

**WYROK**

**z dnia 3 listopada 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Beata Konik**

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 29 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 11 października 2021 roku przez odwołującego, tj. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Meritum Grupę Budowlaną spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą w Krakowie i Przedsiębiorstwo Produkcyjne i Usługowe „Concret” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością spółkę komandytową z siedzibą z Tychach** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Centralny Ośrodek Sportu z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Oddział Centralnego Ośrodka Sportu – Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Zakopanem**, przy udziale:

- 1) wykonawcy **Mostostal Warszawa spółki akcyjnej z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- 2) wykonawcy **Firmy Budowlanej A.-BUD spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,
- 3) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **K. W. prowadzącego działalność pod firmą Przedsiębiorstwo Kamieniarskie „W.” K. W. z siedzibą w Kluszkowcach oraz S. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.H.U „P.” S. P. z siedzibą w Skawie**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, po **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego oraz przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą.
- 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

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), 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

Centralny Ośrodek Sportu z siedzibą w Warszawie, w imieniu którego postępowanie prowadzi Oddział Centralnego Ośrodka Sportu – Ośrodek Przygotowań Olimpijskich w Zakopanem, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego pn. Budowa zadaszzonego toru lodowego w COS-OPO w Zakopanem, nr postępowania: DZP/Z/X/22/07/2021.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 27 lipca 2021 r., nr 2021/S 143-379190.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), tj. z dnia 18 maja 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), dalej jako „ustawa Pzp”.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Meritum Grupa Budowlana spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Krakowie i Przedsiębiorstwo Produkcyjne i Usługowe „Concret” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą z Tychach (dalej: „Odwołujący”) 11 października 2021 roku złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec następujących czynności i zaniechania czynności przez Zamawiającego:

- 1) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Kamieniarskie „W.” K. W. oraz P.H.U. „P.” S. P. (dalej: „Konsorcjum”) z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia;
- 2) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Firmę Budowlaną A. – Bud sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Ana – Bud”) z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia;
- 3) zaniechania wyboru oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 16 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie:
  - a) odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum w sytuacji w której cena za świadczenie nadzoru autorskiego zaoferowana przez Konsorcjum jest wyższa niż maksymalna dopuszczalna przez Zamawiającego cena za świadczenie nadzoru autorskiego (tj. przekracza 0,02% wartości robót budowlanych), co świadczy o tym, że oferta złożona przez Konsorcjum jest niezgodna z warunkami zamówienia;

- b) odrzucenia oferty złożonej przez A. – Bud w sytuacji w której cena za świadczenie nadzoru autorskiego zaoferowana przez A. – Bud jest wyższa niż maksymalna dopuszczalna przez Zamawiającego cena za świadczenie nadzoru autorskiego (tj. przekracza 0,02% wartości robót budowlanych), co świadczy o tym, że oferta złożona przez A. – Bud jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 2) art. 239 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, w sytuacji w której – jako oferta niepodlegająca odrzuceniu – jest ona ofertą najkorzystniejszą.

W związku z powyższym zarzutem, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum,
- 2) odrzucenie oferty złożonej przez Konsorcjum oraz A. – Bud,
- 3) dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 4) wybór oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Oferta Odwołującego zajmuje trzecie miejsce w rankingu ofert złożonych w postępowaniu i w przypadku podjęcia przez Zamawiającego decyzji pozostającej w zgodzie z przepisami ustawy Pzp (odrzucenie oferty Konsorcjum oraz oferty A. – Bud), oferta Odwołującego zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą, a Odwołujący uzyskałby zamówienie. Odwołujący wskazał, że naruszenia Zamawiającego doprowadziły do niezasadnego zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum i A. - Bud, przez co – w obecnej chwili – Zamawiający utracił szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z 16.1 SWZ, „cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o formularz ofertowy oraz pfu i ma charakter wynagrodzenia ryczałtowego.” Dodatkowo Zamawiający zaznaczył w ust. 16.2 SWZ, że „w formularzu oferty należy wypełnić zbiorcze zestawienie kosztów budowy w układzie podanym przez Zamawiającego.”

Odwołujący wskazał, że zbiorcze zestawienie kosztów do którego referuje ust. 16.2 SWZ ma charakter tabelarycznego zestawienia kosztów w odniesieniu do poszczególnych prac objętych zamówieniem. W dniu 1 września 2021 r. Zamawiający dokonał zmiany SWZ oraz załącznika nr 2.1 – formularza oferty. Jedną ze zmian wprowadzonych do formularza ofertowego wymagała od wykonawców, aby cena ofertowa za świadczenie usługi nadzoru autorskiego nie przekraczała „0,02% wartości wszystkich robót” (pozycja nr 3.1 zbiorczego zestawienia kosztów). Odwołujący wskazał, że w postępowaniu oferty złożyło pięciu wykonawców.

Odwołujący wskazał, że dwóch wykonawców, którzy uplasowali się na dwóch pierwszych miejscach rankingu ofert, przygotowało swoje oferty niezgodnie z wymogiem postawionym w pozycji nr 3.1 formularza ofertowego, tj. z naruszeniem wymogu, aby cena ofertowa za świadczenie nadzoru autorskiego nie przekraczała 0,02% wartości wszystkich robót. Zarówno w przypadku oferty Konsorcjum, jak i oferty A. – Bud, cena za pełnienie nadzoru autorskiego przekracza wartość 0,02 wartości robót budowlanych.

Odwołujący wskazał, że zestawiając cenę robót budowlanych zaoferowaną przez Konsorcjum (93.557.000,00 zł netto) z maksymalną, dopuszczalną przez Zamawiającego wartością nadzorów autorskich (0,02% wartości wszystkich robót) stwierdzić należy, że Konsorcjum za wykonanie nadzoru autorskiego mogło zaoferować maksymalnie 18.711,40 zł netto (93.557.000,00 zł x 0,02%). Konsorcjum zaoferowało jednak cenę 19.000.00 zł netto, przekraczając tym samym maksymalny dopuszczalny przez Zamawiającego limit ceny za nadzór autorski. Ponadto Odwołujący wskazał, że zestawiając cenę robót budowlanych zaoferowaną przez A. – Bud (99.590.955,28 zł netto) z maksymalną, dopuszczalną przez Zamawiającego wartością nadzorów autorskich (0,02% wartości wszystkich robót) stwierdzić należy, że Konsorcjum za wykonanie nadzoru autorskiego mogło zaoferować maksymalnie 19.918,19 zł netto (99.590.955,28 zł x 0,02%). A. – Bud zaoferowało jednak cenę 20.000.00 zł netto, przekraczając tym samym maksymalny dopuszczalny przez Zamawiającego limit ceny za nadzór autorski.

Z powyższego wynika zdaniem Odwołującego, że obaj wykonawcy przygotowali swoje oferty niezgodnie z treścią SWZ, w szczególności niezgodnie z wymogami ust. 16.1 i 16.2 SWZ. To z kolei implikuje konieczność skorzystania z dyspozycji art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, tj. odrzucenia przedmiotowych ofert jako niezgodne z warunkami zamówienia.

Odwołujący powołał się na stanowisko wyrażone w komentarzu autorstwa UZP oraz przywołał liczne przykłady z orzecznictwa Izby na poparcie swojego stanowiska. Zdaniem Odwołującego przez zaniechanie odrzucenia ofert Konsorcjum oraz A. – Bud Zamawiający pomija istotne wymogi SWZ obowiązujące wszystkich wykonawców, a mianowicie obowiązek zaoferowania ceny za świadczenie nadzoru autorskiego w kwocie nieprzekraczającej wartości 0,02% wartości robót budowlanych. To uchybienie doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, która wyartykułowana została w art. 16 pkt 1 Pzp.

