

WYROK
z dnia 14 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 czerwca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę **A. M.** w postępowaniu prowadzonym przez **Muzeum – Nadwiślański Park Etnograficzny w Wygiełzowie i Zamek Lipowiec**

przy udziale:

- A. wykonawcy **C. H.**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **odwołującego**,
- B. wykonawcy **PRO-ARCHIVISION Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Muzeum – Nadwiślański Park Etnograficzny w Wygiełzowie i Zamek Lipowiec** – unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty **PRO-ARCHIVISION Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** i dokonanie ponownej oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Muzeum – Nadwiślański Park Etnograficzny w Wygiełzowie i Zamek Lipowiec** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez **A. M.** tytułem wpisu od odwołania,
3. zasądza od **Muzeum – Nadwiślański Park Etnograficzny w Wygiełzowie i Zamek Lipowiec** na rzecz **A. M.** kwotę **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Muzeum – Nadwiślański Park Etnograficzny w Wygielzowie i Zamek Lipowiec – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest opracowanie dokumentacji projektowej dla zamierzenia budowlanego pn. Małopolskie Muzeum Pożarnictwa w Alwerni – budowa nowego oddziału Muzeum Nadwiślański Park Etnograficzny w Wygielzowie i Zamek Lipowiec wraz z pełnieniem nadzorów autorskich.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 24 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 27 kwietnia 2021 roku wykonawca A. M. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego oraz zaniechań przez zamawiającego czynności, do których był on obowiązany z mocy ustawy P.z.p.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. przez ponowny wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Pro Archivision sp. z o.o., pomimo tego, że oferta tego wykonawcy powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), zawierająca rażąco niską cenę i zawierająca błędy w jej obliczeniu.
2. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Pro Archivision sp. z o.o., gdyż oferta ta jest niezgodna z treścią s.i.w.z., ponieważ wykonawca ten nie dysponuje własnymi zasobami ani zewnętrznym podmiotem pozwalającym na dokonanie uzgodnienia dokumentacji elektrycznej, teletechnicznej i przeciwpożarowej z Narodowym Instytutem Muzealnictwa i Ochrony Zbiorów (dalej jako NIMOZ), który to obowiązek uzgodnienia dokumentacji wynika z istoty przedmiotu zamówienia i postanowień s.i.w.z. (załącznik nr 7 opis przedmiotu zamówienia);
3. art. 89 ust. 1 pkt 4 i 6 oraz art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. przez zaniechanie odrzucenia oferty Pro Archivision sp. z o.o., pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zawiera błędy w obliczeniu ceny oraz przez wadliwą ocenę złożonych wyjaśnień tego wykonawcy i uznanie, że wyjaśnienia potwierdzają, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia tej oferty mimo, iż wykonawca nie złożył wyjaśnień spełniających

wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy P.z.p., a oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny polegające m.in. na pominięciu przez wykonawcę obligatoryjnych składników wynagrodzenia.

Mając na względzie powyższe, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Pro Archivision sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią s.i.w.z., zawierającej rażąco niską cenę i błędy w jej obliczeniu, co odwołujący stwierdził po analizie wyjaśnień tego wykonawcy złożonych na wezwanie Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy. Gdyby zamawiający w sposób prawidłowy dokonał badania oferty najkorzystniejszej, to oferta ta mogłaby nie otrzymać najwyższej ilości punktów - a co więcej zostałaby odrzucona. Wówczas inaczej ukształtowałby się ranking ofert, a oferta odwołującego mogłaby zająć wyższą pozycję w tym rankingu. W związku z powyższym, odwołujący może ponieść szkodę powstałą w wyniku naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego, polegającą na nieudzieleniu odwołującemu przedmiotowego zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że przystępujący Pro Archivision Sp. z o.o. wskazał jako podwykonawcę instalacji elektrycznej i teletechnicznej podmiot Group AV Spółka z o.o., nieposiadający wiedzy, kwalifikacji i uprawnień do prawidłowej realizacji zamówienia, ponieważ podmiot ten nie znajduje się na liście podmiotów uprawnionych do projektowania i wykonywania prac w obiektach muzealnych. Ponadto podniósł, że oferent nie wykazał w swojej ofercie ww. wykonawcy, a więc nie może się na etapie wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny powoływać na jego udział w realizacji wspomnianego zakresu.

Odwołujący podniósł, że przystępujący w wyjaśnieniach ceny popełnił błędy kalkulacyjne oraz pominął szereg kosztów i pozycji powodujących, że zaoferowane przez tego wykonawcę wynagrodzenie nosi znamiona rażąco niskiej ceny. Takie założenie jest m.in. wynikiem faktu, iż przystępujący nie miał podstaw do powołania się w ramach kalkulacji wynagrodzenia na oferty podwykonawców aż w 4 branżach, pominął szereg kosztów, co powoduje, że jego wynagrodzenie jest niekompletne (zawiera błędy w wyliczeniu ceny ofertowej polegające na pominięciu kilku istotnych pozycji), jak również wskazane podstawy wyliczenia tego wynagrodzenia zostały skonstruowane *post factum* – wbrew treści samej oferty (gdzie złożono oświadczenie woli o braku wykorzystania podwykonawców).

Odwołujący podniósł, że przystępujący w cenie oferty nie uwzględnił kosztów wykonania mapy do celów projektowych, uzupełnienia badań geotechnicznych wraz z

opracowaniem wyników, opracowania harmonogramu rzeczowo-finansowego realizacji inwestycji oraz sporządzenia projektu zieleni (zagospodarowanie wycinka i pielęgnacja).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 czerwca 2021 roku wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego przystąpili:

- wykonawca C. H. – po stronie odwołującego,
- wykonawca PRO-ARCHIVISION Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie – po stronie zamawiającego.

Izba ustaliła, co następuje:

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało wszczęte w dniu 1 grudnia 2020 roku.

Zgodnie z pkt 8 opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego Załącznik nr 1 do s.i.w.z wykonawca dokona niezbędnych wymaganych prawem uzgodnień dokumentacji wykonawczej z właściwymi podmiotami, wynikających z rozwiązań przyjętych w toku prac projektowych w szczególności: uzgodnień konserwatorskich (z Wojewódzkim Konserwatorem Zabytków w Krakowie zakresie opracowywanej dokumentacji), uzgodnień z NIMOZ, w zakresie zaopiniowania systemów: sygnalizacji p.poż, sygnalizacji włamania i napadu, telewizji dozorowej i kontroli dostępu, innych wymaganych prawem.

Zgodnie z treścią pkt 2.2. WERYFIKACJA SPRAWDZANIE DOKUMENTACJI PROJEKTOWEJ KONCEPCJI FUNKCJONALNO UŻYTKOWEJ:

„Wykonawca uzyska wszelkie wymagane zgodnie z prawem polskim uzgodnienia, opinie, dokumentacje i decyzje administracyjne niezbędne dla wykonania zamówienia,

Zamawiający informuje, że aktualna mapa do celów projektowych w zakresie niezbędnym dla niniejszej inwestycji jest aktualnie w opracowaniu na zlecenie Zamawiającego.

Wykonawca zweryfikuje aktualność mapy do celów projektowych po uzyskaniu jej od Zamawiającego. W razie stwierdzenia braku jej aktualności uzyska aktualną na czas wykonywania projektu budowlanego mapę do celów projektowych.”

Zgodnie z pkt. 7d opisu przedmiotu zamówienia, oferent był obowiązany do wykonania Harmonogramu rzeczowo-finansowego realizacji inwestycji.

Zgodnie z pkt 8d o.p.z., w zakres wielobranżowej dokumentacji wchodzi opracowanie Projektu dotyczącego zieleni.

Zamawiający w dniu 18 grudnia 2020 roku i 28 stycznia 2021 roku wezwał przystępującego Pro Archivision Sp. z o. o. do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie zaoferowanej ceny. Zamawiający wzywając do złożenia wyjaśnień wskazał, iż wyjaśnienie musi uwzględniać zakładaną pracochłonność (ilość roboczogodzin) oraz wysokość wynagrodzenia (stawki wynagrodzenia) z obligatoryjnymi obciążeniami. Zamawiający wskazał, iż oczekuje, aby wykonawca ujął inne koszty skalkulowane przy obliczaniu kosztu realizacji poszczególnych elementów zadania.

Przystępujący udzielił odpowiedzi na wskazane wyżej wezwania w dniach 30 grudnia 2020 roku i 2 lutego 2021 roku.

W złożonych wyjaśnieniach przystępujący złożył wyjaśnienia oraz kalkulację cenową, przedstawiającą koszty związane z realizacją zamówienia, w tym oświadczenie złożone przez Group AV Spółka z o.o. Przystępujący nie wskazał tego podwykonawcy w formularzu ofertowym.

Przystępujący ProArchivision Spółka z o.o. w wyjaśnieniach z dnia 30 grudnia 2020 r. wskazał, że opinię geotechniczną i wykonanie ewentualnych uzupełnień skalkulowano na kwotę 8000 zł.

Przystępujący Pro Archivision Spółka z o.o. w wyjaśnieniach z dnia 30 grudnia 2020 r. wskazał, że skalkulował projekt zieleni w wysokości 3000 zł.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne, chociaż nie wszystkie jego zarzuty zasługują na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020), do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r., poz. 2019) – dalej *nPzp*.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy nPzp. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 4 i 6 oraz art. 90 ust. 3 ustawy P.z.p. przez zaniechanie odrzucenia oferty Pro Archivision sp. z o.o., pomimo że oferta ta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zawiera błędy w obliczeniu ceny oraz przez wadliwą ocenę złożonych wyjaśnień tego wykonawcy i uznanie, że wyjaśnienia potwierdzają, że oferta ta nie zawiera rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia tej oferty mimo, iż wykonawca nie złożył wyjaśnień spełniających wymagania określone w art. 90 ust. 1-3 ustawy P.z.p., a oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny polegające m.in. na pominięciu przez wykonawcę obligatoryjnych składników wynagrodzenia.

Podstawą takiego rozstrzygnięcia Izby jest fakt, iż przystępujący Pro Archivision Sp. z o.o. w złożonej ofercie nie wykazał, że przedmiotowe zamówienie będzie wykonywał przy pomocy podwykonawcy Group AV Sp. z o.o., natomiast uwzględnił ten podmiot w wyjaśnieniach zaoferowanej ceny.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 22 sierpnia 2016 roku, sygn. akt KIO 1453/16, oświadczenie co do tego, jakie części zamówienia wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy, a więc oświadczenie referujące do sposobu wykonania zamówienia, jest oświadczeniem, które nie tylko merytorycznie kształtuje treść oferty, ale ma również wpływ na proces badania oferty, chociażby w kontekście rażąco niskiej ceny - gdy dochodzi do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień i dowodów. Nie jest to więc oświadczenie o walorze jedynie informacyjnym.

Ustalony w niniejszej sprawie stan faktyczny wskazuje, iż przystępujący, kalkulując cenę, którą następnie zaoferował zamawiającemu, nie uwzględnił w niej kosztów związanych z powierzeniem części zadania podwykonawcy Group AV. Tym samym wyjaśnienia złożone przez przystępującego w wyniku wezwania do wyjaśnienia ceny, nie są adekwatne do założeń, jakie wykonawca ten przyjął przy kalkulacji. Składane przez wykonawców wyjaśnienia winny potwierdzać prawidłowość wyliczenia zaoferowanej ceny i ujęcia wszystkich kosztów. Rozbieżność pomiędzy treścią złożonej oferty a treścią wyjaśnień wskazuje, iż wyjaśnienia nie odnoszą się do ceny, a ponadto wskazują na nieuprawnioną zmianę treści oferty, wykraczającą poza granice możliwości dokonywania takich zmian, wyznaczone przez art. 87 ustawy P.z.p. Ze wskazanego wyżej wyroku z dnia 22 sierpnia 2016 roku wynika bowiem, iż za zmianę treści oferty należy uznać wszystko to, co wykracza i

wprowadza nowe elementy ponad to, co zostało objęte pierwotnym oświadczeniem wykonawcy. Z kolei z wyroku z dnia 13 sierpnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 992/09 wynika, iż art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy P.z.p. należy interpretować tak, iż ewentualne próby zmiany treści oferty (ceny, przedmiotu, warunków realizacji itp.) w udzielonych wyjaśnieniach należy uznać za bezskuteczne/nieważne.

Wskazując na powyższe Izba oceniła wyjaśnienia przystępującego Pro Archivision sp. z o.o. za nierzetelne i niedające podstaw do stwierdzenia, że zaoferowana przez przystępującego cena nie jest rażąco niska. Wyjaśnienia te nie korespondują z treścią złożonej oferty, a wręcz zmierzają do zmiany jej treści. Przystępujący nie wykazał zatem, iż będzie w stanie wykonać zamówienia na warunkach wskazanych w ofercie.

Tym samym Izba uznała, że oferta przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy P.z.p. i nakazała zamawiającemu dokonanie czynności jej odrzucenia.

Odnosząc się do poszczególnych elementów, których – w ocenie odwołującego – przystępujący nie uwzględnił w zaoferowanej cenie, Izba wskazuje, iż zarzuty te są uzasadnione jedynie częściowo. Jeśli chodzi o koszt wykonania mapy do celów projektowych, zamawiający słusznie zauważył w odpowiedzi na odwołanie, iż wykonawcy nie byli obowiązani uwzględniać w cenie oferty kosztu sporządzenia mapy, ponieważ zamawiający taką mapą dysponuje. Wykonawcy obowiązani są jedynie do jej zweryfikowania i ewentualnego uaktualnienia, co nie jest równoznaczne ze sporządzeniem. Z kolei koszt uzupełnienia badań geotechnicznych wraz z opracowaniem wyników został przez przystępującego uwzględniony i wyceniony na kwotę 8 tys. zł, na co wskazywali zarówno zamawiający, jak i przystępujący. W ocenie Izby, odwołujący nie zakwestionował skutecznie argumentacji wyrażonej przez przeciwników procesowych w tym zakresie.

Izba podziela natomiast stanowisko odwołującego co do kosztów opracowania harmonogramu rzeczowo-finansowego realizacji inwestycji oraz sporządzenia projektu zieleni wraz z inwentaryzacją. Izba wskazuje, że te elementy wymagałyby dodatkowych wyjaśnień od przystępującego, jako że fakt ich uwzględnienia w cenie oferty przystępującego nie został wykazany, zaś zamawiający, żądając wyjaśnień od przystępującego, nie wymagał wskazania, czy wykonawca je uwzględnił. Jednakże, z uwagi na fakt, iż Izba uznała za zasadny zarzut nieuprawnionej zmiany treści oferty wyjaśnieniami zaoferowanej ceny i z tego powodu nakazała odrzucenie oferty przystępującego, ewentualne nakazywanie składania kolejnych wyjaśnień należałoby uznać za bezprzedmiotowe.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego Pro Archivision Sp. z

o.o., gdyż oferta ta jest niezgodna z s.i.w.z., ponieważ wykonawca ten nie dysponuje własnymi zasobami ani zewnętrznym podmiotem pozwalającym na dokonanie uzgodnienia dokumentacji elektrycznej, teletechnicznej i przeciwpożarowej z NIMOZ, który to obowiązek uzgodnienia dokumentacji wynika z istoty przedmiotu zamówienia i postanowień s.i.w.z.

Zgodnie z § 11 ust. 1 rozporządzenia Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 2 września 2014 r. w sprawie zabezpieczania zbiorów muzeum przed pożarem, kradzieżą i innym niebezpieczeństwem grożącym ich zniszczeniem lub utratą (Dz. U. z 2014 r. poz.1240), zainstalowanie lub przebudowę systemów:

- 1) sygnalizacji pożarowej,
- 2) sygnalizacji włamania i napadu,
- 3) telewizji dozorowej lub
- 4) kontroli dostępu

– stanowiących zabezpieczenia elektroniczne poprzedza się opracowaniem projektów tych systemów. W myśl § 12 ust. 1 wskazanego rozporządzenia, projekty systemów, o których mowa w § 11 ust. 1, podlegają zaopiniowaniu przez państwową instytucję kultury, której celem statutowym jest wyznaczanie i upowszechnianie standardów w zakresie muzealnictwa i ochrony zbiorów, zwaną dalej „instytucją kultury”.

Odwołujący powołując się na wskazane wyżej przepisy, podniósł, iż dla uzyskania takiego uzgodnienia niezbędnym jest posiadanie uprawnień (wydawanych przez NIMOZ), do projektowania w obiektach wymagających zabezpieczenia zbiorów muzealnych poprzedzonych stosownym szkoleniem, zaś podmiot zgłoszony przez przystępującego takich uprawnień nie posiada. W ocenie Izby, stanowisko to jest nieuprawnione. Obowiązek posiadania zaświadczenia o ukończeniu specjalistycznych kursów z zakresu zabezpieczenia obiektów muzealnych wynikał z § 12 nieobowiązującego już rozporządzenia Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 1 grudnia 2008 r. w sprawie zabezpieczania zbiorów w muzeach przed pożarem, kradzieżą i innym niebezpieczeństwem grożącym zniszczeniem lub utratą zbiorów oraz sposobów przygotowania zbiorów do ewakuacji w razie powstania zagrożenia (Dz. U. Nr 229 z 2008 roku, poz. 1528). Rozporządzenie to zostało uchylone z dniem 1 stycznia 2015 roku, zatem nie obowiązuje w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte w dniu 1 grudnia 2020 roku.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 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).

Przewodniczący: