

WYROK
z dnia 27 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 sierpnia 2021 r. przez wykonawcę **ROTO-TECH sp. z o.o., ul. Okulickiego 7/9, 05-500 Piaseczno,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Ośrodek Sportu i Rekreacji, ul. Stefana Batorego 8, 97-300 Piotrków Trybunalski,**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego ROTO-TECH sp. z o.o., ul. Okulickiego 7/9, 05-500 Piaseczno, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego ROTO-TECH sp. z o.o., ul. Okulickiego 7/9, 05-500 Piaseczno, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego: ROTO-TECH sp. z o.o., ul. Okulickiego 7/9, 05-500 Piaseczno, na rzecz zamawiającego: Ośrodek Sportu i Rekreacji, ul. Stefana Batorego 8, 97-300 Piotrków Trybunalski, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), tytułem zwrotu kosztów 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 2021 r. poz. 1129 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 - Ośrodek Sportu i Rekreacji, ul. Stefana Batorego 8, 97-300 Piotrków Trybunalski, prowadzi w trybie podstawowym bez negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Zagospodarowanie terenu kąpieliska „Słoneczko” OSiR w Piotrkowie Trybunalskim obejmującego wykonanie pływającego pomostu pełniącego rolę wygradzenia strzeżonego kąpieliska”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 27.07.2021 r., nr 2021/BZP 00128594/01.

Pismem z dnia 20.08.2021 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu m.in. oferty wykonawcy ROTO-TECH sp. z o.o., ul. Okulickiego 7/9, 05-500 Piaseczno (dalej: „odwołujący”) oraz o unieważnieniu postępowania.

W dniu 25.08.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, polegające na błędnej jego wykładni i uznaniu, że złożony przez odwołującą się spółkę kosztorys ofertowy jest niezgodny z warunkami zamówienia, co skutkowało odrzuceniem oferty odwołującej się spółki, a ostatecznie unieważnieniem postępowania z powodu braku ważnych ofert niepodlegających odrzuceniu.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje. „(...) w pkt XV.2 SWZ Zamawiający zapisał, że „Wykonawca sporządzi kosztorys ofertowy — wypełni przedmiar robót, stanowiący załącznik do SWZ”. Jednocześnie jednak Zamawiający jako załączniki dokumentacji przetargowej udostępnił dwa dokumenty (kosztorysy) pod nazwami: „Pomost pływający kosztorys przedmiar.pdf” oraz „Pomost pływający kosztorys zerowy. pdf”.

Z uwagi na istotne wątpliwości odnośnie do wzajemnej relacji obu załączników, odwołująca się spółka zadała pytanie, który z kosztorysów ma zostać dołączony do oferty, a który będzie stanowił załącznik do umowy. W wyjaśnieniach z 6 sierpnia 2021 roku Zamawiający udzielił odpowiedzi:

Przedmiar nie jest kosztorysem określa jedynie zakres robót niezbędny do wykonania kosztorysu ofertowego. Dla wygody wykonawcy załączono kosztorys zerowy pełny. Zamawiający wymaga załączenia do oferty uproszczonego kosztorysu ofertowego, który znajduje się w zerowym kosztorysie. Będzie on stanowił załącznik, zarówno do oferty jak i umowy, określający zakres robót i ceny jednostkowe poszczególnych etapów wykonania zamówienia. Zamawiający nie udostępnia kosztorysu ofertowego w wersji edytowalnej z przyczyn technicznych.

Z pewnością odpowiedź ta stoi w sprzeczności z przytoczonym powyżej zapisem pkt XV.2 SWZ, który nakazywał „wypełnienie przedmiaru robót”. (...) Stosując się do wskazań Zamawiającego odwołująca się spółka nie wypełniła „przedmiaru”, lecz poszukiwała w kosztorysie „zerowym” owego „uproszczonego kosztorysu ofertowego”.

