Sygn. akt: KIO 1113/24

WYROK

Warszawa, dnia 19 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Marek Bienias**

Protokolant: **Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę **INWEST LIM sp. z o.o. sp.kz siedzibą w Przeźmierowie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Szpital Miejski im. Franciszka Raszei w Poznaniu,**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **PRECISE BUILDING Sp. z o. o. Lider konsorcjum z siedzibą w Poznaniu oraz STRUKTUM SJ Sp. z o. o. – Partner konsorcjum z siedzibą w Poznaniu**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **INWEST LIM sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Przeźmierowie** i
   2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **INWEST LIM sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Przeźmierowie**, tytułem wpisu od odwołania.
   2.2. Zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego 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 1113/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Szpital Miejski im. Franciszka Raszei w Poznaniu– prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym (art. 275 pkt 1 Pzp) pn. Modernizacja Oddziału Chirurgii Szpitala Miejskiego im. Franciszka Raszei w Poznaniu – II Etap (nr postępowania SR/XV-270-3-AG/24).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 9.02.2024 r. pod numerem: 2024/BZP 00100168.

W dniu 2 kwietnia 2024 r. wykonawca INWEST LIM sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Przeźmierowie wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, dotyczących bezzasadnego odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo Zamówień Publicznych z dnia 11.09.2019 r. (dalej zwanej „Pzp"), tj. jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

W związku z powyższym, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez wadliwe zastosowanie ww. przepisu względem Odwołującego, a w konsekwencji błędne uznanie, że złożona przez niego oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia.

Opierając się na przedstawionych zarzutach Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz przeprowadzenia ponownej oceny ofert w postępowaniu, z uwzględnieniem oferty Odwołującego jako zgodnej z warunkami zamówienia.

W wyniku wniesionego odwołania przez wykonawcę INWEST LIM sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Przeźmierowie, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 kwietnia 2024 r. (pismo z dnia 11 kwietnia 2024 r.) wnosił oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: PRECISE BUILDING Sp. z o. o. Lider konsorcjum z siedzibą w Poznaniu oraz STRUKTUM SJ Sp. z o. o. – Partner konsorcjum z siedzibą w Poznaniu.

Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.

Przystępujący przy zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Stan prawny ustalony przez Izbę:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępującego, konfrontując je z zebranym w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk stron, a także uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 ustawy PZP i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 ustawy PZP. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek określonych w art. 528 ustawy PZP, których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto w ocenie składu orzekającego Odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 ustawy PZP, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony i przystępującego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu – stwierdziła, że sformułowany przez Odwołującego zarzut nie znajduje oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba zważa, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez wadliwe zastosowanie ww. przepisu względem Odwołującego, a w konsekwencji błędne uznanie, że złożona przez niego oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia, jest w ocenie Izby niezasadny.

Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że istota sporu sprowadzała się do odpowiedzi na pytanie, czy kosztorys ofertowy w przedmiotowym postępowaniu miał charakter pomocniczy. Na tak postawione pytanie, w ocenie Izby, należy udzielić odpowiedzi negatywnej.

Izba zważa, że Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 28 marca 2024 r. wskazał, iż: „Zgodnie z treścią § 7 ust. 7 Załącznika nr 5 do SWZ (Wzór umowy), Zamawiający wskazał, iż *W przypadku potrzeby zaniechania wykonania niektórych robót, tj. odstąpienia od realizacji Umowy w określonej części, Wykonawca nie będzie uprawniony ani zobowiązany do wykonania robót zaniechanych, a jego wynagrodzenie zostanie odpowiednio pomniejszone o wartość robót zaniechanych. W związku z zaniechaniem wykonania określonych robót, Wykonawca nie będzie uprawniony do żądania jakiegokolwiek wynagrodzenia lub odszkodowania związanego z niewykonaniem robót zaniec,hanych, w tym nie będzie podnosił roszczeń z art. 644 k.c. W przypadku ograniczenia przez Zamawiającego robót, o których mowa w § 13 ust. 1 pkt 4 lit. d) umowy, wynagrodzenie ryczałtowe określone w ust. 2 zostanie pomniejszone o wartość robót, od wykonania których odstąpiono.* ***Wartość tych robót zostanie ustalona w oparciu o ceny jednostkowe zamieszczone w kosztorysie ofertowym.*** *Ograniczenie zakresu zamówienia nie może przekraczać kwoty …….. zł (tj. 20% zaoferowanej ceny).* Zamawiający wymagał od Wykonawcy załączenia do oferty kosztorysów ofertowych, niezbędnych w celu rozliczenia inwestycji, co znajduje uzasadnienie m.in. w konieczności opracowania harmonogramu rzeczowo-finansowego stanowiącego podstawę do rozliczenia inwestycji. Kosztorys ofertowy powinien uwzględniać wszystkie wymagane przez Zamawiającego roboty oraz wskazywać ilości, a także ceny poszczególnych robót pozwalając na ewentualne zastosowanie § 7 ust. 7 Załącznika nr 5 do SWZ (Wzór umowy)".

Jednocześnie Zamawiający w odrzuceniu oferty Odwołującego wskazał, iż złożone przez Odwołującego kosztorysy zawierają szereg braków (Zamawiający je opisał w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego), co uniemożliwia prawidłowe rozliczenie zamówienia i jest podstawą odrzucenia oferty Odwołującego, ze względu na jej niezgodność z warunkami zamówienia.

W podsumowaniu opisanych nieprawidłowości Zamawiający wskazał również, że brak wyszczególnienia w kosztorysach zakwestionowanych zakresów prac i brak wskazania w treści oferty ich wyceny, nie pozwala na uznanie tych prac za uwzględnione w ofercie, a dodatkowo brak wyodrębnienia ich ceny nie pozwala na ewentualne zastosowanie § 7 ust. 7 Załącznika nr 5 do SWZ (Wzór umowy).

W pierwszej kolejności, należy zauważyć, że Odwołujący w odwołaniu nie wymienił wszystkich zakresów, o jakich napisał Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, tj.: brak wyceny wykonania pomieszczenia na

strychu pod UPS w jego kosztorysie budowlanym, brak uwzględnienia w kosztorysie budowlanym wyceny nowej posadzki betonowej, zaoferowany przez wykonawcę wyrób jest - co do ilości - niezgodny z SWZ w zakresie pkt 11 i 12, brak uwzględnienia w kosztorysie wskazanych pozycji dotyczących dodatkowych wyrobów (kontenerów) oraz wskazanie w kosztorysie nazwę wyrobu nieposiadającego możliwości sterowania oświetleniem, na co zwrócił uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

Izba zważa, iż zgodnie z rozdziałem VIII (Wykaz oświadczeń i dokumentów składanych wraz z ofertą) Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą: formularza oferty (pkt 1) oraz kosztorys ofertowy (pkt 2). Jednocześnie Zamawiający wskazał, iż kosztorys ofertowy ma być sporządzony przez Wykonawcę na podstawie materiałów udostępnionych przez Zamawiającego oraz odbyciu wizji lokalnej, a także że zamieszczone materiały, w szczególności przedmiary robót mają charakter pomocniczy mający na celu pomoc Wykonawcy w przygotowaniu oferty.

Tym samym, w ocenie Izby, z powyższych postanowień SWZ jednoznacznie wynika, iż charakter pomocniczy mają wyłącznie przedmiary robót, a nie dotyczy to natomiast kosztorysów ofertowych. Ma to też swoje odzwierciedlenie w innych postanowieniach SWZ, gdzie w dokumencie pod nazwą „Informacja uzupełniająca do postępowania przetargowego dotyczącego modernizacji Oddziału Chirurgii Ogólnej i Minimalnie Inwazyjnej", Zamawiający w pkt 3 ww. dokumentu wymagał wykonania wyceny w oparciu o dokumentację projektową, zaś przedmiary stanowiły materiał pomocniczy: „Przedmiary stanowią materiał pomocniczy. Wycenę należy przygotować w oparciu o dokumentację projektową", czy też z zapisów załącznika nr 9 do wzoru umowy: „Przedmiar robót, który ma jedynie charakter pomocniczy. Nieujęcie w przedmiarze elementów robót niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotu Umowy nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku wykonania tych robót, przy czym Wykonawcy nie będzie przysługiwało dodatkowe wynagrodzenie z tego tytułu", jak również w odpowiedziach udzielonych przez Zamawiającego w ramach wyjaśnień treści SWZ.

Tym samym należy zauważyć, wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający w żadnym punkcie SWZ nie wskazał, że kosztorysy ofertowe mają charakter pomocniczy.

Co istotne, Zamawiający w informacji uzupełniającej do postępowania przetargowego dotyczącego modernizacji Oddziału Chirurgii Ogólnej i Minimalnie Inwazyjnejjednoznacznie wskazał, iż: „przekazuje poniżej dodatkowe informacje uzupełniające, które należy uwzględnić w ofercie oraz będą wiążące przyszłego Wykonawcę". I tak tytułem przykładu Zamawiający wymagał w pkt 8 „W związku z koniecznością wykonania trasy wentylacyjnej ze strychu na II piętro, w ofercie należy dodatkowo uwzględnić zakres prac w sali seminaryjnej znajdującej się na III piętrze taki, jak: demontaż zabudowy pionu z gk, przekucia przez stropy, ponowna zabudowa z gk wraz z wykończeniem i odtworzeniem, jak w obecnym standardzie, czy też w pkt 10 „W ofercie należy uwzględnić wykonanie instalacji chłodu według rysunków: chłód 1-1 i chłód 1-2", a czego w ofercie (kosztorysie ofertowym) Odwołującego zabrakło.

W ocenie Izby Odwołujący zdaje się nie zauważać, że kosztorysy ofertowe, jak już Izba wskazała powyżej, w przedmiotowym postępowaniu nie mają charakteru pomocniczego oraz że powinny być sporządzone w sposób, jaki wynikał z dokumentacji projektowej. Należy bowiem zwrócić uwagę, że na dokumentację projektową w przedmiotowym postępowaniu składają się nie tylko przedmiary, ale również wymagane roboty wynikające z Informacji uzupełniającej do postępowania przetargowego dotyczącego modernizacji Oddziału Chirurgii Ogólnej i Minimalnie Inwazyjnej, a także udzielone przez Zamawiającego wyjaśnienia co do treści SWZ.Tym samym stwierdzenie Odwołującego, iż przyjął do wyceny „informacje podane w dokumentacji projektowej", jest zdaniem Izby stwierdzeniem gołosłownym, nie popartym żadnym dowodem.

W związku z powyższym, Izba nie zgadza się z Odwołującym, że w niniejszym postępowaniu „kosztorysy nie stanowiły oferty sensu stricto (nie stanowiły treści merytorycznej oferty)".

W świetle wymagań opisanych przez Zamawiającego w § 7 ust. 7 wzoru umowy, złożenie kosztorysów ofertowych z pominięciem wymaganych robót i cen jednostkowych (tj. kosztorysy ofertowe dołączone do oferty Odwołującego nie pokrywają się z zakresem wynikającym z dokumentacji projektowej), w ocenie Izby spowodowało, iż treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści SWZ. Inaczej mówiąc, prawidłowe sporządzenie kosztorysów było konieczne, aby Zamawiający miał wiedzę, „o ile, to wynagrodzenie ryczałtowe zostanie ewentualnie umniejszone w razie zaniechania wykonania niektórych robót", na co słusznie zwrócił uwagę Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

Niezależnie od powyższego, Izba wskazuje, że Odwołujący nie zakwestionował postanowień SWZ, co do zapisów § 7 ust. 7 wzoru umowy, a tym samym obowiązek sporządzenia kosztorysu ofertowego, w celu jaki wynikał z ww. paragrafu umowy, był obligatoryjny dla każdego Wykonawcy biorącego udział w niniejszym postępowaniu, w tym dla Odwołującego. Chybiony jest także wniosek Odwołującego, iż gdyby kosztorysy miały mieć kluczowe znaczenie, to służyłyby one do rozliczania robót dodatkowych, o jakich mowa w § 13 ust. 2 projektu umowy. Odwołujący nie zauważa jednak, że roboty (Odwołujący nazwał je robotami dodatkowymi) z § 13 ust. 2 wzoru umowy, to takie roboty, które nie wynikają z dokumentacji projektowej.

Należy również zwrócić uwagę, wbrew twierdzeniom Odwołującego, że Zamawiający w wezwaniu z dnia 8 marca 2024

r. przedstawił jedynie wątpliwość, że w ofercie wykonawcy brak jest informacji o uwzględnieniu i wycenie określonych prac bez wymogu podania konkretnej pozycji kosztorysowej, to w ocenie Izby, Odwołujący zdaje się nie zauważać, że Zamawiający zawarł wymóg udzielenia odpowiedzi, czy i w jaki sposób oferta Wykonawcy spełnia każde z powyżej sformułowanych wymagań Zamawiającego oraz nominalnie i odrębnie do każdego punktu wezwania i precyzyjnie udzielić odpowiedzi, zaś same wyjaśnienia Odwołującego z dnia 12 marca 2024 r., iż „Spółka przedstawiła ofertę uwzględniającą całość robót zgodnie z dokumentacją projektową , w tym również wszystkie elementy wymienione w Państwa piśmie", wskazując dla branży budowlanej, sanitarnej, wyposażenie, elektrycznej, że „zawarto w ofercie" nie zmienia tego, iż Zamawiający w wyniku zdawkowej, wręcz lakonicznej odpowiedzi Odwołującego nie dysponował ani wymaganymi robotami ani zestawieniem cen jednostkowych w oparciu, o które planowane jest rozliczenie inwestycji, niezależnie od przyjętego wynagrodzenia ryczałtowego (§ 7 ust. 1 wzoru umowy), patrząc przez pryzmat postanowień § 7 ust. 7 wzoru umowy w odniesieniu do robót zaniechanych, w którym jednoznacznie wskazano, iż: „ *(...)wynagrodzenie ryczałtowe określone w ust. 2 zostanie pomniejszone o wartość robót, od wykonania których odstąpiono.* ***Wartość tych robót zostanie ustalona w oparciu o ceny jednostkowe zamieszczone w kosztorysie ofertowym"*.** Tym samym zdaniem Izby, Odwołujący był obowiązany wskazać w kosztorysach ofertowych wszystkie roboty, w tym ceny jednostkowe, wynikające z przedmiarów, informacji uzupełniającej do postępowania przetargowego dotyczącego modernizacji Oddziału Chirurgii Ogólnej i Minimalnie Inwazyjnej oraz udzielonych wyjaśnień, tak aby Zamawiający miał możliwość pomniejszyć wartość robót, od których odstąpiono, w przypadku zaistnienia takiej sytuacji, czego przecież nie można wykluczyć w trakcie realizacji zamówienia.

Poza tym, Izba nie zgadza się z Odwołującym, że w przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z drobnymi niespójnościami kosztorysów, patrząc przez pryzmat ilości braków wskazanych przez Zamawiającego w kosztorysach ofertowych. Izba chciałaby w tym miejscu podkreślić, że to na Wykonawcy jako profesjonaliście ciąży należyta staranność w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, która musi uwzględniać, zgodnie z art. 355 § 2 k.c., zawodowy charakter tej działalności. Oznacza to, że od przedsiębiorcy wymagana jest szczególna staranność wyrażająca się większą zapobiegliwością, rzetelnością, dokładnością w działaniu, itd. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada więc na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty, w tym kosztorysy ofertowe, a także oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości.

Nadto Izba zważa, że w niniejszej sprawie bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy pozostaje okoliczność podnoszona w odwołaniu, jak i na rozprawie, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie dokonał aktualizacji i ujednolicenia przedmiarów. To samo dotyczy wszelkich okoliczności podnoszonych przez Odwołującego na rozprawie, co do rozumienia § 13 ust. 1 pkt 4 lit. d) umowy, ponieważ nie były one w ogóle podnoszone w odwołaniu.

Na marginesie, Izba wskazuje, iż także oferty innych Wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu, tj. ORLIKON sp. z o. o., PROGRES S.K.P.,rzedsiębiorstwo Ogólnobudowlane ARTBUD Sp. z o.o., CIEPŁOWNIK EKOINWESTYCJE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, zostały odrzucone na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, w związku z wadliwie sporządzonymi kosztorysami ofertowymi.

Konkludując, zdaniem Izby, Odwołujący nie udowodnił, że jego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia. To na Odwołującym spoczywa ciężar dowodu, co oznacza, że Odwołujący był zobligowany przedstawić dowody na poparcie swoich twierdzeń, a czego zabrakło w niniejszej sprawie. Tym samym, Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego i tym samym zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, w ocenie Izby nie potwierdził się.

Nadto Izba zważa, że dowód wniesiony przez Zamawiającego w postaci szacunkowego zestawienia pominiętych w ofercie Odwołującego zakresów z określeniem ich wartości netto, nie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b w zw. z § 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: …….