - w sposób jednoznaczny tak w ogłoszeniu, w programie funkcjonalno użytkowym, jak i w projekcie umowy. Wartość oferty ustalona została na 840 000 zł. Była to oferta najkorzystniejsza spośród wszystkich złożonych w postępowaniu. Odwołujący, przed jej złożeniem dokonał wizji lokalnej ulicy Górnickiego w Krakowie na odcinku od wiaduktu kolejowego

do ul. Głogowej, potwierdził ustalenia PFU, iż odcinek miał długość około 260 mb i ustalił wartość robót, kierując się treścią art. 33 ust. 1 pkt. 2 Pzp, tj. przy uwzględnieniu planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w PFU.

Zamawiający pismem z 19 czerwca 2020 r. poinformował o treści pytań oferentów oraz udzielonych odpowiedzi Zamawiającego. W odpowiedzi na pytanie nr 1 Zamawiający potwierdził, że PFU został przygotowany dla odcinka ulicy Górnickiego o długości ok. 260 mb. W dalszej części odpowiedzi znalazło się natomiast stwierdzenie: „obecną intencją Zamawiającego jest budowa jednostronnego chodnika na odcinku od starej ul. Głogowej do skrzyżowania z ul. Rokosza. Powyższy zakres wynosi ok. 450 m. Jednak Zamawiający nie może wykluczyć, że na etapie uzgadniania projektu budowlanego powyższy zakres może ulec zmianom”.

Po opublikowaniu ww. informacji Zamawiający zmienił ogłoszenie o zamówieniu, ale tylko

w ten sposób, że zmienił termin składania ofert i termin otwarcia ofert. Nie uległ zmianie przedmiot zamówienia opisany w PFU. Odwołujący, postępując zgodnie z przepisami Pzp opracował złożoną ofertę w oparciu o PFU, stanowiący opis przedmiotu zamówienia,

a zatem dla realizacji budowy chodnika na ul. Górnickiego w Krakowie na odcinku

dla tak ustalonego przedmiotu zamówienia, przy przyjęciu średnich cen rynkowych z II kwartału 2020 r.

Pismem z 3 lipca 2020 r., Zamawiający w trybie art. 90 ust. 1 i 1a Pzp zwrócił

się do Odwołującego o złożenie wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny ofertowej. Odwołujący pismem z 7 lipca 2020 r. wyjaśnił, że zaofiarowana cena dotyczyła przedmiotu zamówienia opisanego w dokumentacji projektowej, w której niezmiennie jest mowa

o budowie chodnika na odcinku o długości około 260 mb. Odwołujący podkreślił, że sporządził kalkulację ceny ofertowej dla tak ustalonego przedmiotu zamówienia, przy przyjęciu średnich cen rynkowych z II kwartału 2020 r.

10 sierpnia 2020 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty

i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Zdaniem Odwołującego, odrzucenie jego oferty było skutkiem wprowadzenia pozostałych wykonawców w błąd odpowiedziami udzielanymi przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia, czego skutkiem było złożenie przez pozostałych wykonawców ofert na inny (znacznie większy), niż w opisie przedmiotu zamówienia, zakres robót budowlanych. Takie postępowanie Zamawiającego świadczyło o naruszeniu zasady równości i zamiarze zawarcia umowy o udzielenie zamówienia publicznego na inny przedmiot niż w PFU i opisie przedmiotu umowy.

Zamawiający w trakcie trwania postępowania, swoimi nieprecyzyjnymi i wzajemnie sprzecznymi wyjaśnieniami usiłował wywołać u potencjalnych wykonawców przekonanie,

że zmienił w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia jego przedmiot i „obecną intencją Zamawiającego jest budowa jednostronnego chodnika na odcinku od starej

ul. Głogowej do skrzyżowania z ul. Rokosza. Powyższy zakres wynosił ok. 450 m. Jednak Zamawiający wskazał, że nie może wykluczyć, że na etapie uzgadniania projektu budowlanego powyższy zakres może ulec zmianom”.

Gdyby nawet przyjąć, że Zamawiający mógł zmienić przedmiot zamówienia o roboty budowlane opisane za pomocą PFU (choć brak ku temu podstaw prawnych) to w niniejszej sprawie do tego i tak nie doszło. Ustawodawca wyraźnie rozróżnił dwie kategorie zmian treści SIWZ oraz ich wpływu na treść ogłoszenia, tj. zmianę treści SIWZ prowadzącą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, aktualizującą po stronie zamawiającego obowiązek, o którym mowa w art. 38 ust. 4a Pzp oraz zmianę treści SIWZ nieprowadzącą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, aktualizującą obowiązek o innej już treści, który określony został w art. 38 ust. 6 Pzp.

Z ogłoszenia o zmianie ogłoszenia zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych

19 czerwca 2020 r. jednoznacznie wynikało, że zmiana treści SIWZ dotyczyła jedynie terminu składania ofert, a nie zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu.

W konsekwencji takiego nierzetelnego zachowania Zamawiającego doszło prawdopodobnie do tego, że tylko Odwołujący złożył ofertę zgodną z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w dokumentacji przetargowej. Taki wniosek znajduje jednoznaczne potwierdzenie w informacji z otwarcia ofert w przedmiotowym postępowaniu w której podano, że „kwota, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia: 940 950,00 zł brutto w 2021 roku”. Kierując się zasadami logicznego rozumowania i racjonalności Zamawiającego trudno uznać, iż tak bardzo pomylił się przy ustalaniu wartości zamówienia. Fakt, iż to Odwołujący złożył ofertę o wartości najbliższej tej kwocie potwierdzał, że cena jego oferty nie była rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia (rzeczywistego), a prawdopodobnie oferty pozostałych wykonawców dotyczyły innego (większego) zakresu robót budowlanych niż w określony w PFU.

25 września 2020 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Zamawiający wskazał, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień ceny swojej oferty nie złożył wymaganych wyjaśnień, dlatego jego oferta została odrzucona zgodnie z dyspozycją art. 90 ust. 3 Pzp.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego,

że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia

przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert w postępowaniu opublikowaną przez Zamawiającego 2 lipca 2020 r. oferty w postępowaniu złożyli następujący wykonawcy:

1. SAMBUD J.P. z siedzibą w Węglówce - cena oferty: 1 385 595,00 zł, w tym:

- za wykonanie dokumentacji projektowej: 61 500,00 zł,

- za wykonanie robót budowlanych: 1 324 095,00 zł

2. Przedsiębiorstwo Inżynieryjno-Budowlane GACZOREK Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie - cena oferty: 1 970 000,00 zł, w tym:

- za wykonanie dokumentacji projektowej: 100 000,00 zł,

- za wykonanie robót budowlanych: 1 870 000,00 zł

3. Odwołujący - cena oferty: 840 000 zł, w tym:

- za wykonanie dokumentacji projektowej: 40 000,00 zł,

- za wykonanie robót budowlanych: 800 000,00 zł.

W tym samym dokumencie Zamawiający zawarł informację, że na sfinansowanie zamówienia zamierzał przeznaczyć kwotę 940 950,00 zł brutto w 2021 roku.

Zamawiający oszacował wartość całkowitą przedmiotu zamówienia na kwotę netto 11 651 640,26 zł (14 331 517,52 zł brutto).

3 lipca 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Zamawiający wskazał m. in.: „Zamawiający w trybie art. 90 ust. 1 i 1a ustawy Prawo zamówień publicznych zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia Państwa ceny ofertowej. Cena Państwa oferty w wysokości: 840 000,00 zł brutto i jest niższa o ponad 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert. Cena ta wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego”.

W odpowiedzi 7 lipca 2020 r. Odwołujący złożył pismo, w którym kwestionował sposób w jaki Zamawiający dokonał zmiany ilościowej przedmiotu zamówienia. W zakresie wyjaśnień dotyczących ceny ofertowej Odwołujący ograniczył się do oświadczenia, że cena jego oferty nie jest rażąco niska.

W konsekwencji Zamawiający uznał, że Odwołujący nie złożył żądanych wyjaśnień i odrzucił jego ofertę z postępowania.

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny Izba uznała, że czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp. Wbrew stanowisku Odwołującego, który kwestionował podstawy faktyczne do wezwania

go do wyjaśnienia ceny jego oferty wątpliwości nie budzi, że wypełnione zostały przesłanki wskazane w art. 90 ust. 1a Pzp obligujące Zamawiającego do wezwania Odwołującego

do przedmiotowych wyjaśnień. Wskazać przy tym należy, że Zamawiający wskazał dwie podstawy prawne wezwania – art. 90 ust. 1 i art. 90 ust. 1a Pzp. Tym samym Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnień również ze względu na wątpliwości, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wezwanie do wyjaśnień ceny oferty rodzi po stronie wykonawcy obowiązek udzielenia tych wyjaśnień, z zastrzeżeniem, że wyjaśnienia powinny być adekwatne do wezwania pod względem zakresu i stopnia szczegółowości.

Odpowiedź Odwołującego na przedmiotowe wezwanie sprowadzała się do oświadczenia

o tym, że cena jego oferty nie jest rażąco niska. Wezwanie miało ogólnikowy charakter,

ale Odwołujący nie podjął choćby próby wyjaśnienia ceny swojej oferty. W tej sytuacji zmaterializował się obowiązek określony w art. 90 ust. 3 Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę lub koszt

w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Izba pominęła argumentację Odwołującego dotyczącą kwestii dotyczących zmiany opisu przedmiotu zamówienia i jej wpływu na cenę oferty Odwołującego. Zgodnie z art. 180 ust. 2 Pzp jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych

na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę;
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu;
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 4) odrzucenia oferty odwołującego;
- 5) opisu przedmiotu zamówienia;
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Po przeprowadzeniu dowodu z dokumentacji postępowania Izba uznała, że sposób, w jaki Zamawiający dokonał zmiany opisu przedmiotu zamówienia i niemal dwukrotnego zwiększenia zakresu zadania budził poważne wątpliwości, co do ich zgodności z prawem. Nie ulega jednak wątpliwości, że Odwołującemu zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 5 Pzp przysługiwało wniesienie odwołania na czynności, które uważał za dokonane niezgodnie z prawem. Odwołujący (ani żaden z pozostałych wykonawców) nie skorzystał z tej możliwości. Z tego względu cała argumentacja dotycząca niezgodnej z prawem zmiany przedmiotu zamówienia w ocenie Izby stanowi próbę przywrócenia terminu do wniesienia odwołania w ww. zakresie.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień

publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

.....