W obszernym załączniku pod nazwą „Pomost pływający kosztorys zerowy.pdf” można było odnaleźć wiele rozbudowanych kosztorysów, w szczególności „szczegółowy kosztorys ofertowy” (str.16). Na kolejnej 17-tej stronie tego dokumentu znajdował się natomiast dokument pod nazwą „tabela elementów scalonych”, co odwołująca się spółka uznała za wskazany w wyjaśnieniach Zamawiającego „uproszczony kosztorys ofertowy, który znajduje się w zerowym kosztorysie”. Taki też dokument został ostatecznie dołączony do oferty, co było działaniem zgodnym z wyjaśnieniami udzielonymi przez Zamawiającego.

(...) Tym samym, w obliczu jednoznacznego wskazania w wyjaśnieniu Zamawiającego, że wymaga on załączenia do oferty „uproszczonego kosztorysu ofertowego, który znajduje się w zerowym kosztorysie”, to złożenie przez odwołującą się spółkę wypełnionej „tabeli elementów scalonych” opublikowanej na str. 17 załącznika pod nazwą „Pomost pływający kosztorys zerowy.pdf”, stanowi prawidłowe wykonanie wymagań określonych przez Zamawiającego.

Należy też podkreślić, że również wykładnia celowościowa dokumentacji przetargowej związanej z kosztorysem, przemawia za zasadnością stanowiska odwołującej się spółki. Ocenie Zamawiającego mającej wpływ na przyznane składanym ofertom punkty nie są poddawane wszystkie składowe ceny zaoferowanej przez uczestnika postępowania, lecz ostateczna łączna cena/wynagrodzenie zaoferowane za wykonanie całego zadania będącego przedmiotem przetargu.

Sygnalizowany przez Zamawiającego w zaskarżonych czynnościach fakt braku wiedzy Zamawiającego o poszczególnych składowych ceny nie ma zatem wpływu na wynik postępowania przetargowego, a odrzucenie oferty odwołującej się spółki powoduje powstanie po jej stronie szkody w postaci utraconych korzyści z tytułu zawarcia i wykonania umowy dotyczącej przedmiotu przetargu.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 2) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Pismem z dnia 23 września 2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest zagospodarowanie terenu kąpieliska „Słoneczko” OSiR w Piotrkowie Trybunalskim obejmującego wykonanie pływającego pomostu pełniącego rolę wyгородzenia strzeżonego kąpieliska.

W pkt XIV.6. swz zamawiający wskazał, że ofertę stanowi m.in. kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie załączonego przedmiaru.

W pkt XV swz pn. Opis sposobu obliczenia ceny, zamawiający m.in. wskazał:

1. Wynagrodzenie kosztorysowe. Rozliczenie za wykonanie przedmiotu zamówienia będzie dokonane na podstawie końcowej faktury VAT.
2. Wykonawca sporządzi kosztorys ofertowy - wypełni przedmiar robót, stanowiący załącznik do SWZ. Podstawą obliczenia ceny za roboty budowlane jest przekazana dokumentacja projektowa, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, przedmiar robót.
3. Kosztorys ofertowy należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej. Wykonawca zobowiązany jest do sporządzenia kosztorysu ofertowego w sposób, który umożliwia ustalenie ceny dla każdej pozycji wyszczególnionej w przedmiarze robót - obliczenie wartości netto danej pozycji kosztorysowej jako iloczynu ilości ustalonych jednostek przedmiarowych i ceny jednostkowej tej pozycji przedmiarowej.
4. Wykonawca zobowiązany jest określić ceny jednostkowe netto oraz wartości netto dla wszystkich pozycji wymienionych w przedmiarze robót. Nie dopuszcza się ingerencji w treści przekazanego przedmiaru m.in. poprzez samowolne dopisywanie pozycji, zmianę opisów.
5. W przypadku stwierdzenia braku danych w dokumentacji projektowej, przedmiarze robót lub specyfikacjach technicznych wykonania i odbioru robót wykonawca powinien zgłosić się do zamawiającego o wyjaśnienie.
6. Zamawiający wymaga sporządzenia kosztorysu ofertowego przy zachowaniu kolejności pozycji kosztorysu zgodnej z kolejnością pozycji w przedmiarach robót oraz dla ilości określonych w tych przedmiarach.
7. Ceny jednostkowe robót wykonawca określi na podstawie kalkulacji własnych lub danych rynkowych. Cena jednostkowa danej pozycji i wartość tej pozycji w kosztorysie ofertowym ma obejmować wszystkie koszty niezbędne do wykonania robót wymaganej jakości i w wymaganym terminie, włączając w to: koszty bezpośrednie, koszty ogólne budowy, ogólne koszty prowadzenia działalności gospodarczej przez wykonawcę, kalkulowany przez wykonawcę zysk oraz wszelkie koszty, opłaty i należności związane z wykonywaniem robót (np. koszt energii elektrycznej, wody oraz utylizacji odpadów), odpowiedzialnością materialną

