Sygn. akt: KIO 1962/21

WYROK
z dnia 27 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Małgorzata Matecka
Agata Mikołajczyk
Katarzyna Poprawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 sierpnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 czerwca 2021 r. przez odwołującego: wykonawcę FORTINO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jastrzębiu – Zdroju w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Pawłowice

orzeka:

1.Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
2.2.zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 810 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset dziesięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze 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 1962/21

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Gmina Pawłowice prowadził w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą *„Przebudowa kotłowni węglowej na gazową wraz z robotami towarzyszącymi" realizowana w ramach zadania pn. „Przebudowa kotłowni budynku Szkoły Podstawowej w Pielgrzymowicach"*. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 2 marca 2021 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2001/BZP 000012273/01.

I. W dniu 30 czerwca 2021 r. wykonawca FORTINO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jastrzębiu – Zdroju wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności podjętych w postępowaniu przez zamawiającego, tj. czynności odrzucenia oferty odwołującego, czynności unieważnienia postępowania, a ponadto wobec czynności uwzględnienia przez zamawiającego odwołania wniesionego w sprawie o sygn. akt KIO 1486/21, a także zaniechania przez zamawiającego dokonania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp":

1)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp – poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że była zgodna z treścią specyfikacji warunków zamówienia (dalej jako „SWZ");
2)art. 255 pkt 2 ustawy Pzp – poprzez unieważnienie postępowania na podstawie tego przepisu, pomimo że oferta odwołującego była zgodna z treścią SWZ i brak było podstaw do zastosowania przesłanek wskazanych w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania;
3)art. 522 ust. 1 ustawy Pzp – poprzez uwzględnienie odwołania na podstawie tego przepisu, pomimo że w sprawie o sygn. akt KIO 1486/21 postępowanie zostało umorzone na posiedzeniu niejawnym, gdyż odwołujący cofnął odwołanie, co uniemożliwiało zastosowanie przepisu art. 522 ust. 1 ustawy Pzp.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

–unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
–unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
–dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej bez uwzględnienia oświadczenia o uwzględnieniu odwołania lub nakazanie zamawiającemu utrzymania dokonanego wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;
–stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy w zakresie art. 522 pkt 1 ustawy Pzp oraz art. 522 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił, że zamawiający kierując się czynnością procesową dokonaną w postępowaniu odwoławczym o sygn. akt KIO 1486/21 podjął decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego w sytuacji, gdy jej treść odpowiadała treści SWZ.

Jednocześnie wskazał, że zaistniały wszystkie przesłanki sanowania oferty wynikające z przepisów ustawy Pzp. W tym kontekście odwołujący podniósł, że zamawiający nie wymagał dołączenia do oferty specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, w którym to dokumencie dodał więcej parametrów. Zawarte w treści formularza oferty oświadczenie o zgodności świadczenia z treścią SWZ dowodzi prawidłowości złożonej oferty. Natomiast udzielone w tym zakresie przez odwołującego wyjaśnienia uzupełniły i rozwiały wątpliwości zamawiającego. Odwołujący podniósł, że w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty nie wskazano, że jest ona niezgodna z SWZ. W jego ocenie uzasadnienie odrzucenia oferty nie zawierało podstaw faktycznych i prawnych, co stanowi uchybienie przepisom ustawy Pzp, w szczególności art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący wyraził pogląd, że z treści postanowień zawartych w Rozdziale VIII pkt 1 – 6 wynika, że kosztorys ofertowy jak i przedmiar nie mają zbyt istotnego znaczenia. W dalszej kolejności odwołujący stwierdził, że kosztorys nie stanowił treści oferty, lecz był wyłącznie dokumentem pomocniczym. Zauważył, że wątpliwości co do treści dokumentacji postępowania nie powinny obciążać odwołującego. Odwołujący stwierdził, że: *„Zamawiający naruszył przepis art. 522 ust. 1 PZP, pomimo iż w sprawie o sygn. KIO 1486/21 postępowanie zostało umorzone na posiedzeniu niejawnym, gdyż Odwołujący w sprawie sygn. KIO 1486/21 cofnął odwołanie, co uniemożliwiało zastosowanie wykładni powołanego przepisu z art. 522 ust. 1 PZP.*”.

II. Pismem wniesionym w dniu 21 sierpnia 2021 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

W treści ww. pisma zamawiający między innymi wskazał, że podejmując decyzję o uwzględnieniu odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1486/21 i odrzuceniu oferty odwołującego miał na uwadze fakt, co jest potwierdzone notatką z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 26 maja 2021 r., że w ofercie odwołującego opis pozycji nr 29 kosztorysu ofertowego pozostał pierwotny, natomiast w zestawieniu materiałów wpisano opis po zmianie, jednakże nie wynikały z niego parametry: ciśnienie robocze ogrzewania (max/min) - 6,0/1,0 bar oraz masa kotła wraz z zawartością wody nie może przekraczać 700 kg. W związku z tym treść oferty odwołującego nie odpowiadała treści SWZ. Zamawiający stwierdził, że odwołujący nie wyjaśnił zawartej w treści oferty rozbieżności oraz braku podania wszystkich parametrów wymaganych w odniesieniu do kotła gazowego. Zamawiający zaprzeczył twierdzeniom odwołującego, że kosztorys nie stanowi treści oferty, ma wyłącznie pomocniczy charakter – zamawiający powołał się na postanowienia zawarte w Rozdziale VIII pkt 12 i 13 oraz § 5 ust. 1 projektu umowy.

III. Przystąpienia do postępowania odwoławczego nie zgłosił żaden wykonawca. Zgodnie z informacją przekazaną przez zamawiającego na dzień wniesienia odwołania odwołujący był jedynym wykonawcą uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu. Za niezasadny Izba uznała wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Bezspornym jest fakt, że czynność odrzucenia oferty odwołującego i w konsekwencji czynność unieważnienia postępowania nie stanowiły konsekwencji wydania wyroku przez Izbę lub sąd. Jeżeli zaś chodzi o drugą przesłankę ww. podstawy odrzucenia odwołania, to dotyczy ona wydania przez Izbę postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego w wyniku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania. Tymczasem postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 1486/21 zakończyło się wydaniem przez Izbę postanowienia o umorzeniu postępowania odwoławczego w związku z wycofaniem odwołania. W takiej sytuacji czynności procesowe podjęte przez uczestników postępowania odwoławczego uważa się za niebyłe.
Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że w dniu 25 czerwca 2021 r. zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego unieważnieniu. Tego samego dnia zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty. Jako uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego zamawiający podał: *„Zamawiający w dniu 26.05.2021 uwzględnił odwołanie wniesione w dniu 18.05.2021 przez W. M. Firma Handlowo-Usługowe „Sanit-Bud" ul. Górników 3/22, Kraków w którym zarzucono, iż opis pozycji nr 29 kosztorysu ofertowego pozostał pierwotny natomiast w zestawieniu materiałów wpisano opis po zmianie oraz brakowało informacji o parametrach ciśnienia roboczego ogrzewania (max/min) 6,0/1,0 bar i masy kotła wraz z zawartością wody nie mogącej przekraczać 700 kg". W związku z powyższym po analizie prawnej stwierdzono, iż nie ma możliwości podjęcia decyzji o ponownym rozpatrzeniu oferty (pomimo wezwania o wyjaśnienie), którą wcześniej uznano za odrzuconą w wyniku uwzględnienia odwołania i tym samym zgodzenia się zarzutami w zakresie niezgodności oferty z SWZ.*". Natomiast w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania w odniesieniu do odrzucenia oferty odwołującego zamawiający podał: *„nr 4: FORTINO sp. z o.o. ul. Korfantego 15, 44-335 Jastrzębie - Zdrój oferta odrzucona zgodnie z art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy PZP tj. Wykonawca złożył ofertę niezgodną z SWZ gdyż nie uwzględniała (różne zapisy w kosztorysie) wprowadzonych zmian technicznych w zakresie wymagań dotyczących kotła.*". Powyższej kwestii, tj. nieuwzględnienia m.in. przez obecnego odwołującego (w ramach oferty złożonej w postępowaniu) zmian opisu przedmiotu zamówienia dokonanych przez zamawiającego w dniu 16 marca 2021 r. dotyczyło odwołanie w sprawie KIO 1486/21.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że uwzględniając łącznie treść informacji o unieważnieniu postępowania jak i informacji o odrzuceniu oferty odwołującego (obydwa pisma z dnia 25 czerwca 2021 r.), należy uznać, że zamawiający przedstawił odwołującemu uzasadnienie wskazujące zarówno na prawną jak i faktyczną podstawę dokonania ww. czynności. Zamawiający podał, że odrzucenie oferty następuje na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, co – jak wynika z treści obydwu ww. pism – nastąpiło wobec nieuwzględnienia przez odwołującego w treści złożonej oferty wymagań zamawiającego w zakresie kotła (poz. 29 kosztorysu ofertowego). Wprawdzie za pożądane należy uznać przedstawianie wykonawcom bardziej szczegółowego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty, niemniej jednak należy stwierdzić, że uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego przedstawione w obydwu pismach zamawiającego z dnia 25 czerwca 2021 r. zawierało minimalną treść, umożliwiającą odwołującemu skorzystanie ze środków ochrony prawnej.

Jak wynika z treści oferty odwołującego złożony przez niego kosztorys ofertowy (Budowa kotłowni) zawierał pod pozycją 29 następujący opis: *„Kocioł gazowy kondensacyjny stojący. Obciążenie nominalne jednego kotła: 25-139kW (dla parametrów wody grzewczej 80/60oC); Sprawność kotła przy maksymalnej mocy przy parametrach 80/60oC: 97,8%;*".

Ww. opis odpowiadał wymaganiu zamawiającego zawartemu w treści pierwotnego przedmiaru robót, tj. nie uwzględniał zmiany treści SWZ wprowadzonej przez zamawiającego w dniu 16 marca 2021 r. Zgodnie z tą zmianą opisowi

zawartemu pod poz. 29 przedmiaru robót nadano następującą treść: „*poz. 29 – Kocioł gazowy kondensacyjny stojący. Moc grzewcza minimalna/maksymalna dla parametrów grzewczych 80/60°C - 25-160 kW, sprawność kotła dla obciążenia 100% - od 95%, ciśnienie robocze ogrzewania (max/min) - 6,0/1,0 bar, masa kotła wraz z zawartością wody nie może przekraczać 700 kg*", natomiast postanowieniu zawartemu w pkt 2.2.1 Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót nr ST-00 nadano następującą treść:

„*2.2.1. Kocioł gazowy*

Stojący kondensacyjny kocioł gazowy:

- *moc grzewcza minimalna/maksymalna dla parametrów grzewczych 80/60°C - 25-160 kW,*
- *sprawność kotła dla obciążenia 100% - od 95%,*
- *ciśnienie robocze ogrzewania (max/min) - 6,0/1,0 bar,*
- *masa kotła wraz z zawartością wody nie może przekraczać 700 kg*
- *automatyka pozwalająca na sterowanie czterema obiegami grzewczymi z mieszaczami i obiegiem ładowania c.w.u.*".

Z kolei w zestawieniu materiałów pod poz. 177 odwołujący zawarł następujące informacje: „*Kocioł gazowy kondensacyjny stojący. Obciążenie nominalne jednego kotła: 25-160kW (dla parametrów wody grzewczej 80/60oC); Sprawność kotła przy maksymalnej mocy przy parametrach 80/60oC: 95,0%;*".

Porównanie treści oferty odwołującego z pkt 29 kosztorysu ofertowego oraz pkt 177 zestawienia materiałów oraz treści SWZ uwzględniającej ww. zmianę dokonaną przez zamawiającego w dniu 16 marca 2021 r. prowadzi do wniosku, że ramach złożonej oferty odwołujący co najmniej nie potwierdził następujących wymagań zamawiającego dotyczących kotła gazowego: „*ciśnienie robocze ogrzewania (max/min) - 6,0/1,0 bar, masa kotła wraz z zawartością wody nie może przekraczać 700 kg*". Natomiast z postanowień zawartych w SWZ bezsprzecznie wynika, że kosztorys ofertowy stanowił treść oferty, a wykonawcy nie byli uprawnieni do dokonywania zmian wymagań zamawiającego dotyczących przedmiotu zamówienia, określonych m.in. w przedmiarze robót. Należy w tym zakresie wskazać w szczególności na następujące postanowienia SWZ:

- „*Do oferty Wykonawca zobowiązany jest załączyć: (…) 2) kosztorys ofertowy opracowany metodą uproszczoną zawierający zestawienie RMS, którego wynika ostateczna cena oferty na druku załączonym do SWZ (kosztorys należy wykonać na podstawie załączonego przedmiaru – do pobrania w rozszerzeniu pdf).*" (Rozdział IV pkt 1.4.2);
- „*Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić wszystkie pozycje robót opisanych w przedmiarze robót wraz z ilościami i jednostkami.*" (Rozdział VIII pkt 8 zd. 1);
- „*W przypadku uszczegółowień lub zmian do pozycji przedmiaru, wprowadzonych przez Zamawiającego w wyniku zapytań Wykonawców, należy wszystkie wprowadzone zmiany uwzględnić w cenie, jak również w opisach pozycji przedmiarowych.*" (Rozdział VIII pkt 9);
- „*Wycenę w ofercie należy przedłożyć w formie kosztorysu uproszczonego zawierającego cenę jednostkową za pozycję kosztorysową z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku wraz z zestawieniem cen robocizny, materiałów i sprzętu. Brak zestawienia powoduje, iż kosztorys jest niekompletny i oferta podlega odrzuceniu.*" (Rozdział VIII pkt 12);
- „*Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie kosztorysowe.*" (Rozdział VIII pkt 13 zd. 1);

W świetle powyższych postanowień SWZ brak potwierdzenia w ofercie (kosztorysie ofertowym) wymagań zamawiającego co do przedmiotu zamówienia zawartych m.in. w przedmiarze robót oznacza niezgodność oferty z warunkami zamówienia, co stanowi podstawę jej odrzucenia, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Należy dodać, że odrzucenie oferty na ww. podstawie wymaga uprzedniego rozważenia przez zamawiającego, czy stwierdzona niezgodność oferty z warunkami zamówienia nie stanowi omyłki podlegającej poprawieniu zgodnie z art. 223 ust. 2 ustawy Pzp lub nie powinno mieć miejsce umożliwienie wykonawcy złożenia wyjaśnień zgodnie z przepisem art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. W odniesieniu do powyższego należy wskazać, że Izba nie rozpatrywała ww. niezgodności w ofercie odwołującego pod kątem możliwości jej poprawienia jako omyłki, w tym w szczególności omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż zarzut zaniechania przez zamawiającego dokonania ww. czynności nie został w odwołaniu postawiony. Podniesienie takiego zarzutu wymaga nie tylko wskazania ww. podstawy prawnej (co również nie miało miejsca), lecz przede wszystkim przedstawienia uzasadnienia co do zaistnienia w danej sprawie wszystkich przesłanek zastosowania ww. regulacji, tj. kwalifikacji danej niezgodności jako omyłki, której poprawienie nie będzie powodować istotnych zmian w treści oferty. Izba nie może w tym zastępować wykonawcy składającego odwołanie. Zgodnie z przepisem art. 555 ustawy Pzp (Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu). Po drugie, wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp może dotyczyć wyłącznie treści zawartej w ofercie (tj. wskazanie sposobu jej rozumienia). Wyjaśnienie treści oferty nie może natomiast prowadzić do wprowadzenia do oferty nowych treści, które nie były w niej zawarte. Z tego powodu wezwanie o wyjaśnienie treści oferty wystosowane do odwołującego przez zamawiającego na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp (pismo z dnia 18 czerwca 2021 r.) nie mogło doprowadzić do usunięcia niezgodności oferty odwołującego z warunkami zamówienia poprzez wprowadzenie treści pierwotnie w niej niezawartych.

Mając na uwadze wskazane powyżej okoliczności Izba uznała, że zaistniała podstawa do odrzucenia oferty odwołującego, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt. 5 ustawy Pzp. W związku z tym zarzut naruszenia przez zamawiającego ww. przepisu należało uznać za niezasadny. W konsekwencji tego nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 255 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferty podlegały odrzuceniu. Taka sytuacja wystąpiła w toku postępowania.

Za całkowicie chybiony należy uznać zarzut naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 522 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. Po pierwsze, odwołujący nie wyjaśnił w jaki sposób zamawiający miałby naruszyć ww. przepis. Po drugie, naruszenie ww. przepisu nie mogło mieć miejsca choćby z tego powodu, że postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt KIO 1486/21 nie zostało umorzone wobec uwzględnienia zarzutów odwołania przez zamawiającego, lecz wobec wycofania odwołania.

Po trzecie, zamawiający aż do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia może zmieniać swoje decyzje podjęte w toku postępowania, jeżeli uzna, że są one niezgodne z przepisami ustawy Pzp, np. w zakresie zaistnienia podstawy do odrzucenia oferty wykonawcy. Należy przypomnieć, że zgodnie z przepisem art. 7 pkt 18 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia kończy się zawarciem umowy lub unieważnieniem postępowania. W niniejszej sprawie zamawiający uznał, że mimo pierwotnego wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej podlega ona odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W związku z tym w dniu 25 czerwca 2021 r. zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty i unieważnieniu postępowania. Na skutek wniesienia odwołania przez odwołującego ww. czynności zamawiającego podlegały ocenie Izby – zgodnie z przepisem art. 555 ustawy Pzp w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i w związku z tym orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: **…...**

……

……