Ponadto w ocenie Odwołującego nie ma żadnych wątpliwości, że przez zwrot „0,02% wartości wszystkich robót” Zamawiający ma w istocie na myśli wartość robót budowlanych, jakie potencjalny wykonawca ma zrealizować w ramach Postępowania. Zdaniem Odwołującego jest jasne, że zarówno Zamawiający jak i wykonawcy biorący udział w Postępowaniu to podmiot profesjonalne, znające znaczenie słowa „roboty”. Słowem tym określa się roboty budowlane, a nie jakieś inne prace, jak np. przygotowanie dokumentacji

projektowej („roboty” nie jest pojęciem, które zwyczajowo byłoby stosowane do czynności projektowych). Wziąwszy pod uwagę fakt, że SWZ jest dokumentem skierowanym do specjalistów na rynku usług budowlanych, nie może być wątpliwości, że wykonawcy powinni odnieść wartość oferowanego nadzoru autorskiego do wartości robót budowlanych. Powyższe twierdzenie potwierdza także fakt, że zdecydowana większość wykonawców nie popełniła błędów, jakie popełnili wykonawcy z dwóch pierwszych miejsc rankingu ofert.

**Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.**

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 nowej ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest ubiega się o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestników postępowania skutecznie zgłosili:

- 1) wykonawca Mostostal Warszawa spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie, po stronie Odwołującego,
- 2) wykonawca Firma Budowlana A.-BUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, po stronie Zamawiającego,
- 3) wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia K. W. prowadzący działalność pod firmą Przedsiębiorstwo Kamieniarskie „W.” K. W. z siedzibą w Kluszkowcach oraz S. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.H.U „P.” S. P. z siedzibą w Skawie, po stronie Zamawiającego,

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 nowej ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto złożone w sprawie pisma procesowe przez Strony i Uczestników postępowania, w tym odpowiedź na odwołanie.

**Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.**

Jak wynika z treści SWZ pkt 16 „Sposób obliczenia ceny oferty”: „Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o formularz ofertowy oraz pfu i ma charakter wynagrodzenia ryczałtowego. W formularzu oferty należy wypełnić zbiorcze zestawienie kosztów budowy w układzie podanym przez Zamawiającego.” Zbiorcze zestawienie kosztów jest natomiast częścią formularza 2.1., tj. formularza oferty. Zgodnie z ujednoliconą wersją tego formularza datowaną na 8 września 2021 r. poz. III „Nadzory”, pkt 3.1., Zamawiający wskazał: „Nadzór autorski, nie więcej niż 0,02% wartości wszystkich robót”. Ponadto formularz ten składa się z pozostałych pozycji I. „Prace projektowe” oraz II. „Roboty budowlane”.

Zgodnie z treścią wyjaśnień udzielonych pismem z 8 września 2021 r. Zamawiający wskazał: „Niniejsze wyjaśnienia i zmiany stanowią integralną część swz a zbiorcze zestawienie kosztów ma charakter informacyjny, porządkujący oferowaną cenę. W przypadku rozbieżności między cenami wynikającymi z cen wpisanych w poszczególnych tabelach, a ceną łączną brutto, obowiązuje cena oferty brutto, wpisana cyfrowo i słownie w formularz oferty w pkt 3 przed tabelą zbiorczego zestawienia kosztów”.

W treści formularza 3.8. zawierającego projektowane postanowienia umowy znajduje się jedno nawiązanie do Zbiorczego Zestawienia Kosztów, §5 ust. 2 pkt 1 lit. f) zgodnie z którym: „W ramach umowy Wykonawca zobowiązany jest do: 1) dostarczenia Zamawiającemu po uzyskaniu koniecznych zgód i zezwoleń na prowadzenie robót budowlanych, w tym: (...) aktualizacji Harmonogramu rzeczowo-finansowego, wykonanego w korelacji ze Zbiorczym Zestawieniem Kosztów, określających planowaną kolejność robót, terminy rozpoczęcia i zakończenia poszczególnych elementów robót, przy zastrzeżeniu że Strony wiążą jedynie aktualizacje harmonogramu rzeczowo-finansowego zaakceptowane w całości na piśmie przez Zamawiającego.”

### **Izba zważyła co następuje.**

W ocenie Izby odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, z następujących powodów.

Zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy miała treść wyjaśnień SWZ z 8 września 2021 r., gdzie Zamawiający przesądził o informacyjnym i porządkującym charakterze zbiorczego zestawienia kosztów. Na uwagę zasługuje ponadto, że również treść SWZ, w tym punkt dotyczący sposobu obliczenia ceny oraz projektowane postanowienia umowy nie referują do tego zestawienia. W ocenie Izby w sytuacji, gdy nie budzi wątpliwości, iż zbiorcze zestawienie kosztów ma charakter pomocniczy, ewentualne błędy w jego treści nie mogą stanowić o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia i być tym samym podstawą odrzucenia takiej oferty.

Odnosząc się natomiast do argumentacji Odwołującego w przedmiocie interpretacji użytego w treści spornego postanowienia zwrotu „wartości wszystkich robót”, Izba wskazuje, że nie podziela stanowiska zaprezentowanego przez Odwołującego w odwołaniu. W treści zbiorczego zestawienia kosztów w pozycji II Zamawiający wskazał: „Roboty budowlane”, natomiast w pozycji III, pkt 3.1 użył sformułowania „wartości wszystkich robót”. Izba stoi na stanowisku, że jak jednolicie wskazuje się w orzecznictwie Izby, pierwszeństwo ma wykładnia literalna. Dopiero, gdy ten sposób wykładni zawodzi, sięga się do wykładni celowościowej i słusznościowej. Uwzględniając powyższe, kierując się literalnym brzmieniem spornego zestawienia, nie można uznać za tożsame z pojęciem „robót” pojęcia „roboty budowlane”. W ocenie Izby należy domniemywać, że Zamawiający, jako podmiot profesjonalnie trudniący się udzielaniem zamówień, świadomie wprowadził rozróżnienie w siatce pojęciowej stosowane w tym samym dokumencie, w tym przypadku w zbiorczym zestawieniu kosztów. Zatem stawianie znaku równości między tymi pojęciami jest nieuzasadnione. Ponadto interpretacja tego pojęcia wskazana przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie (przy jednoczesnym braku wskazania odmiennych postanowień wynikających z SWZ), a wskazująca na szerokie rozumienie pojęcia robót, zgodnie z którym pod tym pojęciem rozumieć należy wszystkie roboty, tj. prace projektowe, roboty budowlane oraz nadzory jest uprawniona. Natomiast podniesiona przez Odwołującego rozbieżność w stanowiskach, jaka zaistniała między Odwołującym a jednym z Przystępujących nie ma w ocenie Izby znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy. Wskazać ponownie należy, że wobec ustalenia Izby o informacyjnym charakterze zbiorczego zestawienia kosztów, ewentualne omyłki popełnione w treści tego formularza nie mogą być podstawą do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5) ustawy Pzp. Ponadto, jak wykazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (vide: str. 6-8 odpowiedzi na odwołanie), w przedmiotowej sprawie odwoławczej nie zaistniała przesłanka, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, uzasadniająca uwzględnienie odwołania i nakazanie odrzucenie ofert Przystępujących po stronie Zamawiającego, tj. nie mamy do czynienia z niezgodnością ofert Przystępujących po stronie Zamawiającego z treścią SWZ.

Ponadto, jak zwrócił uwagę Zamawiający, cena w przedmiotowym postępowaniu miała charakter wynagrodzenia ryczałtowego, co zestawiając z pomocniczym charakterem zbiorczego zestawienia kosztów, oznacza że zestawienie kosztów służyło jedynie prezentacji rozbicia ceny oferty na poszczególne pozycje i miało walor wyłącznie informacyjny.

Odnosząc się natomiast do argumentacji zawartej w piśmie Odwołującego z 29 października 2021 r., Izba wskazuje, że w jej ocenie argumentacja ta stanowi rozszerzenie zarzutów odwołania, ponieważ wskazuje na okoliczności faktyczne, które nie zostały podniesione w terminie na wniesienie odwołania.



W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w związku § 5 pkt 1 i 2 lit b) w związku z § 2 ust. 2 pkt 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....