i zobowiązaniami wykonawcy wymienionymi lub wynikającymi z warunków umowy oraz przepisów dotyczących wykonywania robót budowlanych. Jeżeli Wykonawca zastosuje w swojej ofercie upusty cenowe, to należy je uwzględnić w cenach jednostkowych określonych w kosztorysie ofertowym. Ceny jednostkowe określone przez wykonawcę w kosztorysie ofertowym winny być ustalone jako kompletne i jednoznaczne. Ceny te nie będą zmieniane w toku realizacji przedmiotu zamówienia i nie będą podlegały waloryzacji.

12. Zamawiający w zakresie sprawdzenia zgodności wyliczenia oferowanej ceny z wymaganiami niniejszej SWZ, dokona sprawdzenia kosztorysu ofertowego (wypełnionego przedmiaru) wykonawcy - polegającego na sprawdzeniu:

- 1) czy pozycje kosztorysu ofertowego są identyczne z przekazanym przez Zamawiającego przedmiarem,
- 2) czy kosztorys ofertowy zawiera wycenę wszystkich elementów podanych do wyceny przez zamawiającego,
- 3) czy suma wszystkich pozycji kosztorysu ofertowego, powiększona o wartość podatku od towarów i usług, stanowi cenę oferty brutto.

13. Wykonawca robót wyłoniony w wyniku postępowania przetargowego będzie zobowiązany do prowadzenia książki obmiarów robót i przedkładanie jej do akceptacji przez inspektora nadzoru. Zgodnie ze wzorem umowy za wykonanie przedmiotu umowy zamawiający zapłaci wynagrodzenie ustalone na podstawie cen jednostkowych wskazanych w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego oraz ilości rzeczywiście wykonanych i odebranych robót, według obmiaru.

Do swz zamawiający dołączył przedmiar oraz „kosztorys zerowy”, na który składały się części zatytułowane: Obmiar, Kosztorys ofertowy, Szczegółowy kosztorys ofertowy, Tabela elementów scalonych, Tabela wartości elementów scalonych, Zestawienie robocizny, Zestawienie materiałów, Zestawienie sprzętu.

Pismem z dnia 06.08.2021 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie:

Pytanie 1:

Do oferty i do umowy ma być dołączony kosztorys. W dokumentacji przetargowej są 2 kosztorysy: 1) pomost pływający kosztorys przedmiar (obmiar). 2) pomost pływający kosztorys zerowy (szczegółowy kosztorys ofertowy). Prosimy o sprecyzowanie, który kosztorys ma być dołączony do oferty, a który będzie dołączony do umowy. Prosimy o udostępnienie wersji edytowalnej kosztorysów.

Odpowiedź:

Przedmiar nie jest kosztorysem określa jedynie zakres robót niezbędny do wykonania kosztorysu ofertowego. Dla wygody wykonawcy załączono kosztorys zerowy pełny. Zamawiający wymaga załączenia do oferty uproszczonego kosztorysu ofertowego, który znajduje się w zerowym kosztorysie. Będzie on stanowił załącznik, zarówno do oferty jak i umowy, określający zakres robót i ceny jednostkowe poszczególnych etapów wykonania zamówienia. Zamawiający nie udostępnia kosztorysu ofertowego w wersji edytowalnej z przyczyn technicznych.

Odwołujący złożył ofertę, do której dołączył tylko tabelę elementów scalonych nadając jej nazwę „kosztorys ofertowy”.

Pismem z dnia 20.08.2021 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu obu złożonych w postępowaniu ofert. Oferta odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał: „Stosownie do zapisu rozdziału XV SWZ pkt 2-6, kosztorys ofertowy będący integralną częścią oferty miał być sporządzony wg załącznika do SWZ i umożliwiać ustalenie ceny dla każdej pozycji wyszczególnionej w przedmiarze robót. Załączony przez Wykonawcę kosztorys nie został sporządzony wg załącznika i nie zawiera szczegółowych pozycji z przedmiaru robót”.

Jednocześnie zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp.

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

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu zawartego w odwołaniu, należy zauważyć, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Niewątpliwie w niniejszym postępowaniu zamawiający wymagał złożenia kosztorysu ofertowego jako części oferty. Zamawiający rzeczywiście udostępnił

wykonawcom dwa dokumenty: „Pomost pływający kosztorys przedmiar.pdf” oraz „Pomost pływający kosztorys zerowy.pdf”. W odpowiedzi na pytanie odwołującego, zamawiający doprecyzował, że wymaga załączenia „uproszczonego kosztorysu ofertowego, który znajduje się w zerowym kosztorysie”. Tenże „kosztorys zerowy” składał się z części zatytułowanych: Obmiar, Kosztorys ofertowy, Szczegółowy kosztorys ofertowy, Tabela elementów scalonych, Tabela wartości elementów scalonych, Zestawienie robocizny, Zestawienie materiałów, Zestawienie sprzętu. Jeżeli po udzieleniu przez zamawiającego ww. odpowiedzi, odwołujący w dalszym ciągu miał wątpliwości, którą część „kosztorysu zerowego” należy złożyć wraz z formularzem ofertowym, powinien był zadać zamawiającemu kolejne pytanie albo wypełnić i złożyć wszystkie części składające się na „kosztorys zerowy”. W ocenie Izby natomiast jasnym jest, że kosztorysem ofertowym nie może być wyłącznie tabela elementów scalonych, która nie zawiera wszystkich informacji, które musi zawierać kosztorys ofertowy, w tym także uproszczony. Składając zatem wyłącznie tabelę elementów scalonych, odwołujący złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia.

Dodatkowo należy podkreślić, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający przewidział wynagrodzenie kosztorysowe. Konsekwentnie do charakteru ww. wynagrodzenia w pkt XV.12. swz zamawiający wskazał: „Wykonawca robót wyłoniony w wyniku postępowania przetargowego będzie zobowiązany do prowadzenia książki obmiarów robót i przedkładanie jej do akceptacji przez inspektora nadzoru. Zgodnie ze wzorem umowy za wykonanie przedmiotu umowy zamawiający zapłaci wynagrodzenie ustalone na podstawie cen jednostkowych wskazanych w poszczególnych pozycjach kosztorysu ofertowego oraz ilości rzeczywiście wykonanych i odebranych robót, według obmiaru”. W świetle powyższego, złożenie przez odwołującego wyłącznie tabeli elementów scalonych nie tylko jest niezgodne z warunkami zamówienia, ale także uniemożliwiłoby rozliczanie się zamawiającego z wykonawcą po zakończeniu wykonywania robót. Rozliczenie to byłoby bowiem niemożliwe, skoro wykonawca nie podał cen jednostkowych za poszczególne elementy robót.

Tym samym nie jest zasadny argument odwołującego, zgodnie z którym w niniejszym postępowaniu wystarczające było podanie ceny całkowitej jako potrzebnej do oceny ofert. Wymagany w swz kosztorys ofertowy był bowiem potrzebny zarówno do dokonania czynności badania i oceny ofert, w tym pod kątem zgodności poszczególnych jego pozycji z warunkami zamówienia, jak i do rozliczeń na etapie realizacji robót wg cen jednostkowych i obmiaru. Brak złożenia kosztorysu ofertowego uniemożliwił zatem zamawiającemu zarówno badanie i ocenę ofert w pełnym zakresie w toku postępowania, jak i uniemożliwiłby rozliczenie stron umowy po zakończeniu realizacji zamówienia.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ odrzucenie oferty odwołującego było zasadne. Izba postanowiła zatem jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska stron przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) 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).

Przewodniczący