

Sygn. akt: KIO 1561/18

**WYROK
z dnia 22 sierpnia 2018 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 sierpnia 2018 r. przez Odwołującego: Uniserv Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Uniwersytet Jagielloński – Collegium Medicum z siedzibą w Krakowie, przy udziale wykonawcy RE-Bau Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: Uniserv Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego: Uniserv Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Uniwersytet Jagielloński – Collegium Medicum z siedzibą w Krakowie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Kontynuacja rozbudowy i przebudowa budynku przy ul. Medycznej 7 w Krakowie w celu dostosowania pomieszczeń na potrzeby Centrum Innowacyjnej Edukacji Medycznej Uniwersytetu Jagiellońskiego – Collegium Medicum w Krakowie” (numer postępowania 141.2711.33.2018), zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 12 maja 2018 roku pod nr 2018/S 090-201192.

W dniu 6 sierpnia 2018 r. wykonawca Uniserv Spółka Akcyjna z siedzibą w Katowicach (dalej Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności Zamawiającego i zarzucił mu naruszenie:

1. Art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz nierówne traktowanie wykonawców, oraz przez odrzucenie oferty Odwołującego w sposób niezgodny z przepisami Pzp.
2. Art. 38 ust. 4 Pzp przez bezpodstawną zmianę treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w Postępowaniu (zwanej dalej: SIWZ) po upływie terminu składania ofert i uznanie, że indywidualna kalkulacja ceny oferty Odwołującego, przedłożona wraz z jego ofertą (zwana dalej: Kalkulacją Indywidualną), stanowiła część treści oferty sensu stricto, podczas gdy, w myśl postanowień SIWZ oraz regulacji Pzp, Kalkulacja Indywidualna nie stanowiła treści oferty.
3. Art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez nieuzasadnione wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących postanowień Kalkulacji Indywidualnej, a w konsekwencji przez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ, względnie, tj. w przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że Kalkulacja Indywidualna stanowiła integralną część oferty sensu stricto, wówczas:
4. Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez nieuzasadnione zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności tej oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty

Odwołującego, a w konsekwencji nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ, jak również

5. Art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w sytuacji gdy treść złożonych uprzednio przez Odwołującego wyjaśnień nie rozwiązała wszystkich wątpliwości Zamawiającego.
6. Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ na podstawie postanowień Kalkulacji Indywidualnej, podczas gdy, w myśl postanowień SIWZ oraz regulacji PZP, Kalkulacja Indywidualna nie stanowiła integralnej części treści oferty sensu stricto, względnie, tj., w przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że Kalkulacja Indywidualna stanowiła integralną część treści oferty sensu stricto, wówczas:
7. Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ na podstawie postanowień Kalkulacji Indywidualnej, podczas gdy oferta Odwołującego jest w pełni zgodna z treścią SIWZ.
8. Art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego, której istotne części składowe ceny oferty miały być rzekomo rażąco niskie i budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów, podczas gdy wszystkie istotne części składowe ceny oferty zostały wycenione w sposób prawidłowy, rzetelny, są realne, wiarygodne oraz odpowiadają cenom rynkowym, a także zapewniły wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego oraz zgodnie z wymaganiami wynikającymi z odrębnych przepisów, względnie, tj. w przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że Kalkulacja Indywidualna stanowiła integralną część treści oferty sensu stricto, wówczas:
9. Art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 i 4 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego, której istotne części składowe ceny oferty miały być rzekomo rażąco niskie i budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, podczas gdy istotne części składowe ceny oferty Odwołującego zostały wycenione w sposób prawidłowy, rzetelny, były realne, wiarygodne, zapewniające wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami wynikającymi z SIWZ i odrębnych przepisów.

10. Art. 90 ust. 1a Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego jako zawierającej rażąco niską cenę.
11. Art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, mimo, że oferta Odwołującego była zgodna z SIWZ i nie zawierała rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu Zamówienia, względnie, tj. w przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, że Kalkulacja Indywidualna stanowiła dokument przedkładany wraz ofertą, wówczas:
12. Art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do przedłożenia Kalkulacji Indywidualnej w sytuacji gdy Zamawiający stwierdził braki lub rozbieżności lub inne niedokładności w treści Kalkulacji Indywidualnej, względnie
13. Art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących Kalkulacji Indywidualnej w sytuacji powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości co do treści Kalkulacji Indywidualnej, względnie przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści Kalkulacji Indywidualnej w sytuacji gdy treść złożonych uprzednio wyjaśnień nie rozwiązała wszystkich wątpliwości Zamawiającego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
2. ponownego przeprowadzenia oceny ofert, w tym oferty Odwołującego, a następnie przeprowadzenia badania oferty Odwołującego, w myśl pkt 13 ust. 1 SIWZ w zw. art. 24aa Pzp,
3. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,
4. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W toku posiedzenia Odwołujący wycofał zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp wskazany w punkcie 14.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Pismem z dnia 10 lipca 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentacji ofertowej złożonej w postępowaniu. W odpowiedzi Odwołujący złożył wyjaśnienia w żądanym zakresie. W dniu 27 lipca 2018 r. Zamawiający, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 90 ust. 3 Pzp, w związku z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, odrzucił ofertę jako niezgodną z treścią SIWZ oraz zawierającą rażąco niską cenę.

Zgodnie z SIWZ wykonawcy byli zobowiązani dołączyć do ofert obliczenie ceny ryczałtowej dla całości zamówienia dokonane w oparciu o Kalkulację Indywidualną. W uzasadnieniu zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający stwierdził, że Kalkulacja Indywidualna stanowiła integralną część treści oferty. Tymczasem w SIWZ brak było postanowień pozwalających uzasadniać takie stwierdzenie. Również przepisy Pzp nie stanowią o tym, aby kalkulacja indywidualna żądana przez Zamawiającego, a opisana w treści SIWZ, miała stanowić integralną część treści oferty. Gdyby zatem Kalkulacja Indywidualna miała stanowić integralną część treści oferty Odwołującego (rozumianej sensu stricto), wówczas takie twierdzenie musiałyby mieć uzasadnienie w postanowieniach SIWZ, względnie w regulacjach Pzp. Przepisy Pzp wyraźnie rozróżniają ofertę wykonawcy od dokumentów, które składane są wraz z ofertą. Powyższe potwierdza m.in. wyrok KIO z 5 lutego 2009 r. (sygn. KIO/UZP 99/09 - „Pzp odróżnia ofertę od dokumentów składanych wraz z ofertą, w szczególności potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego”. W związku z powyższym, wobec braku jednoznacznych postanowień SIWZ w przedmiotowym zakresie, a także wobec braku regulacji Pzp w tym zakresie, Zamawiający nie był uprawniony do stwierdzenia, że treść Kalkulacji Indywidualnej stanowiła integralną część treści oferty Odwołującego rozumianej sensu stricto.

Odwołujący nie zgodził się z twierdzeniem Zamawiającego jakoby złożył ofertę, której treść nie odpowiadała treści SIWZ przez błędnie zatytułowaną ofertę. Tytuł dokumentu z punktu widzenia wykładni oświadczenia woli nie miał znaczenia, albowiem istotna jest treść dokumentu i to ona decydowała o charakterze prawnym i faktycznym danego dokumentu.

Twierdzenie Zamawiającego jakoby Odwołujący w załączonej do oferty Kalkulacji Indywidualnej błędnie przedstawił oferowany opis przedmiotu zamówienia, w wyniku czego dokonał błędnej wyceny przedmiotu zamówienia było nietrafne. Wyjaśnień nie można było potraktować jako przyznania się Odwołującego do popełnienia błędów przy konstruowaniu oferty - nie można było dokonywać oceny zgodności oferty Odwołującego z SIWZ w oparciu o postanowienia Kalkulacji Indywidualnej.

W ocenie Odwołującego nieprawdą było, że załączając do wyjaśnień z 13 lipca 2018 r. poprawioną kalkulację ceny dla całości zamówienia, w której treści zawarł jakoby nowy katalog pozycji wraz z przypisaniem im nowych cen jednostkowych względem zapisów Kalkulacji Indywidualnej, doprowadził do zmiany złożonej oferty. Kalkulacja przedłożona przez Odwołującego wraz z wyjaśnieniami stanowiła dowód na poparcie prawidłowości, zasadności i trafności twierdzeń podniesionych w tych wyjaśnieniach. Zgodnie z SIWZ Odwołujący był zobowiązany dołączyć do swojej oferty obliczenie ceny ryczałtowej dla całości Zamówienia, wyliczonej w oparciu o indywidualną kalkulację. Natomiast

w przypadku składania wyjaśnień Odwołujący był zobowiązany wykazać, za pomocą dowolnych środków dowodowych, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Jednym ze środków dowodowych mogła być szczegółowa kalkulacja kosztów wykonania przedmiotu zamówienia. Mylnie zatem było twierdzenie jakoby szczegółowa kalkulacja kosztów, przedłożona wraz z wyjaśnieniami, miała służyć zmianie postanowień Kalkulacji Indywidualnej.

Nawet gdyby uznać, że Kalkulacja Indywidualna stanowiła integralną część treści ofert, czemu jednak Odwołujący konsekwentnie zaprzecza, wówczas w sposób wystarczający i wyczerpujący, przez złożenie Wyjaśnień, wykazał, że jego oferta była w pełni zgodna z SIWZ. Z żadnych jej postanowień nie wynikało, by realizacja przedmiotu zamówienia miała się odbywać w oparciu o postanowienia Kalkulacji Indywidualnej - nie stanowiła ona źródła zakresu robót jakie należało wykonać w celu realizacji zamówienia. Jak wynika z wyroku KIO 175/15: „Kosztorys ofertowy, niezależnie od tego, czy jest sporządzany w formie uproszczonej, czy też szczegółowej, nie może stanowić wystarczającej podstawy służącej ustaleniu zakresu prac, do których wykonania zobowiązuje się wykonawca składając ofertę. Skoro przedmiotem zamówienia są roboty budowlane, to - zgodnie z art. 31 ust. 1 Pzp - opisuje się je za pomocą dokumentacji projektowej i STWiORB. Przedmiar robót jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu budowlanego, czy STWiORB i pełniącym odmienną rolę niż wspomniane dokumenty. Istotą przedmiaru jest przedstawienie zakresu niezbędnych do wykonania prac (ze wskazaniem jednostek przedmiarowych), co ma pomóc wykonawcom w oszacowaniu pracochłonności, a przede wszystkim kosztów wykonania ujętych w nim robót budowlanych. Przedmiar robót, a w konsekwencji także kosztorys sporządzony na jego podstawie, mają jedynie pomocnicze znaczenie w ustaleniu treści zobowiązania wykonawcy, bowiem ich głównym celem jest skalkulowanie oferty, nie zaś zobrazowanie jej zakresu. Obowiązkiem wykonawcy jest realizacja umowy na podstawie dokumentacji projektowej, nie zaś kosztorysu sporządzonego w oparciu o jej fragment, bowiem to dokumentacja projektowa opisuje przedmiot zamówienia, a kosztorys co najwyżej opisuje wynagrodzenie za jego wykonanie, bądź podstawy ustalenia tego wynagrodzenia. Kosztorys nie może zastępować dokumentacji projektowej i być traktowany na równi z nią. Sprzeczności oferty z SIWZ należy upatrywać w takich sytuacjach, w których treść oświadczenia woli wykonawcy wyraża *expressis verbis* zamiar odstąpienia w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia od wymagań opisanych w dokumentacji projektowej, czego nie można zakładać wyłącznie na podstawie odmiennej od oczekiwanej przez zamawiającego konstrukcji kosztorysu ofertowego”.

Zamawiający wskazał w SIWZ w pkt 3 ust. 3, w pkt 10 ust. 3 oraz w pkt 12 ust. 4, że każdy wykonawca musiał dołączyć do własnej oferty obliczenie ceny ryczałtowej oferty dla całości

zamówienia. Powyższe uzupełniała dyspozycja pkt 10 ust. 1 SIWZ, z której wynikało, że każdy wykonawca był zobowiązany złożyć ofertę obejmującą całość oferowanego przedmiotu zamówienia i winien był skalkulować cenę dla całości przedmiotu zamówienia, a także postanowienia pkt 12 ust. 12 i 13 („Zamawiający nie przewiduje udzielenia zaliczek na poczet wykonania zamówienia, a wynagrodzenie Wykonawcy ma charakter ryczałtowy. Podana w ofercie cena ryczałtowa musi uwzględniać wszystkie wymagania niniejszej SIWZ oraz obejmować wszelkie koszty, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytej oraz zgodnej z obowiązującymi przepisami realizacji przedmiotu zamówienia”) oraz postanowienia § 7 ust. 1 wzoru umowy, stanowiącej część SIWZ.

W myśli postanowień SIWZ cena ofert składanych w postępowaniu to cena ryczałtowa. Jakiegokolwiek wyliczenia ceny, w tym kosztorysy podstawowe lub kosztorysy szczegółowe, przedstawiane na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miały charakter wyłącznie informacyjny czy też pomocniczy, w szczególności gdy z postanowień SIWZ nie wynikało coś innego. Takie twierdzenie znajduje uzasadnienie w utrwalonym stanowisku zajmowanym w orzecznictwie KIO. Również w orzecznictwie sądów powszechnych wskazuje się, że: „Jeżeli za wykonane dzieło strony ustaliły wynagrodzenie ryczałtowe, dołączenie przez wykonawcę do umowy kosztorysu nie ma znaczenia, a dokument ów uznać należy jedynie za uzasadniający merytorycznie oferowaną przez przyjmującego zamówienie (wykonawcę) kwotę wynagrodzenia ryczałtowego”. (tak stwierdził Sąd Apelacyjny w Poznaniu w wyroku z dnia 6 marca 2001 r. (sygn. I ACa 1147/00)).

W związku z powyższym Zamawiający już po upływie terminu składania ofert w postępowaniu, opierając wystosowane do Odwołującego Wezwanie na dyspozycji art. 87 ust. 1 Pzp oraz art. 90 ust. 1 Pzp oraz odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz art. 90 ust. 3 Pzp, próbował, w sposób nieuzasadniony i niezgodny z regulacjami PZP, przypisać Kalkulacji Indywidualnej charakter integralnej części treści oferty Odwołującego, co nie znajdowało oparcia w przepisach Pzp, jak i w postanowieniach SIWZ. Żadna z istotnych części składowych oferty Odwołującego nie zawierała rażąco niskiej ceny w świetle regulacji art. 90 Pzp, co zostało wykazane w wyjaśnieniach z 13 lipca 2018 r. Odwołujący był uprawniony do przeprowadzenia własnej, samodzielnej wyceny poszczególnych składników robót ujętych w poszczególnych pozycjach Kalkulacji Indywidualnej. Zamawiający w wezwaniu z 10 lipca 2018 r. wskazał, że na potrzeby udowodnienia braku rażąco niskiej ceny Odwołujący mógł przedłożyć kosztorysy uproszczone lub kosztorysy szczegółowe. Powyższe stanowi dowód dla wykazania, że Odwołujący miał pełną swobodę w zakresie przedstawienia i opisanie kosztów realizacji przedmiotu zamówienia.

Zamawiający, w uzasadnieniu zawiadomienia o odrzuceniu oferty wskazał, że jego

wątpliwości wzbudził fakt, że w istotnych elementach oferty, tj. w pozycjach wskazanych w wezwaniu z 10 lipca 2018 r., cena jest znacząco niższa od średniej cen złożonych w postępowaniu. Zamawiający stwierdził, że wskazane w treści wezwania elementy kalkulacji indywidualnej stanowiły „bardzo istotne części składowe ceny oferty, które niezależnie od innych pozycji indywidualnej kalkulacji ceny, również podlegają badaniu przez Zamawiającego pod względem rażąco niskiej ceny i mają wpływ na tą ocenę”. Dodatkowo Zamawiający przytoczył na tą okoliczność wyrok KIO z dnia 22 grudnia 2017r. (sygn. KIO 2588/17), że: „Co do zasady w zakresie rażąco niskiej ceny, należy brać pod uwagę całościową cenę oferty. Natomiast, ceny składowe czy ceny jednostkowe mogą być badane w zakresie rażąco niskiej ceny, w sytuacji kiedy mogą zaważyć na należyтым wykonaniu przyszłej umowy. Regulację dot. rażąco niskiej ceny mają na celu zabezpieczenie zamawiającego (w tym interesu publicznego), przed koniecznością zawierania umowy z wykonawcą oferującym cenę na tyle niską, iż wątpliwym wydaje się, że wykonawca ten wykonana umowę, ewentualnie, iż wykona ją należycie. A zatem, przesłanką stosowania regulacji dot. rażąco niskiej ceny powinno być zagrożenie należytego wykonania umowy”, a także wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2018 r. (sygn. KIO 2725/17): „Zamawiający może wezwać wykonawcę w każdej sytuacji, w której wysokość ceny lub kosztu oferty, a nawet jedynie ich istotne części składowe budzą jego wątpliwości, mimo iż cena całkowita lub koszt nie jest niższa niż szczególny ustawowy limit”. Zamawiający nie wyjaśnił jednak dlaczego pozycje wskazane w treści Wezwania, miały istotny charakter spośród pozostałych elementów zamieszczonych w Kalkulacji. Nie wykazał również w żaden sposób, że sporządzona przez Odwołującego Kalkulacja Indywidualna, jak również treść wyjaśnień wraz z przedłożonymi dokumentami, miały wskazywać, że Odwołujący nie dawał rękojmi należytego wykonania umowy w przypadku udzielenia mu zamówienia.

Zamawiający podniósł także zarzut, że Odwołujący do złożonych wyjaśnień przedstawił jedynie nową kalkulację ceny oferty, w której cena ryczałtowa została obliczona w taki sposób, że niektóre ceny jednostkowe skalkulowano na niższym poziomie, a inne zaś na wyższym, co spowodowało uśrednienie cen całej oferty.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego 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.

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

Biorąc pod uwagę wariantową konstrukcję zarzutów odwołania Izba w pierwszym rzędzie dokonała analizy charakteru prawnego Kalkulacji Indywidualnej.

SIWZ w punkcie 1.13.2 ppkt 3 stanowiła, że wykonawca musi dołączyć do oferty obliczenie ceny ryczałtowej oferty dla całości zamówienia wyliczonej w oparciu o indywidualną kalkulację. Cena musi uwzględniać wymagania i postanowienia niniejszej SIWZ oraz jej załączników, w szczególności dokumentacji projektowej, STWiOR oraz doświadczenia zawodowego oraz przy uwzględnieniu orientacyjnego i pomocniczego charakteru przedmiaru. Konsekwentnie Opis sposobu przygotowywania ofert w punkcie 3 oraz Opis sposobu obliczenia ceny w punkcie 4 wskazywały: „Wykonawca musi dołączyć do oferty obliczenie ceny ryczałtowej oferty dla całości zamówienia wyliczonej w oparciu o indywidualną kalkulację. Cena musi uwzględniać wymagania i zapisy niniejszej SIWZ oraz jej załączników, w szczególności dokumentacji projektowej, STWiOR oraz doświadczenia zawodowego oraz przy uwzględnieniu orientacyjnego i pomocniczego charakteru przedmiaru”. Powyższe jednoznacznie wskazuje, że Kalkulacja Indywidualna służyć miała do obliczenia ceny całkowitej oferty, a zatem miała charakter pierwotny w stosunku do ceny całkowitej wykazanej w formularzu oferty. Obowiązkiem wykonawców było prawidłowe wyliczenie cen składowych wszystkich elementów niezbędnych dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, a wynik obliczeń miał zostać wpisany do formularza oferty jako cena całkowita. Dowodzi to bezpośredniego związku między kalkulacją, a treścią oferty i w ocenie Izby przesądza, że Kalkulacja Indywidualna stanowiła część treści oferty. Dokument, który kształtuje treść oświadczenia woli nie może zostać potraktowany jako jeden z dokumentów składanych wraz z ofertą. Zatem ze względu na jego rolę nie można uznać, że dopuszczalne byłoby wprowadzanie zmian i poprawek treści. Biorąc pod uwagę powyższe, Izba rozpoznała zarzuty wskazane w odwołaniu jako podniesione dla przypadku, gdyby Kalkulacja Indywidualna została uznana za część treści oferty.

Z tego też względu wnioski o odrzucenie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez nieuzasadnione wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących postanowień Kalkulacji Indywidualnej złożony przez Zamawiającego

w odpowiedzi na odwołanie został uznany za bezprzedmiotowy. Zamawiający zarzucił Odwołującemu, że przytoczony zarzut został złożony po terminie, ale ze względu na konstrukcję odwołania, wobec uznania Kalkulacji Indywidualnej za część treści oferty, Izba uznała, że zarzut ten w ogóle nie został podniesiony, zatem wniosek o odrzucenie złożony przez Zamawiającego podlega oddaleniu.

Zarzuty naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez nieuzasadnione zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności jego oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, a w konsekwencji nieuzasadnione odrzucenie oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ oraz art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w sytuacji, gdy treść złożonych uprzednio przez niego wyjaśnień nie rozwiała wszystkich wątpliwości Zamawiającego, nie potwierdziły się.

W dniu 10 lipca 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty oraz do wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny: „Zamawiający wskazuje, iż w załączonej do Państwa oferty indywidualnej kalkulacji ceny dla całości zamówienia ujęto poniżej wymienione pozycje:

- a) wycinka drzew i krzewów,
- b) 9.1 stacja transformatorowa — modernizacja,
- c) 9.4 zasilanie szafy oświetlenia zewnętrznego SO stacji transformatorowej,

Zamawiający wzywa do wyjaśnienia, dlaczego w indywidualnej kalkulacji ceny zostały ujęte pozycje nie objęte zakresem przedmiotu niniejszego postępowania i zamówienia.

Zamawiający wskazuje, iż w załączonej do Państwa oferty kalkulacji ceny ryczałtowej dla całości zamówienia, wyliczonej w oparciu o wymagania i zapisy SIWZ oraz jej załączników, brak jest jednoznacznego wskazania niektórych pozycji, które są objęte zakresem zamówienia, były opisane w dokumentacji postępowania i uwzględnione również we wzorze harmonogramu rzeczowo-finansowego załączonego do dokumentacji postępowania, tj.:

- a) kalkulacji na wykonanie iniekcji,
- b) kalkulacji zestawu hydroforowego,
- c) kalkulacji agregatu próżniowego wraz z osprzętem,
- d) kalkulacji stacji transformatorowej - modernizacja, wymiana rozdzielnic średniego napięcia,
- e) kalkulacji instalacji odgromowej budynku,

- f) kalkulacji instalacji oświetlenia awaryjnego i ewakuacyjnego,
- g) kalkulacji instalacji okablowania oświetlenia awaryjnego i ewakuacyjnego
- h) kalkulacji opracowania instrukcji pożarowej zgodnie z obowiązującymi przepisami,
- i) kalkulacji wyposażenie p-poż i inne, w tym gaśnice i inne elementy wyposażenia,
- j) kalkulacji procedury uzyskania pozwolenia na użytkowanie, uruchomienia, przeszkolenia użytkowników.

W związku z powyższym Zamawiający wzywa Państwa do wyjaśnienia treści złożonej oferty poprzez podanie jednoznacznej informacji czy ujęliście Państwo koszty powyższych pozycji w cenie złożonej oferty, czy też tego zakresu zamówienia nie uwzględniono?

W przypadku pozytywnej odpowiedzi na powyższe pytanie prosimy o stosowne wyjaśnienia w tej kwestii i o wskazanie pozycji w której, bądź w których, uwzględniono powyższe zakresy”.

W odpowiedzi, Odwołujący 13 lipca 2018 r. wskazał, że „wskutek innej omyłki, polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty (zaoferowana przez Wykonawcę cena ryczałtowa za wykonanie przedmiotu zamówienia pozostaje bowiem niezmienna) załączył indywidualną kalkulację dla całości zamówienia. Wykonawca informuje jednak, iż zaoferowana przez Wykonawcę cena ofertowa brutto obejmowała i obejmuje wszystkie pozycje wymienione w dokumentacji postępowania pn.: „Wyłonienie Wykonawcy w zakresie kontynuacji rozbudowy i przebudowy budynku przy ul. Medycznej 7 w Krakowie w celu dostosowania pomieszczeń na potrzeby Centrum Innowacyjnej Edukacji Medycznej Uniwersytetu Jagiellońskiego Collegium Medicum w Krakowie”, w tym również:

- a) wykonanie iniekcji,
- b) kalkulację zestawu hydroforowego,
- c) kalkulację agregatu próżniowego wraz z osprzętem,
- d) kalkulację stacji transformatorowej - modernizacja, wymiana rozdzielnic średniego napięcia,
- e) kalkulację instalacji odgromowej budynku,
- f) kalkulację instalacji oświetlenia awaryjnego i ewakuacyjnego,
- g) kalkulację instalacji okablowania oświetlenia awaryjnego i ewakuacyjnego
- h) kalkulację opracowania instrukcji pożarowej zgodnie z obowiązującymi przepisami,
- i) kalkulację wyposażenie p-poż i inne, w tym gaśnice i inne elementy wyposażenia,
- j) kalkulację procedury uzyskania pozwolenia na użytkowanie, uruchomienia, przeszkolenia użytkowników.

Z tych też względów Wykonawca przedkłada do niniejszych wyjaśnień oferty indywidualną kalkulację ceny ryczałtowej dla zamówienia pn.: "Wyłonienie Wykonawcy w zakresie

kontynuacji rozbudowy i przebudowy budynku przy ul. Medycznej 7 w Krakowie w celu dostosowania pomieszczeń na potrzeby Centrum Innowacyjnej Edukacji Medycznej Uniwersytetu Jagiellońskiego Collegium Medicum w Krakowie”, obejmującą wszystkie pozycje przedmiotu zamówienia, opisane w dokumentacji postępowania i uwzględnione we wzorze harmonogramu rzeczowo finansowego załączonego do dokumentacji postępowania, a co najistotniejsze, uwzględnione przez Wykonawcę podczas kalkulacji ryczałtowej ceny ofertowej za wykonanie przedmiotowego zamówienia”. Do wyjaśnień Odwołujący załączył nową Kalkulację Indywidualną, uzupełnioną o wskazane przez Zamawiającego w wezwaniu do wyjaśnień brakujące elementy. Cena całkowita nie uległa zmianie, ale Odwołujący dodał i wycenił brakujące pozycje, odpowiednio zmieniając ceny jednostkowe wykazane w pierwotnej kalkulacji. 27 lipca 2018 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w uzasadnieniu dokonanej czynności wskazując między innymi: „Wykonawca w ogóle nie zawarł wyjaśnienia dlaczego w załączonej do oferty indywidualnej kalkulacji ceny zostały ujęte pozycje nie objęte zakresem przedmiotu niniejszego postępowania i zamówienia, jak również nie wyjaśnił pominięcia pozycji, które są objęte zakresem zamówienia. W tym miejscu podkreślić należy, iż Zamawiający w piśmie wzywającym Wykonawcę do złożenia wyjaśnień w sposób konkretny i jednoznaczny określił, co budzi wątpliwości i wymaga szczegółowych wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty. Zamawiający podnosi, iż to na Wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, iż złożona oferta odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (...) Wykonawca dwukrotnie w treści udzielonej odpowiedzi podaje, iż:

1. „... informuje niniejszym, iż omyłkowo (oczywista omyłka pisarska) zatytułował błędnie ofertę... ” (1 strona wyjaśnień),
2. „Wykonawca również omyłkowo - wskutek innej omyłki, polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją załączył indywidualną kalkulację dla całości zamówienia.” (6 strona wyjaśnień).

Powyższe w ocenie Zamawiającego potwierdza, iż Wykonawca złożył ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ, gdyż nie tylko błędnie zatytułował ofertę, ale przede wszystkim w załączonej do oferty indywidualnej kalkulacji błędnie przedstawił oferowany opis przedmiotu zamówienia, a w efekcie dokonał jego błędnej wyceny. Samo oświadczenie Wykonawcy w tym względzie, w którym przyznaje się do błędów przy konstrukcji swojej oferty, czyni zadość uznaniu tej oferty za niezgodną z treścią SIWZ i stanowi samodzielną podstawę do jej odrzucenia.

Nadto zauważyć przy tym należy, iż Wykonawca załączył do złożonego pisma nową indywidualną kalkulację ceny dla całości zamówienia, w której treści zawarł nowy katalog pozycji wraz z przypisaniem im nowych cen jednostkowych, zmieniając tym samym treść

złożonej oferty i składają de facto nowe oświadczenie woli z przedstawieniem zmienionej treści oferty w zakresie oferowanego przedmiotu zamówienia. W opinii Zamawiającego załączenie w tym przypadku nowej indywidualnej kalkulacji ceny nie nosi znamion innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, o której mowa w art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, którą to Zamawiający na gruncie wspomnianego przepisu ustawy Pzp ma obowiązek poprawić. Z istoty tzw. innej omyłki wynika, iż jest to niezamierzony błąd Wykonawcy, którego poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. W niniejszym przypadku mamy do czynienia ze świadomym oświadczeniem Wykonawcy wynikającym z treści złożonej oferty, które w toku złożonych wyjaśnień Wykonawca usiłuje zmienić już po otwarciu ofert i wykazaniu błędu przez Zamawiającego.

Załączenie nowej kalkulacji ceny oferty, zawierającej przy tym nowy katalog pozycji, czyli dodanie nowych pozycji oraz usunięcie pozycji zawartych w pierwotnej kalkulacji, jak również przypisanie im nowych, odmiennych od pierwotnej kalkulacji cen jednostkowych, stanowi faktyczne dokonanie przez Wykonawcę po upływie terminu składania ofert zmiany treści złożonej oferty i jej poszczególnych wartości składających się na istotne elementy składowe ceny oferty. W świetle obowiązujących przepisów ustawy Pzp takie działanie jest niedopuszczalne. Zamawiający analizując wyjaśnienia Wykonawcy stwierdza, iż przedkładając nową kalkulację dla całości zamówienia i zmieniając opis oferowanego przedmiotu zamówienia Wykonawca dokonał zmian w składnikach wyceny i zmienił sposób ich wyliczenia oraz przedstawił inny przedmiot zamówienia niż przedstawiony w złożonej ofercie. Takie działanie Wykonawcy w istocie doprowadziło do zmiany oferty, co jest niedopuszczalne na gruncie postępowania o udzielenie zamówień publicznych”.

W ocenie Izby działanie Zamawiającego było prawidłowe i uzasadnione. Biorąc pod uwagę rolę i znaczenie Kalkulacji Indywidualnej dla kształtowania ceny całkowitej oferty, jakiegokolwiek zmiany czy poprawa tego dokumentu w sposób istotny wpływający na treść proponowanego świadczenia były niedopuszczalne. Art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp stanowi, że zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Odwołujący w załączonej do wyjaśnień nowej Kalkulacji Indywidualnej zaproponował Zamawiającemu świadczenie o innym kształcie i zakresie, co oznaczało zmianę zawartego w ofercie oświadczenia woli. Domaganie się uznania nowej kalkulacji za prawidłową i zaakceptowania przez Zamawiającego jej treści jako poprawy oferty w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest niedopuszczalne. Wskazany przepis nakazuje poprawienie omyłek o nieistotnym dla oferowanego świadczenia znaczeniu. Dodanie i wycena kilku pozycji w Kalkulacji Indywidualnej ma doniosłe skutki dla treści oferty, zatem żadną miarą nie może

być uznane za nieistotne. Z tego względu, biorąc pod uwagę dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowiącego, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Izba uznała, że odrzucenie oferty Odwołującego z postępowania było uzasadnione i prawidłowe.

Zarzuty naruszenia art. 90 ust. 1 Pzp w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp przez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego, której istotne części składowe ceny oferty miały być rzekomo rażąco niskie i budzić wątpliwości Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ lub wynikającymi z odrębnych przepisów, nie potwierdziły się.

W wezwaniu z 10 lipca 2018 r. do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny Zamawiający zwrócił się z prośbą o „udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, poprzez szczegółowe, wiarygodne i jednoznaczne, przedstawienie oraz udokumentowanie poszczególnych istotnych elementów kosztów związanych z kalkulacją oferty i mających wpływ na wysokość oferty, w szczególności w zakresie poniżej wymienionych pozycji ujętych w tabeli kalkulacji ceny, tj.:

1. 1.4 przebudowa klatek schodowych oferowana za kwotę 52.267,29 zł brutto, co stanowi jedynie 37,1 % średniej ceny pozostałych ofert — wyszczególnienie zakresu ujętego w pozycji oraz udokumentowanie i potwierdzenie, że wycenione rozwiązania są zgodne z dokumentacją projektową oraz SIWZ,
2. 1.28 przebudowa konstrukcji dachu dla montażu central wentylacyjnych wraz z naprawą pokrycia za kwotę 33.884,84 zł brutto, co stanowi jedynie 27,03 % ceny pozostałych ofert — wyszczególnienie zakresu ujętego w pozycji oraz udokumentowanie i potwierdzenie, że wycenione rozwiązania są zgodne z dokumentacją projektową oraz SIWZ z podaniem w szczególności ich producentów, typów lub modeli lub symboli katalogowych,
3. 2.5 biały montaż za kwotę 177.651,22 zł brutto, co stanowi jedynie 52 % średniej ceny pozostałych ofert — wyszczególnienie zakresu ujętego w pozycji oraz wyjaśnienia i potwierdzenia skalkulowania pozycji z uwzględnieniem stosowania materiałów, rozwiązań i technologii przyjętych w dokumentacji projektowej i SIWZ z podaniem w szczególności ich producentów, typów lub modeli lub symboli katalogowych,
4. 6.4 tablice redukcyjne O₂, N₂, N₂O, CO₂ za kwotę 46.558,97 zł brutto, co stanowi jedynie 39,60 % średniej ceny pozostałych ofert — wyszczególnienie zakresu ujętego w pozycji oraz wyjaśnienia i potwierdzenia skalkulowania pozycji z uwzględnieniem

stosowania materiałów, rozwiązań i technologii przyjętych w dokumentacji projektowej i SIWZ z podaniem w szczególności ich producentów, typów lub modeli lub symboli katalogowych (...)

Szczegółowe pytania dotyczyły czternastu budzących wątpliwości Zamawiającego elementów oferty Odwołującego. Wyjaśnienia przekazane przez Odwołującego 13 lipca 2018 r. nie zawierały odniesienia do żadnego powyższych pytań. Odpowiedź miała charakter w znacznej mierze lakoniczny i ogólnikowy, nie zawierała szczegółowych danych ani dowodów, które potwierdzałyby realność proponowanej ceny ofertowej. Skutkiem była decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty również ze względu na rażąco niską cenę. W uzasadnieniu zawiadomienia o dokonanej czynności Zamawiający wskazał, że wezwanie było „precyzyjne i jednoznaczne, a dotyczyło w szczególności wskazanych poniżej punktów załączonej do oferty Wykonawcy indywidualnej kalkulacji ceny, tj.:

- a) 1.4 przebudowa klatek schodowych — oferowana za kwotę stanowiącą 37,1% średniej ceny pozostałych ofert,
- b) 1.28 przebudowa konstrukcji dachu dla montażu central wentylacyjnych wraz z naprawą pokrycia — oferowana za kwotę stanowiącą 27,03% ceny pozostałych ofert,
- c) biały montaż — oferowany za kwotę stanowiącą 52% ceny pozostałych ofert,
- d) 6.4 tablice redukcyjne O₂, N₂, N₂O, CO₂ — oferowane za kwotę stanowiącą 39,60% pozostałych ofert,
- e) 6.5 strefowy zespół kontrolno-pomiarowy — oferowany za kwotę stanowiącą 16,15% pozostałych ofert,
- f) 9.1 stacja transformatorowa — modernizacja,
- g) 9.4 zasilanie szafy oświetlenia zewnętrznego SO stacji transformatorowej,
- h) 9.7 oświetlenie zewnętrzne (słupy parkingowe) - oferowane za kwotę stanowiącą 42,3% średniej pozostałych ofert,
- i) 9.8 oświetlenie lotniska dla helikopterów — oferowane za kwotę stanowiącą 21,5% średniej pozostałych ofert,
- j) 9.15 instalacja elektryczna wewnętrzna — montaż opraw oświetleniowych — oferowana za kwotę stanowiącą 28,7% średniej pozostałych ofert,
- k) 10.10 system audiowizualny - instalacje multimedialne — oferowany za kwotę stanowiącą 35,2% średniej ceny pozostałych ofert,
- l) 10.16 sieć strukturalna — montaż szaf dystrybucyjnych, gniazd abonenckich oraz modułów RJ45 — oferowana za kwotę stanowiącą 52,4% średniej cen pozostałych ofert,

- m) 10.18 sieć strukturalna — montaż urządzeń aktywnych — oferowana za kwotę stanowiącą 16.694% średniej ceny pozostałych ofert,
- n) 10.19 sieć strukturalna — telefoniczna — zaoferowana za kwotę stanowiącą 9.196% średniej ceny pozostałych ofert.

Zamawiający, podkreśla, iż wspomniane powyżej elementy oferty stanowią bardzo istotne części składowe ceny oferty, które niezależnie od innych pozycji indywidualnej kalkulacji ceny, również podlegają badaniu przez Zamawiającego pod względem rażąco niskiej ceny i mają wpływ na tą ocenę (...)."

W ocenie Izby działanie powyższe było poprawne. Wezwanie do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny było wystarczająco precyzyjne, by Odwołujący miał świadomość jakie elementy jego oferty budzą wątpliwości Zamawiającego. Mimo to udzielił odpowiedzi, która nie korespondowała z zawartymi w wezwaniu pytaniami. Zgodnie z art. 90 ust. 2 Pzp obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy. Biorąc pod uwagę wskazane wyżej okoliczności Izba uznała, że Odwołujący powyższemu obowiązkowi nie sprostał. W tej sytuacji, zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp Zamawiający zobligowany był do odrzucenia oferty Odwołującego.

Biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności dotyczące przedmiotowej sprawy Izba uznała, że pozostałe zarzuty odwołania również nie zasługują na uwzględnienie. Odwołujący nie udowodnił naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję oraz nierówne traktowanie wykonawców, oraz przez odrzucenie jego oferty w sposób niezgodny z przepisami Pzp. W ocenie Izby działania Zamawiającego w toku oceny oferty Odwołującego były prawidłowe i zgodne z przepisami Pzp. Z tego względu Izba orzekła jak w sentencji.

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 dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....