Sygn. akt: KIO 3587/23

WYROK

z dnia 18 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2023 r. przez wykonawców:

J.P., R.P., O.P. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Zakład Usług Komunalnych J., R.P. s.c. w Nakle oraz KADA-BIS Sp. z o.o. w Bydgoszczy

ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Gmina Solec Kujawski,

orzeka:

1.**Uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu:

a)unieważnić czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty odwołującego;
b)dokonać czynność oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;

2.Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:

2.1.zalicza w ich poczet poniesiony przez odwołującego koszt 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu, koszt wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), koszt dojazdu na posiedzenie i rozprawę w wysokości 694 zł 60 gr (słownie: sześćset dziewięćdziesiąt cztery złote sześćdziesiąt groszy) oraz koszt opłaty skarbowej od pełnomocnictw w wysokości 68 zł 00 gr (słownie: sześćdziesiąt osiem złotych zero groszy);

2.2.zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 14 362 zł 60 gr (słownie: czternaście tysięcy trzysta sześćdziesiąt dwa złote sześćdziesiąt groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2023.1605 t.j. z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……..

UZASADNIENIE

Gmina Miasto Solec Kujawski (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2023.1605 t.j. z późn. zm.)(dalej: Ustawa lub Pzp) w trybie podstawowym bez negocjacji postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Budowa odcinka ul. Wiejskiej o długości 973 m w Solcu Kujawskim” w ramach inwestycji: Budowa odcinków dróg gminnych - ul. Barwna, Słoneczna, Tęczowa, Wiejska, w Solcu Kujawskim - etap I (dalej: Postępowanie). Warunki, przedmiot zamówienia i zasady prowadzenia Postępowania opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej: SWZ)

W dniu 28 listopada 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego w Postępowaniu J.P., R.P., O.P. prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Zakład Usług Komunalnych J., R.P. s.c. w Nakle oraz KADA-BIS Sp. z o.o. w Bydgoszczy (dalej: Odwołujący).

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego: badania i oceny ofert, w tym w szczególności oferty złożonej w Postępowaniu przez Odwołującego, odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia; ewentualnie: zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu sporządzenia złożonej oferty i odrzucenia oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia w oparciu o wątpliwości, do wyjaśnienia których Odwołujący nie został nigdy wezwany a ponadto poinformowania Odwołującego jako

wykonawcy o odrzuceniu jego oferty (oraz dwóch innych ofert) mimo formalnego braku poinformowania o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 218 ust. 2 Pzp oraz w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia wobec stwierdzenia przez Zamawiającego niezgodności oferty z warunkami zamówienia w sytuacji, gdy: 1) uzasadnienie odrzucenia wskazuje na brak, zdaniem Zamawiającego, prawidłowo wypełnionego załącznika nr 7 do SWZ, co nie jest prawdą i jako powód do odrzucenia oferty nie znajduje oparcia w przepisach Pzp, 2) wątpliwości stanowiące podstawę odrzucenia oferty nie znalazły odzwierciedlenia w treści wezwania do wyjaśnień, a Zamawiający zdecydował się odrzucić ofertę Odwołującego bez wcześniejszego wezwania go do złożenia w tym zakresie jakichkolwiek wyjaśnień, 3) treść załącznika nr 7 do SWZ (arkusz kalkulacyjny) budzi duże wątpliwości, o czym świadczy fakt, że spośród pięciu ubiegających się o zamówienie wykonawców, niemal każdy wypełnił go inaczej (co wynika z dokonanego przez Odwołującego wglądu do ofert), a oferty trzech wykonawców zostały odrzucone jako niezgodne z warunkami zamówienia, co narusza zasadę uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców, zasadę przejrzystości oraz zasadę proporcjonalności, 4) Zamawiający ma pełną wiedzę co do informacji, których zawarcie było konieczne w załączniku nr 7 do SWZ, a cały „błąd" Wykonawcy sprowadza się w ocenie Zamawiającego do sporządzenia jednej tabelki stanowiącej Zbiorcze Zestawienie Kosztów zamiast dwóch tabelek, z czego ta druga (Zestawienie Kosztów Zadania) stanowi sumaryczne podsumowanie kosztów dla poszczególnych branż, a które to zestawienie zawiera się w tabelce sporządzonej przez Odwołującego, 5) w stanowiącym wzór załącznika nr 7 do SWZ arkuszu kalkulacyjnym zawarto tabelkę zawierającą sumaryczne zestawienie kosztów poszczególnych branż kosztorysu (zatytułowana „Zestawienie Kosztów Zadania"), ze wskazaniem, iż Zbiorcze Zestawienie Kosztów (ZZK) sporządzić, wyceniając pozycje kosztorysowe zawarte w arkuszu pn.: "Wiejska". W zakładce „Wiejska" zamieszczono tabelę, którą w całości i kompletnie wypełnił Odwołujący, 6) w żadnym miejscu w SWZ nie pojawia się pojęcie „Zestawienia Kosztów Zadania", a jedynie „Zbiorcze Zestawienie Kosztów", którym to terminem posłużył się Odwołujący podczas przygotowywania oferty,

2. art. 253 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zawiadomienie wykonawców o odrzucenie trzech ofert, w tym oferty Odwołującego, mimo braku uprzedniego dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty,

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 554 ust. 1 i 3 Pzp Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia zaskarżonych czynności: odrzucenia oferty Odwołującego i poprzedzających je czynności badania i oceny ofert oraz powtórzenia czynności badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego jako ważnej i wiążącej, ewentualne skierowanie wezwania do Odwołującego w celu rozstrzygnięcia zaistniałych wątpliwości po stronie Zamawiającego.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała również, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu pierwszego. Odwołujący sformułował zarzut podstawowy dotyczący odrzucenia oferty oraz w stosunku do niego ewentualny zaniechania wezwania do wyjaśnień i poinformowania Odwołującego jako wykonawcy o odrzuceniu jego oferty (oraz dwóch innych ofert) mimo formalnego braku poinformowania o wyborze najkorzystniejszej oferty. Izba stwierdza, że w takiej sytuacji istnieją zarzuty, co do których Izba orzeka kolejno, w pierwszym rzędzie rozstrzygając co do zarzutu podstawowego. Jeżeli żądanie główne okaże się uzasadnione, nie ma konieczności orzekania o ewentualnych. Uznając zarzut podstawowy za niezasadny i oddalając go Izba orzeka o zarzucie ewentualnym. W niniejszej sprawie wobec uwzględnienia zarzutu podstawowego, zarzuty ewentualne nie podlegają rozstrzygnięciu.

Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony - oparła się na dokumentacji Postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie stan faktyczny Postępowania nie był sporny. Sporna była ocena treści złożonych dokumentów w postaci załącznika do oferty będącego załącznikiem nr 7 do SWZ w świetle postanowień SWZ i Ustawy.

Izba ustaliła w oparciu o dokumenty postępowania i stanowiska stron bezsporne okoliczności, że Zamawiający w SWZ przewidział, że:

1. zgodnie z SWZ część XV sposób obliczenia ceny pkt. 7 Wyliczona cena oferty brutto będzie służyć do porównania złożonych ofert i do rozliczenia w trakcie realizacji zamówienia. Cena oferty winna wynikać z podsumowania wszystkich pozycji Zbiorczego Zestawienia Kosztów (Załącznik nr 7 do SWZ), sporządzonego na podstawie

dokumentacji projektowej (Załącznik nr 9), STWiOR (Załącznik nr 8 do SWZ)

2. zgodnie z SWZ część XIV pkt 2 (strona 14.) opisano warunki proceduralne (formalne) złożenia oferty poprzez wskazanie, że wraz z ofertą wykonawca jest zobowiązany złożyć:

a) oświadczenia, o których mowa w Rozdziale X ust. 1 SWZ;

b) zobowiązanie innego podmiotu, o którym mowa w Rozdziale XI ust. 3 SWZ (jeżeli dotyczy);

c) wypełnione Zbiorcze Zestawienie Kosztów (Załącznik nr 7 do SWZ),

d) oświadczenie o którym mowa w rozdziale XII ust.3 (jeżeli dotyczy),

e) dokumenty, z których wynika prawo do podpisania oferty; odpowiednie pełnomocnictwa (jeżeli dotyczy).

3. Zamawiający w części XXIV Załączniki do SWZ opisał Załącznik nr 7 jako „Zbiorcze Zestawienie Kosztów"; SWZ referował do „Zbiorczego zestawienia kosztów" lub Załącznika nr 7;

4. Zbiorcze Zestawienie Kosztów (Załącznik nr 7 do SWZ) to plik w formacie „.xlsx" obsługiwany w programie Excel, składający się z dwóch arkuszy/zakładek. Pierwszy arkusz o nazwie „Podsumowanie" zawiera jedną stronę do wypełnienia przez oferentów i opisany został w treści jako „Zestawienie kosztów zadania", drugi o nazwie „Wiejska" zawiera dziesięć stron do wypełnienia przez oferentów i opisany został w treści jako „Zbiorcze zastawienie kosztów":

5. Arkusz oznaczony „Wiejska" zawiera wycenę każdej z branż z rozbiciem na szczegółowe pozycje kosztowe (ceny jednostkowej i wartości danej pozycji) z podaniem łącznej ceny danej branży stanowiącej sumę wartości pozycji kosztowych szczegółowych oraz łączną cenę netto/ brutto ofertową będą sumą wszystkich wartości pozycji szczegółowych wszystkich branż; Arkusz oznaczony „Podsumowanie" zawiera listę branż z arkusza „Wiejska" , które powinny zostać uzupełnione poprzez przepisanie z arkusza „Wiejska": 1. sum kosztów danej branży oraz 2. sum wartości netto i brutto ceny ofertowej

Izba stwierdza w tym miejscu, że dane kwotowe branż i ceny ofertowej netto i brutto stanowią wypadkową cen jednostkowych określonych przez wykonawcę w Załączniku nr 7 arkusz drugi „Wiejska" zatytułowanym „Zbiorcze zestawienie kosztów".

Dalej Izba ustaliła w oparciu o dokumentację postępowania, w tym w szczególności ofertę Odwołującego oraz decyzję o odrzuceniu tej oferty niesporne okoliczności, że:

6. Zamawiający 23 listopada 2023 r poinformował Wykonawcę oraz innych dwóch oferentów o odrzuceniu ofert. Odrzucenie oparte zostało na art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp wobec niezgodności oferty z warunkami zamówienia na skutek nie załączenia kompletnie wypełnionego załącznika nr 7 do SWZ

7. Oferta Wykonawcy zawierała tylko część pn. „Wiejska" zatytułowaną „Zbiorcze zestawienie kosztów" - Wykonawca nie złożył wraz z ofertą części Załącznika nr 7 „Zbiorcze Zestawienie Kosztów" w postaci arkusza „Podsumowanie" zatytułowanego „Podsumowanie Zestawienia Kosztów"; Zamawiający nie kwestionował wyliczenia kosztów realizacji zamówienia składających się na cenę ofertową Odwołującego tj. treści arkusza drugiego „Podsumowanie" zatytułowanego jako „Zbiorcze Zestawienia Kosztów".

Izba stwierdza, że zgodnie z art. 16 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 ust. 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt. 5) Pzp: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji oraz innych warunków zamówienia, opisanych treścią skonkretyzowanego postanowienia specyfikacji warunków zamówienia w sposób zasadniczy i nieusuwalny.

Mając na uwadze treść SWZ, oferty Odwołującego, ustaleń oraz przywołanych powyżej norm prawne Izba stwierdza, że Zamawiający oczekiwał wypełnienia całości załącznika nr 7 do SWZ. Żaden z zapisów SWZ a także treść Załącznika nr 7 (obu arkuszy) nie pozwala na przyjęcie odmiennego założenia, również w świetle doświadczenia życiowego czy logiki. Jednak w ocenie Izby nieprawidłowa w świetle Ustawy była ocena oferty Odwołującego, w której załączając Załącznik nr 7 pominięto arkusz pierwszy „Podsumowanie", jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Pominięcie ma charakter wyłącznie formalny, podobnie jak zarzut Zamawiającego. Oferta zawiera wszystkie dane, jakich przedstawienia domagał się Zamawiający w zakresie wyceny ceny ofertowej - w tym dane, jakie zamieszczone winny zostać niejako wtórnie w arkuszu pierwszym Załącznika nr 7.

Arkusz drugi „Posumowanie" obejmuje wszystkie koszty – wartości kosztów wymaganych SWZ branż oraz wartości – ceny ofertowej netto i brutto i pozwala na ich szybkie i jednoznaczne ustalenie.

W odniesieniu do twierdzeń odwołania, co do sposobu rozstrzygania wątpliwości co do treści SWZ Izba stwierdza, że wątpliwości mogą być rozstrzygane na korzyść jednej lub drugiej strony, choć zasadniczo chronią wykonawcę. W tym

przypadku nieprawidłowość decyzji Zamawiającego w ocenie oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia wynika z tego, że **Załącznik nr 7 strona pierwsza stanowi wyłącznie techniczną formę podsumowania danych, które wynikają bezpośrednio i jednoznacznie z oferty tj. Załącznika nr 7 arkusz drugi obejmującego zestawienie wymaganych SWZ kosztów.** W ocenie Izby wnioskiem nieuprawnionym w świetle treści całej oferty jest więc jej odrzucenie jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Dane wymagane SWZ zawiera załączony do oferty arkusz „Zbiorcze Zestawienie Kosztów".

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt. 1 zw. z § 5 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).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący ...……..