

WYROK
z dnia 9 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 czerwca 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **20 kwietnia 2020 r.** przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] W. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu, ul. Bukowska 177, 60-196 Poznań [pełnomocnik]** i **[2] Healthcare Building Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Bukowska 177, 60-196 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Olsztynie, ul. Warszawska 30, 10-082 Olsztyn**

przy udziale wykonawcy **ADAMIETZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich, ul. Braci Prankel 1, 47-100 Strzelce Opolskie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] W. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu, ul. Bukowska 177, 60-196 Poznań [pełnomocnik]** i **[2] Healthcare Building Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Bukowska 177, 60-196 Poznań**

i:

- 2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] W. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu, ul. Bukowska 177, 60-196 Poznań [pełnomocnik]** i **[2] Healthcare Building Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Bukowska 177, 60-196 Poznań** tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2) zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] W. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu, ul. Bukowska 177, 60-196 Poznań [pełnomocnik]** i **[2] Healthcare Building Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Bukowska 177, 60-196 Poznań** na rzecz zamawiającego **Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Olsztynie, ul. Warszawska 30, 10-082 Olsztyn** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Uniwersytecki Szpital Kliniczny w Olsztynie, ul. Warszawska 30, 10-082 Olsztyn wszczął postępowanie na roboty budowlane w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Rozbudowa Nowego Budynku Szpitala A o skrzydło północne wraz z nadbudową i przebudową Budynku Kotłowni nr 31 na terenie Uniwersyteckiego Szpitala Klinicznego w Olsztynie przy ulicy Warszawskiej 30 – etap III«.

14.01.2020 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nrem 2020/S 009 015356.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

9.04.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy ADAMIETZ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich, ul. Braci Prankel 1, 47-100 Strzelce Opolskie (dalej wykonawca A lub przystępujący).

20.04.2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego [1] W. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu, ul. Bukowska 177, 60-196 Poznań [pełnomocnik] i [2] Healthcare Building Solutions Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, ul. Bukowska 177, 60-196 Poznań zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wnieśli do Prezesa KIO odwołanie.

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp
- 3) art. 26 ust. 3 Pzp
- 4) art. 7 ust. 1 Pzp

– przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A wobec tego, że:

- (a) treść oferty wykonawcy A nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ),
- (b) oferta wykonawcy A zawiera błędy w obliczeniu ceny i kosztu,

(c) co jednocześnie świadczy o przeprowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

bądź – z ostrożności –

(d) przez zaniechanie wezwania wykonawcy A do uzupełnienia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę A;
- 2) odrzucenie oferty wykonawcy A na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 Pzp
- 3) uznania oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej alternatywnie (z ostrożności)
- 4) dokonanie czynności ponownego badania, oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy A do uzupełnienia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, a następnie dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Argumentacja odwołującego

1. Informacje ogólne

Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przez publikację ogłoszenia o zamówieniu 14.01.2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nrem 2020/S 009 015356. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

2. Zarzuty oraz okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania

2.1.

Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty 9.04.2020 r. Za najkorzystniejszą została uznana oferta złożona przez wykonawcę A. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu.

Zgodnie z rozdz. XI ust. 2 SIWZ – treść oferty musi odpowiadać treści SIWZ, zaś na ofertę składają się m.in. kosztorysy ofertowe sporządzone na podstawie OPZ stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ (rozdz. XI ust. 3). Powyższe potwierdza postanowienie § 1 ust. 13 wzoru umowy (załącznika nr 10 do SIWZ), zgodnie z którym kosztorysem ofertowym jest kosztorys sporządzony przez wykonawcę w szczególności na podstawie dostarczonej przez zamawiającego dokumentacji projektowej, wycenionego przez wykonawcę w formie iloczynu ilości przedmiarowej i kosztu jednostkowego, stanowiący integralny element oferty wykonawcy.

Opisując sposób obliczenia ceny zamawiający w rozdz. XIII ust. 4 SIWZ podał, że cena oferty w formularzu ofertowym musi być zgodna z kosztorysami ofertowymi sporządzonymi przez wykonawcę, zaś wykonawca przed sporządzeniem kosztorysu ofertowego powinien dokładnie zapoznać się z terenem budowy, wymaganiami SIWZ, dokumentacji projektowej oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych tak, aby cena ofertowa obejmowała cały przedmiot zamówienia (rozdz. XIII ust. 10 SIWZ) oraz w planowanym zestawieniu kosztów wykonawca powinien przeprowadzić i wycenić wszystkie koszty objęte nie tylko OPZ, dokumentacją projektową, przedmiarami robót oraz specyfikacjami technicznymi, ale również koszty niezbędne do realizacji umowy (rozdz. XIII ust. 11 SIWZ).

