

Sygn. akt: KIO 977/21

WYROK
z dnia 25 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2021 r. przez odwołującego: Rotomat Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Kąty Wrocławskie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych w odniesieniu do czynności odrzucenia oferty odwołującego i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego w części 1/2 i zamawiającego w części 1/2, i:
 - 3.1. 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;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 5 000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy);
 - 3.3. znosi wzajemnie pomiędzy odwołującym i zamawiającym koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 2019 r. poz. 2019, 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.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Kąty Wrocławskie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Opracowanie dokumentacji projektowej i wykonanie robót budowlanych w ramach projektu pn.: Poprawa transportowej mobilności mieszkańców poprzez budowę sieci dróg rowerowych oraz budowę obiektów Parkuj i Jedź (P&R) i B&R na terenie gmin Jelcz- Laskowice, Kąty Wrocławskie, Sobótka" zadanie ścieżka rowerowa Małkowice - stacja kolejowa Sadowice”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23 grudnia 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 771401-N-2020. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”.

I. W dniu 29 marca 2021 r. wykonawca Rotomat Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty jako nieodpowiadającej treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”), a tym samym zaniechania wyboru jego oferty, która jest ofertą najkorzystniejszą; czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: MABUD INVEST sp. z o.o. oraz MABUD s.c. M, C., A. A. (dalej: „Konsorcjum Mabud”) pomimo, iż oferta tych wykonawców nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że treść oferty odwołującego nie odpowiada treści SIWZ;
2. art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że najkorzystniejszą ofertą na podstawie kryteriów określonych w SIWZ jest oferta Konsorcjum Mabud, podczas gdy jako najkorzystniejsza powinna zostać wybrana oferta odwołującego;
3. art. 186 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp przez zaniechanie wykonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniami zawartymi w odwołaniu, pomimo uwzględnienia zarzutów odwołania w całości, polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Mabud pomimo braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie osoby wskazanej

na stanowisko kierownika budowy oraz osoby wskazanej na stanowisko projektanta głównego;

4. art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Mabud pomimo braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy oraz osoby wskazanej na stanowisko projektanta głównego;
5. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez wybranie oferty złożonej przez Konsorcjum Mabud jako oferty najkorzystniejszej, pomimo tego, że oferta Konsorcjum Mabud nie jest ofertą najkorzystniejszą oraz dokonanie oceny oferty odwołującego w oparciu o formalistyczny wymóg niesprecyzowany w treści SIWZ oraz niestanowiący o istotnej treści oferty jako mający wpływ na jej treść;
6. na wypadek uznania przez Izbę, że zarzut wskazany w pkt 1 nie potwierdził się: naruszenie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, co skutkowało brakiem wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień i w konsekwencji brakiem dokonania poprawienia inne omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnej zmian w treści oferty;
7. ponadto w przypadku uznania przez Izbę, że zarzut wskazany w pkt 4 nie potwierdził się: naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum Mabud do uzupełnienia/zmiany wykazu osób w zakresie kierownika budowy oraz projektanta głównego poprzez przedłożenie dokumentów wskazanych w rozdziale VI pkt 2.3.2 oraz 2.3.3 potwierdzających posiadanie przez osoby wskazane w wykazie osób 5 lat doświadczenia na stanowisku kierownik budowy oraz projektant główny lub dokonanie wymiany tych osób na osoby spełniające powyżej wskazany warunek udziału w postępowaniu.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienia wyboru oferty Konsorcjum Mabud jako najkorzystniejszej oraz dokonanie ponownej oceny ofert, w tym z uwzględnieniem oferty odwołującego.

II. Pismem wniesionym w dniu 20 maja 2021 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

III. Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Mając na uwadze, że odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2021 r., do postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych, mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp z 2019 r.”.

Zarzuty naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz przepisów art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w odniesieniu do czynności odrzucenia oferty odwołującego Izba uznała za uzasadnione.

Jak wynika z uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego przyczyną podjęcia tej czynności przez zamawiającego było stwierdzenie, że odwołujący nie załączył do oferty kosztorysu ofertowego sporządzonego metodą kalkulacji uproszczonej. Zamawiający powołał się na treść postanowienia zawartego w pkt XII.2 SIWZ, zgodnie z którym integralną część oferty stanowi kosztorys ofertowy sporządzony przez wykonawcę metodą kalkulacji uproszczonej. Jednakże dokumenty składające się na ofertę zostały przez zamawiającego wymienione w pkt XII.8 SIWZ. Wśród ww. dokumentów nie został wymieniony kosztorys ofertowy, lecz został wymieniony harmonogram rzeczowo-finansowy (czcionka pogrubiona), którego wzór stanowił załącznik do SIWZ (brak natomiast jako załącznika do SIWZ formularza kosztorysu). Pomędzy ww. postanowieniami SIWZ zachodzi zatem sprzeczność. Poza jeszcze jednym postanowieniem SIWZ (pkt XIV.9 SIWZ) pozostałe odwołują się nie do kosztorysu, lecz do harmonogramu, choć w tym zakresie zauważa się różnice co do stosowanej nomenklatury (harmonogram rzeczowo-finansowy, harmonogram finansowo-użytkowy, harmonogram funkcjonalno-użytkowy). W pkt XIV.6 SIWZ zamawiający postanowił, że brak złożenia harmonogramu funkcjonalno-użytkowego spowoduje odrzucenie oferty. Brak takiego postanowienia, gdy chodzi o kosztorys ofertowy. Rozbudowane postanowienia odnośnie harmonogramu finansowo-użytkowego/harmonogramu funkcjonalno-użytkowego zostały zawarte w pkt XIV SIWZ. W szczególności w pkt XIV.1 SIWZ zamawiający wskazał, że: *Ceną oferty jest cena brutto przedmiotu zamówienia, podana w „Formularzu oferty” i ma ona charakter ryczałtowy. Cena oferty jest ceną z harmonogramu finansowo-użytkowego (cena netto powiększona o podatek VAT) stanowiącego integralną część formularza oferty. Wykonawca w harmonogramie finansowo-użytkowym, podaje zryczałtowane ceny jednostkowe tj. stałe i niezmiennie w okresie wykonania przedmiotu umowy. Harmonogram finansowo-użytkowy stanowi „kalkulację ryczałtu” wobec czego łączna cena brutto z harmonogramu finansowo-*

