

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2024 r. przez wykonawcę **PEGAZ-BUD S.M.** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Lubelski Urząd Wojewódzki w Lublinie**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **AS Budownictwo A.S.**

orzeka:

oddala odwołanie,

kosztami postępowania obciąża wykonawcę PEGAZ-BUD S.M. i:

zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PEGAZ-BUD S.M. tytułem wpisu od odwołania,

zasądza od wykonawcy PEGAZ-BUD S.M. na rzecz zamawiającego Lubelskiego Urzędu Wojewódzkiego w Lublinie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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 863/24

UZASADNIENIE

Zamawiający: Lubelski Urząd Wojewódzki w Lublinie (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 bez przeprowadzenia negocjacji (art. 275 pkt 1) ustawy Pzp) pn.: „Przebudowa kondygnacji 5 i 6 budynku CPR i DM w Lublinie przy ul. Wojciechowskiej 1 w Lublinie na potrzeby Wydziału Bezpieczeństwa i Zarządzania Kryzysowego” (znak postępowania: OU-IV.272.2.2024). Wartość szacunkowa zamówienia jest poniżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 31 stycznia 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00084691.

W dniu 18 marca 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca PEGAZ-BUD S.M. (dalej: „Odwołujący”).

W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechał czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do których był zobowiązany na podstawie ustawy, polegających na:

1) zaniechaniu uzyskania rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień od wykonawcy AS Budownictwo A.S. w trybie art. 223 ust. 1 i art. 224 ust. 1 i 5 ustawy Pzp w sprawie zaproponowanej ceny, które wskazywałyby kompleksowo i spójnie obiektywne czynniki mające wpływ na ukształtowaną cenę (mimo skierowania takiego żądania w stosunku do Odwołującego oraz różnicy cenowej oferty złożonej przez Odwołującego w stosunku do wykonawcy AS Budownictwo A.S. w zakresie jedynie 242,52 zł) według najlepszej wiedzy Odwołującego,

2) nieuwzględnieniu wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, mimo oczywistej klarowności tych wyjaśnień w kontekście treści opisu przedmiotu zamówienia,

3) odrzuceniu oferty Odwołującego mimo spełnienia przez nią wszelkich warunków objętych przedmiotem zamówienia.

Dodatkowo Odwołujący zarzucił Zamawiającemu błąd oceny oferty Odwołującego polegający na:

1) nieprawidłowym przyjęciu przez Zamawiającego braku spełnienia przez Odwołującego parametrów przyjętych w dokumentacji projektowej a odnoszących się do ścianki aluminiowej, przy jednoczesnym nie wskazaniu przez Zamawiającego żadnych konkretnych elementów (parametrów), których ta oferta w tymże zakresie nie spełnia, podczas gdy wbrew twierdzeniom Zamawiającego wszelkie parametry jakościowe i ilościowe wynikające z dokumentacji projektowej zostały przez Odwołującego spełnione w całości – vide złożona oferta;

2) bezzasadnym uznaniu przez Zamawiającego, że Odwołujący nie uwzględnił w ofercie działu 6 z przedmiaru, podczas gdy Odwołujący usunął z oferty jedynie część działu 6, a mianowicie poddział 1, który to poddział został usunięty przez Zamawiającego z zamówienia – vide złożona oferta.

Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty,
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności:
 - badania i oceny ofert,
 - wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty najkorzystniejszej złożonej przez AS Budownictwo A.S..

Odwołujący wskazał, że posiada interes, gdyż złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę, a wskazane w odwołaniu czynności i zaniechania Zamawiającego, dotyczące niezgodnego z ustawą wyboru oferty innego wykonawcy, narażają Odwołującego na szkodę w postaci możliwości utraty zarobku – spodziewanego zysku z tytułu uzyskania i realizacji zamówienia.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 2) a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 13 marca 2024 r. (zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 18 marca 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 10 000,00 złotych (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:

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał, że Zamawiający wezwał Odwołującego się do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego, udzielił on szczegółowych wyjaśnień, wskazując, że posiadany przez niego know-how oraz oferty od podwykonawców poszczególnych robót pozwolą zrealizować zamówienie przy bardzo niskich kosztach własnych, a zaproponowana cena obliczona jest w ten sposób, aby wykonanie umowy przyniosło Odwołującemu zysk. Natomiast mimo, że oferta złożona przez AS Budownictwo A.S. była ofertą cenowo niższą, Zamawiający nie wzywał tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, jak dalej podnosił Odwołujący, Zamawiający zarzucił Odwołującemu niezgodność treści oferty w zakresie ścianki aluminiowej (przeszkłona ścianka działowa) z dokumentacją projektową (opisem przedmiotu zamówienia), nie precyzując jednocześnie w jakim zakresie ta niezgodność występuje. Oferta Odwołującego, wbrew twierdzeniom Zamawiającego obejmowała swoją treścią wszelkie parametry techniczne i jakościowe wynikające z norm budowlanych, a przede wszystkim z samej dokumentacji projektowej. Dokumentacja projektowa nie zawiera natomiast żadnych szczególnych parametrów spornego elementu, które to cechy niezależnie od tych zawartych w ofercie miałyby zostać spełnione, aby oferta według Zamawiającego spełniła warunki prawidłowości.

Odwołujący zaznaczył też, że zupełnie niezrozumiałe, gdyż sprzeczne z treścią oferty złożonej przez Odwołującego jest twierdzenie Zamawiającego, stanowiące jednocześnie podstawę odrzucenia oferty Odwołującego, w przedmiocie rzekomego pominięcia przez Odwołującego w ofercie działu 6 z przedmiaru, podczas gdy oferta Odwołującego zawiera ten element z wyłączeniem jedynie poddziału 1 działu 6 z uwagi na jego uprzednie wyłączenie przez Zamawiającego z zakresu przedmiotowego postępowania.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający pismem z dnia 26 marca 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc 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.

Odwołujący został prawidłowo zawiadomiony o terminie rozprawy, jednakże nie stawiał się na rozprawie, tym niemniej nie wstrzymało to rozpoznania odwołania zgodnie z art. 549 ust. 4 ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie zgłosił wykonawca AS Budownictwo A.S.. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia, ani opozycji przeciw przystąpieniu tego wykonawcy do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego zgłoszonego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę AS Budownictwo A.S..

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz dowody załączone do odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

Zarzut nr 1

W stosunku do zarzutu zaniechania wezwania od wykonawcy AS Budownictwo A.S. w trybie art. 223 ust. 1 i art. 224 ust. 1 i 5 ustawy Pzp w sprawie zaproponowanej ceny, Odwołujący podniósł, że choć cena oferty wykonawcy AS Budownictwo A.S. była niższa od ceny oferty Odwołującego (którego to Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp), Zamawiający zaniechał wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 224 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym zakresie Izba ustaliła następujący stan faktyczny. W dniu 7 marca 2024 r. Zamawiający wezwał wykonawcę AS Budownictwo A.S. do wyjaśnienia przedmiotowych środków dowodowych oraz rażąco niskich składników cenotwórczych podstawie art. 107 ust. 4 oraz 224 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższych ustaleń stanu faktycznego, zarzut w postaci zaniechania wezwania do wyjaśnień wykonawcy AS Budownictwo A.S. nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż Zamawiający dokonał takiej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 7 marca 2024 r.

Zarzuty nr 2 i 3

W kontekście zarzutu nieuwzględnienia wyjaśnień złożonych przez Odwołującego (zarzut nr 2), Odwołujący zarzucił Zamawiającemu błąd oceny oferty Odwołującego polegający na nieprawidłowym przyjęciu:

- 1) braku spełnienia parametrów przyjętych w dokumentacji projektowej a odnoszących się do ścianki aluminiowej, przy jednoczesnym nie wskazaniu żadnych konkretnych elementów (parametrów), których oferta Odwołującego w tymże zakresie nie spełnia, podczas gdy wszelkie parametry jakościowe i ilościowe wynikające z dokumentacji projektowej zostały przez Odwołującego spełnione w całości – vide złożona oferta,
- 2) nieuwzględnieniu w ofercie działu 6 z przedmiaru, podczas gdy Odwołujący usunął z oferty jedynie część działu 6, a mianowicie poddział 1, który to poddział został usunięty przez Zamawiającego z zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, Izba oddaliła również ten zarzut. Należy przede wszystkim zwrócić uwagę, że uzasadnienie tego zarzutu jest nader wąskie i sprowadza się głównie do ogólnych twierdzeń Odwołującego nie popartych żadnymi konkretnymi wskazaniem.