W formularzu ofertowym zaprojektowanym przez zamawiającego, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, wśród wymaganych oświadczeń wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia znajduje się oświadczenie o tym, że podana cena za realizację przedmiotu zamówienia została ustalona na podstawie załączonych do oferty kosztorysów ofertowych.

W stanowiącym załącznik nr 10 do SIWZ wzorze umowy podano, że kosztorys ofertowy wykonawcy (poza tym, że stanowi obligatoryjny element oferty, z którego ma wynikać cena oferty) i zawarte w nim wskaźniki cenotwórcze będą wykorzystywane do wyceny dodatkowych robót budowlanych (§ 11 ust. 2 pkt 1 lit. c wzoru umowy) oraz do obliczenia wynagrodzenia w przypadku konieczności zmiany sposobu przeprowadzenia robót lub wprowadzenia robót zamiennych (§ 11 ust. 2 pkt 1 lit. d wzoru umowy).

W trakcie postępowania w ramach wyjaśnienia treści SIWZ zamawiający podał (odpowiadając na pytanie nr 5 z zestawu II) w dokumencie zatytułowanym „Pytania i odpowiedzi IV1” z 7.02.2020 r., że wyposażenie należy wycenić zgodnie z załącznikiem nr 1A – Technologia – po modyfikacji. W przedmiotowym załączniku zamawiający podał, że wycenie podlega również blat laminowany, na szafkach (2 szt. – str. 21), blat laminowany – na szafkach (1 szt. – str. 30) oraz belownica jednokomorowa np. BalePress 3 CD (1 komplet – str. 90).

Dowód:

- 1) ogłoszenie o zamówieniu z 14.01.2020 r.;
- 2) informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty z 9.04.2020 r.;
- 3) SIWZ wraz z załącznikami;
- 4) wyjaśnienia treści SIWZ.

Wykonawca A składając ofertę na wykonanie zadania inwestycyjnego złożył m.in. kosztorysy ofertowe, w których jednak nie ujęto (oraz nie wyceniono) ww. blatu laminowanego na szafkach (łącznie 3 sztuki) oraz belownicy jednokomorowej.

Zamawiający nie zwrócił na to uwagi, a w każdym razie nie dał temu żadnego wyrazu.

Jednocześnie w złożonych przez wykonawcę A kosztorysach ofertowych takie same materiały budowlane wyceniono w różnej wartości. Na powyższe zamawiający zwrócił uwagę wzywając wykonawcę A do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Odpowiadając wykonawca A wskazał, że ceny jednostkowe tak samo określonych materiałów różnią się z uwagi na to, że dotyczą różnych pozycji kosztorysowych, dotyczą różnych partii materiałów (producent, dostawca), czy wreszcie są to różne rodzaje materiałów budowlanych. W przypadku „grzejników stalowych 20v/900 1=920”, jako wyjaśnienie różnicy w cenie jednostkowej podano, że „do jednej pozycji przyjęto cenę grzejnika ze składu magazynowego dystrybutora do drugiej cenę od producenta (po podwyżce)”.

Z oferty wykonawcy A wynika, że wykonawca A w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu zamierza polegać na zdolnościach podmiotu Instal Technika Medyczna Sp. z o.o. w Rzeszowie, co ma przyjąć formę podwykonawstwa. Wobec tego zamawiający wezwał na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp wykonawcę A, m.in. do złożenia określonych dokumentów celem potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu oraz zaznaczył, że informacje dla wykonawców polegających na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Pzp w tym zakresie określono w rozdz. VII ust. 14 SIWZ. W wykonaniu ww. wezwania nie przedstawiono dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia ww. podmiotu z udziału w postępowaniu. Do przedstawienia takich dokumentów zamawiający nie wezwał również na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Dowód:

- 1) oferta wykonawcy A;
- 2) wezwanie z 12.03.2020 r. na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp;
- 3) odpowiedź wykonawcy A na ww. wezwanie z 17.03.2020 r.;
- 4) wezwanie z 11.03.2020 r. na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp;
- 5) odpowiedź wykonawcy A na ww. wezwanie z 20.03.2020 r. z załącznikami;
- 6) wezwanie z 24.03.2020 r. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp;
- 7) odpowiedź wykonawcy A na ww. wezwanie z 27.03.2020 r. z załącznikami.

2.2.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, (tj. nieodpowiadania treść oferty wykonawcy A) do treści SIWZ odwołujący wskazuje, że „treść oferty” to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy dotyczące przedmiotu oraz zakresu lub wielkości zamówienia, składane wraz z formularzem ofertowym.

Oferta złożona przez wykonawcę A – przez to, że nie obejmuje wyceny ww. trzech pozycji, pomimo tego, że zamawiający obowiązek takiej wyceny przewidział – nie odpowiada oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w SIWZ, a tym samym nie odpowiada treści SIWZ. Wskutek tego cena oferty wykonawcy A – nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia, ponieważ nie są zawarte w niej właśnie te, pominięte pozycje.

Nie można przy tym zasadnie twierdzić, że zamawiający jest uprawniony do poprawienia omyłki wykonawcy A w tym zakresie. Za omyłki nienadające się do poprawienia w trybie art. 87 ust. 3 pkt 3 Pzp uznawane są m.in. właśnie brak pozycji kosztorysowej, brak podania ceny jednostkowej, zaoferowanie czy taka zmiana opisu, która dla ustalenia omyłki wymaga złożenia nowego oświadczenia woli składającego ofertę.

Oferta wykonawcy A powinna ulec odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp również z tego powodu, że w odniesieniu do niektórych pozycji kosztorysów ofertowych nie przedstawiono w niej jednoznacznego oświadczenia co do wysokości stawek składników cenotwórczych. Powyższe zwłaszcza dotyczy kosztorysu ofertowego w branży sanitarnej w pozycjach wskazanych w sporządzonym przez zamawiającego wezwaniu do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, w szczególności w pozycjach 115, 116, 117; 128 i 129; 130, 131 i 132; 140, 141; 157, 158 i 159; 163 i 164; 236-282 dla tych samych uchwytów; 299-300; 400-403; 554-555.

Kompletnie niezrozumiałe i niezmiennające powyższego są przy tym wyjaśnienia wykonawcy A w tym zakresie. Nie powinno mieć bowiem żadnego znaczenia dla wysokości przyjętej ceny jednostkowej danego materiału to, że jest wielokrotnie ujęty w danym kosztorysie czy to, że będzie dostarczany w różnych partiach. W wyjaśnieniach wykonawcy A nie przedstawiono również, na czym ma polegać różnica między tymi materiałami (co uzasadniać ma ich różną cenę jednostkową) skoro materiały te określone są w kosztorysie ofertowym identycznie. Powyższe skutkuje tym, że cena jednostkowa za te materiały określona jest wieloznacznie, ale także tym, że w ocenie odwołującego stanowi to przyznanie zaoferowania faktycznie różnych materiałów, a jedynie opracowania wyjaśnienia przygotowanego specjalnie na potrzeby skierowanego do konkurenta wezwania.

Tymczasem oczekiwaniem zamawiającego było uzyskanie od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia jednoznacznego oświadczenia o wysokości stawek składników cenotwórczych w postaci m.in. cen jednostkowych materiałów, które to stawki mają pozostać stałe i nie podlegać zmianom przez cały okres realizacji przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Uzyskanie informacji o tych stawkach miało na celu uzyskanie wiedzy przez zamawiającego, za jakie stałe i niezmiennicze stawki możliwe będzie wykonanie ewentualnych dodatkowych lub zamiennych robót budowlanych. Wynika to jednoznacznie z treści wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego, co już opisano powyżej. Tymczasem oferta wykonawcy A w tym zakresie nie pozwala na jednoznaczne przypisanie

określonej ceny jednostkowej za określone materiały dotyczące branży sanitarnej, a tym samym na określenie, jaką cenę wykonawca A zobowiązuje się stosować przy wykonywaniu ewentualnych dodatkowych lub zamiennych robót budowlanych.

Tym samym uznać należy, że treść oferty wykonawcy A nie odpowiada oczekiwaniom zamawiającego w tym zakresie, co świadczy o tym, że oferta wykonawcy A nie odpowiada treści SIWZ, a co w konsekwencji powinno prowadzić do odrzucenia oferty wykonawcy A na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, czego jednak zamawiający w sposób bezzasadny zaniechał.

2.3.

Opisane powyżej pominięcie trzech pozycji w kosztorysie ofertowym złożonym przez wykonawcę A stanowi również błąd w obliczeniu ceny, co stanowi odrębną przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp. W rozpoznawanym przypadku kalkulacja ceny oferty obliczona na podstawie kosztorysów ofertowych nie obejmuje bowiem całego przedmiotu zamówienia, pomija bowiem ww. trzy pozycje wchodzące w zakres przedmiotu zamówienia.

2.4.

Odwołujący z ostrożności (gdyby Izba nie uwzględniła dalej idących zarzutów skutkujących odrzuceniem oferty wykonawcy A) zarzuca zamawiającemu również naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp.

Jak już podniesiono wcześniej zamawiający na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp wezwał wykonawcę A m.in. do złożenia określonych dokumentów celem potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu oraz zamawiający zaznaczył, że informacje dla wykonawców polegających na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Pzp w tym zakresie określono w rozdz. VII ust. 14 SIWZ.

Zgodnie natomiast z rozdz. VII ust. 14 pkt 4 SIWZ zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Pzp, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w rozdz. VII. Dokumentami takimi w szczególności są opisane w rozdz. VII ust. 8 pkt 8.2 SIWZ dokumenty mające na celu potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu, a więc informacje z Krajowego Rejestru Karnego, zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego, zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej ZUS oraz odpowiednie oświadczenia.

Obowiązek przedstawienia powyższych dokumentów „podmiotowych” dotyczących podmiotu trzeciego jest zresztą niezależny od postanowień SIWZ i wynika bezpośrednio z przepisów prawa. Zgodnie bowiem z § 9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na

zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Pzp, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9 ww. rozporządzenia w sprawie dokumentów, a więc wyżej opisanych dokumentów mających potwierdzać brak podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu.

Wykonawca A w odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego nie przedstawił jednak powyższych dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, a jedynie ponownie przedstawił dokumenty, które zostały wcześniej złożone wraz z ofertą oraz dokumenty dotyczące doświadczenia podmiotu trzeciego.

Pomimo tego, zamawiający nie wezwał wykonawcy A do uzupełnienia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, co stanowi ewidentne naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp zobowiązującego zamawiającego dokonania uzupełnienia dokumentów.

2.5.

Zaniechanie przez zamawiającego zastosowania w toku postępowania reguł, które ustalił sam zamawiający stanowi o prowadzeniu postępowania z oczywistym naruszeniem zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp.

Odwołanie, zdaniem odwołującego, nie podlega odrzuceniu przez Krajową Izbę Odwoławczą na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp:

Odwołujący pismem przedłużył termin związania ofertą o kolejnych 60 dni.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 20.04.2020 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni od uzyskania wiadomości o złożeniu odwołania kopię odwołania innym wykonawcom 24.04.2020 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

27.04.2020 r. wykonawca A złożył Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego odwołującego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 28.04 i 2.06.2020 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania ze względu na złożenie przez odwołującego kopii odwołania zamawiającemu po upływie terminu na złożenie odwołania – art. 180 ust. 5 Pzp. Zamawiający uwzględnił w części odwołanie, a przystępujący nie wyraził sprzeciwu do częściowego uwzględnienia odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania. W szczególności odwołujący wykazał, że w terminie ustawowym wniósł do zamawiającego kopię odwołania, jednak – z przyczyn leżących po stronie zamawiającego – zamawiający nie mógł odczytać treści przesłanego pliku z kopią odwołania. Ponadto zamawiający nie wykazał, że kopia odwołania przesłana do zamawiającego przez odwołującego nie została przekazana w taki sposób, aby zamawiający mógł zapoznać się z treścią kopii odwołania przed upływem terminu na wniesienie odwołania, o czym stanowi art. 180 ust. 5 Pzp. Przepis art. 180 ust. 5 Pzp brzmi »Odwołujący przesyła kopię odwołania zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej«. Dlatego Izba stwierdza, że nie zaistniała żadna z przesłanek odrzucenia odwołania, a zwłaszcza przesłanka określona w art. 189 ust. 2 pkt 7 Pzp, który to przepis brzmi »Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że [...] odwołujący nie przesłał zamawiającemu kopii odwołania, zgodnie z art. 180 ust. 5«.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez:

A) przystępującego:

1) dowód nr 1 – kopie przesyłek odwołującego do zamawiającego z 20 i 22.04.2020 r. na wykazanie, że odwołujący rezygnując z posługiwania się platformą zakupową zamawiającego dobrowolnie zrezygnował z możliwości zagwarantowania sobie potwierdzenia przesłania informacji w danej dacie do zamawiającego;

B) odwołującego:

2) dowód D2 w postaci wydruku maila (kopia odwołania) z adresu »m.« na adres »d.k.«, mail ten pochodzi od D. K., czego dowodem jest adnotacja w prawym górnym rogu i jeśli zatem pismo »do wiadomości« dotarło do adresata to nie jest

rozumiało dlaczego mogło nie dotrzeć do zamawiającego i powinno to pismo dotrzeć do zamawiającego;

- 3) dowód D3 wydruk z poczty pełnomocnika odwołującego do szpitala z 22.04.2020 r. 14:22, na co odwołujący otrzymał informację telefoniczną, że również mail z 14:22 nie dotarł do zamawiającego i wtedy przesłał informację o 14:41 na adresy zamawiającego;
- 4) dowód D4 mail z 24.04.2020 r. 14:41 na dwa adresy zamawiającego i drugi z 14:41 – zamawiający nie potwierdził dotarcia tych maili;
- 5) dowód D5 maila z 24.04.2020 r. 10:50 na okoliczność wykazania, że ostatecznie przekazano kopie odwołania zamawiającemu w taki sposób, aby zamawiający nie zawarł umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone podczas posiedzenia z udziałem stron i Izba nie znalazła przesłanki do odrzucenia odwołania.

Zamawiający pismem z 1.06.2020 r. wniósł o odstąpienie od rozpoznawania zarzutu w części, w której zamawiający uwzględnił odwołanie co do zaniechania wezwania wybranego wykonawcy (przystępującego) do złożenia dokumentów na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia dla podmiotu trzeciego (rozdz. VII ust. 14 pkt 4 SIWZ). Przystępujący oświadczył, że nie wnosi sprzeciwu wobec częściowego uwzględnienia odwołania przez zamawiającego. Wobec tego Izba nie rozpoznawała zarzutu trzeciego naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy A do uzupełnienia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp.

W ocenie Izby zarzut pierwszy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A wobec tego, że treść oferty wykonawcy A nie odpowiada treści SIWZ oraz zarzut drugi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A wobec tego, że oferta wykonawcy A zawiera błędy w obliczeniu ceny i kosztu – nie zasługują na uwzględnienie.

Przepisy art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp brzmią »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] [2] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 [6] zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu [...]«.

Izba stwierdza, że w postępowaniu nie podlega kwestionowaniu, że w postępowaniu będzie obowiązywało rozliczenie ryczałtowe, które zostało określone w § 4 ust. 1 in initio wzoru umowy. Wzór umowy stanowi załącznik do SIWZ. § 4 ust. 1 in initio wzoru umowy brzmi »Za wykonanie całego przedmiotu Umowy, Strony ustalają całkowite wynagrodzenie ryczałtowe, którego definicję określa art. 632 § 1 Kodeksu cywilnego ustalone na podstawie wyceny określonej w ofercie Wykonawcy, które zawiera wszystkie koszty niezbędne do

pełnej i prawidłowej realizacji przedmiotu Umowy [...]» [pisownia oryginalna – Izba]. Przepis art. 632 § 1 Kc brzmi »Jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac«. Dlatego bez względu na inne okoliczności wykonawca będzie musiał wykonać umowne świadczenie za cenę ofertową. Same kosztorysy ofertowe nie mogą wpłynąć na zakres świadczenia czy na cenę zamówienia, jeżeli w SIWZ czy w pozostałych dokumentach postępowania nie znalazły się inne, szczególne postanowienia. I odwołujący nie wykazał, że w dokumentach postępowania znalazły się takie postanowienia oprócz postanowienia § 20 ust. 7 pkt 3 wzoru umowy (załącznik do SIWZ), który brzmi »Integralną część Umowy stanowi [...] załącznik nr 3 Kosztorysy ofertowe«. Jednak, zdaniem Izby, brak wskazania celu wprowadzenia pewnych elementów do kategorii integralnych części umowy nie rodzi skutków prawnych dla prowadzonego postępowania zamówieniowego.

Ponadto w przypadku konieczności zmiany zakresu świadczenia zamawiający przewidział brak elementu w kosztorysie ofertowym i możliwość dokonania wyceny takiego elementu w § 11 ust. 2 pkt 1 lit. c wzoru umowy, który brzmi »Zamawiający przewiduje następujące możliwości dokonania zmian postanowień zawartej Umowy [...] Zmiana wynagrodzenia – jeżeli [...] wystąpi konieczność wykonania dodatkowych robót budowlanych, o których mowa w art. 144 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (jeżeli ich wykonanie jest niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu umowy) – w postaci zmiany wynagrodzenia. W takiej sytuacji Wykonawca wykona wycenę robót, cena będzie ustalona na podstawie obmiarów i wskaźników cenotwórczych kosztorysu ofertowego. W przypadku braku elementu cenowego w kosztorysie ofertowym, Wykonawca przyjmie cenę do wyceny w dostępnych publikacjach na rynku np. Sekocenbud, Orgbud, Wacetob, aktualnego na dzień sporządzania kosztorysu. Zamawiający zastrzega możliwość negocjowania wysokości zaproponowanego wynagrodzenia za wykonane roboty dodatkowe. Roboty te mogą być wykonane wyłącznie za pisemną zgodą Zamawiającego oraz sporządzenia stosownego Aneksu do Umowy«.

Dlatego Izba musi stwierdzić, że w rozpoznawanym przypadku, gdzie rozliczenie będzie dokonywane ryczałtowo i nie były bezwzględnie wymagane sporządzenia kosztorysów ofertowych na konkretnych przedstawionych przez zamawiającego wzorach, ewentualne odstępstwa czy zagregowania w kosztorysie ofertowym nie mogą wywrzeć skutku postulowanego przez odwołującego i nie mogą skutkować odrzuceniem oferty ze względu na to, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zarzut zastosowania przez przystępującego różnych cen na takie same elementy w kosztorysach ofertowych również nie może skutkować odrzuceniem oferty przystępującego, gdyż nie narusza to żadnego przepisu.

O funkcji pomocniczej kosztorysu ofertowego może świadczyć również brak sporządzenia wzoru kosztorysu przez zamawiającego, co – nawet nie w nieekstremalnych przypadkach – mogłoby doprowadzić do braku porównywalności ofert, gdyby uznać taki kosztorys za istotny element oferty, gdyż wykonawcy mogli takie kosztorysy sporządzać różnymi metodami i na różnym poziomie szczegółowości i agregowania.

Wobec powyższej argumentacji Izba stwierdza, że nie może przychylić się do stanowiska odwołującego i Izba musi oddalić odwołanie w zakresie zarzutu pierwszego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A wobec tego, że treść oferty wykonawcy A nie odpowiada treści SIWZ oraz zarzutu drugiego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy A wobec tego, że oferta wykonawcy A zawiera błędy w obliczeniu ceny i kosztu.

W ocenie Izby zarzut czwarty naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp – przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 7 ust. 1 Pzp brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości«.

Odwołujący oprócz postawienia zarzutu nie wykazał w żaden sposób naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp, a zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp wynikał z zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp. Skoro Izba nie mogła uwzględnić zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i 6 Pzp to również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp nie może się ostać i Izba jest zmuszona oddalić również ten zarzut.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Jednocześnie Izba stwierdza, że nie może uwzględnić wniosku przystępującego o zaliczenie do kosztów postępowania odwoławczego kosztów zastępstwa przystępującego,

gdyż żaden z przepisów nie przewiduje możliwości zaliczenia kosztów zastępstwa przystępującego do kosztów postępowania odwoławczego. Szczególnie nie przewiduje możliwości takiego zaliczenia kosztów § 3 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. Jedynym przypadkiem możliwości zaliczenia kosztów pełnomocnika przystępującego do kosztów postępowania jest stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, a to w rozpoznawanym postępowaniu nie miało miejsca, a jest to unormowane w § 3 ust. 2 wprowadzenia do wyliczenia 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. Przepis § 3 ust. 2 wprowadzenia do wyliczenia 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 brzmi »Do kosztów postępowania odwoławczego, zwanych dalej „kosztami”, zalicza się [...] uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, a w okolicznościach, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 3 lit. b lub § 5 ust. 3 pkt 2, koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego oraz wniósł sprzeciw, w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy, obejmujące w szczególności [...]«.

Przewodniczący: