

Warszawa, dnia 19 grudnia 2022 r.

Prezes**Krajowej Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17a, 02-76 Warszawa

Odwołujący:**Globalterm Sp. z o. o.**

ul. Magazynowa 13b/74, 02-652 Warszawa

Numer KRS: 0000857726

reprezentowana przez:

r.pr. Dariusza Ziemińskiego, r.pr. Mateusza Pajaka

Kancelaria Radcy Prawnego Dariusz Ziemiński & Partnerzy

e-mail: dzieminski@kzp.net.pl oraz mpajak@kzp.net.pl**Zamawiający:****Powiat Starachowicki**

ul. dr Władysława Borkowskiego 4, 27-200 Starachowice

NIP 664-19-34-337; REGON 291009395

email: starostwo@powiat.starachowice.pl

Adres strony internetowej prowadzonego postępowania:

<https://e-propublico.pl/Ogloszenia/DokumentyZamowienia?przetargId=651ff69e-4995-47b2-8b53-9d57ab7ddb8b>**ODWOŁANIE**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie podstawowym pn.:

Wykonanie prac projektowych oraz robót budowlanych w ramach realizacji projektu pn.**"Poprawa efektywności energetycznej budynków użyteczności publicznej w Powiecie Starachowickim"** – numer referencyjny: **ZP.272.11.2022** (dalej: „**Postępowanie**”).

- I. Na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2022.1710 t.j. z dnia 2022.08.16 ze zm.; dalej: „**ustawa Pzp**”), w imieniu wykonawcy **Globalterm Sp. z o.o.** (dalej: „**Odwołujący**”), ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności **Powiatu Starachowickiego** (dalej: „**Zamawiający**”), podjętych w Postępowaniu

oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp, tj. od:

- a) czynności unieważnienia postępowania,
- b) czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- c) zaniechania przeprowadzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- d) ewentualnie – zaniechania poprawienia omyłek w ofercie Odwołującego,
- e) zaniechania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

- II. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia z dnia 2022-10-21 pod numerem 2022/BZP 00404504/01.
- III. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w Postępowaniu o wartości zamówienia nieprzekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.
- IV. O okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął wiadomość w dniu 13.12.2022 r., w którym otrzymał zawiadomienie o unieważnieniu postępowania oraz odrzuceniu oferty Odwołującego. Niniejsze odwołanie jest wnoszone w dniu 19.12.2022 r., w związku z czym uznać należy, że odwołanie wniesiono w terminie, a Odwołujący uczynił zadość wymaganiom art. 515 ust. 1 pkt 2) lit. a ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisu art. 509 ust. 2 ustawy Pzp.
- V. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu dopuszczenie się naruszenia przepisów prawa wskazanych bezpośrednio poniżej oraz w uzasadnieniu odwołania:
 - 1. **art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp** w związku z naruszeniem **art. 255 pkt 3 ustawy Pzp** w związku z naruszeniem **art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp** poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania, w sytuacji bezpodstawnego odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego jako sprzecznej z warunkami zamówienia, a także poprzez brak uwzględnienia zasady proporcjonalności przy ocenie oferty Odwołującego, co doprowadziło do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
 - ewentualnie, naruszenie **art. 223 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie poprawy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty Odwołującego z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, oraz zaniechanie poprawy w ofercie Odwołującego omyłki rachunkowej, co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego.

VI. Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym ewentualnie dokonania poprawienia omyłek (innej oraz rachunkowej) w ofercie Odwołującego,
4. dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

VII. Odwołujący wskazuje na podstawie art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, która nie podlega odrzuceniu, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia z Postępowania.

Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania, gdyż w wyniku zarzucanych działań i zaniechań Zamawiającego interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia może ponieść i poniósł szkodę. Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może ponieść szkodę, bowiem gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp to zaniechałby odrzucenia oferty Odwołującego, dokonałby wyboru oferty Odwołującego, co skutkowałoby uzyskaniem przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego.

