

Sygn. akt: KIO 3035/24

WYROK

Warszawa, dnia 12 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 września 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 sierpnia 2024 r. przez Batarus sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – 12. Wojskowy Oddział Gospodarczy (12 WOG) w Toruniu

przy udziale uczestnika przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego - Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2.1. kosztami postępowania obciąża Batarus sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

2.2. Zasądza od Batarus sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu na rzecz 12. Wojskowego Oddziału Gospodarczego (12 WOG) w Toruniu 3 600 zł (słownie trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3035/24

Uzasadnienie

Zamawiający: 12 Wojskowy Oddział Gospodarczy (12 WOG) w Toruniu prowadzi

postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest: „Remont drogi kołowania DK-3 wraz z montażem kotew na miejscach postoju śmigłowców na terenie kompleksu lotniskowego w Łatkowie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 lipca 2024 r. pod nr 2024 BZP 00400046.

Odwołujący: Batarus sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wniósł dnia 21 sierpnia 2024 r. odwołanie od czynności Zamawiającego, których przedmiotem były:

- I. odrzucenie oferty Odwołującego w postępowaniu
2. wybór w postępowaniu oferty Strabag sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Zamawiający dokonał niezgodnych z przepisami PZP czynności i zaniechał czynności w postępowaniu, do których był zobowiązany na podstawie ustawy, polegających na:

- 1) odrzuceniu oferty Odwołującego, pomimo braku ku temu podstaw;
- 2) wyborze oferty Strabag sp. z o.o., w wyniku odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo

braku podstaw do jej odrzucenia;

- 3) zaniechaniu wezwania Odwołującego do poprawienia lub uzupełniania dokumentów

od Odwołującego w trybie art. 107 ust. 2 PZP w zw. z rozdziałem IX pkt II SWZ w zakresie informacji (dodatkowego zestawienia materiałowego), której oczekiwał Zamawiający, pomimo nie określenia tego wprost w SWZ;

- 4) nieprecyzyjnym sformułowaniu warunków zamówienia SWZ w postępowaniu,

polegających na wskazaniu w Rozdziale XV pkt 9.3 SWZ, że kosztorys ofertowy należy sporządzić zgodnie ze wzorem

stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ, podczas gdy oczekiwaniem Zamawiającego, nieodzwierciedlonym ani w treści SWZ ani w treści rzeczowego załącznika, było, jak należy domniemywać z uzasadnienia pisma o wyborze najkorzystniejszej oferty, albo uzupełnienie tegoż załącznika dodatkowo o dodatkowe zestawienie materiałów albo samodzielne wprowadzenie przez oferenta dodatkowego załącznika o bliżej nie określonej treści;

5) rozstrzygnięciu wątpliwości co do treści SWZ na niekorzyść Odwołującego przy wprowadzeniu przez samego Zamawiającego tychże wątpliwości na etapie oceny ofert.

Zarzuca naruszenie przepisów PZP, które miały wpływ na wynik niniejszego postępowania, tj.:

1) art. 16 pkt 1 i pkt 2 PZP przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz przejrzystości, w szczególności wskutek zinterpretowania warunków przetargu, tj. zapisów dot. kosztorysu ofertowego, w sposób odbiegający od zasad językowej wykładni, co w konsekwencji prowadziło do

bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego, a także mogło doprowadzić do formułowania przez oferentów ofert nie porównywalnych;

2) art. 17 ust. 2 w zw. z art. 107 ust. 2 PZP w zw. z rozdziałem IX pkt 11 SWZ przez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami PZP, w szczególności wskutek zaniechania uzyskania od Odwołującego dodatkowego uzupełnienia kosztorysu ofertowego, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego i wybór oferty Strabag sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, która to czynność miała wpływ na wynik postępowania;

3) art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP przez odrzucenie oferty Odwołującego, która jest zgodna z ustawą oraz warunkami zamówienia (Rozdział XV pkt 9.3 SWZ); w szczególności kosztorys ofertowy Odwołującego jest zgodny z załącznikiem nr 2 do SWZ;

V, [Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania]

W związku z powyższym wniośł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego;

unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty;

powtórzenia czynności: badania i oceny ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej;

Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejszą ofertę (niższą o ok. 500 tys. zł od wybranej oferty oraz z takim samym okresem gwarancyjnym jak wybrana oferta Strabag sp. z o.o.). Wskazane w odwołaniu czynności i zaniechania Zamawiającego, dotyczące niezgodnego z ustawą odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty innego wykonawcy, wywołują u Odwołującego szkodę.

Uzasadnienie

Odwołujący złożył ofertę wraz z wymaganym kosztorysem szczegółowym zgodnie z zapisami SWZ. W rozdziale XV Zamawiający określił jakie warunki powinna spełniać każda oferta. W pkt. 9.3 Zamawiający sprecyzował, że do oferty należy dołączyć następujący dokument: „Kosztorys ofertowy (załącznik do formularza ofertowego) sporządzony metodą kalkulacji szczegółowej na podstawie kosztorysu nakładczego, przedmiaru robót wraz z zestawieniem materiałów — załącznik nr 2 do SWZ.” Uwaga: Niedołączenie do oferty wymaganego kosztorysu szczegółowego, nieuwzględnienie ewentualnej modyfikacji kosztorysu, spowoduje odrzucenie oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy

Zgodnie z powyższym zapisem, Odwołujący dołączył do swojej oferty kosztorys ofertowy zgodny ze wzorem narzuconym przez Zamawiającego. Warte podkreślenia w tym miejscu jest to, że w opisie sposobu przygotowania oferty, w rozdziale XV pkt 6a) Zamawiający sam wyraźnie wskazał, że „Oferta powinna być sporządzona na podstawie załączników niniejszej SWZ w języku polskim. Innymi słowy, Zamawiający jednoznacznie zastrzegł, że wymaga, aby kosztorys został wykonany na podstawie wzoru z załącznika nr 2. Taki też kosztorys ofertowy, sporządzony na stanowiących integralną część SWZ załącznikach, w tym na

załączniku nr 2, Odwołujący złożył Zamawiającemu. Zamawiający nie wskazał przy tym, że oferenci powinni np. dodatkowo rozbić poszczególne pozycje na materiał, koszty robocizny, zysk itp. ani nie doprecyzował, że wymaga dokonania zmian w załączonym wzorze.

Co istotne, w tytule załącznika nr 2 (w treści dokumentu) Zamawiający użył określenia „Kosztorys Ofertowy” stąd jednoznaczne przekonanie Odwołującego, że intencją Zamawiającego jest wypełnienie tego załącznika o ceny dla poszczególnych pozycji oraz że po wpisaniu cen dokument ten będzie stanowił już kompletny kosztorys wymagany przez Zamawiającego.

W uzasadnieniu swojej decyzji z dnia 16 sierpnia 2024 r. Zamawiający stwierdził natomiast, że „Wykonawca nie załączył do kosztorysu szczegółowego zestawienia materiałów”. Odwołujący podkreśla, że zestawienie materiałów nie miało

stanowić odrębnego dokumentu, ani Zamawiający nie wskazał, że oferent winien je sporządzić samodzielnie, albowiem załącznik nr 2 - dokument pod nazwą „kosztorys ofertowy” - zawierał już pozycje zarówno materiałowe jak i usługowe (np. keramzyt w workach, przykanaliki, rury PCV, piasek itd.). Wobec powyższego, rozpatrując obiektywnie, oferenci nie mogli wiedzieć, że Zamawiający wymaga sporządzenia dodatkowego dokumentu lub dodania dalszych pozycji w załączniku nr 2 do SWZ pod pozycją „zestawienie materiałów”. Należy podkreślić, że to Zamawiający narzucił treść kosztorysu ofertowego w postaci załącznika nr 2 oraz że to Zamawiający wskazał, że załącznik nr 2 stanowi kosztorys ofertowy, w domyśle, że zawiera już pozycje materiałowe. Dokonanie zmian w tym załączniku mogłoby prowadzić wszak do narażenia się przez oferenta na zarzut niezgodnego z SWZ wypełnienia formularza i tym samym do odrzucenia oferty i de facto wykluczenia z postępowania, czego z oczywistych względów Odwołujący chciał uniknąć,

Co więcej nawet gdyby przyjąć, że oczekiwaniem Zamawiającego było, aby dany oferent samodzielnie albo zmodyfikował załącznik nr 2 albo miał dodać kolejny załącznik to takie działanie prowadziłoby do formułowania ofert nieporównywalnych. Zamawiający nie określił bowiem jakie dane należałoby przekazać w ramach ewentualnego odrębnego „zestawienia materiałów”. Nie jest wiadomym czy miałyby tu chodzić o zestawienie cenowe, ilościowe, czy oferent powinien wskazać dostawcę/producenta materiałów oraz ich parametry (a jeżeli tak — to jakie?).

Przedstawiając tę kwestię obrazowo — zestawieniem materiałów w równym stopniu jest wykaz na zasadzie: 1. Beton, 2. Piasek, 3. jak i:

1. Beton kategorii X w ilości Y, 2 Piasek kategorii X w ilości Y,

3 gdzie formułę tę można dalej dowolnie rozbudowywać wobec braku określenia jakichkolwiek parametrów takiego zestawienia materiałów w SWZ Przy całkowitej dowolności

w tej kwestii działanie takie prowadziłoby do formułowania ofert, których parametrów nie dałoby się porównać.

Marginalnie zauważyć należy, iż zgodnie z cytowanym już wyżej zapisem SWZ:

W pkt. 9.3 Zamawiający sprecyzował, że do oferty należy dołączyć następujący dokument: „Kosztorys ofertowy (załącznik do formularza ofertowego) sporządzony metodą kalkulacji szczegółowej na podstawie kosztorysu nakładczego, przedmiaru robót wraz z zestawieniem materiałów — załącznik nr 2 do SWZ; Uwaga: Niedołączenie do oferty wymaganego kosztorysu szczegółowego, nieuwzględnienie ewentualnej modyfikacji kosztorysu, spowoduje odrzucenie oferty zgodnie z art. 226 ust. pkt 5 ustawy PZP”.

Z literalnej treści przedmiotowego zapisu wynika, że możliwą podstawą odrzucenia oferty nie jest brak osobnego zestawienia materiałów, lecz wyłącznie brak wymaganego kosztorysu szczegółowego, gdzie kosztorys takowy Odwołujący zgodnie z wymogami SWZ złożył.

Nie mniej istotny w sprawie jest fakt, że Zamawiający zobowiązał się zgodnie z art. 107 ust. 2 PZP w zw. z rozdziałem IX pkt 11 SWZ do wezwania wykonawcy do poprawienia lub uzupełnienia stosownych dokumentów, w razie, gdyby zawierały one braki lub były niekompletne: Rozdział IX pkt 11

„Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wezwie wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania”.

Z powyższego obowiązku Zamawiający wyłączył sytuację, gdy oferent nie dołączył do oferty kosztorysu ofertowego. Jako że Odwołujący taki kosztorys złożył, należy uznać, że Zamawiający był zobowiązany do wezwania Odwołującego do poprawienia lub uzupełnienia kosztorysu ofertowego zgodnie z ww. postanowieniem SWZ. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający takiego wezwania do Odwołującego nie wystosował, co w konsekwencji miało wpływ na wynik postępowania.

Reasumując, odwołanie jest zasadne, ponieważ:

Odwołujący złożył wymagany przez Zamawiającego komplet dokumentów, w tym załącznik nr 2 — kosztorys ofertowy — dokładnie w takiej formie, w jakiej wymagał tego Zamawiający; nawet jeśli przyjąć, że złożony przez odwołującego załącznik nr 2 nie zawierał wszystkich informacji, których życzył sobie Zamawiający, wówczas Zamawiający powinien był wezwać Odwołującego w trybie Rozdziału IX pkt 11 w zw. z art. 107 ust. 2 PZP do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień, czego Zamawiający nie zrobił;

Zamawiający nieprecyzyjnie sformułował warunki przetargu, przy czym ta nieprecyzyjność stała się możliwa do dostrzeżenia dopiero po ogłoszeniu wyników (po odrzuceniu oferty Odwołującego) tj. po powzięciu informacji jak sam Zamawiający interpretuje sformułowane przez siebie zapisy.

Przyjmując konsekwentnie stanowisko Zamawiającego Odwołujący musiałby samodzielnie albo dokonać modyfikacji załącznika nr 2 albo wprowadzić dodatkowy załącznik. Żaden zapis ani SWZ ani PZP nie wprowadza możliwości takiego działania po stronie oferenta. Podjęcie takiego działania prowadziłoby przy tym do formułowania ofert nieporównywalnych. Każdy oferent musiałby bowiem sam określić jakie dane zamierza przekazać w ramach złożonej oferty co z kolei oznaczałoby, że Zamawiający otrzymałby oferty mogące zawierać różne dane wybrane samodzielnie przez oferentów — a więc oferty nieporównywalne.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego wyłącznie na podstawie ewentualnie nieprecyzyjnego zapisu SWZ, gdzie wszelkie wątpliwości w tej kwestii, winny być rozstrzygane na korzyść Odwołującego, Wobec powyższego wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

5. Kopia SWZ, Kosztorysu Ofertowego, Informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 16 sierpnia 2024 r.

Zamawiający na rozprawie wniósł o oddalenie odwołania stojąc na stanowisku, że decyzja o odrzuceniu oferty odwołującego była prawidłowa.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Strabag sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie wnosząc o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła stan faktyczny sprawy na podstawie na podstawie zgromadzonej dokumentacji, na którą składa się dokumentacja postępowania o udzielenie zamówień, przedłożona przez zamawiającego, stanowiska stron przedstawione na piśmie wraz ze złożonymi dowodami, a także stanowiska przedstawione na rozprawie do protokołu postępowania odwoławczego prowadzonego w formie elektronicznej oraz pisemnej.

Izba zważyła, co następuje.

W niniejszej sprawie odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz terminowo został uiszczony wpis w wymaganej wysokości.

Nadto, odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP.

W świetle ustalonego stanu faktycznego sprawy należy stwierdzić, że odwołanie nie może być uwzględnione.

W postawionych warunkach określających sposób przygotowania oferty Zamawiający określił zgodnie z rozdziałem XV, jakie warunki powinna spełniać każda oferta. W pkt. 9.3 Zamawiający stwierdził, że do oferty należy dołączyć następujący dokument: „Kosztorys ofertowy (załącznik do formularza ofertowego) sporządzony metodą kalkulacji szczegółowej na podstawie kosztorysu nakładczego, przedmiaru robót wraz z zestawieniem materiałów — załącznik nr 2 do SWZ.” Uwaga: Niedołączenie do oferty wymaganego kosztorysu szczegółowego, nieuwzględnienie ewentualnej modyfikacji kosztorysu, spowoduje odrzucenie oferty zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy.

Niesporne jest, że kierując się powyższym zapisem, Odwołujący dołączył do swojej oferty kosztorys ofertowy zgodny z wzorem narzuconym przez Zamawiającego. Taki kosztorys ofertowy, sporządzony na stanowiących integralną część SWZ załącznikach, w tym na załączniku nr 2, Odwołujący złożył Zamawiającemu.

Niesporne jest także, że w odróżnieniu od kosztorysu określonego w specyfikacji, w odniesieniu do wymaganego zestawienia materiałów Zamawiający nie opracował wzoru takiego zestawienia. Nie wskazano także, czy ma to być odrębne opracowanie, czy też zestawienie materiałów mogło być rozwinięciem treści kosztorysu i w nim się znaleźć.

W rozpoznawanym stanie faktycznym potwierdza się okoliczność, iż wykonawca nie złożył z ofertą zestawienia materiałów, jednakże stoi na stanowisku, że brak ów nie skutkuje odrzuceniem oferty (por. wyżej wskazane postanowienie 9.3 i Uwaga) lecz podlega uzupełnieniu w trybie art. 107 ust. 2 ustawy pzp.

Skład orzekający stoi na stanowisku, że wskazane w rozdziale XV dokumenty tj. „Kosztorys ofertowy (załącznik do formularza ofertowego) sporządzony metodą kalkulacji szczegółowej na podstawie kosztorysu nakładczego, przedmiaru robót wraz z zestawieniem materiałów — załącznik nr 2 do SWZ, stanowią treść oferty, co potwierdza już sam tytuł rozdziału i jego powołana treść.

Izba nie podziela poglądu Odwołującego o dopuszczalności wezwania Odwołującego przez zamawiającego do poprawienia lub uzupełniania dokumentów w trybie art. 107 ust. 2 PZP w zw. z rozdziałem IX pkt II SWZ w zakresie informacji (dodatkowego zestawienia materiałowego), której oczekiwał Zamawiający, pomimo nie określenia tego wprost w SWZ.

Powodem uniemożliwiającym zastosowanie procedury z art. 107 ust. 2 ustawy jest to, że z treści rozdziału IX pkt 11 swz nie wynika deklaracja zamawiającego o stosowaniu procedury uzupełnienia lub poprawienia przedmiotowych środków dowodowych.

Postanowienie „Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wezwie wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba, że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania” dotyczy przede wszystkim podmiotowych środków dowodowych lub innych oświadczeń. Zakładając, że końcowa część zapisu odnosi się jednak do środków przedmiotowych, to nie mogły by być one inne niż przewidziane w art. 106 – 107 ustawy pzp. Powyższe przepisy nie odnoszą się jednakże do treści

złożonej oferty, która co do zasady jest niezmienna i nie może być uzupełniana. Wyjątkiem w tym względzie jest wyłącznie procedura z art. 223 ustawy pzp, jednakże, co oczywiste, okoliczności w niej przewidziane, nie zaistniały w rozpatrywanym stanie faktycznym. Skoro zatem wykonawca nie złożył wymaganego zestawienia materiałów, w jakiegokolwiek formie (oczywiście pisemnej) sporządzonej, a zestawienie to stanowi immanentną treść oferty, powstały brak w ofercie, jako nie podlegający uzupełnieniu, skutkuje odrzuceniem oferty z uwagi na jej niezgodności z treścią specyfikacji zamówienia.

W takim stanie rzeczy orzeczono, jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 i 576 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 pkt 2 a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego odwołującego w postaci uiszczonego wpisu od odwołania oraz zasądzając wynagrodzenie zgodnie z § 5 pkt 2 rozporządzenia wskazanego w zdaniu poprzednim .

Przewodniczący: