Sygn. akt: KIO 3469/23

WYROK
z dnia 7 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Matecka
Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2023 r. przez wykonawcę S.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GERI BUD S.G. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Województwo WarmińskoMazurskie

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 oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
   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 przez zamawiającego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, ze 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.

Przewodnicząca:

……

Sygn. akt: KIO 3469/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Województwo Warmińsko Mazurskie (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Przebudowa budynku administracyjnego przy ul. Głowackiego 17 — przebudowa dziedzińca." Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 7 września 2023 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00386450/01.

I. W dniu 20 listopada 2023 r. wykonawca S.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GERBUD S.G. (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec:

1. odrzucenia oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską składową ceny oraz niezgodną z warunkami zamówienia,
2. wezwania do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, w sytuacji gdy nie zachodziły do tego podstawy, ponieważ cena nie jest rażąco niska,
3. zaniechania wezwania odwołującego do wyjaśnień w związku z wątpliwościami co do zgodności oferty z warunkami zamówienia,
4. zaniechania ponownego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w sytuacji ogólnikowego wezwania do wyjaśnień rażąco niskiej ceny,
5. zaniechania poprawy innych omyłek, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp").

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia,
2. art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty jako zawierającej rażąco niską cenę,
3. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania do wyjaśnień treści oferty Odwołującego;

4. art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawy innych omyłek w treści oferty Odwołującego,
5. art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez wezwanie do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny, podczas gdy cena oferowana przez Odwołującego nie wydawała się rażąco niska ani nie mogła budzić wątpliwości Zamawiającego, po uzyskaniu wyjaśnień i dokonaniu niezbędnych poprawek, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów,
6. z ostrożności art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie ponownego wezwania Odwołującego do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny (składowych ceny) po zapoznaniu się z wyjaśnieniami Odwołującego.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

II. Pismem wniesionym w dniu 4 grudnia 2023 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Pismem z dnia 13 listopada 2023 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Uzasadniając dokonaną czynność Zamawiający stwierdził:

„1) Podana przez Wykonawcę cena za wykonanie istotnych części składowych oferty, mających wpływ na wysokość złożonej oferty wydały się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziły wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Wykonawca został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie wyliczenia istotnych części składowych oferty.

Wykonawca, w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, złożył wyjaśnienia jednakże złożone wyjaśnienia nie zawierają dowodów w zakresie wyliczenia ceny istotnych części składowych, tym samym złożone wyjaśnienia nie uzasadniają podanej w ofercie ceny. Wykonawca nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

2) Oferta Wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia w następującym zakresie:

a) w kosztorysie ofertowym „Branża drogowa":

- w poz. 18 wyceniono „Chodniki z kostki brukowej betonowej o grubości 8 cm na podsypce cementowopiaskowej", zgodnie z przedmiarem należało wycenić „ułożenie betonowej kostki brukowej o grub. 8 cm na podsypce piaskowej gr 3 cm";
- w poz. 19 wyceniono „Obrzeża betonowe o wymiarach 30x8 cm na podsypce cementowo-piaskowej z wypełnieniem spoin zaprawą cementową", zgodnie z przedmiarem należało wycenić „Ustawienie obrzeży betonowych 30x8x100 cm na podsypce cem.-piaskowej gr. 5cm;

b) w kosztorysie ofertowym „Zieleń":

- w poz. 5 (Mechaniczne karczowanie gęstych krzaków i podszycia) przyjęto do wyceny 0,003 ha, należało przyjąć do wyceny 0,0031 ha;
- w poz. 17 wyceniono „Ręczne rozrzucenie torfu na terenie płaskim, grubość warstwy 5 cm", zgodnie z przedmiarem należało wycenić „Ręczne rozrzucenie kory przy grubości warstwy 5 cm na terenie płaskim";

c) w kosztorysie ofertowym „Branża elektryczna":

- w poz. 3 niewłaściwy KNR i opis pozycji (KNNR 5 0706-02Nasypanie warstwy piasku na dnie rowu kablowego o szerokości do 0,6 m), zgodnie z przedmiarem powinien być KNNR 5 0702-02 Zasypywanie rowówdla kabli wykonanych ręcznie w gruncie kat. III.
- w poz. 11 wyceniono „Łączniki natynkowo-wtynkowe w puszce szczękowej", zgodnie z przedmiarem należało wycenić „Łączniki natynkowo-wtynkowe w puszce szczękowej - włącznik pojedynczy n/t IP44";
- w poz. 26 wyceniono „Ustalenie przebiegu trasy kabla o długości do 500m", zgodnie z przedmiarem należało wycenić „Ustalenie przebiegu trasy kabla o długości do 500m – wykonanie pomiarów geodezyjnych wykonawczych dla układanych kabli";
- w poz. 27 wyceniono „Ustalenie przebiegu trasy kabla o długości do 500m", zgodnie z przedmiarem należało wycenić „Ustalenie przebiegu trasy kabla o długości do 500m – wykonanie pomiarów geodezyjnych powykonawczych dla

ułożonych kabli";

d) w kosztorysie ofertowym „Zagospodarowanie terenu i architektura":

- w poz. 16 wyceniono „Nawierzchnie z kostki brukowej betonowej o grubości 8 cm na podsypce cementowo-piaskowej - ponowne ułożenie kostki brukowej po wykonaniu robót", zgodnie z przedmiarem należało wycenić „Nawierzchnie z kostki brukowej betonowej o grubości 8 cm na podsypce cementowo-piaskowej - ponowne ułożenie kostki brukowej po wykonaniu robót fundamentu ściany oporowej. -kostka istniejąca; wartość kostki M=0";
- w poz. 33 niewłaściwy KNR (KNR-W 2-01 0312-0501), zgodnie z przedmiarem powinien być KNR-W 2-01 0312-0502.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Po pierwsze, Odwołujący stwierdził, że okoliczność niezałączenia dowodów do wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny nie może w okolicznościach niniejszej sprawy uzasadniać odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do dwóch pozycji kosztorysu: 1) ława pod obrzeża betonowa zwykła (10d.2.1) oraz 2) konstrukcja stalowa pod słupy do montażu oświetlenia – gotowe elementy przygotowane do montażu (podłączenie oświetlenia wg. proj inst. el.) (15d.4.4), w których Odwołujący podał wartość: 0 zł. Odwołujący wyjaśnił, że wartość ww. pozycji została ujęta w innych pozycjach kosztorysu tj. ad. 1) w pozycji 11d.2.1 (z uwagi na błędny przedmiar pozycji 10d.2.1) oraz ad. 2) w pozycjach 15 do 18 kosztorysu branży elektrycznej (ze względu na fakt, że montaż i stawianie słupów oświetleniowych zostało ujęte w kosztorysie branży elektrycznej). Odwołujący stwierdził, że nie wie jakie dowody miałby w tej sytuacji złożyć.

Izba uznała zarzut za niezasadny. W ocenie składu orzekającego Izby przedstawione przez Odwołującego wyjaśnienia należałoby uznać za wystarczające, gdyby wezwanie Zamawiającego wystosowane było na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, a nie art. 224 ustawy Pzp. W takiej sytuacji wystarczające byłyby wyjaśnienia, że wartość wskazanych elementów została wyceniona w innych pozycjach. Natomiast wezwanie Zamawiającego zostało oparte na art. 224 ustawy Pzp. W treści wezwania Zamawiający wprost wskazał: „Z uwagi, że jest to istotna część składowa oferty, mająca wpływ na wysokość złożonej oferty, Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, w zakresie wyliczenia ceny za wykonanie powyższych elementów oferty.". W związku z tym Odwołujący obowiązany był do przedstawienia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny w zakresie wskazanych elementów (1. Ława pod obrzeża betonowa zwykła oraz 2. Konstrukcja stalowa słupy do montażu oświetlenia. – gotowe elementy przygotowane do montażu (podłączenie oświetlenia wg. proj. inst. el.) bez względu na to, w których pozycjach kosztorysu zostały ujęte przez Odwołującego. Pomimo jednoznacznej treści wezwania Odwołujący takich wyjaśnień wraz z dowodami nie przedstawił. Należy zauważyć, że w pewnych okolicznościach można uznać, że przedstawienie dowodów do wyjaśnień nie jest konieczne. W szczególności może to mieć miejsce w sytuacji przedstawienia bardzo szczegółowych i konkretnych wyjaśnień, co w sprawie poddanej pod rozpoznanie Izby nie miało miejsca.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp. Po drugie, Odwołujący stwierdził, że prawidłowe stosowanie przez Zamawiającego przepisów ustawy nie powinno skutkować wystosowaniem do niego wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny. Poprzez procedurę poprawienia innych omyłek, ewentualnie poprzedzoną wezwaniem do wyjaśnień, Zamawiający miałby pełen obraz sytuacji, w której oferta Odwołującego nie spełniałaby przesłanek z art. 224 ust. 1 ustawy Pzp. Z ostrożności Odwołujący wskazał, że przy założeniu istnienia przesłanek do badania ceny oferty, Zamawiający miał obowiązek ponowić wezwanie w obliczu odpowiedzi udzielonej przez Odwołującego, o ile w dalszym ciągu uważał, że Odwołujący nie wykazał, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 poprzez wezwanie Odwołującego do przedstawienia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny w zasadzie nie został przez Odwołującego uzasadniony. Tak samo postawiony z ostrożności zarzut zaniechania wystosowania do Odwołującego kolejnego wezwania. Odwołujący nie wyjaśnił na czym miałoby polegać poprawienie omyłek w ofercie Odwołującego. W tym zakresie nie postawiono w odwołaniu zarzutu zaniechania poprawienia omyłek jak i zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień. Odnosząc się do zarzutu dotyczącego zaniechania przez Zamawiającego wystosowania do Odwołującego kolejnego wezwania Izba wskazuje, że może to mieć miejsce wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca co do zasady odpowiedział na wezwanie zamawiającego. Jak wskazano powyżej, w niniejszej sprawie nie miało to miejsca.

Zarzut naruszenia art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp. Po trzecie, Odwołujący stwierdził, żenieścisłości w kosztorysie, które stanowiły podstawę do odrzucenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, podlegają poprawie jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia. O ile zatem Zamawiający na podstawie treści oferty miał wątpliwości w jakim kierunku należało dokonać poprawienia omyłek zobligowany był do wystosowania do Odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, podczas gdy Zamawiający winien był dokonać poprawy innych omyłek w treści oferty na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp. Po czwarte, Odwołujący wyjaśnił przyczyny nieścisłości zawartych w jego kosztorysie, które stanowiły podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W przypadku większości pozycji Odwołujący wskazał na automatyczne wczytanie opisu pozycji na podstawie normy podanej przez Zamawiającego, zmianę opisu pozycji przez Zamawiającego w stosunku do nazwy z normy, niezawarcie przez Zamawiającego informacji o zmianie - brak słowa „analogia". Ponadto, Odwołujący wskazał na brak możliwości dokonania wyceny wartości 0,0031 ha (możliwa jest jedynie wycena wartości 0,003 ha) – w odniesieniu do poz. 5 w kosztorysie ofertowym „Zieleń", brak wpływu na cenę niepodania pełnego opisu pozycji – w odniesieniu do poz. 16 kosztorysu ofertowego „Zagospodarowanie terenu i architektura", skrajny formalizm ze strony Zamawiający, w sytuacji gdy zarówno ilość m3 jak i nazwa pozycji jest poprawna – w odniesieniu do poz. 33 kosztorysu ofertowego „Zagospodarowanie terenu i architektura" oraz konieczność wezwania do wyjaśnień w przypadku zaistnienia wątpliwości – w odniesieniu do poz. 3 kosztorysu ofertowego „Branża elektryczna"

Odnosząc się do ww. zarzutów łącznie, w ocenie składu orzekającego Izby, w przypadku większości błędów w kosztorysie Odwołującego, które stanowiły podstawę do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, nie zachodziły przesłanki do ich poprawienia na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Należy bowiem zauważyć, że złożenie przez wykonawcę kosztorysów z innymi opisami pozycji oznacza, że zostały wycenione inne elementy przedmiotu zamówienia niż wymagane przez Zamawiającego - okoliczność przeciwna nie została przez Odwołującego wykazana. Należy przyjąć, że o wycenianym elemencie przedmiotu zamówienia (zakresie robót) decyduje opis pozycji kosztorysu. W tej sytuacji poprawienie omyłek na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jak i poprzedzające je ewentualnie wezwanie do wyjaśnień, oznaczałoby prowadzenie przez Zamawiającego z Odwołującym negocjacji dotyczących oferty, na co nie zezwala norma zawarta w art. 223 ust. 1 zd. drugie. Inaczej rzecz ujmując, Zamawiający poprawiając omyłkę czy wzywając do wyjaśnień „zadałby Odwołującemu pytanie" czy za cenę podaną w odniesieniu do wskazanych błędnych opisów pozycji zgadza się zrealizować elementy przedmiotu zamówienia wynikające z prawidłowych opisów pozycji. Oczywiście, niekiedy zdarza się, że błędy w opisach kosztorysów są tak niewielkie, że poprawienie ich jako omyłek należy uznać za dopuszczalne. W niniejszej sprawie, w ocenie składu orzekającego Izby, nie miało to jednak miejsca w przypadku poz. 18 (inny rodzaj podsypki, niewskazanie gr. podsypki) oraz poz. 19 (niewskazanie gr. podsypki, dodatkowy element w postaci wypełnienia spoin zaprawą cementową) kosztorysu „Branża drogowa", poz. 11 (brak określenia włącznika pojedynczego), 26 (pominięcie elementu przedmiotu zamówienia w postaci wykonania pomiarów) i 27 (pominięcie elementu przedmiotu zamówienia w postaci wykonania pomiarów) kosztorysu „Branża elektryczna", a także w poz. 3 kosztorysu „Branża elektryczna", w której podano nie tylko inny opis pozycji (a zatem inny element przedmiotu zamówienia podlegający wycenie), ale również inny nr KNR. Wobec braku możliwości poprawienia ww. błędów w kosztorysie ofertowym Odwołującego jako omyłek na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, należało stwierdzić zaistnienie podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 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. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: **…….....**