

Sygn. akt: KIO 418/24

WYROK

Warszawa, dnia 21 lutego 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 lutego 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lutego 2024 r. przez wykonawcę **BUDIR SYSTEM sp. z o.o. sp. k., Aleja gen. W.S. 9C lok. 19 02-758 Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez: **Powiat Grójecki, ul. Józefa Piłsudskiego 59, 05-600 Grójec,**
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawcy **ARBUD INVESTMENT sp. z o.o., Aleja Wojska Polskiego 43, 26-600 Radom,**

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.

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.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 418/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Powiat Grójecki, ul. Józefa Piłsudskiego 59, 05-600 Grójec, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Przebudowa oddziałów szpitalnych w Powiatowym Centrum Medycznym w Grójcu Sp. z o.o.”, numer referencyjny: WIZPIRP.272.60.2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 29.11.2023 r., nr 2023/BZP 00520853.

W dniu 06.02.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy BUDIR SYSTEM sp. z o.o. sp. k., Aleja gen. W.S. 9C lok. 19, 02-758 Warszawa (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez nieodrzućenie oferty ARBUD INVESTMENT sp. z o.o. pomimo że oferta ta pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia, tj. stanowiący element tejże oferty kosztorys nie spełnia wymagań przedstawionych przez Zamawiającego w SWZ,
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty KORPORACJI BUDOWLANEJ „DARCO” pomimo że oferta ta pozostaje niezgodna z warunkami zamówienia, tj. stanowiący element tejże oferty kosztorys nie spełnia wymagań przedstawionych przez Zamawiającego w SWZ,
- 3) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, polegające na wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy ARBUD INVESTMENT sp. z o.o., pomimo istnienia w stosunku do tego podmiotu okoliczności uzasadniających odrzućenie oferty.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje w zakresie oferty wykonawcy ARBUD INVESTMENT sp. z o.o. „V ocenie odwołującego w realiach niniejszej sprawy kluczowy dla jej prawidłowego rozstrzygnięcia pozostaje przepis XII.3 SWZ, zgodnie z którym „Oferta wraz z załącznikami musi być złożona w postaci elektronicznej (...) Ofertę składa się na Formularzu Ofertowym – zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SWZ. Wraz z ofertą Wykonawca jest zobowiązany złożyć”: (...) „5) kosztorys ofertowy wg wzoru stanowiącego załącznik do SWZ, który musi być zgodny z przedmiarem robót”. Tymczasem Wykonawca, składając ofertę, naruszył wskazane wyżej uregulowanie, bowiem dodał w swoich kosztorysach całkowicie nowy dział pod nazwą „instalacja gazów medycznych” (rubr. 4.5 kosztorysu załączonego do oferty Wykonawcy), a także zmienił inne pozycje w konsekwencji modyfikując przygotowany przez Zamawiającego kosztorys w ten sposób, że z 84 pozycji zmienił się on na 88 pozycji, co z pewnością pozostaje niespójne w stosunku do oczekiwań Zamawiającego.

Wykonawca dokonał też dalej idących zmian w kosztorysie udostępnionym przez Zamawiającego, bowiem, dokonał zmiany np. w pozycji 47 kosztorysu, gdzie według oczekiwań Zamawiającego należało wycenić „Jednostka zewnętrzna Split Qchł=5,0kW (1,4-5,4 kW) Pobór mocy el.=1,54kW 230/1f/50Hz wymiary: 800/285/714 masa 40,5kg czynnik R32 montaż na ścianie na podkonstrukcji nad lub pod oknem”, zaś Wykonawca wycenił w ramach tejże pozycji element o nazwie: „Jednostka zewnętrzna Split”.

Kolejnym analogicznym przykładem pozostaje pozycja 48, gdzie według wymogów Zamawiającego należało wycenić następujący element: "Jednostka zewnętrzna Split przeznaczona do serwerowni Qch=3,5kW (1,5-4,0kW) Pobór mocy el.=0,76kW 230/1f/50Hz wymiary: 800/285/550 masa 34kg czynnik R32 montaż na ścianie na podkonstrukcji nad lub pod oknem", zaś Wykonawca wycenił element o nazwie: "Jednostka zewnętrzna Split". Analogiczna sytuacja powtarza się od pozycji 47 do pozycji 56 kosztorysu, zaś tak dokonana zmiana uniemożliwia identyfikację wycenionych tamże klimatyzatorów oraz pozostaje sprzeczne z oczekiwanym przez Zamawiającego wzorem kosztorysu.

Podobna sytuacja ma miejsce w zakresie zawartych w kosztorysie Wykonawcy planowanych prac elektrycznych. Wykonawca dokonał tam zmiany np. w pozycji 84, gdzie zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego należało wycenić "Kontroler centrali AVENAR, licencja premium, OPC", a Wykonawca wycenił "Montaż modułowej centrali alarmowej do 64 linii dozorowych". Kolejny przykład to pozycja 85, gdzie należało wycenić "Moduł kontroli baterii", a Wykonawca wycenił "Montaż dodatkowej karty funkcyjnej centrali alarmowej - karta modemu/zdalnej transmisji". Z kolei w pozycji 86, gdzie należało wycenić "Moduł pętli dozorowej LSN", Wykonawca wycenił "Montaż dodatkowych urządzeń i elementów SAP - dodatkowe wewnętrzne wskaźniki zadziałania w wykonaniu konwencjonalnym w uprzednio zainstalowanych gniazdach i obudowach wraz ze sprawdzeniem". W pozostałych pozycjach dotyczących tejże branży sytuacja jest analogiczna, a Wykonawca dokonał zmian w treści przedstawionego przez Zamawiającego kosztorysu, co jest sprzeczne z uregulowaniami SWZ i skutkuje wadliwością przedstawionej oferty."

Co do oferty wykonawcy oferty KORPORACJI BUDOWLANEJ „DARCO” D.Ż. Odwołujący podniósł szczególności, co następuje. „Mianowicie Wykonawca 2 także uchybił obowiązkowi załączenia do oferty kosztorysu ofertowego wg wzoru stanowiącego załącznik do SWZ, który musi być zgodny z przedmiarem robót, tj. dokonał zmian pozycji względem przedmiaru w kosztorysie. Zamawiający udostępnił bowiem jako wzór kosztorysu trzy przedmiary robót: - budowlany, który składał się z 88 pozycji; sanitarny, który składał się z 119 pozycji; oraz elektryczny, który składa się z 227 pozycji. Wykonawca 2 wszystkie trzy kosztorysy połączył w jeden kosztorys ofertowy a co za tym idzie, pozycje z przedmiaru robót nie odpowiadają swoimi numerami załączonemu kosztorysowi. Ponadto Wykonawca 2 stworzył oddzielny kosztorys na wykonanie instalacji gazów medycznych, tj. wyodrębnił wszystkie pozycje związane z tym zakresem robót z przedmiaru budowlanego i sanitarnego, co jest niewątpliwie sprzeczne z zapisami SWZ, bowiem wraz z ofertą należało złożyć kosztorys ofertowy wg wzoru stanowiącego załącznik do SWZ, który musi być zgodny z przedmiarem robót."

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) odrzucenia oferty ARBUD INVESTMENT sp. z o. o.,
- 2) odrzucenia oferty KORPORACJI BUDOWLANEJ „DARCO” D.Ż.,
- 3) powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty po uprzednim odrzuceniu ofert ARBUD INVESTMENT Sp. z o. o. oraz KORPORACJI BUDOWLANEJ „DARCO” D.Ż.

Pismem z dnia 09.02.2024 r. wykonawca ARBUD INVESTMENT sp. z o.o., Aleja Wojska Polskiego 43, 26-600 Radom (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W dniu 15.02.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Pismem z dnia 21.02.2024 r. również Przystępujący przedstawił swoją argumentację i wniósł o oddalenie odwołania.

W trakcie rozprawy Strony i Przystępujący podtrzymały swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest przebudowa oddziałów szpitalnych w Powiatowym Centrum Medycznym w Grójcu sp. z o. o.

W ramach opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający przygotował m.in. trzy przedmiary robót: budowlany, sanitarny i elektryczny. Zgodnie z rozdziałem XII ust. 3 pkt 5 specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) wraz z ofertą wykonawca był zobowiązany złożyć kosztorys ofertowy wg wzoru stanowiącego załącznik do SWZ, który musiał być zgodny z przedmiarem robót.

W § 5 ust. 1 projektu umowy Zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe w ust. 3 i 5 wskazał dodatkowo:

3. Wynagrodzenie określone w ust. 1 jest ostateczne. Uwzględnia wszystkie elementy inflacyjne w okresie realizacji przedmiotu umowy oraz wszystkie prace i czynności, które są niezbędne do osiągnięcia zakładanych parametrów technicznych obiektu oraz przekazania go do eksploatacji, w tym również koszty robót i materiałów nie ujętych w dokumentacji technicznej a niezbędnych do wykonania całości prac objętych umową zgodnie z obowiązującymi przepisami i wymogami sztuki budowlanej oraz koszty związane z wypełnieniem przez Wykonawcę wszystkich zobowiązań wymienionych w SWZ.

5. Wykonawca dokonał całościowej wyceny przedmiotu zamówienia na własną odpowiedzialność i ryzyko, w oparciu o projekt technologiczno-kosztorysowy, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru prac oraz SWZ.

Przystępujący ARBUD INVESTMENT złożył kosztorysy ofertowe, przy czym w ramach kosztorysu sanitarnego wyodrębnił też dział dotyczący gazów medycznych, w opisach pozycji 47 – 56 wpisał „Jednostka zewnętrzna Split” i w poz. 84-86 zamieścił opisy nieodpowiadające opisom przedmiarowym.

Wykonawca KORPORACJA BUDOWLANA „DARCO” D.Ż. złożył odrębny kosztorys ofertowy dotyczący instalacji gazów medycznych, a ponadto połączył trzy kosztorysy: budowlany, sanitarny i elektryczny w jeden, ujednolicając numerację pozycji.

Pismem z dnia 01.02.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego ARBUD INVESTMENT. Na drugim miejscu rankingu ofert znalazła się oferta wykonawcy KORPORACJA BUDOWLANA „DARCO” D.Ż., a na trzecim miejscu – oferta Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechania Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Użycie przez ustawodawcę słowo „treść” oznacza, że niezgodność, o której mowa w ww. przepisie musi mieć charakter merytoryczny odnoszący się np. do zakresu, terminu, sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, natomiast nie może mieć charakteru jedynie formalnego, polegającego np. na sporządzeniu określonych dokumentów w sposób odmienny od wzorów przygotowanych przez zamawiającego.

W przedmiotowej sprawie w pierwszej kolejności zauważyć należy, że przewidziane przez Zamawiającego wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy. Przyjmuje się, że w przypadku takiego wynagrodzenia wykonawca ma wykonać roboty zgodnie z udostępnioną dokumentacją, w tym dokumentacją projektową. Tym samym opis przedmiotu zamówienia w przypadku wynagrodzenia ryczałtowego obejmuje:

- a) jedynie projekt budowlany, projekty wykonawcze, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, na podstawie których wykonawca samodzielnie oblicza cenę realizacji zamówienia,
- b) ew. dodatkowo przedmiar robót opracowany przez zamawiającego, wskazujący m.in. podstawy do ustalania cen jednostkowych robót lub jednostkowych nakładów rzeczowych niezbędnych do wykonania robót, który ma charakter pomocniczy dla sporządzenia oferty i oszacowania jej ceny.

Z powyższego wynika, że przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia, udostępniony przez zamawiającego przedmiar co do zasady powinien służyć wykonawcom jedynie jako materiał informacyjno - pomocniczy do opracowania i oszacowania oferty, zaś zamawiający może wykorzystać go przy ocenie realności ceny oferty. Wykonawca jednak samodzielnie kalkuluje swoje wynagrodzenie ryczałtowe i przedstawia je w ofercie biorąc pod uwagę zakres rzeczowy określony dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych i postanowieniami projektu umowy. W konsekwencji przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia, złożenie kosztorysu ofertowego zawierającego jakieś odstępstwa od udostępnionego przez zamawiającego przedmiaru, nie ma znaczenia dla oceny prawidłowości sporządzenia i przygotowania oferty. Wykonawca bowiem przy tak ustalonym rodzaju wynagrodzenia, będzie miał obowiązek wykonać w trakcie realizacji zamówienia również te pozycje, które nie zostały ujęte w kosztorysie ofertowym, ale są objęte udostępnioną przez zamawiającego całą dokumentacją przedmiotu zamówienia (por. wyrok KIO 1439/09, wyrok KIO 899/08).

Powyższe znajduje potwierdzenie w przedmiotowej sprawie, gdzie w § 5 projektu umowy wskazano m.in., że wykonawca ma dokonać całościowej wyceny przedmiotu zamówienia na własną odpowiedzialność i ryzyko, w oparciu o projekt technologiczno-kosztorysowy, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru prac oraz SWZ. Również w odpowiedzi na pytanie nr 34 do SWZ Zamawiający wskazał, że kosztorys jest potrzebny do złożenia go jako załącznik do umowy z Urzędem Marszałkowskim w związku z uzyskaniem dofinansowania niniejszego zamówienia, natomiast nie wskazał, aby był on potrzebny do innych celów, w szczególności do dokonywania rozliczeń realizacji zamówienia. W świetle powyższego i przyjętego przez Zamawiającego wynagrodzenia ryczałtowego, odstępstwa od wzoru przedmiaru nie stanowią niezgodności oferty z warunkami zamówienia w sensie merytorycznym, a jedynie mają charakter formalny, nie skutkujący odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Już tylko ten fakt skutkuje koniecznością oddalenia odwołania jako niezasadnego.

Niezależnie od powyższego Izba podziela stanowisko Przystępującego ARBUD INVESTMENT sp. z o.o., który w zakresie zarzutu dotyczącego jego oferty słusznie wskazał, że:

- 1) wyodrębnienie działu dotyczącego gazów medycznych, jako objętych stawką VAT 8% (w przeciwieństwie do

pozostałych elementów przedmiotu zamówienia), skutkowało jedynie zwiększeniem czytelności kosztorysu ofertowego, natomiast nie spowodowało niezgodności merytorycznej kosztorysu z przedmiarem, bo i tak pozycje dotyczące gazów medycznych znajdowały się pośród innych pozycji przedmiaru,

- 2) Przystępujący nie zwiększył ilości pozycji z 84 do 88, gdyż po dokonanej modyfikacji SWZ przedmiar liczył już 88 pozycji,
- 3) w poz. 47-56 kosztorysu sanitarnego zastosowane przez Przystępujący opisy: „Jednostka zewnętrzna Split”, pozwalają na ustalenie zaoferowanych w tych pozycjach elementów dzięki zgodności numerów KNR w kosztorysie i w przedmiarze oraz opisaniu konkretnych urządzeń w projekcie wykonawczym i zróżnicowaniu cen odpowiadających różnym parametrom oferowanych urządzeń, przy czym na marginesie należy zauważyć, że nawet przy wynagrodzeniu kosztorysowym opisane odstępstwo mogłoby zostać poprawione jako tzw. inna omyłka (art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp),
- 4) opisy pozycji 84-86 kosztorysu elektrycznego wynikają z nazw znajdujących się w KNR pod tymi samymi numerami i w świetle pomocniczego charakteru przedmiaru wobec dokumentacji projektowej nie mają przesądzającego znaczenia dla ustalenia oferowanego przez Przystępującego zakresu rzeczowego zamówienia, a ponadto jak wskazano już wyżej – zastosowanie w takim wypadku i tak mógłby znaleźć art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (niepowołany w treści odwołania).
- 5) w stosunku do innych pozycji kosztorysu ofertowego Przystępującego ARBUD INVESTMENT sp. z o.o. Odwołujący nie wskazał konkretnych zarzutów.

Zatem podniesione w odwołaniu odstępstwa od wzoru przedmiaru przygotowanego przez Zamawiającego nie mają w przypadku oferty Przystępującego merytorycznego znaczenia stanowiącego podstawę do odrzucenia tej oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Podobnie w przypadku oferty wykonawcy KORPORACJA BUDOWLANA „DARCO” D.Ż. wyodrębnienie pozycji dotyczących gazów medycznych spośród pozostałych pozycji kosztorysowych, jak też połączenie trzech kosztorysów w jeden wraz z konsolidacją ich numeracji i wynikającą z tego zmianą tej numeracji w stosunku do przedmiaru, nie stanowi merytorycznej niezgodności kosztorysu ofertowego z przedmiarem, jak też nie ma znaczenia wobec faktu, że w postępowaniu przewidziano wynagrodzenie kosztorysowe zobowiązujące wykonawcę do wykonania przedmiotu zamówienia przede wszystkim zgodnie z dokumentacją projektową. Dlatego również oferta wykonawcy KORPORACJA BUDOWLANA „DARCO” D.Ż. nie podlega odrzuceniu w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze 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).

Zgodnie z § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa odpowiednio w § 7 ust. 2 pkt 2 i 3, ust. 3 i 4, § 8 ust. 2 pkt 2 i 3 oraz § 9 ust. 1 pkt 3 lit. b i pkt 4, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego i wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy. Z uwagi na brak przedłożenia przez Odwołującego i Zamawiającego do zamknięcia rozprawy (art. 573 ustawy Pzp) rachunków lub spisu kosztów, Izba nie uwzględniła w kosztach postępowania odwoławczego żadnych kosztów Stron, o których mowa § 5 pkt 2 ww. rozporządzenia.

Przewodnicząca