Po pierwsze, co do nieprawidłowego, zdaniem Odwołującego, przyjęcia przez Zamawiającego braku spełnienia parametrów przyjętych w dokumentacji projektowej, a odnoszących się do ścianki aluminiowej, Odwołujący podnosił, że oferta obejmowała swoją treścią wszelkie parametry techniczne i jakościowe wynikające z norm budowlanych, a przede wszystkim z samej dokumentacji projektowej. Odwołujący nie podjął zarazem na etapie postępowania odwoławczego jakiegokolwiek próby przedstawienia, iż w zakresie ścianek aluminiowych proponowane rozwiązania Odwołującego spełniają wymogi dokumentacji projektowej. Bez wątpienia nie można za takie uznawać ogólnego stwierdzenia, że oferta obejmowała swoją treścią wszelkie parametry techniczne i jakościowe. Przykładowo mogłoby to być zestawienie wymaganych parametrów przez Zamawiającego z oferowanymi przez Odwołującego ściankami, które prowadziłoby do wniosku, iż Zamawiający dokonał niesłusznej oceny w tym zakresie.

Izba uznała, iż Zamawiający nie dopuścił się błędu w ocenie oferty i słusznie zauważył niezgodność oferowanych ścianek przez Odwołującego z wymogami dokumentacji postępowania. Jak wskazał Zamawiający, z wyjaśnień Odwołującego z dnia 11 marca 2024 r. wynika, iż Odwołujący przyjął wykonanie ścianek jednoszybowych (GSW Office), a Zamawiający wymagał ścianek z podwójną szybą. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie zwracał uwagę na zapisy dokumentacji, a w szczególności na rozdział *ST-B10 MONTAŻ STOLARKI ALUMINIOWEJ (Kod CPV 45421132-8)* Specyfikacji Technicznej Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych, gdzie w pkt 5 *Wykonanie Elementów stolarki i ślusarki* w zakresie *Parametrów wizualnych szkła* wyraźnie podano m. in., że: „*Podwójne szyby zespolone muszą być płaskie (...)*”. Ponadto przywołał treść pkt 36-40 „*ZESTAWIENIA PRODUKTOWEGO Z OPISEM - POZOSTAŁE ELEMENTY*” zawartego w Projekcie aranżacji wnętrz, gdzie Zamawiający wskazał, że dla ścianek AL3, AL4/5, AL1 wymagał systemu Office 100, który, jak wyjaśnił w odpowiedzi na odwołanie jest systemem ścian ze szkłem z podwójną szybą. Wobec braku zakwestionowania przez Odwołującego stanowiska wyrażonego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie i nie przedstawieniu konkretnych argumentów na poparcie swojego stanowiska, zarzut w tym zakresie nie zasługiwał na uwzględnienie.

Na marginesie należy w pewnym sensie zgodzić się z Odwołującym, iż Zamawiający, wskazując w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 13 marca 2024 r., że: „*Wykonawca w swoich wyjaśnieniach wskazał element niezgodny z warunkami zamówienia – tj. ścianka aluminiowa. Oferta przedstawiona przez Wykonawcę w ramach wyjaśnień nie spełnia parametrów przyjętych w dokumentacji projektowej*”, nie doprecyzował dokładnych parametrów, które były niezgodne z wymaganiami Zamawiającego. Niemniej jednak Zamawiający w ocenie Izby podał w stopniu wystarczającym faktyczną

podstawę odrzucenia oferty, jaką było niespełnianie przez oferowane przez Odwołującego ścianki aluminiowe parametrów dokumentacji projektowej. Powyższą uwagę Izby należy traktować uzupełniająco jako niemającą wpływu na wynik tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się zaś do drugiej kwestii, tj. nieprawidłowego, zdaniem Odwołującego, przyjęcia przez Zamawiającego, że Odwołujący nie uwzględnił w ofercie działu 6 z przedmiaru, Odwołujący stwierdził, że poddział 1 działu 6 został usunięty przez Zamawiającego z zamówienia. Odwołujący swoje twierdzenie uzasadniał tym, za odpowiedzią z dnia 11 marca 2024 r. na wezwanie do wyjaśnień Zamawiającego z dnia 7 marca 2024 r., iż w ramach wyjaśnień treści SWZ, Zamawiający udzielił następujących odpowiedzi na pytania z dnia 15 lutego 2024 r.:

„1. Zgodnie z SWZ w zakresie prac do wykonania znajduje się: *„wyposażenie, socjalnych i łazienek zgodnie z projektem aranżacji”* - prosimy o doprecyzowanie tego zapisu. Czy wyposażenie pozostałych pomieszczeń (biurowych, wypoczynkowych, warsztatu, pom. radiostacji, sali konferencyjnej...) również jest w zakresie?

2. Czy wyposażenie łazienek w kosze na śmieci, dozowniki mydła, uchwyty na papier toaletowy itp. powinno zostać ujęte w zakresie prac?”

Odpowiedź Zamawiającego:

1. Zamawiający informuje, iż wskazany zakres prac został wyłączony z postępowania. Zapis został wykreślony z SWZ.

2. Wyposażenie łazienek nie jest objęte zakresem prowadzonego postępowania.”

Wobec czego, jak wyjaśnił Odwołujący w dniu 11 marca 2024 r., Odwołujący nie przedstawił w ofercie kalkulacji na wyposażenie łazienek, ponieważ zostało ono wyłączone z zakresu zgodnie z wyjaśnieniami treści SWZ.

W informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 13 marca 2024 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego podając m. in., że: *Zamawiający podjął informację o pominięciu przez Wykonawcę działu 6 z przedmiaru. Wykonawca w ramach wyjaśnień wskazał że powyższy zakres został wyłączony na etapie wyjaśnień treści SWZ, co jest błędnym wnioskiem. Co istotne nikt z pozostałych Wykonawców nie dokonał tego błędu. Pytanie zadane przez Wykonawcę nie dotyczyło działu całego jako takiego, a poszczególnych elementów wskazanych w pytaniu. Dział 6 został ujęty przedmiarze inwestorskim branży budowlanej- Wyposażenie (oznaczenia zgodne z projektem aranżacji). Pozycje działu 6 należało uwzględnić w kosztorysie ofertowym.”.*

W ocenie Izby Odwołujący błędnie zinterpretował zapisy SWZ, a także treść odpowiedzi Zamawiającego na pytania do treści SWZ, co prowadziło do niezasadnego nieujęcia określonych pozycji w kosztorysie ofertowym. Faktem jest, że Zamawiający wykreślił z pierwotnego brzmienia rozdziału 3 ust. 2 pkt 1) SWZ zapis, że zakres prac branży budowlanej obejmuje *wyposażenie, socjalnych i łazienek zgodnie z projektem aranżacji* oraz to, że Odwołujący nie zawarł w swoim kosztorysie ofertowym poddziału 1 działu 6 dotyczącego łazienek i pomieszczeń socjalnych. Kwestią sporną było to, jak należało rozumieć ww. odpowiedzi Zamawiającego udzielone w ramach wyjaśnień treści SWZ oraz następce czynności Zamawiającego (modyfikacja SWZ). Izba przychyliła się w tym względzie do interpretacji zaprezentowanej przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, w szczególności dotyczącej tego, że: *„Zamawiający usunął z SWZ wyłącznie zapis mogący budzić mylne wrażenie, że zakresem przedmiotu zamówienia objęte są inne, niż wymienione w przedmiarze robót budowlanych, zakupy wyposażenia dla pomieszczeń projektowanych łazienek i pomieszczeń socjalnych, w tym min. kosze na śmieci, dozowniki mydła, uchwyty na papier toaletowy itp.”.* Izba zauważyła, że poddział 1 działu 6 z przedmiaru budowlanego „Łazienki, pomieszczenia socjalne” obejmuje swoim zakresem zupełnie inne pozycje aniżeli te, których dotyczyły pytania do treści SWZ. Istotnym, zdaniem Izby, jest przy tym to, iż za modyfikacją przez Zamawiającego rozdziału 3 ust. 2 pkt 1) SWZ nie nastąpiła również modyfikacja przedmiaru polegająca na usunięciu poddziału 1 działu 6. Skoro zatem Zamawiający nie wykreślił konkretnych pozycji z przedmiaru, wykonawca powinien uwzględnić każdą z tych pozycji. O jednoznaczności wymagań Zamawiającego świadczy również to, że pozostali Wykonawcy w złożonych przez siebie ofertach nie wyłączyli ze swoich kosztorysów poddziału 1 działu 6.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, że w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający zwrócił również uwagę na braki w zakresie poddziału 2 działu 6, pozycje 63 i 64 przedmiaru. Do braku w zakresie tych pozycji Odwołujący nie odnosił się w odwołaniu, niemniej jednak również w tym zakresie Izba zauważyła braki kosztorysu ofertowego Odwołującego.

Odnosząc się natomiast do zarzutu nr 3, tj. odrzucenia oferty Odwołującego mimo spełnienia przez nią wszelkich warunków objętych przedmiotem zamówienia, to należy wskazać, iż zarzut ten jest konsekwencją zarzutu nr 2, a wobec oddalenia tego zarzutu, należy przyjąć, że również zarzut nr 3 nie zasługuje na uwzględnienie.

Reasumując powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1) 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:.....