

Sygn. akt: KIO 2399/20

WYROK
z 26 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Marek Koleśnikow

Piotr Kozłowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 22 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 września 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

1. M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „PER-MIR” M. P. z siedzibą w Kielcach,
2. W. L. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane „Aga-Mar” W. L. z siedzibą w Kielcach,
3. J. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: T. J. - Budowlane Prace Izolacyjne z siedzibą w Ociesękach

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Uzdrowisko Busko Zdrój S.A. z siedzibą w Busku Zdroju, przy udziale wykonawcy Firma Budowlana Anna-Bud Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu nr 4 w części dotyczącej:
 - 1.1 złożenia przez wykonawcę Firma Budowlana Anna-Bud Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oferty przy użyciu niewłaściwego programu do kompresji dokumentów elektronicznych;
 - 1.2 nieprawidłowości, do których miało dojść podczas czynności otwarcia oferty wykonawcy Firma Budowlana Anna-Bud Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni

od jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Kielcach.

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Uzdrowisko Busko Zdrój S.A. z siedzibą w Busku Zdroju (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Rozbudowa szpitala uzdrowskiego „Krystyna” służąca optymalizacji procesu terapeutyczno-leczniczego w chorobach układu krążenia”, numer: ZP.291.19.2020, zwane dalej Postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 26 czerwca 2020 r. pod numerem 2020/S 122-298401. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

21 września 2020 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

1. M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Remontowo-Budowlane „PER-MIR” M. P. z siedzibą w Kielcach,
2. W. L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Usługowo-Budowlane „Aga-Mar” W. L. z siedzibą w Kielcach,
3. J. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: T. J. - Budowlane Prace Izolacyjne z siedzibą w Ociesękach

(Dalej: Odwołujący), wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu, naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 7b oraz art. 7 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Firma Budowlana Anna-Bud Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Przystępujący), który nie wniósł prawidłowego wadium;
2. art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 3 ust. 1 i 2 ustawy 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2019 poz. 1010, dalej: Uznk) oraz art. 7 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;
3. art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 87 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania, a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ

na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

4. art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ);

ewentualnie:

5. art. 90 ust. 1 i ust. 1a Pzp przez zaniechanie wezwania Przystępującego do wyjaśnień w zakresie możliwości wystąpienia rażąco niskiej ceny dla Etapu II;
6. art. 87 ust. 1 przez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie wyceny kosztów Etapu II.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego i nakazanie Zamawiającemu:
 - a. wykluczenia Przystępującego z postępowania;
 - b. odrzucenie oferty Przystępującego;
2. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zarzut nr 1

Przystępujący złożył wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej, której treść składała się z dziewięciu punktów. W przedostatnim punkcie treści gwarancji ubezpieczeniowej (pkt 8) ubezpieczyciel wskazał, że gwarancję podpisał Pan B. O. na podstawie pełnomocnictwa z 18 marca 2020 r. Tym samym kwestia pełnomocnictwa, na mocy oświadczenia gwaranta, stała się immanentną częścią treści gwarancji ubezpieczeniowej.

Zgodnie z danymi ujawnionymi w stopce gwarancji ubezpieczeniowej, a także z treści wpisów Krajowego Rejestru Sądowego wynikało, że Pan B. O. nie był umocowany do reprezentowania ubezpieczyciela.

Nie ulegało wątpliwości, że ubezpieczyciel ujął kwestię pełnomocnictwa w obrębie treści gwarancji ubezpieczeniowej. Okoliczność umieszczenia pełnomocnictwa w treści gwarancji z oczywistych względów była znana Przystępującemu. W terminie składania ofert nie przedstawiono jednak Zamawiającemu pełnomocnictwa określonego przez treść gwarancji ubezpieczeniowej, a tej wadliwości nie można było uzupełnić.

W ocenie Odwołującego powyższe dowodziło, że oświadczenie gwaranta już w terminie składania ofert (11 sierpnia 2020 r.) nie było bezwarunkowe, gdyż ustalenie mocy prawnej treści gwarancji było uwarunkowane treścią i formą pełnomocnictwa określonego w punkcie 8 treści gwarancji ubezpieczeniowej, którego Zamawiającemu nie przedstawiono. Czynność przedstawienia Zamawiającemu tego dokumentu zależała od ubezpieczyciela i od Przystępującego, a była przy tym zdarzeniem przyszłym i niepewnym (Zamawiający mógł nie otrzymać dokumentu i nie otrzymał go). Warunek to zdarzenie przyszłe i niepewne. W terminie składania ofert nie była znana treść pełnomocnictwa, do którego odsyłała treść gwarancji ubezpieczeniowej. Nie był więc znany zakres umocowania Pana B. O. określony w pełnomocnictwie z 18 marca 2020 r.

Umowa (gwarancja ubezpieczeniowa) zawarta z przekroczeniem zakresu umocowania jest nieskuteczna prawnie. Z uwagi na nieprzekazanie Zamawiającemu treści pełnomocnictwa nie było możliwe ustalenie, czy forma pełnomocnictwa, na podstawie której działał Pan B. O. była odpowiednia dla dokonywanej czynności (zgodnie z art. 99 Kc wchodziła w grę forma pod rygorem nieważności). Nie było możliwe ustalenie, czy ono samo (pełnomocnictwo) zostało udzielone zgodnie z zasadami reprezentacji ubezpieczyciela, a stosownie do art. 39 ust. 3 Kc w zw. z art. 14 Pzp, jednostronna czynność prawna (udzielenie pełnomocnictwa) dokonana przez działającego jako organ osoby prawnej bez umocowania albo z przekroczeniem jego zakresu jest nieważna.

Dokument gwarancji nie zawierał oświadczenia o zobowiązaniu się gwaranta do wypłacenia zamawiającemu wymaganej kwoty 490 000,00 zł, ale jedynie oświadczenie o gwarancji zapłaty kwoty do 490 000,00 zł.

Zarzut nr 2

W rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, do których odsyła Pzp, w szczególności art. 3 ust. 1 Uznk, znamiona czynu nieuczciwej konkurencji wyczerpuje m.in. takie działanie przedsiębiorcy, które jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Przy czym działanie to nie musi jednocześnie wyczerpywać znamion stypizowanych czynów nieuczciwej konkurencji, wyraźnie wymienionych przez ustawodawcę w dalszych przepisach tej ustawy (art. 5 do 17 e Uznk).

Przystępujący jako jedyny podmiot w postępowaniu, zaoferował cenę ryczałtową za wykonanie Etapu I w wysokości znacznie wyższej niż wykonanie Etapu II, przy czym zakres prac do wykonania na Etapie I będzie znacznie mniejszy niż zakres prac do wykonania na Etapie II. Jego wyjaśnienia, złożone na powyższą okoliczność w wykonaniu wezwania w trybie art. 87 ust. 1 Pzp są fragmentaryczne i niedostateczne.

Etap I zamówienia obejmował będzie nadbudowę jednej kondygnacji nad budynkiem o powierzchni 1 924,54 m², natomiast Etap II - nadbudowę dwóch kondygnacji nad budynkiem o powierzchni użytkowej 2 226,25 m². Różnica w powierzchni użytkowej „na niekorzyść” Etapu I to około 304 m² - o tyle zakres Etapu II zamówienia będzie większy. W Etapie I wykonawca ma wykonać jedną windę, natomiast w Etapie II dwie windy. Z uwagi na większy zakres nadbudowy i znacznie większą powierzchnię Etapu II, znacznie większy będzie do wykonania zakres prac dla m. in. instalacji elektrycznych, sanitarnych, wentylacji i klimatyzacji.

W świetle zasad logiki i doświadczenia życiowego nie było możliwe, aby koszty wykonania mniejszego zakresu zamówienia (Etap I) znacznie przekraczały koszty wykonania większego zakresu zamówienia (Etap II). Tymczasem Przystępujący wycenił wykonanie mniejszego Etapu I na kwotę 8 931 860,00 zł, a etapu większego i z dłuższym terminem realizacji na kwotę 6 802 300,00 zł. Cena 1 m² dla Etapu I wynosiła 4 962,00 zł brutto, a dla Etapu II 3 091,00 zł brutto. Różnica przekroczyła 60%.

W ten sposób Przystępujący zapewnił sobie m.in. zaliczkowanie prowadzonych prac w Etapie I mimo, że Zamawiający nie przewidział zaliczkowania. Zaliczkowanie zaistnieje dzięki „inżynierii cenowej”, a przy tym bez ustanowienia zabezpieczenia zaliczki (art. 151a ust. 6 Pzp), a także bez uwarunkowania kolejnych zaliczek wykazaniem przez wykonawcę, że wykonał zamówienie w zakresie wartości poprzednio udzielonych zaliczek (art. 151a ust. 4 Pzp).

Przyjęta wycena oferty będzie pozwalała Przystępującemu zrezygnować z prac w toku ich realizacji z zachowaniem korzyści finansowych. Wykonanie mniejszego rzeczowo zakresu prac pozwoliłoby temu podmiotowi otrzymać wynagrodzenie w kwocie 8 931 860,00 zł za wykonanie Etapu I, a kara umowna z tytułu odstąpienia od umowy w razie niewykonania Etapu II wyniosłaby jedynie 10% wynagrodzenia należnego za Etap II (§ 60 ust. 2 w zw. z § 59 Wzoru Umowy). Rezygnacja z realizacji inwestycji po otrzymaniu wynagrodzenia za wykonanie Etapu I, oznaczałaby karę umowną jedynie w kwocie 680 230,00 zł. Nawet, gdyby pomniejszyć wynagrodzenie otrzymane za Etap I o karę umowną za niewykonanie Etapu II, to i tak pomniejszone wynagrodzenie ryczałtowe za Etap I będzie znacznie przewyższać cały ryczałt za Etap II.

Zgodnie z § 60 ust. 2 Wzoru Umowy, kary umowne naliczane będą odrębnie dla każdego z etapów zamówienia. W rezultacie, manipulacja ceną skutkować może tym, iż kara umowna dotycząca większego zakresu rzeczowego zamówienia mogłaby być naliczona od znacznie niższego wynagrodzenia - byłaby mniej dolegliwa dla wykonawcy, który otrzymał już większą część zapłaty.

Wybór tak skonstruowanej oferty naraziłby Zamawiającego na zaciągnięcie zobowiązania

do zapłaty wynagrodzenia znacząco przewyższającego wartość uzyskiwanych korzyści i nieadekwatnego do poniesionych przez wykonawcę nakładów. Nierównowaga świadczeń utrzyma się również w razie odstąpienia od umowy z przyczyn innych niż porzucenie zamówienia przez Przystępującego. W takim wypadku Zamawiający byłby zobowiązany zapłacić pełną kwotę wynagrodzenia za Etap I bez pomniejszania wynagrodzenia o karę umowną.

Manipulacja ceną stawia Przystępującego w uprzywilejowanej sytuacji względem innych przedsiębiorców, którzy tej praktyki się nie dopuścili.

Zarzut nr 3

Jak wynika z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania zachodzi w sytuacji, w której wykonawca przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego. Chodzi zatem o przedstawienie informacji (w tym także sposób ich przedstawienia), które wywołują u zamawiającego przeświadczenie o odmiennym stanie rzeczy niż występujący w rzeczywistości (przesłanka nr 1). Dotyczy to informacji, które co najmniej mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego (przesłanka nr 2). Ponadto, przedstawienie informacji wprowadzających zamawiającego w błąd musi być przez wykonawcę zawinione, przy czym - posługując się za ustawodawcą terminologią właściwą prawu karnemu - chodzi o każdą postać winy, w tym winę nieumyślną (przesłanka nr 3). Łączne zaistnienie ww. przesłanek obliguje zamawiającego do wykluczenia z postępowania wykonawcy, wobec którego przesłanki te zaistniały.

Zamawiający pismem z 4 kwietnia 2020 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień ceny za etap I oraz etap II zamówienia. Zamawiający zwracał uwagę na dużą różnicę wykonania 1m² Etapu I zamówienia w stosunku do Etapu II tj. 1 584,55 zł, która nie wystąpiła w żadnej innej ofercie. Dla Zamawiającego wątpliwy był sposób przyjęty do wyceny przez Wykonawcę dwóch etapów zamówienia.

Przystępujący nie udzielił odpowiedzi na ww. wezwanie w części dotyczącej Etapu II. W części dotyczącej Etapu I przedstawił informacje wprowadzające w błąd, wewnątrznie sprzeczne, o charakterze na tyle ogólnym, że dotyczyły wszystkich innych wykonawców biorących udział w postępowaniu i nie uzasadniały rażąco zawyżonej ceny za Etap I.

Złożone wyjaśnienia nie zawierały żadnych dowodów na poparcie podniesionych twierdzeń. Przystępujący usiłował uzasadnić znacznie wyższą cenę za znacznie mniejszy zakres tym, że Etap I, zgodnie z warunkami zamówienia, miał krótszy etap realizacji. Ale będzie to okoliczność dotycząca każdego wykonawcy, który brał udział w postępowaniu, a żaden z nich z tego powodu nie skalkulował oferty tak, jak Przystępujący. Podobną okolicznością jest konieczność wykonywania prac Etapu I w miesiącach zimowych, co również musieli

uwzględnić w cenie Etapu I inni wykonawcy. Co więcej, jak wynikało z terminów realizacji również Etap II (rozleglejszy) będzie musiał być wykonywany w okresie zimowym.

Zupełnie nieprawdopodobnym wyjaśnieniem było powołanie się na skomplikowany i ryzykowny zakres prac „związany z przeniesieniem pacjentów”, co miało zostać odzwierciedlone w drogiej składce ubezpieczeniowej z tytułu dodatkowego ubezpieczenia. Firma budowlana i personel budowlany w żadnym wypadku nie przenosi pacjentów kardiologicznych. Ani SIWZ, ani Wzór Umowy nie przewidują w tym postępowaniu przenoszenia pacjentów przez wykonawcę.

Podane przez Przystępującego wyliczenie czasu pracowników w zakresie „przenoszenia pacjentów” zaprzeczało wcześniejszym tezom wyjaśnień o rzekomej pracy dwuzmianowej na Etapie I. Kalkulacja wskazywała na pracę jednozmianową. Twierdzenie o zwiększonej mobilizacji pracowników i sprzętu pozostawało w sprzeczności z ilością pracowników, wskazanych w wykazie personelu jako kierowanych do realizacji zamówienia (17 osób). Koliduje z brakiem wskazania w ofercie podwykonawców (wykonawca oświadczył, że jeszcze ich nie zna). Cena za demontaż, zabezpieczenia oraz ponowny montaż ledwie 68 paneli słonecznych została zawyżona.

Przystępujący wskazał w wyjaśnieniach, że „w odróżnieniu do Etapu II” w Etapie I zostały doliczone: „koszty ogólne”, „koszty organizacji i utrzymania budowy”. Nie budziło jednak wątpliwości, że budowa będzie trwać również na Etapie II (i to w większym zakresie) i koszty ogólne w tym okresie również będą ponoszone. Powyższe potwierdzało, że Przystępujący przeniósł część kosztów z Etapu II do Etapu I, co wyczerpywało znamiona inżynierii cenowej. Złożone przez Przystępującego wyjaśnienia były nieprawdziwe, sprzeczne z SIWZ i logiką. Nie tylko nie zawierały rzetelnej kalkulacji ceny, to pominęły koszty Etapu II.

Fakt, iż Zamawiający uznał ofertę Przystępującego za najkorzystniejszą dowodził, że złożenie ww. wyjaśnień to czynność, która mogła mieć „istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia” (art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp). Zamawiający wadliwie zaniechał zastosowania względem tego Wykonawcy art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Przystępujący złożył ofertę nieodpowiadającą wymogom SIWZ. Zgodnie z Rozdziałem III.2. pkt 3) SIWZ oraz § 2 pkt 3) Wzoru Umowy w zakresie zamówienia obejmował „przeniesienie oddziału kardiologicznego na dwie ostatnie kondygnacje wraz z salą intensywnej opieki kardiologicznej z zapleczem medycznym i socjalnym”. Szczegółowy zakres przeniesienia wynikał z dokumentacji projektowej, stanowiącej opis przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z wyjaśnieniami treści SIWZ z 15 lipca 2020 r. udzielonymi w odpowiedzi na pytanie 12, przedmiotem przeniesienia miał być jedynie sprzęt („zgodnie z dokumentacją

projektową”). Dodatkowo, w odpowiedzi na pytanie nr 7 z 24 lipca 2020 r., Zamawiający potwierdził, że obiekty etapu I i II zostają wyłączone z eksploatacji.

Przystępujący w złożonych wyjaśnieniach potwierdził, że złożył ofertę, z tytułu której uzyska wynagrodzenie w ramach Etapu I za przeniesienie pacjentów oddziału kardiologicznego. Z treści SIWZ oraz wyjaśnień do SIWZ było jasne, iż pacjenci, w obiektach wyłączonych z eksploatacji, nie będą przebywać, a Przystępujący złożył ofertę niezgodną z wymaganiami Zamawiającego. Przy czym, nie było to omyłką, ale jak wynikało z wyjaśnień z 9 września 2020 r. – skutek świadomej kalkulacji.

Tym samym, oferta Przystępującego w tym zakresie jest ewidentnie niezgodna z treścią SIWZ, i jako taka powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zarzuty ewentualne

Przystępujący był jedynym podmiotem w postępowaniu, którego sposób wyliczenia cennych charakteryzował się odwrotną logiką i za zakres mniejszy rzeczowy żądał znaczenie większego wynagrodzenia, a za zakres rzeczowy większy: wynagrodzenia rażąco niskiego.

Manipulacją ceną w zakresie Etapu I skutkowałą rażąco niską ceną Etapu II. Wyjaśnienia Przystępującego zupełnie zignorowały koszty wykonania Etapu II, a tym samym Zamawiający pominął zastosowanie art. 90 ust. 1 i ust. 1a Pzp, względnie art. 87 ust. 1 Pzp do części oferty dotyczącej Etapu II.

Różnica ceny oferty Przystępującego dla II etapu względem drugiej w kolejności oferty na etap II wynosiła ponad 43%, a także przekraczała o ponad 30% średnią arytmetyczną złożonych ofert w części dotyczącej Etapu II. Nawet gdyby zaakceptować fragmentaryczne, niespójne i niezgodne z SIWZ wyjaśnienia kalkulacji ceny za Etap I, to Zamawiający nie mógł przejść do porządku dziennego nad ceną oferty Przystępującego za Etap II. W rezultacie, zaakceptowanie wyjaśnień i uznanie oferty za najkorzystniejszą naruszyło również art. 90 ust. 1 i ust. 1a Pzp, alternatywnie art. 87 ust. 1 Pzp.

Rozdział X SIWZ - „Opis sposobu przygotowania oraz złożenia ofert” w punkcie 2 określił wymagania formalne przygotowania i złożenia ofert. Przywołany punkt pod lit. d) stanowił, że do oferty należy dołączyć Jednolity Europejski Dokument Zamówienia w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a następnie wraz z plikami stanowiącymi ofertę i pozostałymi plikami, skompresować go do jednego pliku archiwum (ZIP). Skompresowanie w pliku ZIP było wymagane również w Rozdziale X pkt 2 lit. l) SIWZ.

11 sierpnia 2020 r. Zamawiający nie otwierał ofert według daty wpływu, ale obrał inną kolejność. Osoby prowadzące informowały o cenach zawartych w ofertach, ale zanim doszło

do otwarcia ostatniej oferty - Przystępującego, osoby prowadzące otwarcie ofert stwierdziły, że zaistniał problem techniczny i oferty nie są w stanie otworzyć bez dodatkowych czynności. W pewnym momencie, osoba ze strony Zamawiającego zatelefonowała i poprosiła – jak się później okazało – Kierownika Działu Informatyki o wsparcie. Po oczekiwaniu, podczas otwarcia, pojawiła się osoba ze strony Zamawiającego i po dokonaniu wspólnie z pozostałymi dwoma osobami pewnych czynności poinformowały, że ofertę Przystępującego udało się otworzyć. Wskutek pism Odwołującego, Zamawiający pismem z 18 sierpnia 2020 r. przyznał, że Przystępujący dokonał kompresji dokumentów stosując program 7-zip, natomiast inni wykonawcy użyli programu ZIP. Z wyjaśnień Zamawiającego z 15 września 2020 r. wynikało z kolei, że przewodnicząca komisji przetargowej podczas otwarcia ofert miała właśnie program ZIP. „W celu otwarcia oferty spakowanej programem 7z niezbędne było ściągnięcie programu 7z, czego dokonał Kierownik Działu Informatyki w obecności osób przybyłych na otwarcie ofert”.

Utrzymanie w postępowaniu tak złożonej oferty było nieprawidłowe. Naturalnie, tak orzecznictwo KIO, jak i stanowisko UZP wskazują, że Zamawiający ma obowiązek ustalić, z jakich względów nie można otworzyć danej oferty, aby zastosować odpowiedni przepis ustawy. Ale na tym rola Zamawiającego powinna się zakończyć. Art. 86 ust. 1 - 4 Pzp nie przewidują czynności zewnętrznego pozyskiwania przez zamawiającego oprogramowania do otwarcia oferty skompresowanej do innego programu niż został określony w specyfikacji. Po stwierdzeniu niemożliwości otwarcia oferty wskutek zastosowania innego programu niż wskazany w SIWZ, Zamawiający powinien był ofertę zwrócić, jako złożoną po terminie (art. 84 ust. 2 Pzp), względnie odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 lub pkt 1 Pzp. Co więcej, niewłaściwy sposób skompresowania oferty sprawił również, że wadium nie zostało wniesione przed terminem składania ofert, gdyż Zamawiający nie był w stanie się z nim zapoznać (art. 61 Kc w zw. z art. 14 Pzp). Możliwość zapoznania się z treścią oświadczenia woli przez adresata jest warunkiem sine qua non złożenia takiego oświadczenia. W świetle art. 61 § 2 Kc do złożenia innej osobie oświadczenia woli w postaci elektronicznej dochodzi bowiem dopiero wtedy, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią, przy czym w reżimie przetargu nieograniczonego to zapoznanie się z treścią musi się odbywać ze ścisłym przestrzeganiem wymogów SIWZ i z poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców. Skoro nie jest dopuszczalne, po upływie terminu składania ofert, uzupełnienie pliku zawierającego ofertę, to tym bardziej za niedopuszczalne należy też uznać, gdyby wykonawca po tym terminie nadesłał zamawiającemu program do otwarcia oferty. W tym jednak przypadku, Zamawiający sięgnął nawet dalej, i sam, niejako w interesie Przystępującego takie oprogramowanie pobrał,

zawierając dodatkowe umowy licencyjne. W rezultacie, zaistniała również dodatkowa przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp.

Zamawiający 20 października 2020 r. wniósł odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m. in.:

Zarzut nr 1

Udzielenie gwarancji ubezpieczeniowej przez zakład ubezpieczeń, jest czynnością zwykłego zarządu (bieżąco dokonywaną jako jedną z wielu w toku działalności gospodarczej). Do udzielenia takiej czynności wystarcza więc pełnomocnictwo ogólne. Pełnomocnictwo udzielone na piśmie, zgodnie z zasadami reprezentacji przedsiębiorcy ubezpieczeniowego, upoważniające do zawarcia umowy gwarancji ubezpieczeniowej, pozwala na skuteczne dokonanie czynności prawnej przez pełnomocnika, a tak zawarta umowa (udzielona gwarancja) jest ważna i skuteczna tak samo jakby została zawarta przez członka (członków zarządu) lub prokurenta zakładu ubezpieczeń.

Inną rzeczą jest ustalenie, czy Zamawiający był zobowiązany żądać w takim przypadku oprócz samego dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej, także dokumentu pełnomocnictwa udzielonego osobie, która taki dokument podpisała, ewentualnie czy podmiot zobowiązany gwarancji (Przystępujący), winien załączyć do dokumentu gwarancji - także pełnomocnictwo udzielone przez gwaranta - jego pełnomocnikowi.

Weryfikacja ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium złożona przez Przystępującego prowadziła do wniosku, iż była ona zgodna z przepisami prawa.

Argument Odwołującego w postaci nieważności oświadczenia z przekroczeniem umocowania był nieuzasadniony. Ponadto Pan B. O. jest członkiem Zarządu TUW.

TUW zobowiązało się do zapłaty kwoty do łącznej wysokości 490 000,00 zł, co oznaczało, iż żądana kwota wadium mieściła się w zobowiązaniu.

Oczywiste jest, że gwarancja musi być podpisana przez upoważnionego przedstawiciela gwaranta. Zwyczajowo najczęściej jest to pracownik banku lub ubezpieczyciela mający taki zakres obowiązków, a nie członkowie zarządu gwaranta. Tym samym pracownik ten powinien posiadać stosowne pełnomocnictwa. Zamawiający co prawda wskazał na konieczność posiadania umocowań, jednak nie wskazał na konieczność przedstawienia ich wraz z gwarancją. Jednak brak umocowania osoby podpisującej gwarancję nie był przedmiotem zarzutu.

Zarzut nr 2

Zamawiający badając zaproponowane przez wykonawców ceny zauważył, iż trzech z nich

(spośród sześciu) uczestniczących w postępowaniu zaproponowało cenę wyższą za 1m² Etapu I niż za 1m² Etapu II. Zamawiający z uwagi na zastosowanie procedury odwróconej z art. 24aa Pzp dokonywał analizy tylko jednej oferty tj. Przystępującego.

Z uwagi na powyższe Zamawiający, wystąpił do Przystępującego o odpowiednie wyjaśnienia.

W odpowiedzi Przystępujący w sposób spójny i logiczny wyjaśnił, że różnica w zaoferowanych cenach jednostkowych wynikała w szczególności z realizacji prac w okresie zimowym, co zgodnie z zasadami doświadczenia życiowego powodować będzie konieczność uwzględnienia zwiększonych kosztów realizacji inwestycji i kosztów koniecznych przestoju spowodowanych niekorzystnymi warunkami atmosferycznymi. Ponadto czas wykonania prac wymusi na wykonawcy zdecydowanie większe zaangażowanie w postaci obsady pracowniczej jak i sprzętu.

Zakończenie realizacji przedmiotu umowy ustalono na 16 miesięcy od podpisania umowy w tym:

1. Etap I w okresie 8 miesięcy od podpisania umowy,
2. Etap II w okresie 16 miesięcy od podpisania umowy.

Etapy te muszą być realizowane jednocześnie od zawarcia umowy, a co za tym idzie nie będą to wyodrębnione jednostki, z których pierwszy etap się skończy, a drugi dopiero się zacznie.

Dodatkowo w sposobie rozliczenia przedmiotu zamówienia jednoznacznie wskazano, że wykonawca może wystawić fakturę częściową raz na dwa miesiące (Rozdział IX, § 44 umowy). Natomiast podstawą do wystawienia faktury końcowej jest odbiór końcowy Etapu I, Etapu II będzie protokół końcowy całego przedmiotu umowy (Rozdział IX, § 45.2 umowy). Zamawiający zabezpieczył się przed ewentualną rezygnacją wykonawcy z realizacji przedmiotu umowy przez odpowiednie kary umowne (Rozdział XI, § 59 umowy).

Zgodnie z art. 3 Uznk, czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Pojęcie to, jest jedną z klauzul generalnych, które pozwalają wyłącznie na wskazanie odpowiedniego kierunku interpretacji zachowania, które narusza przepisy prawa lub dobre obyczaje, przez co zagraża interesowi przedsiębiorcy lub klienta bądź go narusza (wyrok Sądu Apelacyjnego z 20 lutego 2008 r., I ACa 93/08). Dla uznania danego zachowania za czyn nieuczciwej konkurencji, konieczne jest łączne spełnienie trzech przesłanek, według których działanie takie musi:

- 1) być dokonane w ramach prowadzonej działalności gospodarczej,
- 2) naruszać przepisy powszechnie obowiązujące lub dobre obyczaje,
- 3) stanowić zagrożenie lub naruszenie interesu innego przedsiębiorcy lub klienta.

Działanie Przystępującego związane ze złożeniem oferty dokonane zostało w ramach prowadzonej działalności gospodarczej. Niemniej jednak nie można doszukać się zaistnienia pozostałych dwóch przesłanek.

Odwołujący nie wykazał, jakie przepisy prawa zostały naruszone, a Zamawiający, po analizie oferty Przystępującego oraz złożonych na wezwanie wyjaśnień - także takiego naruszenia się nie dopatrzył.

Także trudno doszukać się naruszenia dobrych obyczajów, wywodząc taki czyn z różnicy cen jednostkowych poszczególnych etapów realizacji zamówienia, skoro taka różnica została logicznie przez Przystępującego wyjaśniona, a Zamawiający - opierając się na swym doświadczeniu życiowym oraz dotychczasowej praktyce inwestycyjnej, taką różnicę uznał za logiczną i zasadną. Trzech spośród pozostałych oferentów, kierowało się taką samą logiką - zaoferowali oni analogiczną różnicę w wycenie kosztów jednostkowych.

Trzecia ww. przesłanka również nie została tu spełniona, gdyż dokonanie logicznej wyceny uwzględniającej utrudnienia realizacji robót, które wynikają z zasadnych potrzeb Zamawiającego, nie mogą mu szkodzić, a tym bardziej innym wykonawcom, a zwłaszcza trzem z nich - którzy podobnie rozumowali.

Z samej ilości złożonych ofert nie można nawet domniemywać, aby którykolwiek z wykonawców na rynku lokalnym czy krajowym miałby pozycję dominującą, zwłaszcza w odniesieniu do powszechnie dostępnych usług o z góry określonych standardach.

Zarzut nr 3

Zarzut ten nie był odrębny lecz stanowił część zarzutu nr 2. W ocenie Zamawiającego był niezasadny - Odwołujący w sposób istotny pominął postanowienia SIWZ. Zamawiający nigdy nie wymagał szczegółowej kalkulacji prac. W piśmie skierowanym do Przystępującego poproszono o wyjaśnienie powstałych niejasności związanych z różnicą ceny wykonania 1m² zamówienia. Otrzymane wyjaśnienia i argumentacja istniejącej różnicy w wycenie zostały zaakceptowane przez Zamawiającego.

Zarzut nr 4

Zgodnie z Rozdziałem 111.2. pkt 3) SIWZ oraz § 2 pkt 3) Wzoru Umowy zakres zamówienia obejmował „przeniesienie oddziału kardiologicznego na dwie ostatnie kondygnacje wraz z salą intensywnej opieki kardiologicznej z zapleczem medycznym i socjalnym”. Szczegółowy zakres przeniesienia wynikał z dokumentacji projektowej, stanowiącej opis przedmiotu zamówienia.

Zamawiający wskazał, że nie przewidział przenoszenia pacjentów przez wykonawcę. Do transportu pacjentów wymaga się wyspecjalizowanego personelu i pewnym było,

że Przystępujący w swoich wyjaśnieniach nie miał na myśli „fizycznego” przenoszenia pacjentów.

Przystępujący podniósł konieczność realizacji etapów jednocześnie w krótkim terminie i określonym okresie roku. Z uwagi na ten fakt, Przystępujący założył pracę w systemie dwuzmianowym, przy zaangażowaniu sprzętu oraz ludzi. Wskazał też, że prace przebiegać będą w miesiącach zimowych i z uwagi na ten fakt przewidziane zostały dodatkowe koszty związane z pracą w obniżonych temperaturach. Wykonawca nadmienił również o konieczności demontażu i zabezpieczenia paneli solarnych znajdujących się na dachu oddziału kardiologii.

22 października 2020 r. pisemne stanowisko wobec zarzutów odwołania złożył Przystępujący i wniósł o oddalenie odwołania. Argumentacja Przystępującego była zgodna z przytoczonym wyżej stanowiskiem Zamawiającego. Przystępujący wniósł ponadto o zostawienie bez rozpoznania zarzutu nr 4 odwołania w części dotyczącej:

1. złożenia przez Przystępującego oferty przy użyciu niewłaściwego programu do kompresji dokumentów elektronicznych,
2. nieprawidłowości, do których miało dojść podczas czynności otwarcia oferty Przystępującego.

Przystępujący w ramach uzasadnienia wniosku podniósł, że zarzut we wskazanej części został wniesiony po ustawowym terminie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Izba badając z urzędu odwołanie pod kątem możliwości zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 Pzp ustaliła, że zarzut nr 4 odwołania w części dotyczącej:

1) złożenia przez Przystępującego oferty przy użyciu niewłaściwego programu do kompresji dokumentów elektronicznych

2) nieprawidłowości, do których miało dojść podczas czynności otwarcia oferty Przystępującego

– podniesiony został po ustawowym terminie.

12 sierpnia 2020 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o udostępnienie przez Zamawiającego plików ofert złożonych w powyższym postępowaniu włącznie ze zrzutem ekranu z platformy przetargowej. Odwołujący wskazał przy tym, że: „W trakcie sesji otwarcia pojawił się problem z odczytem dwóch ofert. Oferta nr 2 i nr 4. Zamawiający przy pomocy pracownika (informatyka) otworzył oferty oraz przeczytał ich treści. W przypadku oferty nr 4, którą złożyła Firma Budowlana ANNA-BUD sp. z o.o. ul. Rondo ONZ 1, piętro 10, 00-124 Warszawa członkowie komisji poinformowali, że podczas próby otwarcia pojawił się komunikat folder jest nieprawidłowy (g. 11:44), plik został zapisany w złym formacie tj. format niezgodny z wynikającym z treści SIWZ. Proszę zatem o informację w jaki sposób oraz przy użyciu jakich środków Zamawiającemu udało się otworzyć pliki”.

W odpowiedzi, 18 sierpnia 2020 r. Zamawiający wskazał m. in.: „W trakcie otwarcia ofert, (...), które to nastąpiło w dniu 11 sierpnia 2020 r. nie doszło do naruszenia przepisów. Oferent Firma Budowlana ANNA-BUD sp. z o.o. dokonał kompresji dokumentów elektronicznych w sposób prawidłowy stosując program 7-zip, natomiast 5 innych Wykonawców użyło programu ZIP file format. Nadmieniam, iż zgodnie z Obwieszczeniem Prezesa Rady Ministrów z dn. 9 listopada 2017 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych programy te zostały wymienione jako jedne z formatów danych do kompresji”.

Biorąc pod uwagę powyższe nie budziło wątpliwości, że Zamawiający stanął na stanowisku, że zarówno w trakcie czynności otwarcia ofert, jak i w zakresie sposobu kompresji oferty Przystępującego nie doszło do żadnych nieprawidłowości. Tym samym bieg terminu wniesienia środka odwoławczego rozpoczął się wraz z udzieleniem przez Zamawiającego ww. odpowiedzi. W ocenie Izby stanowisko Odwołującego, który twierdził, że miał podstawy oczekiwać, że Zamawiający zmieni swój pogląd na sprawę i da temu odpowiedni wyraz na etapie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty było nieprawidłowe. 18 sierpnia 2020 r. Zamawiający jasno stwierdził, że w jego ocenie nie zaistniały żadne wątpliwości co do sposobu kompresji oferty Przystępującego, oraz czynności otwarcia jego oferty. Należało więc uznać, że Zamawiający nie dokona żadnych czynności wobec oferty Przystępującego, zgodnych z oczekiwaniami Odwołującego.

W tej sytuacji Izba uznała, że zarzut nr 4 w części określonej powyżej jako spóźniony podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Mając na uwadze powyższe w pozostałym zakresie Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Zarzut nr 1

Zgodnie z częścią VIII SIWZ Zamawiający żądał wniesienia przez wykonawców wadium, którego wysokość ustalona została na kwotę 490 000 zł.

Przystępujący w ramach realizacji tego obowiązku złożył Ubezpieczeniową gwarancję zapłaty wadium z 10 sierpnia 2020 r., o numerze D40001/001/5670/2020/015/32827406 wystawioną przez Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych TUW z siedzibą w Warszawie (dalej: TUW).

Zarzut oparty został na następujących założeniach:

- 1) punkt 8 ww. gwarancji brzmiał: „Gwarancję w imieniu Gwaranta podpisał B. O. na podstawie pełnomocnictwa z 18.03.2020 r.”;
- 2) spełnienie wymogu bezwarunkowości gwarancji uzależnione było od załączenia do niej pełnomocnictwa wskazanego w punkcie 8;
- 3) Przystępujący nie załączył do dokumentu gwarancji przedmiotowego pełnomocnictwa.

Odwołujący nie twierdził, że pan B. O., który podpisał się pod dokumentem gwarancji nie był umocowany do działania w tym zakresie w imieniu TUW. Odwołujący wywodził jedynie, że ze względu na niezłączenie do gwarancji odpowiedniego pełnomocnictwa dla Pana B. O. nie da się stwierdzić, czy przedmiotowa gwarancja jest skuteczna w sposób odpowiadający przepisom Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba uznała, że stanowisko Odwołującego jest niezasadne.

W pierwszym rzędzie wskazać należy, że skoro Odwołujący podważał fakt skuteczności gwarancji wadialnej, to zgodnie z dyspozycją art. 190 ust. 1 Pzp powinien swoje twierdzenie poprzeć stosownymi dowodami. Odwołujący ograniczył się jednak do twierdzeń opartych wyłącznie na treści gwarancji wystawionej przez TUW.

Przepisy Pzp nie nakładają na wykonawców obowiązku dołączania do gwarancji dokumentów potwierdzających umocowanie poszczególnych osób do działania w imieniu gwaranta. Wymogu takiego nie zawarł również Zamawiający w SIWZ.

Normalną praktyką jest, że w imieniu gwaranta dokument gwarancji podpisywany jest przez jego pracowników. Dlatego też wskazanie w punkcie 8 tej gwarancji, że na podstawie określonego pełnomocnictwa umocowanym do działania w imieniu TUW był w tym zakresie

Pan B. O. nie sprawiło, że skuteczność gwarancji została uzależniona od zaistnienia zdarzenia przyszłego i niepewnego. W konsekwencji Izba uznała, że nie potwierdziła się podstawowa okoliczność, na której oparty został zarzut nr 1. Z tego względu Izba uznała, że zarzut podlegał oddaleniu.

Zarzut nr 2

W części III SIWZ Zamawiający opisał przedmiot zamówienia jako rozbudowę Szpitala Uzdrowskiego „Krystyna” służącą optymalizacji procesu terapeutyczno-leczniczego w chorobach układu krążenia.

Zakres przedmiotu zamówienia obejmował m. in.:

- 1) nadbudowę budynku nr 1 („budynek po Zarządzie”) o dwie kondygnacje;
- 2) nadbudowę budynku nr 2 („Kardiologia”) o jedną kondygnację;
- 3) przeniesienie oddziału kardiologicznego na dwie ostatnie kondygnacje wraz z salą intensywnej opieki kardiologicznej z zapleczem medycznym i socjalnym;
- 4) adaptację istniejących kondygnacji na standardowe pokoje pobytowe wraz z niezbędnym zapleczem;
- 5) adaptację pomieszczeń kondygnacji piwnic w części wschodniej na potrzeby biblioteki z czytelnią oraz pozostałą część pomieszczeń na kondygnacji piwnic na pomieszczenia magazynowe, części techniczne obiektu oraz zaplecze porządkowe szpitala uzdrowskiego;
- 6) docieplenie ścian zewnętrznych;
- 7) renowację elewacji wraz z ujednoczeniem wyglądu zewnętrznego kompleksu, z nawiązaniem do budynków „Nowej Krystyny” oraz budynku Zarządu Uzdrowisko Busko-Zdrój;
- 8) wymianę podłogi na gruncie wraz z dociepleniem;
- 9) wprowadzenie na każdej kondygnacji pomieszczeń sanitarnych, porządkowych i medycznych, wraz z salami chorych;
- 10) przebudowa w zakresie modernizacji bryły i elewacji budynku;
- 11) instalacje rurociąagowe gazów medycznych;
- 12) kompleksowe wykonanie instalacji wody zimnej, ciepłej i cyrkulacji w budynku nr 1 i 2 oraz wymianę przewodów tranzytowych do Willi Zielonej oraz budynku rehabilitacji.

Zamawiający nie podzielił przedmiotu zamówienia na części. Wyodrębnione zostały jednak budynek nr 1 i nr 2. Miało to swój wyraz w części IV SIWZ:

„Maksymalny termin wykonania zamówienia przewidziano do 16 miesięcy od dnia podpisania Umowy z tym, że:

- 1) Etap I – budynek nr 2 „Kardiologia” zostanie wykonany i przekazany Zamawiającemu w terminie do 8 miesięcy od dnia podpisania Umowy;
- 2) Etap II – budynek nr 1 „Budynek po Zarządzie” zostanie wykonany i przekazany Zamawiającemu w terminie do 16 miesięcy od dnia podpisania Umowy”.

W zakresie sposobu obliczenia ceny oferty Zamawiający zawarł następującą instrukcję w części XII SIWZ, punkt 1:

„Wynagrodzenie za realizację przedmiotu umowy jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Cena oferty jest łączną ceną brutto (wraz z podatkiem VAT) za wszystkie elementy składowe zamówienia. Wykonawca w formularzu ofert określi ceną brutto (łącznie z podatkiem VAT) za wykonanie czynności przedmiotu zamówienia wraz z jej podziałem na poszczególne etapy zgodnie z zapisami Projektu Umowy 41 ust. 1, tj.:

- 1) cenę za wykonanie robót budowlano-montażowych związanych z zadaniem pn. „Rozbudowa Uzdrowskiego „Krystyna” służąca optymalizacji procesu terapeutyczno-leczniczego w chorobach układu krążenia”.

Wykonawca zobowiązany jest wyszczególnić w Formularzu Ofertowym ceny brutto za Etap I i Etap II”.

Zgodnie z powyższą instrukcją Przystępujący w Formularzu Oferty podał następujące ceny:

- 1) cena brutto (całkowita) – 15 734 160,00 zł;
- 2) cena brutto za Etap I – 8 931 860,00 zł;
- 3) cena brutto za Etap II – 6 802 300,00 zł.

4 września 2020 r. na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie do wyjaśnień i wskazał: „Po dokonaniu przez członków komisji przetargowej analizy ofert powzięto wątpliwość co do prawidłowej kalkulacji ceny za poszczególne etapy zamówienia. Z analizy przedstawionych w ofercie przez Wykonawcę cen wynika duża różnica w oferowanej cenie wykonania 1 m² Etapu I zamówienia w stosunku do Etapu II tj. 1 584,55 zł. Tak duża różnica cenowa na korzyść Etapu I nie występuje natomiast w pozostałych złożonych ofertach.

Zastanawiający dla Zamawiającego jest zatem sposób przyjęty do wyceny przez Wykonawcę etapów zamówienia.

Z dokumentacji technicznej wynika, że powierzchnia użytkowa Budynku nr 2 (Etap I) wynosi 1 924,54 m² i jest mniejsza od powierzchni użytkowej Budynku nr 1 (Etap II) wynoszącej 2 226,25 m². Co więcej, w dokumentacji kosztorysowej posiadanej przez Zamawiającego koszt wykonania Etapu I został skalkulowany na kwotę niższą niż koszt wykonania Etapu II”.

W odpowiedzi, 9 września 2020 r. Przystępujący złożył wyjaśnienia i wskazał m. in.:

„Firma Budowlana „Anna-Bud” Sp. z o.o. przyjęła w swoich założeniach zwiększone zaangażowanie sprzętu oraz ludzi w realizację etap I, czyli budynku 2, który ma stosunkowo,

krótki termin realizacji, bo należy go wykonać w ciągu 8 m-cy od momentu podpisania umowy. Aby zrealizować etap I w wyznaczonym przez Zmawiającego terminie Firma Budowlana „Anna-Bud” Sp. z o.o. przyjęła do wyceny prowadzenie prace w trybie dwuzmianowym, co znacznie podraża koszt wykonania tego etapu. Dodatkowe koszty związanych z utrzymaniem pracowników i sprzętu, którzy będą pracować w systemie dłuższym niż standardowy został przez nas oszacowany na kwotę 656 000 zł brutto.

Znaczna część Prac etapu I przewidziana jest do wykonania w miesiącach zimowych (m.in. listopad, grudzień, styczeń, luty, marzec), co znacznie podraża koszt wykonania wszelkiego rodzaju robót. Aby wykonać etap I w wyznaczonym przez Zamawiającego krótkim terminie umownym, zmuszeni byliśmy także przewidzieć dodatkowe koszty związane z szczególnym wykonywaniem prac w okresie obniżonych temperatur w tym między innymi: dodatkowym ogrzewaniem budynku. Wartość ta została wyliczona na kwotę brutto 65 000,00 zł.

Ponadto informujemy, że różnica ceny 1m² pomiędzy wykonaniem etapu I, a wykonaniem etapu II wynika w szczególności z doliczenia dodatkowych elementów, które różnią te etapy, a wynikają z konieczności wykonania prac w etapie I zgodnie z przedstawianą przez Zamawiającego dokumentacją projektową (...).

Reasumując w etapie I w odróżnieniu od etapu II została doliczona większość kosztów dodatkowych wynikających z dokumentacji projektowej, pytań i odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego oraz wszelkiego rodzaju koszty pracy związane z utrzymaniem pracowników na dodatkowym systemie zmianowym i koszty ogólne oraz koszty organizacji i utrzymania budowy. Wartość tych kosztów została przez nas szczegółowo przeanalizowana i wyliczona przez naszą spółkę na poziomie 1 868 200,00 zł brutto. Dlatego też takie bezpośrednie porównanie ceny 1m² obydwu etapów nie jest miarodajne”.

Przystępujący uzasadniając różnicę w cenach realizacji 1m² wskazał też na konieczność prac związanych z demontażem, zabezpieczeniem i ponownym montażem paneli słonecznych oraz wykonaniem brakującej instalacji, których łączna wartość wyceniona została na 370 000,00 zł brutto.

Zamawiający uznał wyjaśnienia Przystępującego za wystarczające i wiarygodne. W konsekwencji uznał ofertę Przystępującego za prawidłową, co finalnie prowadziło do jej wyboru jako najkorzystniejszej.

Po przeprowadzeniu dowodu z ofert złożonych w postępowaniu Izba ustaliła, że zgodnie z twierdzeniem Odwołującego, jedynie Przystępujący zaoferował Zamawiającemu realizację Etapu I za cenę wyższą niż dla Etapu II. Mimo tego w ocenie Izby zarzut nr 2 odwołania nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Z kolei art. 3 ust. 1 i 2 Uznk stanowi, że:

1. Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.
2. Czynami nieuczciwej konkurencji są w szczególności: wprowadzające w błąd oznaczenie przedsiębiorstwa, fałszywe lub oszukańcze oznaczenie pochodzenia geograficznego towarów albo usług, wprowadzające w błąd oznaczenie towarów lub usług, naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, nakłanianie do rozwiązania lub niewykonania umowy, naśladownictwo produktów, pomawianie lub nieuczciwe zachwalanie, utrudnianie dostępu do rynku, przekupstwo osoby pełniącej funkcję publiczną, a także nieuczciwa lub zakazana reklama, organizowanie systemu sprzedaży lawinowej, prowadzenie lub organizowanie działalności w systemie konsorcyjnym oraz nieuzasadnione wydłużanie terminów zapłaty za dostarczane towary lub wykonane usługi.

Wskazać przy tym jednak należy, na art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Biorąc pod uwagę powyższe wskazać należy, że zgodnie z przytoczoną wyżej ogólną regułą dotyczącą ciężaru dowodu, obowiązek dowodowy spoczywał na Odwołującym.

W ocenie Izby Odwołujący temu obowiązkowi nie sprostał. Oczywistym jest, że w przypadku zarzutów dotyczących czynów nieuczciwej konkurencji ich udowodnienie może przekraczać obiektywne możliwości podmiotu, który te zarzuty podniósł. W takiej sytuacji przyjmuje się, że odpowiednie uprawdopodobnienie i uwiarygodnienie stanowiska tego podmiotu może zostać uznane, za wystarczającą realizację ciężaru dowodu. W przedmiotowej sprawie wskazać jednak należy, że Odwołujący oparł zarzut nr 2 na okolicznościach, które były mu znane. Odwołujący znał zarówno treść wezwania, które Zamawiający skierował do Przystępującego 4 września 2020 r., jak również treść odpowiedzi Przystępującego z 9 września 2020 r. Odwołujący nie musiał zatem domniemywać przebiegu zdarzeń na podstawie zaistniałych skutków. Mimo to Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że opisana wyżej konstrukcja ceny oferty Przystępującego stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji. O ile słuszne było stanowisko Odwołującego, że każdy wykonawca kalkulując cenę realizacji Etapu I i II musiał uwzględnić takie okoliczności, jakie w swoich wyjaśnieniach

przywołał Przystępujący, to nie oznacza to automatycznie, że Przystępujący dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji.

Podkreślenia wymaga, że cena ofert miała charakter ryczałtowy, zatem każdy z wykonawców kalkulował tę cenę samodzielnie kalkulując ryzyka związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie zabronił zróżnicowania cen realizacji 1m² Etapu I i II, a w ocenie Izby ta różnica w przypadku oferty Przystępującego nie miała charakteru tak rażącego, by Odwołujący w uzasadnieniu zarzutu mógł ograniczyć się jedynie do twierdzeń i ogólnych wniosków.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba oddaliła Zarzut nr 2 jako nieudowodniony.

Zarzuty nr 3 i 4

Oba zarzuty zostały oparte na założeniu, że Przystępujący składając wyjaśnienia z 9 września 2020 r. dowiódł, że jego intencją jest fizyczne przeniesienie pacjentów w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Wobec faktu, że czynność taka nie została uwzględniona w opisie przedmiotu zamówienia, w ocenie Odwołującego Przystępujący miał z jednej strony wprowadzić Zamawiającego w błąd, z drugiej zaś zaoferować świadczenie niezgodne z treścią SIWZ.

Treść fragmentu wyjaśnień Przystępującego na podstawie którego postawione zostały oba zarzuty brzmiała:

„Ponadto informujemy, że różnica ceny 1m² pomiędzy wykonaniem etapu I, a wykonaniem etapu II wynika w szczególności z doliczenia dodatkowych elementów, które różnią te etapy, a wynikają z konieczności wykonania prac w etapie I zgodnie z przedstawianą przez Zamawiającego dokumentacją projektową, tj.:

- 1) zgodnie z pkt 2 ppkt 3 na stronie 2 SIWZ w zakresie wykonania w etapie I (budynek nr 2) oraz na podstawie udzielanych odpowiedzi z 24.07.2020 r. – zapytanie 6 i odpowiedzi z 15.07.2020 – zapytanie 12 spółka Anna-Bud przewidziała „przeniesienie oddziału kardiologicznego na dwie ostatnie kondygnacje wraz z salą intensywnej opieki kardiologicznej z zapleczem medycznym i socjalnym”. Wartość tych prac została oszacowana na kwotę 347 200 zł brutto.

Ze względu na skomplikowany i ryzykowny zakres prac związany z przeniesieniem pacjentów, powyższa wartość została skalkulowana m.in. na podstawie otrzymanej oferty towarzystwa ubezpieczeniowego oraz na podstawie własnego doświadczenia i czasu pracy jaki potrzeby jest do wykonania powyższego zakresu.

Nadmieniamy, że jesteśmy firmą, która specjalizuje się w wykonaniu obiektów dla służby zdrowia i wykonywanie prac na czynnym obiekcie i „przeniesienia pacjentów” nie jest nam obce, ponieważ realizowaliśmy budowy o podobnym charakterze m.in. nadbudowę

i przebudowę Kliniki Neurochirurgii dla Wojskowego Instytutu Medycznego w Warszawie; przebudowę Oddziału Dziecięcego na obiekcie istniejącym w Busku-Zdroju; Rozbudowę i przebudowę Szpitala im. Dr. J. Dietla w Krynicy-Zdroju; przebudowę Oddziału Intensywnej Terapii, Bloku Operacyjnego i Izby Przyjęć dla ZOZ w Busku-Zdroju, rozbudowę Bloku Operacyjnego dla ZOZ w Busku-Zdroju, Rozbudowę Szpitala Wojewódzkiego w Kielcach o Oddziały Pediatryczne i Intensywną Terapię wraz z salami operacyjnymi”.

W ocenie Izby z powyższego fragmentu wyjaśnień nie wynika, że Przystępujący miał zamiar fizycznie przenosić pacjentów Oddziału oraz by koszt takiej czynności Przystępujący uwzględnił w kalkulacji ceny oferty. Przystępujący wskazał na ryzykowny i skomplikowany zakres prac związanych z przeniesieniem pacjentów, nie zaś na samo przenoszenie pacjentów, co stanowi istotną różnicę w okolicznościach sprawy.

Ocena kolejnej wzmianki o przeniesieniu pacjentów wymaga zwrócenia uwagi na użyty przez Przystępującego cudzysłów. Nie sposób na tej podstawie uznać, że rzeczywistą wolą Przystępującego było osobiste przenoszenie pacjentów. Ponadto trudno sobie wyobrazić, aby tak delikatną czynność jak przenoszenie osób między oddziałami szpitalnymi, bez wyraźnej woli lub wbrew woli Zamawiającego, miałyby zrealizować wykonawca robót budowlanych.

Odwołujący wskazał też, że wyjaśnienia Przystępującego z 9 września 2020 r. wprowadzały Zamawiającego w błąd. Odwołujący nie udowodnił jednak tego zarzutu.

Oddaleniu podlegały również zarzuty ewentualne, będące w istocie pochodną zarzutów opartych na twierdzeniu o nieprawidłowości wyjaśnień Przystępującego z 9 września 2020 r. Zarzuty te nie zostały choćby uprawdopodobnione i opierały się na gołosłownych twierdzenia Odwołującego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

.....

.....

.....