

**WYROK**  
**z dnia 26 sierpnia 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 12 sierpnia 2019 r. przez wykonawców **R. S., M. G., prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą ROMAR s.c. R. S., M. G. w Zawoi** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Babiogórski Park Narodowy w Zawoi**

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Babiogórskiemu Parkowi Narodowemu w Zawoi** unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców **R. S., M. G., prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą ROMAR s.c. R. S., M. G. w Zawoi** oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem ich oferty.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Babiogórski Park Narodowy w Zawoi** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawców **R. S., M. G., prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą ROMAR s.c. R. S., M. G. w Zawoi** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od zamawiającego – **Babiogórskiego Parku Narodowego w Zawoi** na rzecz wykonawców **R. S., M. G., prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą ROMAR s.c. R. S., M. G. w Zawoi** kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

**Przewodniczący:**

.....

Sygn. akt KIO 1569/19

### **Uzasadnienie**

I. Babiogórski Park Narodowy w Zawoi (dalej: Zamawiający), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Modernizacja ścieżki „Mokry Kozub” oraz „Polanki Odkrywców” oraz wykonanie przepustów w ramach działania”: utworzenie nowej ścieżki dydaktycznej „Bieg życia lasu” wraz z „Góralskim Kręgiem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 12 lipca 2019 r., poz. 573505-N-2019. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 12 sierpnia 2019 r. wykonawcy R. S., M. G., prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod firmą ROMAR s.c. R. S., M. G. w Zawoi (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych, poprzez jego bezpodstawne zastosowanie w sytuacji, gdy nie ziszcila się przesłanka do odrzucenia oferty Odwołującego: Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, że „wykonawca złożył niepełną ofertę - brak kosztorysu ofertowego w wersji uproszczonej, który spełniałby minimalne wymogi zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 roku w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych

kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno – użytkowym. Treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia". Jednak w żadnym miejscu oferty nie odwołał się do przepisów przywołanych w uzasadnieniu odrzucenia oferty, w żadnym miejscu SIWZ nie podał również, jakie elementy powinien zawierać kosztorys załączony do oferty;

2) art. 92 ust. 1 pkt. 3 w zw. z art. 7 ust. 1, w zw. z art. 8 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie podania pełnego uzasadnienia faktycznego i prawnego odrzucenia oferty Odwołującego, co uniemożliwia Odwołującemu pełną kontrolę czynności Zamawiającego w drodze przysługujących mu środków ochrony prawnej, czym naruszył zasadę uczciwej konkurencji i jawności postępowania.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Zamawiający twierdził, że wykonawcy to profesjonaliści i powinni odpowiednio analizować dokumentację przetargową. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie można zrealizować umowy wobec braku wskazania jednostek obmiarowych w przedmiarze. W kosztorysie Odwołującego wskazano tylko dwie pozycje tj. roboty przygotowawcze i montaż nowych elementów ścieżki dydaktycznej, tymczasem płatności będą uzależnione od rzeczywistych ilości zamiennych i wykonanych robót pomierzonych przez wykonawcę i sprawdzonych przez Inspektora Nadzoru.

Jeżeli Odwołujący potrafił skonstruować odwołanie w odniesieniu do podanych przez Zamawiającego podstaw prawnych i faktycznych odrzucania jego oferty, to znaczy, że podstawy te zostały podane prawidłowo. Zamawiający potwierdzał, że inne oferty zawierały prawidłowy kosztorys sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej, co oznacza, że inni wykonawcy zrozumieli specyfikację. Dodaje, że zamówienie jest współfinansowane i z umowy z Urzędem Marszałkowskim wynika, że płatność jest jednorazowa, natomiast nie można z tego wnosić, że wynagrodzenie jest ryczałtowe, ponieważ zgodnie z umową będzie ono rozliczane na podstawie faktycznie wykonanych robót. Odwołujący złożył oświadczenie, że zapoznał się z treścią specyfikacji, zgodnie z którą za roboty niewykonane wynagrodzenie nie przysługuje.

Na podstawie kosztorysu Odwołującego, który nawet trudno nazwać kosztorysem, nie można rozliczyć robót nie wykonanych. Opłacone będą roboty które zostały obmierzone – również to nie jest możliwe na podstawie kosztorysu Odwołującego.

W kosztorysie Odwołującego nie podano w ogóle cen jednostkowych, a jedynie demontaż i montaż. Kosztorys Odwołującego uniemożliwia zatem weryfikację wykonanych robót.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

1. W pkt 7.1.3 SIWZ, Zamawiający wśród dokumentów, które należy złożyć z ofertą, wymienił „kosztorys w wersji uproszczonej dla części I postępowania”.
2. Zamawiający w pkt 13.1. SIWZ wskazał, że „cena oferty musi wynikać z załączonego kosztorysu w formie uproszczonej dla części I postępowania oraz opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr Ia-Ic do SIWZ dla obydwu części i uwzględniać wszystkie zobowiązania, musi być podana w PLN cyfrowo i słownie z wyodrębnieniem należnego podatku VAT”.
3. Odwołujący do oferty załączył kosztorys, w którym wskazał dwie pozycje.
4. Zamawiający w dniu 7 sierpnia 2019 roku zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu oferty Odwołującego w pierwszej części Postępowania. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym uzasadnienia odrzucenia oferty wskazał, że „wykonawca złożył niepełną ofertę - brak kosztorysu ofertowego w wersji uproszczonej, który spełniałby minimalne wymogi zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 roku w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno – użytkowym. Treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia”.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że odwołanie należy uwzględnić.

Izba w całości podzieliła stanowisko Odwołującego. Po pierwsze, w uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający w żaden sposób, ani bezpośredni ani nawet pośredni, nie odwołał się do SIWZ – nie wskazał, z jakimi konkretnie postanowieniami SIWZ oferta Odwołującego (załączony do niej kosztorys) jest niezgodna. Odwołujący mógł prawidłowo skonstruować odwołanie w oparciu o tak sformułowane podstawy odrzucenia oferty – jednak możliwość sformułowania zarzutów odwołania nie może przesadzać o fakcie, że podstawy odrzucenia oferty zostały podane w sposób prawidłowy. Jeżeli Zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, to powinien skonkretyzować, jaka treść oferty (i tu Zamawiający podał, że kosztorys załączony do oferty) nie odpowiada treści SIWZ (Zamawiający w żaden sposób nie dookreślił postanowień SIWZ, z którymi oferta Odwołującego jest niezgodna).

Po drugie, w uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający odwołał się do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 roku w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno - użytkowym (dalej: Rozporządzenie). W treści SIWZ jednak Zamawiający nie odwołał się do tego Rozporządzenia. Zgodnie z § 1.1 Rozporządzenia, określa ono „metody i podstawy sporządzania kosztorysu inwestorskiego stanowiącego podstawę określenia wartości zamówienia na roboty budowlane oraz metody i podstawy obliczania planowanych kosztów prac projektowych i planowanych kosztów robót budowlanych stanowiących podstawę określenia wartości zamówienia, którego przedmiotem jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych”. Zatem Rozporządzenie ma zastosowanie do kosztorysu inwestorskiego, który zgodnie z art. 33 Prawa zamówień publicznych stanowi podstawę do oszacowania wartości zamówienia, a nie do kosztorysu ofertowego, składanego przez wykonawców w Postępowaniu wraz z ofertą. Zamawiający dwukrotnie w SIWZ wskazywał (bardzo ogólnie) jaki kosztorys ma być załączony do oferty – ma to być kosztorys „w formie uproszczonej” bądź kosztorys „w wersji uproszczonej”. Takie sformułowania nie odnoszą się w ogóle do Rozporządzenia. Zamawiający podnosił, że wykonawcy powinni interpretować SIWZ jak profesjonaliści – jednak wcześniej Zamawiający powinien sformułować postanowienia SIWZ jak profesjonalista, i jeżeli jego oczekiwaniem jest, żeby wykonawcy złożyli określony rodzaj kosztorysu, którego metoda sporządzenia została określona w przepisach, to powinien to wyartykułować w treści SIWZ, choćby przez przywołanie tych przepisów.

W związku z powyższym, rację miał Odwołujący, że wobec braku jakichkolwiek postanowień SIWZ, odsyłających do Rozporządzenia, Odwołujący nie miał obowiązku sporządzenia kosztorysu załączonego do oferty w sposób określony w Rozporządzeniu.

Dodatkowo można zauważyć, że ze sposobu, w jaki zostały złożone inne oferty, nie zawsze można wnosić, który sposób można było oprzeć na prawidłowej interpretacji treści SIWZ, tym bardziej, jeżeli w postępowaniu zostały złożone tylko dwie oferty.

Należy podkreślić, że cała argumentacja Zamawiającego, odnosząca się do rozliczania umowy, w szczególności robót niewykonanych, sporządzania obmiarów, braku podania cen jednostkowych itd. (w której Zamawiający de facto dopatruje się nowych, niepodanych wcześniej, podstaw odrzucenia oferty) została sformułowana dopiero w odpowiedzi na odwołanie, a nie została podana w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego. Zarzuty odwołania były skorelowane z podstawami odrzucenia oferty, a z kolei rozstrzygnięcie Izby oparte jest o zarzuty odwołania. W konsekwencji Izba nie mogła się odnosić do argumentacji Zamawiającego, wyrażonej później, niż w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że doszło do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 92 ust. 1 pkt. 3 w zw. z art. 7 ust. 1, w zw. z art. 8 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.972).

Przewodniczący:

.....