Wadliwa czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie zamówienia. Uwzględnienie odwołania prowadzić będzie do przywrócenia oferty Odwołującego do postępowania, a w konsekwencji uzyskania zamówienia przez Odwołującego, bowiem oferta Odwołującego mieści się w budżecie Zamawiającego przewidzianym na realizację zamówienia. Unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego będzie automatycznie skutkować unieważnieniem czynności unieważnienia postępowania.

Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący może utracić szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje nadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań

Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpłynęło na wynik postępowania.

VIII. Odwołujący oświadcza, iż w dniu 19.12.2022 r. przekazał Zamawiającemu kopię niniejszego odwołania, spełniając tym samym wymóg określony w przepisie art. 516 ust. 2 pkt. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp niniejsze odwołanie, jako wniesione w formie elektronicznej, zostało przekazane Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

UZASADNIENIE

Oдноśnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 255 pkt 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania, w sytuacji bezpodstawnego odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego jako sprzecznej z warunkami zamówienia, a także poprzez brak uwzględnienia zasady proporcjonalności przy ocenie oferty Odwołującego, co doprowadziło do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz ewentualnego zarzutu naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawy innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, oraz zaniechanie poprawy omyłki rachunkowej, co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego, stwierdzić należy, co następuje.

1. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie prac projektowych oraz robót budowlanych w ramach projektu pn. „Poprawa efektywności energetycznej budynków użyteczności publicznej w Powiecie Starachowickim”. Odwołujący w formularzu ofertowym zaoferował cenę łączną za wykonanie przedmiotu zamówienia w wysokości 6 868 039,18 zł brutto, w tym :

- cenę za opracowanie dokumentacji projektowej w wysokości 206 000,00 zł brutto, oraz
- cenę za wykonanie robót budowlanych za wynagrodzenie ryczałtowe wynoszące 6 662 039,18 z brutto.

2. Zamawiający w formularzu oferty zawarł następujące zastrzeżenie:

*Koszt dokumentacji projektowej nie może stanowić więcej jak 3% wartości robót budowlanych.

3. Należy wskazać, iż w przypadku oferty Odwołującego:
- 3% liczone od ceny łącznej daje kwotę 206 041,18 zł;
 - 3% liczone od ceny za wykonanie robót budowlanych daje kwotę 199 861,17 zł.
4. Zamawiający odrzucił aż pięć z dziesięciu złożonych ofert, w tym ofertę Odwołującego, przedstawiając następujące uzasadnienie:

Uzasadnienie prawne: art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp;

Uzasadnienie faktyczne:

Zamawiający w dokumentach prowadzonego postępowania określił szczegółowe wymagania w zakresie zaoferowanej ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia. Zamawiający w formularzu oferty oraz projektowanych postanowieniach umowy wymagał podania wyceny na cenę łącznie oraz za wykonanie dokumentacji projektowej poz. 2.1 pkt 1 oraz poz. 2.1 pkt 2 roboty budowlane (pozycje z formularza oferty) z podziałem iż pozycja 2.1 pkt 1 – dokumentacja projektowa nie może stanowić więcej jak 3% wartości robót budowlanych.

W złożonej ofercie Wykonawca przekroczył wymagany poziom 3% tym samym nie spełniając określonych wymagań stawianych przez Zamawiającego.

5. W ocenie Odwołującego czynność odrzucenia jego oferty nie jest zasadna. W szczególności Zamawiający przy ocenie oferty nie uwzględnił zasady proporcjonalności oraz nie wziął pod uwagę wszystkich okoliczności sprawy. Sposób wyliczenia maksymalnej wartości prac projektowych nie był jasny i oczywisty, skoro aż pięciu wykonawców zastosowało wyliczenie odnoszące się do całości oferty. Ponadto, w przypadku oferty Odwołującego różnica między dopuszczalnym limitem (według Zamawiającego), a limitem obliczonym przez Odwołującego wyniosła jedynie **6 180,01 zł**, co przy cenie ofertowej na poziomie blisko siedmiu milionów złotych nie ma żadnego znaczenia. Warto także zaznaczyć, iż wskazywane w uzasadnieniu uchybienia, co istotne – mające jedynie **charakter formalny**, nie mają żadnego znaczenia dla zakresu oferowanego świadczenia, tj. nie mają żadnego merytorycznego znaczenia dla przedmiotu oferty i sposobu wykonania zamówienia.

6. Zamawiający zastosował przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, przechodząc do porządku dziennego nad tym, że zgodnie z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia postępowania **w sposób proporcjonalny**. Tymczasem w przedstawionych powyżej okolicznościach odrzucenie oferty jest niezgodne z tą zasadą, przez której pryzmat należy oceniać każdą czynność podejmowaną przez instytucję zamawiającą. W sytuacji, gdy łączna wartość oferty jest znacznie niższa niż budżet Zamawiającego, a wykonawca określił cenę za prace projektowe przy uwzględnieniu wyliczenia opartego o wartość całej oferty, a nie o wartość robót budowlanych, co nie doprowadziło do wystąpienia żadnej istotnej różnicy, czyni odrzucenie oferty przejawem wręcz skrajnego formalizmu Zamawiającego. Zaoferowana cena za prace projektowe jest wyższa od limitu wskazanego przez Zamawiającego jedynie o 6 180,01 zł, co stanowi zaledwie **0,08 % ceny oferty Odwołującego**. Zauważyć należy, że w treści SWZ oraz Projektu umowy Zamawiający wielokrotnie podkreśla, iż cena łączna za wykonanie całego

przedmiotu zamówienia ma charakter ryczałtowy.

Warto także podkreślić, iż przeprowadzenie ponownie postępowania wygeneruje znacznie wyższe koszty po stronie Zamawiającego niż wskazana powyżej różnica.

Podsumowując, działanie Zamawiającego stanowi przejaw skrajnego formalizmu, przed którym chroni zasada proporcjonalności jako jedna z nadrzędnych w stosunku do dalszych szczegółowych uregulowań ustawy Pzp (w tym art. 226 ust. 1 pkt 5 tej ustawy).

7. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, wszelkie niejasności oraz niespójności w formułowaniu zasad przeprowadzenia postępowania należy rozpatrywać na korzyść wykonawców. Przygotowany przez Zamawiającego wzór formularza oferty mógł wprowadzić wykonawców w błąd. Aż pięciu wykonawców dokonało wyliczeń w ten sam sposób co Odwołujący. W tym kontekście warto zwrócić uwagę na kolejność określania cen w formularzu tj. najpierw cena łączna, następnie cena za prace projektowe (wraz z zastrzeżeniem dotyczącym zasad wyliczenia), a dopiero na końcu cena za roboty budowlane. Kierując się interpretacją Zamawiającego przedstawioną w uzasadnieniu odrzucenia oferty, wypełnianie formularza ofertowego należało zacząć od końca, tj. ostatnią pozycję w formularzu przyjąć jako podstawę do wyliczeń wszystkich cen ją poprzedzających, nie zaś odwrotnie. Takie rozwiązanie z całą pewnością nie jest jasne ani proste do zastosowania. Skoro pouczenie zostało umieszczone pod ceną łączną oraz ceną za prace projektowe, ale przed ceną za roboty budowlane, to mogło to spowodować błędy u wykonawców, co zresztą rzeczywiście miało miejsce.

Ponadto, w decyzji o odrzuceniu oferty Zamawiający odwołuje się do postanowień Projektu umowy (bez wskazywania konkretnych postanowień), podczas gdy żadne z postanowień Projektu umowy nie dotyczy limitu wartości prac projektowych.

Trzeba też zauważyć, że w zastrzeżeniu zamieszczonym w formularzu oferty Zamawiający odwołał się do wartości robót budowlanych, a nie do ceny za wykonanie robót budowlanych. Zamawiający użył zatem różnych pojęć, pojęcia wartości robót budowlanych w żaden sposób nie zdefiniował i dopiero w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wskazał, że przez wartość robót budowlanych należało rozumieć cenę za wykonanie robót budowlanych. Powyższe nie wynikało natomiast z treści SWZ. Ponadto, jak wynika z art. 34 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w przypadku zamówień na roboty budowlane typu „zaprojektuj i wybuduj” (czyli tak jak w niniejszym postępowaniu), wartość zamówienia to suma planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych. Wreszcie zgodnie z art. 7 pkt 21 ustawy Pzp przez roboty budowlane należy rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych, zatem wskazaną przez Zamawiającego wartość robót budowlanych jak najbardziej można było uznać za wartość całego zamówienia, obejmującą łącznie cenę za prace projektowe i cenę za wykonanie robót budowlanych.

Poprawa innej omyłki, a w konsekwencji omyłki rachunkowej

8. Z ostrożności Odwołujący podnosi także zarzut ewentualny, tj. zaniechanie poprawienia innej omyłki w treści oferty a w konsekwencji zaniechanie poprawienia omyłek rachunkowych. O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, a w konsekwencji złożenia oferty zgodnej z SIWZ {tak m.in. wyroki Izby z: 3 kwietnia 2012 r. (sygn. akt KIO 556/12), 9 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2343/12, KIO 2346/12), 22 listopada 2012 r. (sygn. akt: KIO 2396/12, KIO 2416/13), 10 czerwca 2013 r. (sygn. akt KIO 1266/13)}, o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami.

9. Odwołujący w formularzu oferty wskazał cenę za wykonanie robót budowlanych, która (według Zamawiającego) stanowi podstawę do obliczenia maksymalnego limitu ceny za prace projektowe. Wskazana przez Odwołującego cena za prace projektowe przekracza w sposób nieznaczny dopuszczalny limit. Poprawa oferty przez obniżenie jej ceny za prace projektowe z 206 000,00 zł brutto do 199 861,17 zł nie będzie stanowił istotnej zmiany w treści oferty, a doprowadzi do pełnej (formalnej) zgodności oferty Odwołującego z dokumentami zamówienia. Poprawa ceny za prace projektowe powinna w konsekwencji skutkować także obniżeniem ceny łącznej o 6 180,01 zł. Działanie Zamawiającego nie naruszy ani zasady uczciwej konkurencji, ani nie będzie przejawem nierównego traktowania wykonawców, bowiem Zamawiający może dokonać analogicznej poprawy w ofertach wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej sytuacji, co Odwołujący. Poprawa nie doprowadzi do istotnej zmiany oferty, bowiem dotyczy marginalnej wartości (obniżenie ceny z kwoty 6 868 039,18 zł do kwoty 6 861 859,17 zł), a także nie ma żadnego przełożenia na klasyfikację ofert lub uzyskane punkty w tej klasyfikacji.

Bezpodstawne unieważnienie postępowania

10. Zarzut dotyczący unieważnienia postępowania jest konsekwencją zarzutów podniesionych i opisanych powyżej. Zgodnie z art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 253 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji warunków zamówienia oraz zawiadania o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone. Ponieważ jak to zostało wykazane powyżej, oferta Odwołującego nie powinna zostać odrzucona z postępowania, Zamawiający winien unieważnić czynność unieważnienia postępowania, a następnie powtórzyć czynność badania i oceny ofert, a finalnie dokonać wyboru oferty Odwołującego, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert przyjętych przez Zamawiającego, i jest jednocześnie ofertą niepodlegającą odrzuceniu. Odwołujący złożył ofertę na kwotę znacznie niższą niż zakładany budżet. Tym samym, czynność unieważnienia postępowania jest wadliwa.

11. Odnosząc się do wyrażonych w art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp zasad prowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty, wskazać należy, że w niniejszym postępowaniu zasady te doznały poważnego ograniczenia. Jak wynika z zarzutów sformułowanych w niniejszym odwołaniu, Zamawiający bezpodstawnie dokonał odrzucenia oferty Odwołującego. Taki sposób rozstrzygnięcia postępowania stanowi rażące naruszenie przepisów art. 16 pkt 1 - 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze zarzuty i żądania oraz argumentację przedstawioną w niniejszym odwołaniu, Odwołujący wskazuje, że odwołanie jest zasadne i zasługuje na uwzględnienie.

Z poważaniem,

r.pr. Dariusz Ziemiński

Załączniki:

- 1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości,
- 2) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu,
- 3) wydruk z KRS,
- 4) pełnomocnictwo z opłatą skarbową.