

WYROK
z dnia 21 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 maja 2021r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 marca 2021 r. przez Odwołującego - **Spółdzielnia Rzemieśnicza Zdunów Usług Budowlanych i Produkcji Różnej w Poznaniu** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Podanin**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje ponowną ocenę i badanie ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. 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;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 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 – Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe – Nadleśnictwo Podanin prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r., poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Budowę wielofunkcyjnego budynku administracyjno-gospodarczego na szkółce Leśnej”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 31 grudnia 2020r. pod numerem 776454-N-2020.

W dniu 16 marca 2021r. wykonawca – Spółdzielnia Rzemieślnicza Zdunów Usług Budowlanych i Produkcji Różnej w Poznaniu (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - przez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ mimo, iż oferta ta jest ważna i prawidłowa;
2. art. 87 ust. 1 przez niewezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień, jeżeli Zamawiający powziął wątpliwości co do prawidłowości złożonej oferty;
3. art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

W oparciu o tak sformułowane zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z punktem III. 3. 18 SIWZ przyjęto rozliczenie kosztorysowe oraz, że wraz z ofertą, zgodnie z punktem IV. 11 b) SIWZ należało złożyć kosztorys ofertowy wykonany metodą szczegółową. W punkcie XIV SIWZ Zamawiający opisał sposób obliczenia ceny, wskazując, iż cenę oferty należy obliczyć na podstawie przedmiarów robót stanowiących załącznik do SIWZ, cena ofertowa jest sumą wartości elementów rozliczeniowych. Wartość elementu rozliczeniowego należy obliczyć poprzez przemnożenie ilości jednostek obmiaru podanych w przedmiarze robót, przez cenę jednostkową zawierającą wszystkie koszty niezbędne do wykonania jednostki elementu rozliczeniowego. Wykonawca obowiązany był ustalić cenę jednostkową za element rozliczeniowy wymieniony w przedmiarze robót, w oparciu o dokumentację projektową,

str. 2

technologię wykonania. Zgodnie z punktem XIV.4 SIWZ ceny jednostkowe będą cenami scalonymi zawierającymi wszystkie koszty wykonania elementu rozliczeniowego wymienionego w przedmiarze robót. Jednocześnie Zamawiający w punkcie III. 2.19 SIWZ wskazał, iż w razie rozbieżności między kosztorysami ofertowymi a przedmiarami, za prawidłowe należy przyjąć ilości i opisy zawarte w przedmiarach zaś kosztorysy ofertowe muszą być zgodne z podstawą, wyliczeniem, j.m. ilościami zawartymi w przedmiarach. Wykonawca może według własnego uznania dokonać modyfikacji KNR, i zmienić nakłady R,M,S. Jeżeli istnieją rozbieżności między kosztorysami ofertowymi a przedmiarami, za prawidłowe należy przyjąć ilości i opisy zawarte w przedmiarach. Uszczegółowienie zakresu prac zawierały przedmiary robót stanowiące załącznik nr 7 do SIWZ.

W Przedmiarze robót dla branży sanitarnej Zamawiający wskazał w pozycji:

43	KNRW 215/143/1	Analogia: Podgrzewacz elektryczny 2kW	Kpl.	1,00
44	KNRW 215/143/1	Analogia: Podgrzewacz elektryczny 7,5 kW	Kpl.	1,00

Odwołujący podkreślił, że dokumentacja projektowa i inne dokumenty nie stawiały żadnych dodatkowych wymagań technicznych dla podgrzewaczy, nie wymagano dołączenia dokumentów potwierdzających, że oferowane urządzenia spełniają wymagania SIWZ, ani również opisów technicznych czy podania producenta, modelu, numeru urządzenia. Użyte w przedmiarze sformułowanie: „analogia”, czyli KNR z rozszerzeniem — analogią, oznacza, że wykonawca mógł dla tych pozycji dokonać wyceny własnej. Odwołujący wskazał, że użycie przez Zamawiającego KNR — analogia oznacza również, że dla wskazanych pozycji nie istnieją katalogi nakładów rzeczowych, co oznacza, że to wykonawca był zobowiązany do ustalenia ceny elementu rozliczeniowego.

Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, wraz z ofertą przedłożył kosztorys ofertowy dla branży sanitarnej. Na stronie 13 kosztorysu, w pozycji 1.2.17 i 1.2.18 wskazano:

1. Pozycja 1.2.17: podstawa KNR W 2 - 15 01143 — 01 Analogia: podgrzewacz elektryczny 2kW obmiar - 1.000 kpl.
2. Pozycja 1.2.18: podstawa KNR W 2 - 15 01143 — 01 Analogia: podgrzewacz elektryczny 7,5kW obmiar — 1.000 kpl.

Zamawiający uznał jednak, że oferta Odwołującego jest niezgodna z SIWZ, bowiem jego zdaniem Odwołujący nie wycenił urządzeń ujętych w kosztorysie ofertowym tj. elektrycznych przepływowych podgrzewaczy wody 2kW i 7,5 kW.

Odnosząc się do powyższego, Odwołujący wskazał, że podstawą odrzucenia oferty z uwagi na niezgodność z SIWZ może być wyłącznie merytoryczna niezgodność oferty z

opisanymi w SIWZ wymaganiami Zamawiającego, odnoszącymi się do przedmiotu umowy. Tymczasem złożony kosztorys ofertowy zawierał wymagane pozycje elektrycznych podgrzewaczy, na co wskazują zapisy: analogia: podgrzewacz elektryczny odpowiednio 2 kW i 7,5 kW. Nieuzasadnione jest więc twierdzenie Zamawiającego, że oferta nie jest zgodna z SIWZ, ponieważ urządzenia w kosztorysie zostały wprost wskazane. Odwołujący podkreślił, że podał w przedmiarach robót podstawy nakładów w postaci odpowiednich tablic KNR, celem pełniejszego opisu robót, natomiast co istotne to to, że podstawą dokonanej wyceny jest w tym przypadku kalkulacja własna, wynikająca z rachunku ekonomicznego wykonanego w oparciu i specyfikację techniczną wykonania i odbioru robót oraz wymagań SIWZ, na co wskazuje użycie sformułowania „analogia”. Pozycja została opisana i wyceniona jako komplet urządzeń i materiałów niezbędnych do wykonania tego elementu roboty budowlanej. Opisując przez analogię zastosowano więc wycenę własną całego kompletu elektrycznego podgrzewacza wraz z osprzętem. Brak podania ceny przy samym urządzeniu nie oznacza, że nie zostało ono zaoferowane, skoro znajduje się w kosztorysie i zostało dookreślone zgodnie z wymaganiami Zamawiającego przez wskazanie mocy urządzenia. Odwołujący podkreślił, że opisując pozycję przez „analogię” (co oznacza „wycenę własną”) dokonał opisu i wyceny pozycji zgodnie z własnymi założeniami, spełniającymi wymagania Zamawiającego. Zamawiający w punkcie 111.2.19 SIWZ wskazał, iż Wykonawca może według własnego uznania dokonać modyfikacji KNR i zmienić nakłady R, M, S. Nie można więc uznać za nieprawidłowe opisanie pozycji w taki sposób jak dokonał tego Odwołujący.

Odwołujący podkreślił, że podał wszystkie koszty bezpośrednio dla pozycji, koszty z narzutami oraz cenę jednostkową pozycji, więc koszty bezpośrednio zawierają wycenę całego oferowanego kompletu. Jak wyjaśnił, dla niego elementem rozliczeniowym dla pozycji 43 i 44 z przedmiaru jest cały komplet, na który składa się urządzenie i osprzęt, podana cena jest ceną scaloną za pozycję 1.2.17 i 1.2.18.

Odwołujący wskazał, że uzyskał ofertę od firmy RAJBUD B. sp. j. na oba oferowane podgrzewacze wody oraz oświadczenie, że wskazane na fakturze VAT Pro Forma pozycje zawierają podgrzewacze wraz z niezbędnym osprzętem, co w kosztorysie zostało ujęte jako komplet w obu pozycjach. W jego opinii, nieuprawnionym jest stanowisko Zamawiającego, że kwota kosztorysowa zawiera wyłącznie wycenę osprzętu. Podkreślić należy, iż nielogiczne byłoby oferowanie samego osprzętu, bez podgrzewacza. Osprzęt jest zawsze dopasowywany do konkretnego urządzenia i dopiero cały komplet składa się na element rozliczeniowy.

W konsekwencji zdaniem Odwołującego, w przedmiotowej sprawie nie można mówić o niezgodności z SIWZ, bowiem urządzenie wskazano w kosztorysie i nawet Zamawiający w odrzuceniu powołuje się na „brak wyceny” nie zaś na niezaoferowanie urządzenia. Jeżeli

Zamawiający miał wątpliwości co do wyceny, miał prawo skorzystać z ustawowych narzędzi, które pozwalają na rozwianie wątpliwości: wyjaśnień treści oferty, a nawet wyjaśnień rażąco niskiej ceny odnoszących się do części składowej zamówienia. Podkreślić również należy, kwestionowane pozycje wynoszą każda po 522,48 zł, zaś cała oferta 1.254.058,37 zł, co stanowi 0,042% (łącznie 0,084%) ceny oferty.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w żaden sposób nie udowodnił niezgodności złożonej oferty z treścią SIWZ. Żaden z zapisów SIWZ nie zakazywał rozbijania ceny na różne pozycje ani również nie zakazywał ujęcia ceny danej pozycji w innej pozycji kosztorysu. Zamawiający odrzucając ofertę powołał się jedynie na brak wyceny, co jest daleko idącym domniemaniem. Przygotowane przez Odwołującego kosztorysy są zgodne z SIWZ, oferta jest prawidłowa i nie zawiera błędów w obliczeniu ceny. Zarzut Zamawiającego jest bezzasadny i nie znajduje oparcia z zaistniałym stanie faktycznym.

Podkreślił, że jeżeli Zamawiający powziął wątpliwości co do prawidłowości jego oferty mógł zwrócić się o ich wyjaśnienie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Podkreślił, że w treści SIWZ (np. rozdział III ust. 18, strona 9) wskazał, że przewiduje kosztorysowy sposób rozliczenia. Natomiast zgodnie z postanowieniem § 7 ust. 2 wzoru umowy „należne Wykonawcy wynagrodzenie zostanie obliczone zgodnie z ilością rzeczywiście wykonanych robót według cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym”. Podstawę ustalenia wynagrodzenia będzie stanowił zatem złożony przez kosztorys ofertowy. Dołączony do oferty kosztorys będzie stanowił podstawę do rozliczenia rzeczywistej ilości wykonanych robót na podstawie obmiaru wykonanych ilości robót i tym samym rzeczywistego wynagrodzenia należnego wykonawcy. Zamawiający zauważył, że w postanowieniu rozdziału XIV ust. 1 SIWZ zostało wskazane, że „Cenę oferty należy obliczyć na podstawie przedmiarów robót stanowiących załącznik do SIWZ. Cena ofertowa jest sumą wartości elementów rozliczeniowych. Wartość elementu rozliczeniowego należy obliczyć poprzez przemnożenie ilości jednostek obmiaru podanych w przedmiarze robót, przez cenę jednostkową zawierającą wszystkie koszty niezbędne do wykonania jednostki elementu rozliczeniowego. Dlatego też, zdaniem Zamawiającego powyższe oznacza, że wykonawca chcący złożyć ofertę w takim postępowaniu winien dochować szczególnej ostrożności przy sporządzaniu dokumentów stanowiących treść oferty. Ponadto Zamawiający stwierdził, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, to właśnie kosztorysy składane wraz z ofertą stanowią o zawartości merytorycznej oferty, a przez to właśnie one podlegają ocenie zgodności z SIWZ. Jak wskazał Zamawiający „kosztorys bez wątpienia stanowi "merytoryczną" część oferty, zresztą o dużym znaczeniu dla określenia przedmiotu i zakresu oferowanego świadczenia oraz jego ceny czy kosztu poszczególnych elementów - i przypadku jego braku, błędów lub

str. 5

wad nie może podlegać uzupełnieniu czy to w całości, czy o informacje w nim nie zawarte. Tym samym zaistniały warunki zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zamawiający podkreślił, że nie sposób uznać, że w którymkolwiek innym miejscu złożonego kosztorysu znajduje się wycena podgrzewacza elektrycznego oraz, że załączniki do odwołania, które przedłożył Odwołujący zostały sporządzone już po odrzuceniu oferty Odwołującego i unieważnieniu postępowania, w związku z czym nie mogą mieć znaczenia dla sprawy bowiem Odwołujący mógł otrzymać oświadczenie innego podmiotu w zakresie zaoferowania określonego rozwiązania — wyłącznie na potrzeby złożenia odwołania.

Zamawiający wyjaśnił także, że nie jest on zobligowany, ani nawet uprawniony, do samodzielnego ustalania, zwłaszcza na podstawie informacji niezawartych w ofercie, co konkretnie Odwołujący oferuje. Zamawiający nie może bowiem zastępować Odwołującego w przygotowaniu oferty i złożeniu oświadczenia woli co do tego, co jest jej przedmiotem. Samodzielne ustalanie przez Zamawiającego przedmiotu oferty stanowiłoby niedozwoloną ingerencję w treść oferty i mogłoby w określonych przypadkach prowadzić do przyjęcia założeń korzystnych lub niekorzystnych dla danego wykonawcy, a co za tym idzie — do naruszenia zasady, o której mowa w art. 7 ust. 1 Pzp.

W konsekwencji, zdaniem Zamawiającego w niniejszym postępowaniu doszło do konieczności odrzucenia oferty Odwołującego się z uwagi na to, że element kosztorysu nie został zaoferowany, a przez to nie może dojść do zaoferowania realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi przez Zamawiającego.

Ponadto, według Zamawiającego nie było możliwe wezwanie Odwołującego do wyjaśnień złożonej oferty w zakresie braku (braku zaoferowania) określonego elementu z kosztorysu. Brak ten powoduje, że oferta Odwołującego w warstwie merytorycznej nie odpowiada SIWZ, ponieważ treścią oferty nie objęto całego zakresu przedmiotowego przyszłego zobowiązania, nie wyceniając jednego z istotnych jego elementów, płaconego w formie wynagrodzenia kosztorysowego. Brak podania wartości ceny jednostkowej powoduje, że niemożliwe jest ustalenie wynagrodzenia za wykonanie elementu umowy w toku jej realizacji. Jest to istotna nieścisłość treści oferty Odwołującego, której Zamawiający nie mógł samodzielnie poprawić, brak bowiem możliwości samodzielnego wyliczenia tej wartości na podstawie innych danych wynikających z kosztorysu ofertowego. Nie mógł także zwrócić się do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, bowiem taka treść nie istnieje. Wyjaśniać można elementy oferty istniejące w momencie składania oświadczenia woli w postaci oferty przez Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Mając na uwadze treść 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 oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, Izba do postępowania odwoławczego w przedmiotowej sprawie zastosowała przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm., dalej jako „ustawa nPzp”). Do rozpoznania odwołania zastosowanie natomiast znajdowały przepisy Pzp obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, odpowiedzi na odwołanie dowodów przedłożonych przez Odwołującego oraz z treści informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy nie jest sporny i został przedstawiony w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie adekwatnie do treści przywołanych powyżej dokumentów.

Izba zważyła:

Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako uzasadnienie tej czynności podał, że: „powodem odrzucenia oferty jest niezgodność z SIWZ. W poz. 1.2.17 i 1.2.18 nie wyceniono urządzeń ujętych w kosztorysie ofertowym tj. elektrycznych przepływowych podgrzewaczy wody 2 kW i 7,5 kW.”.

Izba analizując treść oferty Odwołującego w tym przede wszystkim złożony przez niego kosztorys ofertowy stwierdziła, że powyższe stanowisko Zamawiającego jest błędne, a dokonując odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Na wstępie przytoczyć należy postanowienie Rozdziału XIV SIWZ „Opis sposobu obliczenia ceny”, w którym Zamawiający w punkcie 4 ustalił, że ceny jednostkowe będą cenami scalonymi zawierającymi wszystkie koszty wykonania elementu rozliczeniowego wymienionego w przedmiarze robót. Ponadto Zamawiający w Rozdziale III pkt 2.19 SIWZ

str. 7

wskazał, że (...) Wykonawca może według własnego uznania dokonać modyfikacji KNR, i zmienić nakłady R,M,S. Jeżeli istnieją rozbieżności między kosztorysami ofertowymi a przedmiarami, za prawidłowe należy przyjąć ilości i opisy zawarte w przedmiarach.

Izba ustaliła także, że w Odwołujący w kosztorysie ofertowym (sanitarka) wycenił w punkcie 1.2.17 Analogia: Podgrzewacz elektryczny 2 kW - obmiar 1 komplet, natomiast w punkcie 1.2.18 Analogia: Podgrzewacz elektryczny 7,5 kW - obmiar 1 komplet. Odwołujący wskazał na koszty robocizny, materiałów i środka transportowego, a obie te pozycje zostały przez niego wycenione na kwotę 522.48 zł każda.

Uwzględniając więc przytoczone powyżej postanowienia SIWZ oraz informacje zawarte w kosztorysie ofertowym Odwołującego, Izba stwierdziła, że wbrew stanowisku Zamawiającego Odwołujący w kosztorysie wycenił zarówno pozycję dotyczącą podgrzewacza elektrycznego 2 kW (1.2.17) jak i podgrzewacza elektrycznego o mocy 7,5 kW (1.2.18). Z uwagi natomiast na fakt, że Zamawiający pozostawił wykonawcą swobodę w wycenie tych pozycji, sposób rozbicia cenowego nie może stanowić, że brak podania ceny przy tych urządzeniach powoduje brak wyceny pozycji nr 43 i 44 przedmiaru. Podkreślić należy, że Izba za prawidłowe i uzasadnione uznała stanowisko Odwołującego sprowadzające się do tego, że w związku z faktem, że Zamawiający w pozycjach tych dopuścił możliwość kalkulacji własnej Odwołujący pozycje te wycenił jako 1 komplet urządzeń i materiałów na który składała się zarówno cena urządzenia jak i jego osprzęt.

Ponadto podkreślić należy, że nie może stanowić o niezgodności z SIWZ brak podania ceny przy urządzeniu skoro Zamawiający powyższego w SIWZ nie wymagał, wymagał bowiem wyceny elementu rozliczeniowego, czyli jednego kompletu. Podana przez Odwołującego cena była zgodnie z wymogiem wynikającym z Rozdziału XIV pkt 4 SIWZ ceną scaloną za pozycję numer 43 i 44 z przedmiaru co spełniało zadość wymogowi SIWZ.

W konsekwencji, skoro w kosztorysie została podana cena scalona elementu 43 i 44 przedmiaru, to nie sposób uznać, że kosztorys zawierał braki powodujące, że oferta jest niezgodna z SIWZ.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp z 2019 r. w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....