użytkowego musi odpowiadać cenie brutto oferty. W przypadku ewentualnych rozbieżności Zamawiający przyjmie, że prawidłowo podane są ceny jednostkowe z harmonogramu finansowo-użytkowego.

Mając na uwadze ww. postanowienia SIWZ Izba stwierdziła, że brak było jasnego i jednoznacznego wymogu złożenia z ofertą kosztorysu ofertowego. Postanowienia SIWZ dotyczące kosztorysu ofertowego sprawiają wręcz wrażenie przypadkowych. Dodatkowo biorąc pod uwagę fakt stosowanej różnej nomenklatury odnośnie harmonogramu (trzy różne nazwy), przy założeniu że chodzi o jeden i ten sam harmonogram, można dojść do wniosku, że intencją zamawiającego było to, aby wykonawca w ramach oferty złożył jeden dokument obrazujący sposób obliczenia ceny. Jednakże z treści SIWZ nie wynika w sposób jednoznaczny, że oprócz harmonogramu, do którego zamawiający głównie odwołuje się w treści SIWZ, wykonawcy obowiązani byli złożyć również kosztorys ofertowy.

Mając zatem na uwadze, że w treści SIWZ brak było jednoznacznych postanowień co do obowiązku złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego, Izba uznała, że brak złożenia tego dokumentu nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty w postępowaniu. W związku z tym Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w odniesieniu do czynności odrzucenia oferty odwołującego i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Izba nie stwierdziła naruszenia przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż przepis ten odnosi się do kryteriów oceny ofert, a zarzuty w tym zakresie nie zostały w odwołaniu podniesione.

Za niezasadne Izba uznała zarzuty dotyczące braku wykazania przez Konsorcjum Mabud spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie osoby wskazanej na stanowisko kierownika budowy oraz osoby wskazanej na stanowisko projektanta głównego, z uwagi na brak złożenia wymaganych postanowieniami pkt VI. 2.3.2 oraz 2.3.3 SIWZ załączników do wykazu osób.

Po pierwsze, w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp należy wskazać, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej zaniechanie przez zamawiającego wykonania czynności zgodnie z żądaniami wykonawcy zawartymi w uwzględnionym odwołaniu skutkuje tym, że wykonawcy przysługuje prawo ponownego wniesienia odwołania na te same czynności lub zaniechania podjęcia czynności przez zamawiającego. Natomiast zamawiający zawsze obowiązani są do prowadzenia postępowania zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Oczywistym jest, że obowiązku tego nie może uchylić złożone oświadczenie o uwzględnieniu zarzutów odwołania.

Po drugie, jak słusznie zauważył zamawiający, przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia przewidują możliwość żądania przez zamawiającego od wykonawców na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego osób skierowanych do realizacji zamówienia oświadczenia w postaci wykazu osób, a nie referencji, protokołów odbioru czy projektów uwierzytelnionych pieczętami organów zatwierdzających. Katalog oświadczeń i dokumentów wymienionych w przepisie §2 ust. 4 ww. rozporządzenia ma charakter zamknięty. W związku z tym braki w zakresie ww. dokumentów (referencji, protokołów odbioru czy projektów) nie mogły stanowić podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania, gdyż postawienie wymogu co do ich złożenia w pkt VI.2.3.2 oraz 2.3.3. SIWZ należało uznać za nieskuteczne. Jedynie na marginesie należy dodać, że niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu stanowi na gruncie przepisów ustawy Pzp podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania i w konsekwencji uznania jego oferty za odrzuconą, a nie podstawę do odrzucenia oferty, co błędnie zarzucał odwołujący zamawiającemu.

Uwzględniając częściowo odwołanie Izba wzięła pod uwagę stanowisko odwołującego, że przywrócenie jego oferty do postępowania zmieni pozycje wykonawców w rankingu ofert (w tym w szczególności w odniesieniu do pozycji pierwszej rankingu) oraz brak stanowiska przeciwnego ze strony zamawiającego.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze regulację art. 555 ustawy Pzp z 2019 r., przy czym należy wskazać, że zarzuty powinny być w treści odwołania podniesione w wystarczająco konkretny sposób. Dotyczy to między innymi zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (zarzut nr 7), który został przez odwołującego odniesiony do dodatkowych dokumentów stanowiących załączniki do wykazu osób, a nie samego wykazu osób. Na powyższą okoliczność Izba wskazuje na wypadek, gdyby po przeprowadzeniu przez zamawiającego ponownej czynności badania i oceny ofert jednak to oferta Konsorcjum Mabud została sklasyfikowana na pierwszym miejscu rankingu ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym i drugim sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1), ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1) lit. a i b ustawy Pzp z 2019 r.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp z 2019 r. oraz § 7 ust. 2 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1) i 2) 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), uwzględniając, że zarzuty odwołania dotyczące odrzucenia oferty odwołującego zostały uznane za zasadne, a zarzuty dotyczące oferty Konsorcjum Mabud za niezasadne.

Przewodniczący: