Sygn. akt KIO 2340/20

WYROK
z dnia 13 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Katarzyna Odrzywolska
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 września 2020 r. przez wykonawcę: **ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie**;
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o. o. z siedzibą w Toruniu**;
przy udziale wykonawcy: **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy: ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie, w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie dotyczącym sposobu kalkulacji oraz wyceny prac opisanych przez zamawiającego w pozycji 5.2.3. Formularza Cenowego;
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego, i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych i zero groszy) uiszczoną przez odwołującego, tytułem wpisu od odwołania;
   2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 2340/20

UZASADNIENIE

Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o. o. z siedzibą w Toruniu oraz **Wojewódzki Szpital Specjalistyczny im. bł. ks. J. Popiełuszki we Włocławku**, w imieniu których postępowanie prowadzi: **Kujawsko-Pomorskie Inwestycje Medyczne Sp. z o. o. z siedzibą w Toruniu** (dalej „zamawiający") wszczął, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: Podniesienie jakości usług zdrowotnych oraz zwiększenie dostępu do usług medycznych (budowa budynków nr B4A, B4, budynków technicznych wraz z zagospodarowaniem terenu) w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. bł. ks. J. Popiełuszki we Włocławku - Etap I inwestycji; znak postępowania: ZP/03/20 (dalej „postępowanie" lub „zamówienie").

Wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) - dalej „ustawa Pzp". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S 113- 273197 w dniu 12 czerwca 2020 r.

W dniu 18 września 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: **ERBUD S.A. z siedzibą w Warszawie** (dalej „odwołujący" lub „Erbud").

Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ust. 1 i art. 179 ust. 1 w związku z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań zamawiającego w przedmiocie dokonania badania i oceny ofert, polegających na odrzuceniu oferty odwołującego z uwagi na rzekomą niezgodność z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ") oraz ewentualnie polegających na zaniechaniu wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści jego oferty.

Czynnościom i zaniechaniom zamawiającego zarzucił naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na rzekomą niezgodność oferty z SIWZ polegającą na wycenie robót na Odcinku nr 6 - Budynek nr B4, B4A w pozycji 5.2.3. Formularza Cenowego
   - instalacja wentylacji i klimatyzacji - LĄDOWISKO na 0,00 zł. (kwota netto i kwota brutto) co w ocenie zamawiającego ma stanowić niezgodność z SIWZ w związku z odpowiedzią zamawiającego na pytanie nr 939, podczas gdy treść oferty odwołującego jest w pełni zgodna z wymaganiami SIWZ i dokumentacją postępowania, a w szczególności nie występuje rzekoma niezgodność treści oferty odwołującego z SIWZ w zakresie wskazanym przez zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty tj. piśmie z dnia 8 września 2020 r. podnosząc dodatkowo, że decyzja o odrzuceniu oferty odwołującego narusza zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp;
   ewentualnie:
2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu wyceny i zakresu prac przyjętych do wyceny w pozycji 5.2.3. Formularza Cenowego - instalacja wentylacji i klimatyzacji - LĄDOWISKO.

W związku z wymienionymi czynnościami i formułowanymi wyżej zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego z postępowania;
2. dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
3. ewentualnie, nakazanie zamawiającemu wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie sposobu wyceny i zakresu prac przyjętych do wyceny w pozycji 5.2.3. Formularza Cenowego;

a także zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący sprecyzował zarzuty za pomocą następujących okoliczności faktycznych i prawnych,

uzasadniających wniesienie odwołania.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych związanych z budową budynków nr B4A, B4, budynków technicznych wraz z zagospodarowaniem terenu w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. bł. ks. J. Popiełuszki we Włocławku. Przedmiot zamówienia został podzielony na odcinki, przy czym zgodnie z pkt. 4.6 SIWZ w ramach zamówienia należy wykonać prace obejmujące odcinek nr 6 - BUDYNEK NR B4A, B4, w tym lądowisko.

Zgodnie z SIWZ, dla potrzeb przygotowania oferty wykonawcom została udostępniona w wersji elektronicznej dokumentacja: Projekt Budowlany, Projekt Wykonawczy, Specyfikacja Techniczna i Przedmiar - w charakterze pomocniczym („Dokumentacja Projektowa"). Wraz z ofertą wykonawcy byli zobowiązani przedstawić wypełniony Formularz Cenowy (zgodny z Załącznikiem nr 8 do SIWZ). Ponadto, zgodnie z §6 wzoru umowy (stanowiącym Załącznik nr 5 do SIWZ) wynagrodzenie, które ma otrzymać wykonawca za realizację prac objętych zamówieniem, ma charakter ryczałtowy.

Do dnia upływu terminu składania ofert zostały złożone cztery oferty, w tym oferta odwołującego z najniższą ceną.

W dniu 8 września 2020 r. zamawiający przekazał odwołującemu informację o odrzuceniu jego oferty z uwagi na niezgodność treści oferty z SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Zgodnie z pismem z 8 września 2020 r., stanowiącym informację o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający stwierdził, iż pomiędzy treścią oferty odwołującego, a wymaganiami SIWZ zachodzi niezgodność, która winna skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Powyższa niezgodność ma polegać na tym, iż w treści Formularza Cenowego stanowiącego załącznik do oferty, w części odnoszącej się do wyceny prac na odcinku nr 6 - Budynek B4, B4A, w pozycji nr 5.2.3. Instalacja wentylacji i klimatyzacji LĄDOWISKO - odwołujący wpisał kwotę „0,00 zł" netto oraz „0,00 zł" brutto, co w ocenie zamawiającego stoi w sprzeczności w treścią odpowiedzi na pytanie nr 939 z 6 sierpnia 2020 r.

W ocenia odwołującego odrzucenie jego oferty stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z opisanych poniżej względów. Przedmiot zamówienia w postępowaniu został opisany za pomocą Dokumentacji Projektowej. W konsekwencji, wyceniając prace objęte przedmiotem zamówienia wykonawcy są zobowiązani do dokonania analizy dokumentacji oraz wyceny tych prac, które są konieczne do wykonania przedmiotu zamówienia, zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego. Szczegółowa analiza dokumentacji jest tym bardziej zasadna i wymaga z uwagi na fakt, iż wynagrodzenie wykonawcy będzie miało charakter ryczałtowy, a tym samym to wykonawca ponosi ryzyko oszacowania zakresu prac koniecznych do wykonania przedmiotu zamówienia. Zakres prac kwestionowanych, które stanowią przedmiot sporu tj. roboty dotyczące Odcinka nr 6 - Budynek B4, B4A zostały opisane w części Dokumentacji Projektowej, w tym dla dokumentacji dla „BRANŻY LĄDOWISKO". Analiza ww. dokumentacji oraz pozostałycl opracowań składających się na Dokumentację Projektową prowadzi do wniosku, iż w ramach robót dotyczących wykonania lądowiska w dokumentacji nie przewidziano prac obejmujących instalacji wentylacji i klimatyzacji, które zostały z kolei opisane w poz. 5.2.3. Formularza Cenowego.

Skoro zatem Dokumentacja Projektowa opisująca przedmiot zamówienia nie określa i nie przewiduje wykonania prac dotyczących instalacji wentylacji i klimatyzacji dla lądowiska, to tym samym jak najbardziej zasadne było wpisanie w poz. 5.2.3. Formularza Cenowego wyceny „0,00 zł.". W konsekwencji, nie można czynić zarzutu wobec odwołującego z tego powodu, że wycenił na 0,00 zł. prace, które nie są w ogóle przewidziane w ramach przedmiotu zamówienia, a przynajmniej obowiązek wykonania takich prac nie wynika z żaden sposób z treści Dokumentacji Projektowej. Zachowanie zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty może świadczyć o tym, iż zamawiający sam nie jest świadomy jaki zakres prac przewidział i opisał w Dokumentacji Projektowej. Co więcej, oczekiwanie co do tego, że poz. 5.2.3. Formularza Cenowego będzie zawierać wycenę wyższą niż 0,00 zł. sprawdza się do postawienia wobec odwołującego oraz pozostałych wykonawców biorących udział w Postępowaniu sztucznego wymagania wyceny prac faktycznie nieistniejących. Takie oczekiwanie stoi w sprzeczności nie tylko z zasadami wyceny prac o charakterze ryczałtowym, ale prowadziłoby również do naruszenia przepisów podatkowych w związku z wyceną i zafakturowaniem prac, których faktycznie nie wykonał.

W konsekwencji, nie można wywodzić niezgodność z SIWZ z faktu, iż dana pozycja Formularza Cenowego - w tym przypadku poz. 5.2.3. Instalacja wentylacji i klimatyzacji LĄDOWISKO odzwierciedla faktyczną wartość prac opisanych w ww. pozycji. Już z tego względu należy uznać, że czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego została dokonana z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp, ponieważ nie zachodzi niezgodność pomiędzy treścią oferty odwołującego (wartością wyceny pozycji 5.2.3. Formularza Cenowego) a treścią SIWZ rozumianą jako Dokumentacja Projektowa, która nie zawiera opisu prac dotyczących instalacji wentylacji i klimatyzacji lądowiska.

Na marginesie odwołujący zwrócił uwagę, iż pozostali wykonawcy biorący udział w postępowaniu wycenili pozycję 5.2.3 Formularza Cenowego, przy czy wyceny te opiewały na kwoty znikome w stosunku do wartości całego przedmiotu zamówienia. Znikoma wartość rzekomych robót wycenionych w tych pozycjach oznacza zaś, że pozostali wykonawcy również nie zidentyfikowali w Dokumentacji Projektowej zakresu prac opisanych w poz. 5.2.3 Formularza Cenowego, a wskazali w tej pozycji kwoty całkowicie dowolne, jedynie w tym celu, aby uniknąć wskazania w tej pozycji kwoty 0,00 zł. i zadośćuczynić chybionym wymaganiom zamawiającego, wynikającym z błędnej interpretacji odpowiedzi na pytanie 939.

W dalszej kolejności odwołujący zwrócił uwagę, iż zarzucana przez zamawiającego niezgodność z SIWZ nie wynika z faktycznego porównania faktycznego zakresu prac opisanego w Dokumentacji Projektowej tj. wykazania, że dokumentacja ta faktycznie obejmuje prace dotyczące wykonania wentylacji i klimatyzacji lądowiska. Zamawiający niezgodność oferty odwołującego z SIWZ wywodzi jedynie z odpowiedzi na pytanie nr 939, zgodnie z którą nie dopuścił on możliwości wyceny danej pozycji robót opisanych w Formularzu Cenowym na 0,00 zł. lub pozostawienia danej pozycji jako pustej w przypadku, gdy roboty opisane w danej pozycji wykazu zostałyby przez wykonawcę wycenione w innej pozycji Formularza Cenowego lub w globalnej cenie oferty. Zestawienie treści odpowiedzi na pytanie nr 939 oraz stanu faktycznego w niniejszej sprawie wskazuje, że udzielona przez zamawiającego odpowiedź - a ściślej mówiąc zakaz wyceny danej pozycji Formularza Cenowego na 0,00 zł. byłby niedopuszczalny wyłącznie w sytuacji, gdyby prace opisane w danej pozycji Formularza Cenowego faktycznie wynikały z Dokumentacji Projektowej, podlegałyby wycenie i zostałyby ujęte przez wykonawcę w innej pozycji wykazu lub w cenie globalnej oferty. Skoro Dokumentacja Projektowa nie zawiera opisu prac i wymagań odnoszących się do instalacji wentylacji i klimatyzacji lądowiska, to tym samym nie można z wyceny pozycji 5.2.3 Formularza Cenowego na 0,00 zł. wywodzić, że taka wycena stoi w sprzeczności z

odpowiedzią na pytanie nr 939. Jak wynika z treści odpowiedzi, intencją zamawiającego było to, aby dany zakres prac przeznaczony faktycznie do wykonania i opisany w danych pozycjach Formularza Cenowego, został wyceniony dokładnie w danej pozycji. W konsekwencji zamawiający chciał uniknąć przerzucenia kosztów wykonania danych robót pomiędzy poszczególnymi pozycjami Formularza Cenowego. Z odpowiedzi na pytanie nr 939 nie można jednak wywodzić generalnego zakazu wyceny danej pozycji robót na 0,00 zł. w szczególności, gdy zakres prac opisanych w danej pozycji Formularza Cenowego faktycznie nie występuje w Dokumentacji Projektowej, a tym samym nie jest przeznaczony do wykonania. Podkreślenia przy tym wymaga, że Formularz Cenowy nie jest dokumentem definiującym zakres świadczenia wykonawcy (takim dokumentem pozostaje Dokumentacja Projektowa), ale jedynie dokumentem, który ma zawierać ceny wykonania konkretnych zakresów robót, o ile dane prace faktycznie występują w Dokumentacji Projektowej. W tym względnie należy zauważyć, że pomiędzy Dokumentacją Projektową a opisami poszczególnych pozycji Formularza Cenowego występuje niezgodność polegająca na tym, że prace wskazane w poz. 5.2.3 Formularza Cenowego w ogóle nie występują w Dokumentacji Projektowej.

Dalej odwołujący podniósł, że nawet jeżeli uznać, że odpowiedź na pytanie nr 939 należy intepretować w ten sposób, iż zamawiający oczekiwał wyceny każdej pozycji Formularza Cenowego na kwotę powyżej 0,00 zł. (z czym odwołujący się nie zgadza), to takie oczekiwanie i ocena oferty odwołującego naruszała w sposób ewidentny zasadę proporcjonalności wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Przyjęcie opisanego powyżej rozumienia odpowiedzi na pytanie nr 939 prowadziłoby do wniosku, że wykonawca powinien wycenić prace nieistniejące, niezależnie od tego, że Dokumentacja Projektowa takich prac
w ogóle nie przewiduje. W konsekwencji, powodem odrzucenia oferty byłaby nie tyle faktyczna, merytoryczna niezgodność oferty odwołującego z SIWZ (jak wywodzi zamawiający), ale wyłącznie niezgodność o charakterze czysto formalnym i to takim, która nie ma żadnego znaczenia ani wpływu na zakres świadczenia odwołującego opisany za pomocą Dokumentacji Projektowej i treści oferty odwołującego. Zwrócił również uwagę, żezarówno w ogólności, jak i w kontekście odpowiedzi na pytanie nr 939, wycena danej pozycji Formularza Cenowego na 0,00 zł. nie stanowi naruszenia postanowień SIWZ. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej podanie pozycji w kosztorysie ze stawką 0,00 zł. (a nawet w określonych przypadkach pominięcie pozycji w kosztorysie) nie stanowi niezgodności z SIWZ i nie może być odstawą odrzucenia oferty (tak np. KIO w wyroku z dnia 3 stycznia 2012 r., sygn. akt KIO 2725/11). Wycena danej pozycji jako „0,00 zł." nie może być zatem traktowana jako pominięcie danej pozycji, pominięcie danego zakresu robót lub błąd w obliczeniu ceny, skoro wycena danego elementu na „0,00 zł." jako wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą zamawiający jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy wykonawcy za towar lub usługę jest również ceną.

Odwołujący zwrócił również uwagę, co w jego opinii nie jest bez znaczenia dla oceny prawnej treści oferty odwołującego, iż za realizację zamówienia wykonawca otrzyma wynagrodzenie ryczałtowe. Jak wskazuje się w orzecznictwie Sądu Najwyższego (por. wyroku Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 1998 r., sygn. akt II CKN 913/97): Ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie się domagać zapłaty wynagrodzenia wyższego. Zgodnie natomiast z orzecznictwem KIO: „Wynagrodzenie ryczałtowe oznacza wynagrodzenie za całość dzieła w jednej sumie pieniężnej lub wartości globalnej. Rozliczenia stron w przypadku zastosowania ryczałtowego charakteru wynagrodzenia w żaden sposób nie opierała się na cenach jednostkowych oraz faktycznie wykonanych świadczeniach. Zatem jeżeli cena, jaka została zastosowana w postępowaniu jest ceną ryczałtową - to wykonawca, a nie zamawiający ponosi ryzyko co do poprawności kalkulacji ceny adekwatnej do rozmiaru przedmiotu zamówienia" (tak w wyroku KIO z 9 maja 2012 r. sygn. akt 847/12). Powyższe oznacza, iż ryzyko wyceny prac opisanych
w Dokumentacji Projektowej zostaje przerzucone na wykonawców, którzy na podstawie analizy Dokumentacji Projektowej oraz na podstawie własnej wiedzy i doświadczenia dokonują wyceny prac. Powyższe potwierdza również fakt, iż cześć Dokumentacji Projektowej, w tym przedmiary robót zamawiający określił wyłącznie jako pomocnicze (zgodnie z zapisami z pkt 4.6. SIWZ).

Odwołujący zwrócił również uwagę, że zgodnie z § 6 ust. 3 wzoru umowy, ustalone przez strony umowy wynagrodzenie ryczałtowe zawiera m.in. koszty robót wynikających wprost z Dokumentacji Projektowej. To oznacza, że ewentualne pominięcie przy wycenie konkretnego zakresu robót nie zwalnia wykonawcy z obowiązku ich wykonania i jest ryzykiem ekonomicznym tego wykonawcy (tj. wykonawca ma wykonać wskazane roboty i nie przysługuje mu z tego tytułu żadne wynagrodzenie dodatkowe).

W powyższych okolicznościach ewentualne pominięcie przez wykonawcę przy wycenie konkretnego zakresu robót w żadnym razie nie skutkuje nieporównywalnością złożonych ofert. Wykonawca, który przy wycenie przypadkowo pominie konkretny zakres robót i tak bowiem jest zobowiązany go wykonać w ramach wynagrodzenia ryczałtowego. Powyższe oznacza również, że cena oferty obejmuje ewentualne roboty pominięte przez wykonawcę, o ile wynikają one z Dokumentacji Projektowej przedmiotu zamówienia. Wynagrodzenie ryczałtowe ustalane jest bowiem w odniesieniu do konkretnego zakresu prac wymaganych do wykonania określoną Dokumentacją Projektową na roboty budowlane i jako takie jest ono niezmienne. W takiej sytuacji nie występuje podnoszona przez zamawiającego „nieporównywalność ofert", gdyż ceny wszystkich ofert odnoszą się do tego samego zakresu robót wynikającego z identycznej dla wszystkich wykonawców Dokumentacji Projektowej. Ewentualne pominięcie elementu robót wynikającego z tej dokumentacji jest jedynie ryzykiem wykonawcy składającego ofertę, który za ten element nie może żądać dodatkowego wynagrodzenia. Wykonawca składając ofertę akceptuje warunki SIWZ, w tym zakres robót wynikający z załączonej do SIWZ Dokumentacji Projektowej.

Z daleko posuniętej ostrożności odwołujący wskazał, że zamawiający przed dokonaniem czynności odrzucenia oferty powinien zbadać i ustalić czy faktycznie oferta wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ. W tym celu, w pierwszej kolejności zamawiający powinien był zwrócić się do odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści oferty - w tym przypadku co do przyjętych przez odwołującego założeń dotyczących wyceny pozycji 5.2.3. Formularza Cenowego. Powyższe wyjaśnienia pozwoliłyby zamawiającemu na poznanie intencji, które przyświecały wykonawcy, a w konsekwencji pozwoliłyby na podjęcie przemyślanej i świadomej decyzji co do tego, czy oferta odwołującego faktycznie powinna zostać odrzucona.

Odwołujący podkreślił w tym miejscu, że skorzystanie z procedury określonej w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest nie tylko uprawnieniem, ale wręcz obowiązkiem zamawiającego. Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby: Jeżeli zamawiający ma wątpliwości, co treści oferty
w spornym zakresie, przed odrzuceniem oferty powinien upewnić się co do intencji wykonawcy i wystąpić o wyjaśnienie treści jego oferty na zasadzie art. 87 ust. 1 zd. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych (por. wyrok KIO z 1 października 2018 r. KIO 1866/18). Ponadto, jak stwierdziła Izba w wyroku z 17 maja 2018 r., sygn. akt KIO 815/18:Przeprowadzenie

procedury dotyczącej wyjaśnienia treści oferty jest tym bardziej uzasadnione, gdy zamawiający zamierza zastosować najdalej idącą sankcję w postaci odrzucenia oferty wykonawcy. Stosownie do treści art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust 2 pkt 3 ww. ustawy. Podkreślić należy jednocześnie, że stosując najdalej idącą sankcję względem oferty, zamawiający musi mieć pewność, że oferowany przez wykonawcę przedmiot zamówienie nie odpowiada wymogom określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Tym samym zamawiający, przed odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp winien ją wszechstronnie zbadać, tak by usunąć wszelkie sprzeczności czy rozbieżności wynikające z jej treści. Zaniechanie zatem skierowania wezwania do wyjaśnień winno zostać uznane za naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający, 21 września 2020 r., poinformował wykonawców, zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, o wniesieniu odwołania, wzywając ich do złożenia przystąpienia.

Do postępowania odwoławczego przystąpił w dniu 23 września 2020 r. wykonawca: **Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszając swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający, działając na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Pzp, na posiedzeniu w dniu 9 października 2020 r., złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego.

Zamawiający podkreślał, że działanie odwołującego było niezgodne z treścią odpowiedzi na pytanie nr 939, zgodnie z którym zamawiający odpowiedział przecząco na pytanie dotyczące zarówno pozostawienia pustej rubryki, jak też możliwości wpisania kwoty 0,00 zł. w formularzu cenowym. Stąd oferta wykonawcy, która nie uwzględniała w wycenie jednej z pozycji, zgodnie z jednoznacznymi wymaganiami, czyniąc w konsekwencji ofertę Erbud nieporównywalną względem innych ofert - została odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ. Tracą również, w ocenie zamawiającego, sens rozważania odwołującego dotyczące tego czy wskazanie kwoty 0,00 zł. stanowi wycenę danej pozycji i jak jest różnica pomiędzy taką wyceną a brakiem podania jakiejkolwiek wartości liczbowej. Dlatego też, chociaż przepisy ustawy Pzp nie zabraniają, aby składowe elementy ceny całkowitej zostały wycenione na zero złotych to w sytuacji, gdy zamawiający wyraźnie taki zakaz sformułuje w treści SIWZ (której częścią są pytania i odpowiedzi), wykonawcy nie są uprawnieni do takiego działania. Przyjmuje się w takiej sytuacji, że wykonawca nie zaoferował wykonania tej części zamówienia.

Ponadto zamawiający podkreślił, że w niniejszym postępowaniu istotnym jest fakt,
że załącznik nr 8 został przez zamawiającego przygotowany w sposób skrupulatny i rzeczowy i ma znaczenie dla rozliczenia przedmiotowej inwestycji. Rozdział poszczególnych branż na elementy wskazane w formularzu wynikał bowiem z konieczności rozliczenia dotacji
z Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Kujawsko-Pomorskiego, w tym środków pozyskanych na inwestycje w ochronę zdrowia w ramach działania 6.1 WK-P 2014-2020. Dla zamawiającego było więc szczególnie istotne, aby przedmiotowe elementy (wskazane w załączniku nr 8 do SIWZ) zostały wyraźnie wyodrębnione i wycenione, gdyż
w przedmiotowym postępowaniu jest dwóch zamawiających. Spośród nich jeden (WSS we Włocławku) pozyskał dofinansowanie ze środków Unii Europejskiej na koszty kwalifikowane inwestycji. Natomiast drugi (KPIM Sp. z o.o.) ma pokryć koszty uznane za niekwalifikowane. Z tego względu w załączniku nr 8 do SIWZ wskazano elementy, które są niekwalifikowanymi kosztami i ich wysokość jest dla zamawiającego istotna ze względu na to, że to on je poniesie.

Ponadto zwrócił uwagę na zapis §7 ust. 7 wzoru umowy, zgodnie z którym faktury wystawiane będą na rzecz obu zamawiających, zgodnie ze wskazaniem podziału płatności wynikającego z §2 ust. 4 wzoru umowy. Należności z nich wynikające płatne będą w terminie do 30 dni (faktury wystawione na zamawiającego do łącznej kwoty 49 000 000,00 zł. brutto) oraz w terminie do 60 dni (faktury wystawione na współzamawiającego, do pozostałej wysokości ceny ofertowej), licząc od daty otrzymania prawidłowo wystawionej, poprawnej pod względem rachunkowym faktury.

W ocenie zamawiającego konsekwencją powyższego jest zapis §2 ust. 4 i ust. 5 wzoru umowy, gdzie w dniu zawarcia umowy wykonawca zostanie poinformowany przez zamawiającego o podziale płatności pomiędzy zamawiającego i współzamawiającego,
z uwzględnieniem źródeł finansowania. Następnie w terminie 5 dni roboczych wykonawca przedstawi zamawiającemu do akceptacji harmonogram robót (HR), obejmujący realizację przedmiotu niniejszej umowy wraz z planem przerobu i płatności (PPP), który będzie uwzględniał podział płatności pomiędzy zamawiającego i współzamawiającego, w kwotach netto i brutto. Wykonawca jest zobowiązany do uwzględnienia w PPP podziału środków
na kwalifikowane i niekwalifikowane, wynikające z podziału płatności pomiędzy zamawiającego i współzamawiającego.

Odnosząc się z kolei do kwestii wskazania w dokumentacji projektowej pozycji opisanej jako Instalacja wentylacji i klimatyzacji - LĄDOWISKO, zamawiający podniósł następujące okoliczności. Argumentował, że na etapie uzgadniania dokumentacji projektowej przeprowadził konsultacje z przedstawicielami Komendy Miejskiej Państwowej Straży Pożarnej we Włocławku (KMPSP) w zakresie ochrony pożarowej i możliwości prowadzenia akcji gaśniczych na terenie kompleksu budynków szpitala. Wynikiem tych prac było m.in. zaprojektowanie i dostosowanie jednego z dźwigów windowych (w tym przypadku oznaczonego w dokumentacji technicznej jako W-5 LPR) jako urządzenia dedykowanego dla personelu i ekip ratowniczych obsługujących platformę lądowiska zlokalizowanego na poziomie +7 budynku B4. Innymi słowy, na dachu budynku B4 zostało zaprojektowane lądowisko dla helikopterów LPR a winda, która dojeżdża na płytę lądowiska powinna być, zgodnie z opinią KMPSP dźwigiem pożarowym (nie wyłącza się i działa w czasie pożaru). Wykorzystując ten konkretny dźwig windowy, strażacy będą mogli dostać się bezpośrednio na płytę lądowiska i prowadzić działania gaśnicze. W związku zaś z faktem, że winda ma być przeznaczona do akcji ratowniczych i ma być czynna podczas alarmu pożarowego, musi być dostosowana do obowiązujących przepisów, a tym samym musi mieć zapewnione oddymianie szybu windowego. Będzie to możliwe poprzez zastosowanie dla niego systemu napowietrzającego w postaci jednostki napowietrzającej, zlokalizowanej na poziomie +5. Jednocześnie wskazywał, że w części opisowej Tomu V została wskazana wykonawcom informacja, że opracowanie obejmuje wyłącznie lądowisko wraz z wyposażeniem niezbędnym do jego prawidłowego funkcjonowania i należy je rozpatrywać z pozostałymi branżami.

Zamawiający podkreślił, że opisywane okoliczności są oczywiste dla każdego profesjonalnego podmiotu zajmującego się wykonawstwem obiektów budowlanych takich jak szpitale i zostały potwierdzone w dokumentacji projektowej w następujących pozycjach:

1. w projekcie wykonawczym branży architektonicznej został wyrysowany szyb windowy, wyniesiony na płytę lądowiska. Gdyby nie było przewidzianego lądowiska, nie byłoby wówczas potrzeby budowania szybu windowego powyżej poziomu +5, a tym bardziej wykonania tej windy jako pożarowej (Tom II Rozdział 1 - projekt branży architektonicznej - rysunek nr 143.B4/B4A-PW-A-R-08);
2. w projekcie wykonawczym została wskazana informacja, że winda jest pożarowa, obsługuje płytę lądowiska i będzie

konstruowana na potrzeby prowadzenia akcji strażackiej (Tom II Rozdział 1 - projekt branży architektonicznej, scenariusz pożarowy, część opisowa);

3.w projekcie wykonawczym branży wentylacyjnej została wskazana informacja, że winda W5 jest dźwigiem pożarowym, a tym samym należy zastosować urządzenie, które będzie usuwać dym z szybu windowego (Tom II Rozdział 3.1 - projekt branży sanitarnej, wentylacja - część opisowa). Dodatkowo rysunki projektu budowalnego 143.B4-B4A-PB-IS-R-07, 143.B4-B4A-PB-IS-R-08;

4.w projekcie wykonawczym branży wentylacyjnej jest również odniesienie do branży elektrycznej; projektant wentylacji wskazuje, że w branży elektrycznej musi zostać zaprojektowane zasilanie elektryczne do urządzenia usuwającego dym z szybu windowego (Tom II Rozdział 3.1 - sanitarna, wentylacja - część opisowa);

5.w projekcie wykonawczym branży elektrycznej zostało zaprojektowane zasilanie elektryczne do urządzenia usuwającego dym z szybu (Tom II Rozdział 4.1 elektryka, rysunek nr 143.B4-PW-IE-TR-07).

Podsumowując, zamawiający stwierdził, że z faktu wykonania płyty lądowiska wynika powyższy zakres robót budowlanych i instalacyjnych, w tym branży wentylacji i klimatyzacji, co zostało potwierdzone przez zamawiającego załączonymi do odpowiedzi na odwołanie fragmentami projektu.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu
się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym
w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu i treścią SIWZ, treścią pytań i odpowiedzi dotyczących zapisów SIWZ, treścią ofert złożonych w postępowaniu, informacją o odrzuceniu oferty odwołującego, a także po zapoznaniu się z odwołaniem i odpowiedzią na nie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Na wstępie Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów podnoszonych w treści złożonego odwołania, interes odwołującego zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia w postępowaniu, doznał uszczerbku. Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu, a w wyniku dokonania przez zamawiającego w procesie badania i oceny ofert opisanych naruszeń, odwołujący narażony jest na poniesienie szkody w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania oraz dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oferta odwołującego zostanie sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert, a tym samym odwołujący uzyska niniejsze zamówienie i zrealizuje zakładany w wyniku jego realizacji zysk.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu i treści SIWZ,pytań i odpowiedzi dotyczących zapisów SIWZ, treści ofert złożonych w postępowaniu, informacji o odrzuceniu oferty odwołującego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody wnioskowane przez odwołującego, zamawiającego i przystępującego: załączone do odwołania, będące załącznikami do odpowiedzi na odwołanie, jak też przedłożone na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia, zgodnie z opisem zawartym w Rozdziale IV SIWZ jest:„Podniesienie jakości usług zdrowotnych oraz zwiększenie dostępu do usług medycznych (budowa budynków nr B4A, B4, budynków technicznych wraz z zagospodarowaniem terenu) w Wojewódzkim Szpitalem Specjalistycznym im. bł. ks. J. Popiełuszki we Włocławku – Etap I inwestycji“. W treści tego rozdziału, w uwadze zaznaczono, że: Szczegółowy przedmiot zamówienia określa dokumentacja techniczna stanowiąca integralną część SIWZ wraz z wyjaśnieniami do niej, udzielonymi na etapie postępowania przetargowego. Zamawiający wskazuje, że dostarczony przedmiar robót stanowi materiał pomocniczy w stosunku do dokumentacji technicznej (opisów i rysunków) na podstawie której wykonawca ma skalkulować cenę. Jednocześnie zamawiający informuje, że to wykonawca odpowiedzialny jest za prawidłowe wykonanie przedmiaru robót, który będzie podstawą do skalkulowania przez niego ceny”.

Z kolei w Rozdziale III pkt 19 zamawiający przewidział, że jednym z dokumentów, stanowiących integralną część „oferty“ wymaganym na etapie jej składania jest Formularz cenowy (załącznik nr 8 do SIWZ). W formularzu tym zamawiający dokonał podziału robót na odcinki - zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Ponadto, w ramach tych odcinków wydzielił niektóre elementy prac, których wykonanie zlecił wykonawcom, w tym między innymi w zakresie przewidzianym w odcinku nr 6 - budynek nr B4, B4A wydzielił w pkt 5.2. (Instalacja wentylacji i klimatyzacji) pozycje: 5.2.1. instalacja wentylacji i klimatyzacji centralna sterylizacja i dezynfektornia, 5.2.2. Instalacja wentylacji i klimatyzacji SOR, 5.2.3. Instalacja wentylacji i klimatyzacji lądowisko.

Ponadto skład orzekający ustalił, że jednym z załączników do SIWZ był wzór umowy (załącznik nr 5). Zgodnie z§1 - Przedmiot umowy, ust. 1: „Zamawiający powierza, a Wykonawca przyjmuje do wykonania Zadanie pn.: „Podniesienie jakości usług zdrowotnych oraz zwiększenie dostępu do usług medycznych (budowa, przebudowa i rozbudowa budynków nr B4, B4A, budynków technicznych oraz zagospodarowania terenu) w Wojewódzkim Szpitalu Specjalistycznym im. Bł. Ks. J. Popiełuszki we Włocławku- ETAP I inwestycji” (dalej także: „Zadanie”) obejmujący roboty budowlane oraz inne roboty i prace konieczne do jego wykonania, zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia, określonym w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej także: „SIWZ”) oraz na warunkach określonych w niniejszej Umowie. Ust. 2: „Szczegółowy opis Zadania objętego niniejszą Umową został zawarty w: dokumentacji projektowej, wymogach Zamawiającego wskazanych w SIWZ i jego załącznikach, z uwzględnieniem wyjaśnień udzielanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ofercie Wykonawcy wraz z załącznikami”. Ponadto, zgodnie z ust. 3: „Zakresem przedmiotu Umowy objęte są również wszelkie roboty i prace, których wykonanie wymagane jest w celu należytej, niezakłóconej, optymalnej realizacji Zadania

oraz zapewnienia funkcjonowania czynnego szpitala". W §2 - Oświadczenia i obowiązki Wykonawcy, w ust. 4 wskazano, że: „W dniu zawarcia niniejszej Umowy, Wykonawca zostanie poinformowany przez Zamawiającego o podziale płatności pomiędzy Zamawiającego i Współzamawiającego z uwzględnieniem źródeł finansowania, następnie w terminie 5 dni roboczych Wykonawca przedstawi Zamawiającemu do akceptacji Harmonogram Robót (HR) obejmujący realizację przedmiotu niniejszej Umowy wraz z Planem Przerobu i Płatności (PPP) (podziałem ceny ryczałtowej), który będzie uwzględniał podział płatności pomiędzy Zamawiającego i Współzamawiającego w kwotach netto i brutto. Ww. dokumenty podlegają zatwierdzeniu i podpisaniu przez Zespół Inspektorów Nadzoru Inwestorskiego, Zamawiającego oraz Wykonawcę w terminie 5 dni roboczych od dnia ich przedłożenia przez Wykonawcę". Zgodnie z ust. 5: „Wykonawca jest zobowiązany do uwzględnienia w Planie Przerobu i Płatności (PPP) podział na środki kwalifikowalne i niekwalifikowalne wynikające z podziału płatności pomiędzy Zamawiającego i Współzamawiającego". Na podstawie ust. 9 zobowiązano wykonawcę, z którym zostanie zawarta umowa do przedstawienia, w ciągu 5 dni roboczych od zawarcia Umowy, kosztorysu szczegółowego w podziale na branże (z podziałem na odcinki) z zestawieniami ilościowo-wartościowymi nakładów robocizny, materiałów i sprzętu wg KNR wg cen z okresu składania oferty. W przypadku wystąpienia konieczności realizacji robót dodatkowych bądź zamiennych oraz w przypadku zaniechania robót, kosztorys ten będzie podstawą do wyliczenia kosztów robót dodatkowych oraz wartości robót zaniechanych i części robót. Ponadto, w §6 - Wynagrodzenie w ust. 1 przewidziano, że wynagrodzenie Wykonawcy za wykonanie Zadania jest wynagrodzeniem ryczałtowym. Dalej w umowie podzielono wynagrodzenie na poszczególne odcinki. W ust. 3 zaznaczono, że kwota wynagrodzenia, określona w ust. 1 i 2, zawiera wszelkie wydatki związane z realizacją Umowy, w szczególności koszty robót wynikających wprost z dokumentacji, o której mowa w §1 Umowy, jak również koszty wszelkich innych robót budowlanych lub prac niewskazanych wprost w ww. dokumentacji, a niezbędnych do wykonania przedmiotu Umowy, w tym zwłaszcza koszty wszelkich robót przygotowawczych, porządkowych, koszty zagospodarowania Terenu Budowy, utrzymania zaplecza budowy (np. napraw, wody, energii elektrycznej, zapewnienia łączności telefonicznej, dozorowania Terenu Budowy), koszty transportu materiałów lub urządzeń na miejsce robót, koszty mediów niezbędnych do realizacji robót, koszty związane z wykonywaniem BIOZ oraz wszelkie inne koszty związane
z zabezpieczeniem Terenu Budowy, których poniesienie wymagane jest w celu należytej realizacji przedmiotu Umowy przez cały okres jej trwania. Z kolei zgodnie z §7 - Warunki płatności przewidziano, że zapłata wynagrodzenia, które wykonawca otrzyma za realizację niniejszej umowy będzie następowała nie częściej niż raz w miesiącu kalendarzowym, do łącznej wysokości 95% wartości Umowy (ust. 1). Zgodnie z ust. 2 podstawą wystawienia faktur będzie wystawione przez Zamawiającego Przejściowe Świadectwo Płatności (PŚP). Akceptacja przez Zespół Inspektorów Nadzoru Inwestorskiego miesięcznego raportu
o postępie robót wraz z miesięcznym rozliczeniem Wykonawcy (MRW) oraz Planem Przerobu i Płatności (PPP) następuje podczas Rady Budowy, zwoływanej przez Wykonawcę w ciągu 14 dni od zakończenia miesiąca rozliczeniowego. Zaakceptowany Raport Miesięczny (RM) wraz pozostałymi wymienionymi w nim dokumentami stanowi podstawę do wydania Przejściowego Świadectwa Płatności (PŚP).
Dalej Izba ustaliła, że wykonawcy zwracali się do zamawiającego z prośbą
o wyjaśnienie treści SIWZ, w tym między innymi: „pytanie49. Prosimy o ustalenie hierarchii ważności dokumentacji w przypadku rozbieżności pomiędzy dokumentacją rysunkową, opisem technicznym, przedmiarami, STWIOR. Odpowiedź zamawiającego: 1. dokumentacja rysunkowa, 2. Opis techniczny, 3. STWIOR, 4. Przedmiary (stanowią tylko element pomocniczy)" - pismo zamawiającego z 2 lipca 2020 r. Ponadto, w zestawie pytań i odpowiedzi z 6 sierpnia 2020 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie nr 939: „Dotyczy zmodyfikowanego załącznika nr 8 do SIWZ - prosimy o potwierdzenie, że w przypadku gdy jakiś zakres robót ujęto w innej pozycji lub w cenie globalnej oferty, to dopuszcza się wycenę pozycji w kolumnie kwota netto jako pusta lub jako kwotę 0,00 zł." Odpowiedź zamawiającego: „Zamawiający nie dopuszcza".

Na podstawie akt sprawy ustalono również, że 8 września 2020 r. zamawiający przekazał odwołującemu informację o odrzuceniu jego oferty z uwagi na niezgodność treści jego oferty z SIWZ. W uzasadnieniu faktycznym swojej decyzji zamawiający stwierdził,
iż pomiędzy treścią oferty odwołującego, a wymaganiami SIWZ zachodzi niezgodność, która winna skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Powyższa niezgodność ma polegać na tym, iż w treści Formularza Cenowego stanowiącego załącznik do oferty, w części odnoszącej się do wyceny prac na odcinku nr 6 - Budynek B4, B4A, w pozycji nr 5.2.3.Instalacja wentylacji i klimatyzacji LĄDOWISKO odwołujący wpisał kwotę „0,00 zł" netto oraz „0,00 zł" brutto, co w ocenie zamawiającego stoi w sprzeczności w treścią odpowiedzi na pytanie nr 939 z 6 sierpnia 2020 r. W konsekwencji, z uwagi na fakt, że oferta wykonawcy nie uwzględnia wyceny pozycji 5.2.3. Instalacji wentylacji i klimatyzacji LĄDOWISKO zgodnie z jednoznacznymi wymaganiami zamawiającego, jest nieporównywalna względem innych ofert.
Odwołujący nie zgodził się z tą decyzją zamawiającego, wnosząc odwołanie
do Krajowej Izby Odwoławczej.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, które miały wpływ lub mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy zauważyć, że zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy w przypadku, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Utrwalony jest w orzecznictwie pogląd, że podstawą faktyczną odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ może być tylko rzeczywista treść oferty, o ile nie odpowiada wymogom jasno określonym w dokumentacji postępowania. Przy czym, jeśli mówimy o niezgodności, nie mamy na myśli jakichkolwiek wymagań, które zamawiający opisze w dokumentacji (SIWZ) ale takich, które odnoszą się do ukształtowania przyszłego świadczenia - przedmiotu umowy.

Tym samym podstawą odrzucenia oferty nie mogą być jakiekolwiek wymogi zamawiającego zawarte w SIWZ, które nie mają bezpośredniego związku z treścią oferty rozumianą wąsko tj. jako zakres przyszłego świadczenia wykonawcy, które ten zrealizuje
w wyniku zawartej z nim umowy. W niniejszym stanie faktycznym nie budzi wątpliwości,
że zamawiający w treści SIWZ zawarł wymóg, aby wraz z ofertą wykonawca przedłożył formularz cenowy (załącznik nr 8 do SIWZ), który został skonstruowany w taki sposób, że cały zakres prac opisany w SIWZ został podzielony na odcinki, a te z kolei na poszczególne zakresy. Elementy te zamawiający ustalił w taki sposób, iż wyszczególnił te elementy, które

w jego ocenie były kluczowe. Przy czym, co istotne, załącznik ten podlegał w toku postępowania szeregu modyfikacjom wynikającym z tego, że wykonawcy zgłaszali wątpliwości co do treści tego dokumentu. Wątpliwości te, co stwierdził skład orzekający na podstawie dokumentacji przetargowej, jak też w oparciu o dowód przedłożony przez przystępującego na rozprawie w postaci „Zestawienia pytań i odpowiedzi dotyczących załącznika nr 8 - Formularz cenowy" niejednokrotnie dotyczyły kwestii jakie elementy, wynikające z dokumentacji projektowej, należy ująć w poszczególnych pozycjach tego formularza. Wykonawcy mieli szereg zastrzeżeń co do konstrukcji samego załącznika, gdyż zamawiający nie określił w sposób precyzyjny i jasny granicy które elementy, wynikające z dokumentacji projektowej, w jakich pozycjach ująć. Dostrzec należy, że również same opisy poszczególnych pozycji były ogólne i zawierały ogólne sformułowania takie jak „architektura", „instalacje elektryczne", „instalacja wod-kan" czy wreszcie opis w spornej pozycji: „instalacja wentylacji i klimatyzacji LĄDOWISKO". Sam załącznik był wielokrotnie uzupełniany o kolejne pozycje, w wyniku sugestii i uwag formułowanych przez wykonawców w toku postępowania.

Zamawiający zatem wielokrotnie modyfikował treść załącznika nr 8, nadając mu finalnie kształt taki, jaki został złożony przez wykonawców, w tym wraz z ofertą Erbud. Poza sporem jest, że odwołujący w jednej pozycji wpisał kwotę 0,00 zł., gdyż jak stwierdził, opierając się na opisie znajdującym się w dokumentacji wykonawczej dla branży lądowisko, nie zidentyfikował prac obejmujących instalacje wentylacji i klimatyzacji, które to z kolei zamawiający przewidział w poz. 5.2.3. Formularza cenowego. Nie mógł on zatem w tej pozycji wycenić żadnych prac. Takie działanie doprowadziłoby do sytuacji, że w cenie oferty ujęty zostałby element, który nie występuje w projekcie dla tej branży. Z kolei zamawiający twierdził, że udzielając odpowiedzi przeczącej na pytanie nr 939 o treści: „(…) prosimy o potwierdzenie, że w przypadku, gdy jakiś zakres robót ujęto w innej pozycji lub w cenie globalnej oferty, to dopuszcza się wycenę pozycji w kolumnie kwota netto jako pustą lub z kwotą 0,00 zł." przesądził o tym, że ustanowiono bezwzględny zakaz wpisywania kwoty 0,00 zł. w jakiejkolwiek pozycji załącznika nr 8 do SIWZ. W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia (pismo z 8 września 2020 r.) zamawiający podniósł również, że oferta Erbud, nie uwzględniająca wyceny pozycji 5.2.3, winna zostać uznana tym samym za nieporównywalną względem innych ofert.

Tym samym kwestią sporną, wymagającą rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie było, czy przedłożenie zamawiającemu przez Erbud załącznika nr 8, w którym w jednej z pozycji wpisano kwotę 0,00 zł. przesądza o tym, że treść złożonej przez tego wykonawcę oferty była niezgodna z SIWZ, czy też pomimo tego należało uznać, że zakres świadczenia odwołującego obejmował wszelkie prace konieczne do wykonania w ramach realizacji zamówienia, a zatem wszystkie elementy wynikające z dokumentacji projektowej dla tego zadania.

W ocenie składu orzekającego w niniejszym stanie faktycznym nie zaistniała przesłanka skutkująca koniecznością odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodnej z treścią SIWZ. Stwierdzić bowiem należy, że samo niedochowanie formatu przedstawienia informacji, jakiego oczekiwał zamawiający
od wykonawców nie przesądza o tym, że świadczenie nie zostanie zrealizowane w takim zakresie, jaki wynika z opisu przedmiotu zamówienia. W tym miejscu powtórzyć należy,
że zamawiający nie wskazał w sposób jednoznaczny i precyzyjny, jaki zakres robót należy przypisać do określonych pozycji formularza cenowego. Odwołujący, opierając się
na dokumentacji wykonawczej dla branży lądowisko, nie zidentyfikował zakresu, który należało przypisać do pozycji: instalacja wentylacji i klimatyzacji dla lądowiska. Izba przyjęła argumentację odwołującego, że wyceniając poszczególne elementy, które opisane zostały
w załączniku nr 8 - opierał się przede wszystkim na dokumentacji rysunkowej, gdyż zgodnie
z odpowiedzią zamawiającego na pytanie nr 49 (pismo z 2 lipca 2020 r.) zamawiający wskazał właśnie na dokumentację techniczną, przede wszystkim rysunkową, jako podstawę wyceny oferty.

Ponadto, jak wynika z części opisowej projektu wykonawczego dla branży lądowisko jest ono rozumiane jako „wyniesione LPR na dachu skrzydła B4/ B4A Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego im. bł. ks. Jerzego Popiełuszki we Włocławku" (str. 1), dalej wskazano także, że: „Projektowane lądowisko jest konstrukcją techniczną na dachu budynku. Jest oddzielone od pozostałej części obiektu. Nie jest traktowane jako dodatkowa kondygnacja użytkowa." (str. 15). Stąd za logiczne i spójne należało uznać wyjaśnienia odwołującego, który stwierdził, że dokumentacja ta precyzowała granice, określające zakres prac przyjmowanych do wyceny dla tej branży. Skoro w opisie definiowano lądowisko jako konstrukcję na dachu, oddzieloną od pozostałej części budynku, uzasadnione było uwzględnienie w wycenie wyłącznie elementów związanych z tak określonym zakresem. W konsekwencji, skoro w dokumentacji dla tej branży, ani biorąc pod uwagę rysunki, ani też część opisową, nie przewidziano prac związanych z wykonaniem elementów klimatyzacji czy wentylacji - nie sposób było je wycenić.

Odnosząc się do argumentacji zamawiającego, jak też przystępującego, że każdy wykonawca miał obowiązek przeanalizować w sposób kompleksowy całość dokumentacji projektowej i przypisać odpowiednie elementy do poszczególnych pozycji formularza - jest ona nieuzasadniona o tyle, że nie znajduje oparcia w zapisach SIWZ. Zgodzić należy się
z zamawiającym, że taka analiza była konieczna, jednakże już uwzględnienie określonych zakresów w poszczególnych pozycjach formularza cenowego zależało od oceny poszczególnych wykonawców. Potwierdza to fakt, że ten sam element trzej inni wykonawcy wycenili bardzo odmiennie. Rozbieżności cenowe są znaczne, albowiem zgodnie z wyceną przystępującego wartość spornej pozycji to 3 700,00 zł., w ofercie Warbud 1 400,00 zł., zaś
w przypadku wykonawcy Allstall 54 000,00 zł. Świadczy to o tym, że w istocie każdy
z ubiegających się o zamówienie podmiotów przyjął inny zakres prac dla tego elementu
w formularzu cenowym. Wprawdzie, jak argumentował Budimex, zamawiający wzywał wykonawców do wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny to jednak, co istotne, nie pytał on o wartość poszczególnych pozycji z załącznika nr 8, ale prosił o wyjaśnienie sposobu kalkulacji łącznej ceny ofertowej. Jest to o tyle zrozumiałe, że w niniejszym postępowaniu zamawiający przyjął ryczałtową formę wynagrodzenia. Zamawiający zatem, w odniesieniu
do innych wykonawców, nie poddawał weryfikacji jaki faktycznie zakres został przez nich
w ofertach w pozycji 5.2.3 wyceniony. Z kolei odrzucając ofertę odwołującego argumentował, że wycena jednej pozycji na kwotę 0,00 zł. świadczy o nieporównywalności złożonych ofert, sam nie poddając analizie jaki zakres do wyceny został przyjęty przez poszczególnych wykonawców. Trudno bowiem założyć, że jeśli inni wykonawcy w tej pozycji wyceniliby te same prace - rozbieżności cenowe byłyby tak duże.

Odnosząc się do dowodów przedłożonych przez zamawiającego i przystępującego
na rozprawie w postaci wykazu dokumentacji i rysunków, mających określać zakres prac, który należało ująć w pozycji 5.2.3 (potwierdzonych opinią projektanta sporządzoną w dniu
25 września 2020 r.) Izba uznała, że materiał ten potwierdza jedynie okoliczność,

że w projekcie budowlanym i wykonawczym przewidziano konieczność wykonania prac związanych z systemem oddymiania/napowietrzania szybów windowych, pomieszczeń przedsionka i komunikacji klatki schodowej dostosowanej do ekip ratowniczych. Przygotowane opracowania nie przesądzają jednak, że zakres ten należało skalkulować w pozycji dotyczącej wentylacji i klimatyzacji dla lądowiska. To, że szyb windowy służy między innymi ekipom ratowniczym i personelowi w razie pożaru, nie decyduje jeszcze, że zakres prac związanych z koniecznością zabezpieczenia przed zadymieniem szybu windowego - należało przyporządkować do prac związanych z samym lądowiskiem.

Opierając się na uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Erbud, należy dojść do wniosku, że zamawiający podejmując decyzję w tym zakresie, skupił się wyłącznie na wskazaniu, iż o niezgodności treści oferty z SIWZ przesądza nieprawidłowe sporządzenie czy przedstawienie informacji wymaganych przez zamawiającego w załączniku nr 8 do SIWZ. Jednakże treść przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się, co podkreślono wcześniej, do merytorycznych aspektów świadczenia wykonawcy na rzecz zamawiającego. W tym miejscu wskazać należy, co podnosił odwołujący w treści odwołania, że w postępowaniu przewidziano ryczałtową formę wynagrodzenia (§ 6 ust. 1 wzoru umowy). Cena ta zatem zawiera wszystkie koszty wykonawcy związane z realizacją zamówienia i jest wyliczana w oparciu o dokumentację projektową przekazaną przez zamawiającego. Z kolei formularz cenowy miał wyłącznie charakter pomocniczy i tylko taką rolę pełnił w tym postępowaniu. Przewidywał on wprawdzie podział zamówienia na poszczególne odcinki i elementy, ale na co zwrócono uwagę wcześniej, nie przypisano ściśle określonych zakresów do poszczególnych pozycji tego dokumentu.

Zauważyć należy, że przewidziane i opisane w SIWZ (w tym we wzorze umowy)wynagrodzenie ryczałtowe, jakie zostało ustalone w tym postępowaniu, polega na wyliczeniu wysokości wynagrodzenia w kwocie stałej, ostatecznej, obejmującej całość realizacji prac opisanych przez zamawiającego w dokumentacji projektowej. Przypomnieć należy, że co do zasady, wynagrodzenie ryczałtowe nie jest zależne od rzeczywistego rozmiaru lub kosztów prac a zatem niezależnie od zakresu prac faktycznie wykonanych, wykonawca nie będzie mógł domagać się wynagrodzenia wyższego, niż zostało wcześniej ustalone pomiędzy stronami. Tym samym strony, decydując się na wynagrodzenie ryczałtowe, muszą liczyć się z jego bezwzględnym i sztywnym charakterem. W przypadku takiej formuły ryzyko powstania straty związanej z nieprzewidzianym wzrostem rozmiaru robót budowlanych, wzrostu cen wyrobów budowlanych lub koszów prac wpływających na wysokość wynagrodzenia obciąża wykonawcę. Nie ulega wątpliwości w niniejszej sprawie, gdyż stanowiły o tym zapisy przyszłej umowy, że zakres prac powierzonych wykonawcy wynika z dokumentacji projektowej przekazanej przez zamawiającego. Niezależnie zatem od tego jakie zakresy wymieniał załącznik nr 8, a w konsekwencji czy zamawiający przewidział w tym załączniku pełen zakres, składający się na przedmiot umowy - wykonawca zobligowany będzie wykonać zamówienie zgodnie z dokumentacją, za cenę całkowitą wskazaną w ofercie.

Oczywiście okoliczność, że w postępowaniu przyjęto ryczałtową formę wynagrodzenia nie oznacza, że zamawiający nie ma możliwości odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodnej z SIWZ jeśli stwierdzi, że zakres oferowany przez wykonawcę jest inny niż opisany w dokumentacji przetargowej. Jednakże, w okolicznościach niniejszej sprawy, taka sytuacja nie miała miejsca. Jak bowiem oświadczył odwołujący na rozprawie zakres prac, który wskazywał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, a który jego zdaniem należało wycenić w poz. 5.2.3 przypisał do innej/ innych pozycji formularza cenowego. Przy czym nie oznaczało to, że dokonywał przeniesienia kosztów do innej pozycji w sytuacji gdy winien je skalkulować w poz. 5.2.3, ale wyłącznie, że nie stwierdził na podstawie właściwej dokumentacji wykonawczej, iż jakiekolwiek elementy winny być w tym miejscu ujęte. Sam zatem fakt, że odwołujący wpisał w tym miejscu formularza cenowego 0,00 zł. nie oznacza, że nie uwzględniał w swojej ofercie konieczności wykonania wszystkich robót składających się na pełen zakres zamówienia.

W tym miejscu należy odnieść się do zarzutu odwołującego, dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Na wstępie przypomnieć należy, że zanim zamawiający podejmie decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy, jako niezgodnej z treścią SIWZ, zobowiązany jest wszechstronnie ją zbadać. Szczególnie dotyczy to sytuacji, gdy treść oferty budzi wątpliwości zamawiającego. Instytucja opisana w art. 87 ust. 1 ustawy Pzp służy bowiem temu, aby wyjaśnić stwierdzone niezgodności czy niejasności i dokonać poprawy omyłek zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 1-3 ustawy Pzp. Dopiero wyczerpanie tej procedury uprawnia zamawiającego do ustalenia, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a w konsekwencji do odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wprawdzie zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp i wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści oferty jest uprawnieniem, to jednak obowiązkiem zamawiającego działającego z należytą starannością, jest wykorzystanie środków przewidzianych przez ustawodawcę celem wyjaśnienia treści oświadczenia woli wykonawcy zawartego w ofercie, przed jej odrzuceniem. Wymaga również przypomnienia, że wyjaśnienia składane przez wykonawcę w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowią wykładnię oświadczenia woli i wiążą wykonawcę na równi z treścią oferty.

W okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający powinien był takich wątpliwości nabrać, gdyż odwołujący wpisał w jednej pozycji formularza kwotę 0,00 zł. Zamawiający zatem, zanim wyciągnął wnioski co do tego, że oferta Erbud jest niezgodna z SIWZ czy nieporównywalna (a taka jest wówczas, gdy nie uwzględnia pełnego zakresu składającego się na opis przedmiotu zamówienia) winien zwrócić się do wykonawcy ze stosownym pytaniem o wyjaśnienie treści złożonej przez niego oferty. W tym przypadku zamawiający powinien zatem zapytać odwołującego o sposób wyceny prac i przyjęte założenia przy wycenie w pozycji 5.2.3 formularza cenowego.

Izba podziela również ocenę odwołującego co do tego, że zamawiający przypisuje treści załącznika nr 8 rolę, której nie można wywieść z dokumentacji postępowania. Zamawiający nie wykazał na czym polega owa kluczowa rola tego dokumentu dla rozliczenia inwestycji. Zamawiający powoływał się na zapis §2 ust. 4 wzoru umowy, zgodnie z którym

„W dniu zawarcia niniejszej Umowy, Wykonawca zostanie poinformowany przez Zamawiającego o podziale płatności pomiędzy Zamawiającego i Współzamawiającego z uwzględnieniem źródeł finansowania, następnie w terminie 5 dni roboczych Wykonawca przedstawi Zamawiającemu do akceptacji Harmonogram Robót (HR) obejmujący realizację przedmiotu niniejszej Umowy wraz z Planem Przerobu i Płatności (PPP) (podziałem ceny ryczałtowej), który będzie uwzględniał podział płatności pomiędzy Zamawiającego i Współzamawiającego w kwotach netto i brutto” wywodząc z nich, że istotne było przypisanie poszczególnych elementów do określonych odcinków i branż. Z przywoływanych uregulowań nie wynika jednak, jaki wpływ ma mieć przyporządkowanie określonych zakresów do poszczególnych pozycji z załącznika nr 8 do SIWZ. Co więcej, w ust. 9 tego paragrafu zobowiązano wykonawcę z którym zostanie zawarta umowa, do przedstawienia w ciągu 5 dni roboczych od zawarcia Umowy, niezależnie od wyliczenia ceny oferty w formularzu cenowym, kosztorysu szczegółowego w podziale na branże (z podziałem na odcinki) z zestawieniami ilościowo-wartościowymi nakładów robocizny, materiałów i

sprzętu wg KNR wg cen z okresu składania oferty. Wykonawca zobowiązany będzie zatem do przedstawienia kosztorysu, który wykona w oparciu o zakres wynikający z dokumentacji projektowej. Treść załącznika nr 8 nie ma również bezpośredniego wpływu na rozliczenia. Sposób ich dokonywania reguluje bowiem §7 - Warunki płatności. On również nie referuje do załącznika nr 8, ale przewiduje rozliczenie nie częściej niż raz w miesiącu kalendarzowym, do łącznej wysokości 95% wartości Umowy. Jako podstawę wystawienia faktury ustalono wystawione przez zamawiającego Przejściowe Świadectwo Płatności (PŚP).

Podsumowując, mając na uwadze, że zarzuty zamawiającego odnośnie niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ sprowadzały się w istocie do wpisania w jednej
z pozycji kwoty 0,00 zł. Izba uznała, że powyższe nie może stanowić o niezgodności oferty
z wymaganiami SIWZ, a tym samym brak było przesłanek do zastosowania przez zamawiającego przepisuart. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tj. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1).

Przewodniczący: ……