

Sygn. akt: KIO 3172/24

WYROK

Warszawa, dnia 17 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2024 r. przez wykonawcę J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo – Usługowa J. G. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Miastków Kościelny

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gmina Miastków Kościelny: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gmina Miastków Kościelny i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo – Usługowa J. G. tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo – Usługowa J. G. tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 300 zł 40 gr (słownie: trzysta złotych czterdzieści groszy) poniesioną przez wykonawcę J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo – Usługowa J. G. tytułem kosztów związanych z dojazdem na posiedzenie i rozprawę,
 - 2.2 zasądza od zamawiającego Gmina Miastków Kościelny na rzecz wykonawcy J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo – Usługowa J. G. kwotę 13 900 zł 40 gr (słownie: trzynaście tysięcy dziewięćset złotych czterdzieści groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów związanych z dojazdem na posiedzenie i rozprawę.

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 3172/24

UZASADNIENIE

Gmina Miastków Kościelny (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn.: „Budowa Ośrodka Zdrowia w Miastkowie Kościelnym etap I” (znak postępowania: I.271.10.2024). Wartość szacunkowa zamówienia jest poniżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 czerwca 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00370704.

W dniu 2 września 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo – Usługowa J. G. (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono od czynności Zamawiającego polegającej na:

- czynności odrzucenia z naruszeniem prawa oferty złożonej przez Odwołującego,
- czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez A. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „FBR K. A. K.” (dalej: „FBR K.”).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

A/ art. 226 ust. 1 pkt 11) ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy złożona przez niego oferta nie zawierała omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia.

B/ art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 11) poprzez nieuzasadnione i niezgodne z prawem

poprawienie w ofercie Odwołującego ceny oferty na podstawie przedłożonego na wezwanie kosztorysu ofertowego, w sytuacji, gdy cena podana przez Wykonawcę w ofercie miała charakter ryczałtowy, a nie kosztorysowy, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 11) ustawy Pzp wobec niewyrażenia zgody na zmianę ceny ofertowej;

C / art. 16 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości i proporcjonalności, przejawiające się w szczególności w bezpodstawnym poprawieniu oferty Wykonawcy i odrzuceniu jego oferty, mimo braku ku temu podstaw.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez FBR K.,
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności zbadania i oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego,
- 3) dopuszczenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści pisma,
- 4) obciążenia kosztami postępowania Zamawiającego na rzecz Odwołującego, poprzez zasądzenie kwoty 10.000 zł, stanowiącej uzasadnione koszty Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania, jak również ewentualnych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w przypadku skorzystania przez Odwołującego z pomocy profesjonalnego pełnomocnika na podstawie przedłożonej na rozprawie faktury VAT.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania jako Wykonawca, którego oferta wybrana zostałaby w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejsza, w przypadku uwzględnienia odwołania.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 2) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 28 sierpnia 2024 r. (zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 2 września 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 10 000,00 złotych (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Stanowisko Odwołującego:

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że Zamawiający swoim postępowaniem naruszył art. 226 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy złożona przez niego oferta nie zawierała omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia. Zdaniem Odwołującego, niezasadnym było odrzucenie oferty Odwołującego, bowiem oferta nie zawierała błędów, na jakie powołuje się Zamawiający i jest najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu.

Odwołujący przytaczając treść SWZ wskazywał, iż wynagrodzenie w ramach postępowania miało charakter ryczałtowy. Odwołujący wyjaśnił, że kierował się postanowieniami SWZ, a jego cena ofertowa jest ceną ryczałtową, która wynika z jego indywidualnej kalkulacji, której dokonał przed wykonaniem kosztorysu ofertowego. Odwołujący zakwestionował zatem samowolne pomniejszenie wynagrodzenia przewidzianego za wykonane roboty oraz

ingerencję w ceny jednostkowe wydruku kosztorysowego przez Zamawiającego. Odwołujący zaznaczył przy tym, że Zamawiający żądał przedłożenia na wezwanie kosztorysu, ale kosztorys ten mógł mieć charakter jedynie pomocniczy. Jako taki był też traktowany przez Odwołującego.

Jak dalej podał Odwołujący, ze względu na ryczałtowy charakter rozliczenia Odwołujący uznał, że pomocniczo należało traktować kosztorys przy tego typu rozliczeniu. Zasadą bowiem jest, że kosztorys ofertowy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w którym zamawiający przewiduje wynagrodzenie ryczałtowe ma charakter jedynie informacyjny i pomocniczy. Ewentualne braki w kosztorysie nie mogą być więc podstawą do odrzucenia oferty. Potwierdzeniem tej tezy jest również okoliczność, że Zamawiający nie żądał kosztorysu wraz z ofertą, a dopiero w przypadku, gdyby oferta wykonawcy okazała się najkorzystniejsza – na wezwanie. Logicznym jest, że w tym stanie rzeczy kosztorys sporządzany był następnie, później niż wykonawca określał cenę ofertową, którą ujął w ofercie złożonej w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego, bezzasadne jest zatem dostosowywanie tej ceny do ceny z kosztorysu przez Zamawiającego i obniżanie ceny ofertowej.

Jako istotne Odwołujący uznał też to, że zamówienie podzielone jest na etapy i załączony przedmiar robót był wycinkiem z większego, przewidzianego zbioru działań (robót) który ma prowadzić do prawidłowego ukończenia procesu budowlanego, który w rzeczywistości nie musi okazać się ilościowo identyczny z kosztorysem powykonawczym, jakiego przecież w tym zamówieniu wymaga się również od Wykonawcy na podstawie SWZ. Rozbieżności w pozycjach pojawiły się głównie w robotach odkrywkowych oraz ulegających zakryciu, gdzie przewidywana precyzyjna liczba ich wykonania oraz krotności ich powtórzenia może ulec zmianie i ma na celu prawidłowe, zgodne ze sztuką budowlaną wykonanie całości elementu, co jest głównym, pożądanym celem. Wniosek taki jest tym bardziej zasadny, że Odwołujący nie ingerował w jednostki miary oraz nie dodawał nowych pozycji kosztorysowych. Ponadto brak w dokumentacji zamówienia informacji o tym, czy podstawa wyceny w przedmiarze jest wiążąca czy też orientacyjna, oraz wytycznych co do wyboru programu kosztorysowego, w którym ma zostać sporządzony kosztorys ofertowy, jak również ustawień zaokrągleń

liczbowych programu, jednostkowych nakładów rzeczowych i opcji liczenia narzutów. Zdaniem Odwołującego, w niniejszej sprawie nie da się z postanowień SWZ i projektu umowy wywieść, że wycena, czy kosztorys, który nie miał zostać załączony do oferty, a dopiero na wezwanie, miał jakiegokolwiek znaczenie w tym sensie, że przekładał się na zakres przyszłego zobowiązania, które powinno znaleźć odzwierciedlenie w treści oferty.

Odwołujący podnosił też, że nie każda niezgodność treści oferty z dokumentami zamówienia podlega poprawieniu w trybie wynikającym z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i uprawnia

Zamawiającego do zmiany treści oferty Wykonawcy. Uprawnienie zamawiającego do poprawienia omyłki nie może prowadzić do nadużyć polegających na obniżaniu ceny ofertowej o charakterze ryczałtowym, prawidłowo skalkulowanej przez Wykonawcę. Niezgodność ta może występować wyłącznie w ofercie. Tym samym w trybie ww. przepisu niemożliwe jest w ocenie Odwołującego dokonanie poprawek w kosztorysie ofertowym, składanym przez Wykonawcę na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów. Zamawiający mógł skorzystać w tym zakresie z uprawnień do żądania wyjaśnień złożonych dokumentów na zasadzie art. 223 ust. 1 Pzp.

Zamawiający na posiedzeniu z udziałem stron wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący wykazał przesłanki skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż w sprawie stan faktyczny nie był sporny pomiędzy Stronami. Istota sporu w tym postępowaniu odwoławczym sprowadzała się natomiast do interpretacji prawnej zaistniałych okoliczności faktycznych. Stąd też za zbędne Izba uznała przytaczanie w tym miejscu całego stanu faktycznego i powielanie treści dokumentów, których Strony nie kwestionowały. Należy więc w tym miejscu tylko podkreślić, iż w toku badania i oceny ofert, pismem z dnia 5 sierpnia 2024 r. Zamawiający stwierdził omyłki w kosztorysie ofertowym złożonym przez Odwołującego na wezwanie z dnia 12 lipca 2024 r. polegające

na niezgodności niektórych pozycji kosztorysowych z dokumentami zamówienia, które zostały przez Zamawiającego poprawione na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, w konsekwencji których kwota oferty Odwołującego uległa zmianie. Pismem z dnia 7 sierpnia 2024 r. Odwołujący zakwestionował pomniejszenie przez Zamawiającego wynagrodzenia przewidzianego za wykonane roboty oraz ingerencje w ceny jednostkowe wydruku kosztorysowego. W rezultacie w dniu 28 sierpnia 2024 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 11) ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 11) ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca w wyznaczonym terminie zakwestionował poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3.

Według art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

W art. 16 ustawy Pzp, wprowadzono podstawowe zasady przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia: zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1) ustawy Pzp), przejrzystości (art. 16 pkt 2) ustawy Pzp) i proporcjonalności (art. 16 pkt 3) ustawy Pzp).

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby podniesione przez Odwołującego w odwołaniu zarzuty okazały się zasadne. Bezspornym w sprawie było, iż w postępowaniu ustalono wynagrodzenie ryczałtowe (vide Część 10 ust. 1 pkt 1) i 2) SWZ) oraz to, że Zamawiający nie wymagał załączenia do oferty kosztorysu ofertowego - kosztorys miał zostać przedłożony przez wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona (vide Część 9 ust. 1 pkt 1) i 2) SWZ, Część 10 ust. 1 pkt 1) SWZ).

Bezspornym było też to, iż Odwołujący przekazał kosztorys ofertowy na wezwanie Zamawiającego, a także to, że Zamawiający stwierdził w tym kosztorysie rozbieżności w niektórych pozycjach kosztorysowych względem dokumentów postępowania (przedmiar robót), w wyniku których Zamawiający poprawił te pozycje i w rezultacie obniżył cenę ofertową Odwołującego o 8135,69 zł brutto.

Ponadto należy stwierdzić, w treści SWZ brak jest jakichkolwiek wskazań, aby kosztorys ofertowy, który przedkładany był już po terminie składania ofert, stanowił w tym przypadku podstawę do obliczenia przez wykonawcę oferowanej ceny ryczałtowej. Przy czym, na co

zwracał uwagę Odwołujący, w treści SWZ nie znalazła się informacja o tym, czy podstawa wyceny w przedmiarze robót jest wiążąca czy też orientacyjna. Sam Zamawiający podkreślał w SWZ, że cena oferty musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające wprost z przedmiaru, jak również w nim nie ujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia (tak w: Część 10 ust. 1 pkt 1) SWZ).

Należy zgodzić się też z Odwołującym, iż kosztorys ofertowy w tym przypadku miał charakter pomocniczy, a ewentualne braki w kosztorysie nie mogły być podstawą do odrzucenia oferty. Słusznie więc wywodził Odwołujący, iż bezzasadne jest dostosowywanie podanej jako ryczałt ceny ofertowej do ceny z kosztorysu i obniżanie ceny ofertowej przez Zamawiającego.

Uwadze Izby nie uszła też postawa Zamawiającego w toku postępowania odwoławczego, który nie zajął merytorycznego pisemnego stanowiska wobec zarzutów odwołania, natomiast na rozprawie ograniczył się jedynie do potwierdzenia okoliczności ustalenia ryczałtowego charakteru wynagrodzenia (okoliczność bezsporna) i wskazania, że kosztorys powinien dopełniać ofertę. Niemniej jednak, jak wynika to wprost z treści SWZ, kosztorys ofertowy nie stanowił treści oferty wykonawcy, gdyż przedłożony miał być na wezwanie Zamawiającego przez wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona.

Skoro więc kosztorys ofertowy nie stanowił w tym przypadku treści oferty to niezasadnym było zastosowanie wobec takiego dokumentu dyspozycji art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, który tyczy się poprawiania omyłek w ofercie. W konsekwencji Zamawiający niezasadnie, w oparciu o niestanowiący treści oferty dokument o charakterze pomocniczym, dokonał też poprawienia ceny oferty Odwołującego ustalonej zgodnie z treścią SWZ jako ryczałt. Błąd Zamawiającego doprowadził do niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 11) ustawy Pzp. W rezultacie doszło jednocześnie do naruszenia zasad wyrażonych w art. 16 ustawy Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasady przejrzystości i zasady proporcjonalności. Reasumując powyższe, podniesione przez Odwołującego zarzuty A, B i C zasługiwały na uwzględnienie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 w zw. z § 5 pkt 1) i 2) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: