Sygn. akt KIO 164/21

WYROK
z dnia 10 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Protokolant: .. Piotr Kur

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu 9 lutego 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 stycznia 2020 r. przez odwołującego: **TDC Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (ul. Warszawska 53, 61-028 Poznań)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Teatr Wielki im. Stanisława Moniuszki w Poznaniu** (ul. Fredry 9, 61-701 Poznań),
przy udziale:
- wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego: **ERBUD Spółka Akcyjna** z siedzibą w Warszawie (ul. Klimczaka 1, 02 – 797 Warszawa),
- wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: **Mikor Inżyniering sp. z o.o. z siedzibą w Jankach** (al. Krakowska 34A, 05-090 Janki),

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (ustawa Pzp) i nakazuje Zamawiającemu: (1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Mikor Inżyniering sp. z o.o. z siedzibą w Jankach oraz (2) powtórzenie czynności badania i oceny oferty wykonawcy Mikor Inżyniering sp. z o.o. z siedzibą w Jankach w zakresie spełniania przez tego wykonawcę warunku z punktu 5.1 podpunkt 1 lit. a) SIWZz zastosowaniem procedur przewidzianych ustawą Pzp, w tym art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia jakimi środkami finansowymi dysponuje Wykonawca w ramach udzielonych kredytów, o których mowa w zaświadczeniu z dnia 30 listopada 2020., którego wystawcą jest SGB Bank S.A. Oddział w Warszawie; W pozostałym zakresie zarzuty nie podlegają uwzględnieniu;
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **TDC Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** i wykonawcę zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: **Mikor Inżyniering sp. z o.o. z siedzibą w Jankach** i:

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) stanowiącą kwotę uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. Zasądza od **TDC Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** na rzecz zamawiającego: **Teatr Wielki im. Stanisława Moniuszki w Poznaniu** kwotę 1.800 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

2.3. Zasądza od **Mikor Inżyniering sp. z o.o. z siedzibą w Jankach** na rzecz zamawiającego: **Teatr Wielki im. Stanisława Moniuszki w Poznaniu** kwotę 1.800 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

2.4. Zasądza od **Mikor Inżyniering sp. z o.o. z siedzibą w Jankach** na rzecz **TDC Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu** kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą 50 % kwoty uiszczonej przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia
11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U
z 2019 r. poz. 2020 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **do Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:……..……

Sygn. akt KIO 164/21

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 11 stycznia 2021 r. przez wykonawcę: TDC Polska sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (Odwołujący) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub PZP] przez Zamawiającego: Teatr Wielki im. Stanisława Moniuszki w Poznaniu, którego przedmiotem jest: „Modernizacja sceny głównej Teatru Wielkiego im. Stanisława Moniuszki w Poznaniu". Numer referencyjny: 332/04/2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu3 listopada 2020 r. Nr: 2020/S 214-523300. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp w związku z wyborem oferty wykonawcy Mikor Inżyniering sp. z o.o. z siedzibą w Jankach (dalej: MIKROR) jako najkorzystniejszej z uwagi na naruszenie:

a) art. 89 ust. 1 pkt 2) PZP - zaniechanie odrzucenia oferty MIKOR, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
b) art. 89 ust. 1 pkt 6) PZP - zaniechanie odrzucenia oferty MIKOR, która zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu,
c) art. 87 ust. 1 PZP - zażądanie na podstawie art. 87 ust. 1 PZP wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez MIKOR oferty w sytuacji, gdy przedmiotowy przepis prawa nie powinien mieć zastosowania,
d) art. 24 ust. 1 pkt 12) PZP - zaniechanie wykluczenia MIKOR z Postępowania, pomimo, że MIKOR nie wykaza spełniania warunków udziału w Postępowaniu,
e) naruszenie art. 24 ust. 4 PZP - zaniechanie odrzucenia oferty MIKOR, która została złożona przez wykonawcę, który powinien podlegać wykluczeniu z Postępowania,
f) art. 7 ust. 1 PZP - prowadzenie przez Zamawiającego Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1) nowego PZP i nakazanie Zamawiającemu: a) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, b) powtórzenia czynności obejmującej przeprowadzenie badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu, c) wykluczenia MIKOR z Postępowania, d) odrzucenia oferty MIKOR.

Wniósł także o obciążenie Zamawiającego kosztami Postępowania (ewentualnie - w przypadku wniesienia

sprzeciwu - obciążenie kosztami Postępowania MIKOR).

Wskazał, że: „*Stosownie do treści art. 505 ust. 1 nowego PZP: „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy (...) jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia* (...) *oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy*". Dalej podał, że (…) *Odwołujący jest wykonawcą, który złożył ofertę w Postępowaniu, która uzyskała drugą w kolejności liczbę punktów (najwyższą liczbę punktów otrzymała oferta MIKOR). Zatem Odwołujący posiada interes w uzyskaniuprzedmiotowego Zamówienia albowiem niezgodne z prawem czynności i zaniechania Zamawiającego, w szczególności zaniechanie wykluczenia MIKOR z Postępowania i odrzucenia oferty MIKOR, bezpodstawnie uniemożliwi Odwołującemu uzyskanie Zamówienia.*
W związku z powyższym bezprawne i nieuzasadnione zaniechanie wykluczenia MIKOR z Postępowania i odrzucenia oferty MIKOR spowoduje, że zaistnieje możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody stanowiącej konsekwencję naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Z kolei uwzględnienie odwołania w sposób postulowany przez Odwołującego może skutkować uzyskaniem przez Odwołującego Zamówienia. Tym samym wypada uznać, iż Odwołujący posiada interes w uzyskaniu Zamówienia, zaś naruszenie przez Zamawiającego przepisów PZP może doprowadzić do poniesienia przez Odwołującego szkody. Zatem zaistniałe okoliczności, zgodnie z treścią art. 505 ust. 1 PZP, umożliwiają wniesienie niniejszego odwołania".

Odwołujący podał, że pismem z dnia 31 grudnia 2020 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców, w tym Odwołującego, o wyborze oferty MIKOR. Zamawiający wskazał, że: „*Wybrana oferta zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż uzyskała najwyższą ilość punktów wg kryteriów oceny ofert podanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*". Wskazał, że w ofercie MIKOR pominięte zostało kilka pozycji formularza ofertowego (formularza cenowego):
1) pozycja 5.1. - Wymiana uszkodzonej konstrukcji dachu i wykonanie wymiarów pod klapy wentylacyjne;
2) pozycja 22.2. - Zasilanie elektryczne placu budowy;
3) pozycja 22.3. - Zasilanie w wodę i zagospodarowanie ścieków.
Takie nieprawidłowości w ofercie MIKOR należy jednoznacznie uznać za niezgodność oferty MIKOR ze specyfikacją istotnych warunków Zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP) lub błędy w obliczaniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 PZP), które muszą skutkować odrzuceniem oferty MIKOR.
Wyjaśnić bowiem należy, że zgodnie z punktem 10.1. SIWZ, wykaz dokumentów składających się na ofertę obejmuje m. in. formularz ofertowy wraz z formularzem cenowym — według wzoru z załącznika nr 1 do SIWZ. W myśl, punktu 10.8. SIWZ: „Wszystkie opracowane przez Zamawiającego załączniki do niniejszej specyfikacji stanowią wyłącznie propozycję co do formy wymaganych dokumentów. Dopuszcza się przedstawienie wymaganych załączników w formie własnej opracowanej przez wykonawcę, zawarte w załącznikach i niniejszej specyfikacji oraz będą podpisane przez Wykonawcę". Zapis z punktu 10.8 SIWZ uprawniający do opracowania przez oferenta własnej wersji formularza zastrzega iż jego treść powinna obejmować wszystkie informacje wymagane przez zamawiającego, zgodnie z załącznikami opracowanymi przez Zamawiającego. Treść punktu 10.8. SIWZ nie uprawniała zatem MIKOR do ograniczenia zakresu przedstawianych informacji poprzez rezygnację z wyceny części pozycji ujętych w formularzu ofertowym (formularzu cenowym) ani do dokonania wyceny części pozycji w innych pozycjach formularza ofertowego (formularza cenowego).
W zakresie pozycji 5.1. „Wymiana uszkodzonej konstrukcji dachu i wykonanie wymiarów pod klapy wentylacyjne" Zamawiający pismem z dnia 14 grudnia 2020 r. wezwał MIKOR do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 PZP poprzez potwierdzenie, że prace z pozycji 5.1 zostały wycenione i wycena ta została ujęta w innej pozycji formularza. Zacytował fragment pisma Zamawiającego z dnia 14 grudnia 2020 r.: „1. Proszę o potwierdzenie, że w pozycja nr 5.1. „Wymiana uszkodzonej konstrukcji dachu i wykonanie wymianów pod klapy wentylacyjne", dla której nie podano wyceny, a którą ujęto w cenie ryczałtowej działu nr 2 Konstrukcje, wartość została wpisana w inną pozycję — proszę o wskazanie pozycji w której wycenione są prace wynikające z pkt.5.1". W odpowiedzi na pismo, wystąpieniem z dnia 15 grudnia 2020 roku MIKOR wskazał, że zakres związany z wymianą uszkodzonej konstrukcji dachu i wykonaniem wymianów pod klapy wentylacyjne został ujęty w pozycji działu nr 2 Konstrukcje, w pozycji nr 5.4. Konstrukcję pod wentylacje, mechanikę i kraty. W odpowiedzi na prośbę o potwierdzenie, że w pozycji nr 5.1. „Wymiana uszkodzonej konstrukcji dachu i wykonanie wymianów pod klapy wentylacyjne", dla której nie podano wyceny, a którą ujęto w cenie ryczałtowej działu nr 2 Konstrukcje, wartość została wpisana w inną pozycję. *Wykonawca wyjaśnia, że prace z pozycji nr 5.1. „Wymiana uszkodzonej konstrukcji dachu i wykonanie wymianów pod klapy wentylacyjne" zostały ujęte w ramach pozycji ryczałtowej działu nr 2 — Konstrukcje, a wartość tych robót została ujęta w pozycji nr 5.4. „Konstrukcje pod wentylację, mechanikę i kraty*".
Jego zdaniem, pismo MIKOR z dnia 15 grudnia 2020 r. jest efektem wyraźnej sugestii Zamawiającego co do sposobu podjęcia próby sanowania niezgodności treści oferty MIKOR z treścią SIWZ. Zamawiający nie mógł bowiem wiedzieć (zakładając, że nie doszło do prowadzenia między Zamawiającym a MIKOR niezgodnych z PZP negocjacji dotyczących złożonej oferty), że pominięta przez MIKOR wycena pozycja 5.1. w istocie została uwzględniona w cenie ryczałtowej całego działu, a wartość tej pozycji ujęto w innej pozycji formularza. Co więcej, odpowiadając na pismo Zamawiającego z dnia 14 grudnia 2020 roku, MIKOR popełnił ten sam błąd co Zamawiający wskazując, że pominięta pozycja 5.1 dotyczy „działu 2 - Konstrukcje", gdy w rzeczywistości dotyczy „działu 5 - Konstrukcje"
Ponownie wskazał, że Zamawiający zwrócił się do MIKOR w trybie art. 87 ust. 1 PZP o złożenie wyjaśnień w zakresie potwierdzenia, że pozycja nr 5.1. zostały wyceniona i wycena ta została ujęta w innej pozycji formularza ofertowego (formularza cenowego). W odpowiedzi MIKOR potwierdził powyższe wskazując pozycję, w której kwota ta została rzekomo ujęta. Należy zwrócić uwagę, iż Zamawiający w treści wezwania do wyjaśnień ewidentnie zasugerował MIKOR, że brak dokonania przez niego wyceny jednej z pozycji oznacza ujęcie tej wyceny w innej pozycji, zamiast zażądać wyjaśnień co do przyczyn niewskazania ceny dla pozycji 5.1. Można mieć zatem wątpliwości czy rzeczywiście wezwanie Zamawiającego z dnia 14 grudnia 2020 r. stanowiło wezwanie do udzielenie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 PZP (a nie np. powiadomienie o poprawie „omyłki" w trybie art. 87 ust. 2 PZP). W myśl art. 87 ust. 1 PZP: „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. la i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści." Zgodnie orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, przepis z art. 87 ust. 1 PZP nie daje podstaw do wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie braku wyceny poszczególnych pozycji. Stosownie do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 08 września 2020 roku (sygn. akt: KIO 1881/20): „Niepodanie wymaganych wartości jest istotnym brakiem treści oferty, oznacza bowiem brak

określenia elementów ceny jednostkowej czyli elementów istotnych dla przyszłego zobowiązania umownego, na podstawie których wyliczane będzie wynagrodzenie wykonawcy oraz dokonywane będą zmiany tego wynagrodzenia w dopuszczalnym zakresie. Brak ten powoduje, że oferta danego Wykonawcy w warstwie merytorycznej ponieważ treścią oferty nie objęto całego zakresu przedmiotowego przyszłego zobowiązania, nie wyceniając jednego z istotnych jego elementów, płaconego w formie ryczałtu. Brak podania wartości ceny jednostkowej netto powoduje, że niemożliwe jest ustalenie wynagrodzenia za wykonanie elementu umowy w toku jej realizacji. Jest to istotna nieścisłość treści oferty Wykonawcy, której brak bowiem możliwości samodzielnego wyliczenia tej wartości na podstawie innych danych wynikających z formularza cenowego. Nie jest także możliwe zwrócenie się do Wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 p.z.p. o wyjaśnienie treści oferty, bowiem taka treść nie istnieje. Wyjaśniać można elementy oferty istniejące w momencie składania oświadczenia woli w postaci oferty przez Wykonawcę". Z kolei jak stwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 października 2011 roku (sygn. akt: III CZP 53/11, LEX nr 1808525): „Dla oceny, że doszło do wystąpienia błędu w obliczeniu ceny w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp nie ma znaczenia, czy przyjęcie nieprawidłowej stawki podatku VAT, było zachowaniem zamierzonym przez wykonawcę, czy też nie miało takiego charakteru. Nawet bowiem w sytuacji, w której obliczenie w ofercie ceny, dokonane z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku VAT, nie było elementem świadomej manipulacji ze strony wykonawcy zmierzającego takim, nagannym sposobem, do uzyskania zamówienia publicznego, a tylko rezultatem błędnej interpretacji przepisów określających stawki tego podatku, to i tak nie uchyla to wystąpienia błędu w obliczeniu ceny. Wystąpienie błędu, o którym stanowi art. 89 ust. 1 pkt 6 pzp, oceniać należy w kategoriach obiektywnych, a więc niezależnych od zawinienia czy motywów zachowania wykonawcy przy kształtowaniu treści oferty. Ustawowy obowiązek zamawiającego odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny zakłada wolę ustawodawcy zapewnienia stanu porównywalności ofert, z uwzględnieniem reguł uczciwej konkurencji. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 14 grudnia 2020 r. w zakresie potwierdzenia wyceny pozycji 5.1. formularza ofertowego (formularza cenowego), MIKOR wskazał, iż pozycja ta została ujęta w wycenie pozycji 5.4. formularza ofertowego (formularza cenowego). Jednakże Zamawiający nie odniósł się w żadnej mierze do pominiętej, usuniętej i niewycenionej przez MIKOR pozycji 22.2 i 22.3 formularza ofertowego (formularza cenowego). Tym bardziej zatem aktualny pozostaje zarzut, iż treść oferty' MIKOR nie odpowiada treści SIWZ lub, że oferta MIKOR zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, co w obu przypadkach skutkuje koniecznością odrzucenia oferty MIKOR. Wskazał na orzecznictwo KIO (wyrok KIO/UZP 1060/08). W ocenie Odwołującego zaoferowany przez MIKOR przedmiot zamówienia nie odpowiada co do zakresu przedmiotowi zamówienia opisanemu w SIWZ, bowiem złożona przez MIKOR oferta nie zawierała wyceny pozycji 5.1 formularza ofertowego (formularza cenowego), a złożone przez tego oferenta wyjaśnienia dokonane zostały wedle sugestii Zamawiającego, który wprost wyraził przypuszczenie że koszt ten ujęto w innej pozycji, pomimo że treść oferty nie dawała ku temu żadnych podstaw. Na poparcie tych twierdzeń powołał wyrok KIO/UZP 1000/09), w myśl którego: „Okoliczność pominięcia wyceny określonego zakresu rzeczowego zamówienia, kwalifikowana jest jako niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia".

Analogicznie, wykonawca odniósł się do pominięcia, usunięcia i niewycenienia przez MIKOR pozycji 22.2 i 22.3 formularza ofertowego (formularza cenowego). W tych okolicznościach sprawy, Zamawiający nie miał prawa wzywać oferenta do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 PZP (czego notabene i tak nawet nie uczynił). Zwrócił uwagę, że artykuł 87 ust. 1 PZP dopuszcza wyjaśnienie przez wykonawców na żądanie zamawiającego treści złożonych ofert, nie zaś dokonywanie w nich jakichkolwiek zmian, poza poprawieniem oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych lub innych, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Wyjaśnienie oferty nie może prowadzić do uzupełnienia jakiegokolwiek brakującego dokumentu, w tym samej oferty, co stanowiłoby obejście prawa - art. 82 ust. 1 i art. 84 PZP (tak, wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku - I Wydział Cywilny z dnia 26 marca 2015 roku, sygn. akt: I ACa 960/14). Dalej wskazał na wyroki KIO: 1045/16 i 854/19 oraz 1065/18, podnosząc, że użyte przez ustawodawcę sformułowanie „wyjaśnienia" wskazuje, że procedura uregulowana w art. 87 ust. 1 PZP nie polega na uzupełnieniu bądź negocjacji treści oferty ani tym bardziej jej zmiany, ale służy do usunięcia wątpliwości wynikających z jej treści i uczynienia jej bardziej zrozumiałą dla zamawiającego. W ocenie Odwołującego, w niniejszym przypadku nie można także mówić o innej omyłce w rozumieniu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp polegającej na niezgodności oferty MIKOR z SIWZ, ale niepowodującej istotnych zmian w treści oferty MIKOR. Wskazał na wyroki KIO: 196/20 oraz 1263/19, stwierdzając, że z tego przepisu wynika ogólny zamiar ustawodawcy dopuszczenia do oceny w postępowaniu wszystkich ofert, nawet tych które zawierają różnego rodzaju błędy, nieścisłości, byleby tylko nie prowadziło to do zniekształcenia woli wykonawcy w zakresie istotnej części jego oferty. Istotnym jest, czy w wyniku poprawienia omyłki ma miejsca ukształtowanie całkowicie innego oświadczenia wykonawcy, czy też stanowi tylko jego modyfikację powstałą w wyniku błędu osoby sporządzającej ofertę. Istotność zmiany oferty w wyniku poprawy omyłki, winien wykazać zamawiający". Uzupełniania brakujących pozycji w formularzu ofertowym (formularzu cenowym) nie można byłoby usprawiedliwić także w świetle przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3) PZP, który zezwala wyłącznie na poprawienie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 14 grudnia 2020 roku; pismo MIKOR z dnia 15 grudnia 2020 r.

Zgodnie z punktem 5.1 podpunkt 1 lit. a) SIWZ, wykonawcy byli zobowiązani do wykazania się posiadaniem środków finansowych lub zdolności kredytowej w kwocie minimum 5.000.000,00 zł.

W odpowiedzi na ten wymóg Zamawiającego, MIKOR złożył zaświadczenie z dnia 30 listopada 2020 r. wydane przez SGB-BANK S.A. z siedzibą w Poznaniu, zgodnie z którym SGB-BANK udzielił MIKOR kredytu obrotowego kwocie 1.000.000 zł oraz kredytu obrotowego w rachunku bieżącym w kwocie 300.000 zł. Zaświadczenie z dnia 30 listopada 2020 r. wydane przez SGB-BANK wskazuje jedynie na fakt udzielenia finansowania w formie kredytów obrotowych, (ewentualnie jaka jest kwota rzeczywiście dostępnych środków). Powołał się na wyrok KIO 468/16), w którym wskazano: „(...) że zdolność kredytowa musi być zdolnością realną, aktualną na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a nie zdolnością na dzień przyznawania kredytu (...). (...) kwotę kredytu, która jeszcze nie została wykorzystana ani przeznaczona na inne cele, można uznać za środki, którymi podmiot dysponuje, a więc środki posiadane. Dotyczy to jednak jedynie kwoty kredytu dostępnej dla kredytodawcy, czyli nie wykorzystanej (kwota wykorzystana to, jak wskazano powyżej, jedynie dług kredytobiorcy). Tym samym Zamawiający, oceniając potencjał finansowy, poprawnie odjął kwotę kredytu wykorzystanego od kwoty kredytu udzielonego (7.500.000 5.044.356,91 2.455.643,90 zł)".

W niniejszej sprawie Zamawiający bezrefleksyjnie przyjął, że kwoty wskazane w zaświadczeniu SGB-BANK pozostają do dyspozycji MIKOR. Ważniejsze jednak, że w drugim z przedłożonych wraz z ofertą MIKOR zaświadczeń, SGB-BANK wskazał, że na dzień wystawienia zaświadczenia, tj. dnia 03 grudnia 2020 roku saldo na rachunku bankowym o numerze (…), do którego prawo dostępu posiada MIKOR, wynosi 3.790.236,84 zł. Hipotetycznie zatem suma udzielonych kredytów — 1.300.000,00 zł (abstrahując od zarzutu, iż nie jest to suma dostępnych dla MIKOR

środków w ramach kredytów) oraz środków zgromadzonych na rachunku bankowym — 3.790.236,84 zł, dawałaby łącznie kwotę (drugi z rachunków bankowych w zaświadczeniu jest rachunkiem p zielonej płatności VAT i dostęp do tego rachunku nie przysługuje MIKOR) 5.090.236,84 zł, przy wymaganych 5.000.000,00 zł. Takie zapewne było zamierzenie MIKOR aby wytworzyć przeświadczenie o rzekomym posiadaniu wymaganej SIWZ sytuacji finansowej. Tymczasem w rzeczywistości sytuacja finansowa MIKOR możne być znacznie gorsza niż ta, którą bez zastanowienia zaaprobował Zamawiający. Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać następujących dokumentów: informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość lub zdolność kredytową wykonawcy. Tymczasem MIKOR złożył zaświadczenie SGB-BANK z dnia 30 listopada 2020 r. o udzielonym kredycie. Takie zaświadczenie nie spełnia wymogów rozporządzenia. Jeżeli miałoby zostać umiejscowione w tym zbiorze dokumentów, to bardziej jako zaświadczenie o posiadanych przez MIKOR środkach finansowych. Zdaniem Odwołującego jednak, kwota 1.300.000,00 zł w istocie zawiera się w sumie 3.790.236,84 zł (pomniejsza ją, a nie powiększa), a zatem czego Zamawiający nie uwzględnił w procedurze badania spełniania przez MIKOR warunków udziału w Postępowaniu.
Wskazał ponadto, że Zamawiający nie wziął także pod uwagę, że w dniu 07 grudnia 2020 r. MIKOR dokonał przelewu z rachunku bankowego o numerze (….) na rzecz Zamawiającego kwoty 500.000 zł tytułem wadium, a zatem dodatkowo pomniejszył, co jednoznacznie implikuje, że MIKOR nie spełnia wymogu posiadania sytuacji finansowej przejawiającej się dysponowaniem środkami finansowymi lub zdolności kredytowej na kwotę równą co najmniej 5.000.000 zł.

W świetle powyższych wyjaśnień, MIKOR nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu i powinien zostać wykluczony z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) PZP, a oferta MIKOR powinna zostać uznana za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 PZP. Dowód: zaświadczenie SGB-BANK z 30 listopada 2020 r.zaświadczenie SGB-BANK z 03 grudnia 2020 r.; potwierdzenie przelewu z dnia 07 grudnia 2020 r.;

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust.1 ustawy Pzp podkreślił, że pismem z dnia 14 grudnia 2020 r. Zamawiający wyraźnie sugerował MIKOR sposób, w jaki można podjąć próbę sanowania niezgodności treści oferty MIKOR z SIWZ, pomimo, iż obiektywnie działający zamawiający nie mógł wiedzieć czy wartość pozycji 5.1 została doliczona do ceny ryczałtowej całego działu i uwzględniona w innej pozycji tego działu. Nie sposób zatem uciec od konstatacji, że Zamawiający w sposób świadomy naruszył zasadę zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców określoną w art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 8/02/21) w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu stwierdził, co następuje:

I.W zakresie naruszenia art. 87 ust. 1, art. 89 ust. 2, art. 89 ust. 1 pkt. 6, art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - zaniechanie odrzucenia oferty Mikor Inżyniering Sp. z o.o z przedmiotowego postępowania.

Przedmiotowy zarzut, w okolicznościach niniejszego postępowania, w szczególności biorąc pod uwagę postanowienia SIWZ, ogłoszenia o zamówieniu, treść oferty, jest bezzasadny i nie zasługuje na uwzględnienie.

a)Art. 89 ust. 1 pkt. 2 uPzp

Przedmiot zamówienia został określony za pomocą dokumentacji projektowej, co wynika wprost z pkt. 3.1. SIWZ i § 1 ust. 4 wzoru umowy – załącznik nr 3 do SIWZ. Zatem zakres przeszłego świadczenia - zakresu robót został określony za pomocą dokumentacji projektowej. Zgodnie z treścią pkt. 10.1.a SIWZ Zamawiający zwrócił się o złożenie formularza ofertowego wraz z formularzem cenowy według wzoru załącznika nr 1 do SIWZ. Zgodnie z przedstawionym wzorem formularza cenowego - Zamawiający pola, w których oczekiwał podania wartości w zł wskazał poprzez wpisanie waluty zł. Wykonawcy, którzy złożyli oferty zadośćuczynili wymogom Zamawiającego i wypełnili tabele, dodatkowo łącznie z robotami wchodzącymi w skład poszczególnych działów, w zakresie jakiego oczekiwał Zamawiający.
Zamawiający traktował formularz cenowy, jako element pomocniczy do podania ceny oferty i miał on charakter poglądowy. Wskazał, że Zamawiający nie przypisał formularzowi cenowemu jakiejkolwiek wagi w prowadzonym postępowaniu jak również na etapie realizowanego zamówienia. Dokument ten również nie służył do wyliczenia ceny ofert, co wynika z pkt. 12 SIWZ (sposób obliczenia ceny).
Pkt. 12. 1, 12.2 i 12.3 SIWZ:
12.1.Cena oferty, za całość zamówienia, musi być podana cyfrowo z wyodrębnieniem podatku VAT. Cena oferty winna być obliczona i zapisana zgodnie z formularzem ofertowym. Cena ofertowa = cena netto + podatek vat.
12.2.Wykonawca zobowiązany jest do podania łącznej ceny obejmującej wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków (w tym podatku akcyzowego i VAT).
12.3.Przyjmuje się wynagrodzenie ryczałtowe (całkowite, łączne) obejmujące wykonanie usług i robót budowlanych zgodnie z załączoną dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót, przedmiarami robót (pomocniczymi, orientacyjnymi). Wynagrodzenie obejmuje także wszelkie inne czynności, które pozwolą na udostępnienie obiektu do użytkowania zgodnie z jego przeznaczeniem, w tym wszelkie czynności, o których mowa we wzorze umowy w sprawie zamówienia, stanowiącej załącznik nr 3 do SIWZ.
Z ww. treści SIWZ nie wynika, aby formularz cenowy służył do obliczenia ceny.
Z treści SIWZ wynika jednoznacznie, że wynagrodzenie w przedmiotowym postepowaniu ma charakter ryczałtowy: pkt. 12.3 SIWZ, wzór umowy § 3 ust. 2 i 4 (załącznika nr 3 do SIWZ), formularz ofertowy (część B) – załącznik nr 1 do SIWZ., a zapłata za wykonane roboty będzie następować sukcesywnie na podstawie harmonogramu rzeczowo – finansowego przygotowanego przez Wykonawcę zgodnie z pkt. 15.7 lit. a) SIWZ:
Pkt. 15.7.a SIWZ:
Wykonawca zobowiązany będzie, najpóźniej w dniu podpisania umowy, do dostarczenia harmonogramu rzeczowo - finansowego (w formie papierowej i elektronicznej – plik excel) obejmującego wszystkie koszty i opłaty realizacji przyszłej umowy, wszelkie materiały, urządzenia i wyposażenie oraz roboty niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Harmonogram rzeczowo-finansowy ma określać termin wykonania i koszt realizowanej inwestycji w ramach umowy zawartej z Wykonawcą. Zamawiający przekaże Wykonawcy wytyczne do wykonania harmonogramu rzeczowo – finansowego,. Wykonawca jest zobowiązany uwzględnić wytyczne przekazane przez Zamawiającego w sporządzonym harmonogramie rzeczowo – finansowym.
Na etapie prowadzonego postepowania formularz cenowy również nie będzie pełnił żadnej roli, gdyż zapłata wynagrodzenia określonego ryczałtowo będzie następowała na podstawie harmonogramu rzeczowo – finansowego - § 4 ust. 2 wzoru umowy – załącznik nr 3 do SIWZ:
§ 4 ust. 2 wzoru umowy. Faktury częściowe wystawiane będą po zakończeniu każdego kolejnego miesiąca

kalendarzowego, rozumianego jako okres rozliczeniowy (przyjmuje się, że pierwszy okres rozliczeniowy rozpoczyna się od dnia zawarcia Umowy, a upływa z końcem pełnego miesiąca kalendarzowego), w oparciu o każdorazowo sporządzony i zaakceptowany przez Inspektora Nadzoru protokół zaawansowania prac za dany okres rozliczeniowy, zgodnie z Harmonogramem Rzeczowo-Finansowym, w którym będą wyszczególnione wydzielone elementy Przedmiotu Umowy (z podziałem na branże w oparciu o Harmonogram rzeczowo - finansowy), wykonane do dnia zakończenia okresu rozliczeniowego. Ponadto Zamawiający nie określił w SIWZnegatywnych sankcji wobec wykonawców za brak wyceny czy też brak jakiejkolwiek pozycji z ww. formularza cenowego. Powyższe działania Zamawiającego są zgodne z dostępnym w tym zakresie orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. Zamawiający pozwala sobie przytoczyć wyrok, w którym to zamawiający nie słusznie dokonał czynności odrzucenia oferty i gdzie przywołane zapisy SIWZ i wzoru umowy są niemal identyczne z zapisami, które stosuje w niniejszym postępowaniu Zamawiający. Wskazał na wyrok KIO 592/12 oraz na powołany w jego treści wyrok Sądu Okręgowego w Słupsku z dnia 30 stycznia 2009 r. sygn. akt: VII Ga 59/08, którego przedmiotem była sprawa o zbliżonym stanie faktycznym do niniejszy sprawy. Z powyższej analiz zapisów SIWZ i treści przywołanego wyroku Izby wynika, że drobne uchybienia przy sporządzaniu formularza cenowego nie mają znaczenia dla merytorycznej treści oferty.

W zakresie poz. 22.2 i 22.3 wskazał, że pozycje dotyczą odpowiednio: zasilania elektrycznego placu budowy, zasilania w wodę i zagospodarowanie ścieków. Zgodnie z § 20 [Media] ust. 1 wzoru umowy – załącznik nr 3 do SIWZ:

§ 20 [Media] ust. 1 wzoru umowy

Wykonawca zapewni sobie dostęp do energii elektrycznej, wody i innych mediów niezbędnych dla wykonywania robót i innych prac w ramach Przedmiotu Umowy oraz zorganizowania zaplecza budowy. W tym celu Wykonawca w razie konieczności zawrze stosowne umowy z odpowiednimi podmiotami. Koszty korzystania z mediów, w tym zużycia, obciążają Wykonawcę.

Ponadto w złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniach, Wykonawca jednoznacznie potwierdził, że wycenił cały zakres robót określony w dokumentacji projektowej, uszczegółowieniu opisu przedmiotu zamówienia lub dokumentacji projektowej, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz wyjaśnieniach do treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przekazanych przez Zamawiającego w toku postępowania.

Biorąc zatem pod uwagę fakt, że Wykonawca podał cenę całego działu „Zaplecze budowy i plac budowy", zgodniez oczekiwaniami Zamawiającego, złożone wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy oraz zapisy SIWZ, w tym treści wzoru umowy, nie zaistniała konieczność dalszego procedowania tej kwestii.

Wskazując za Odwołującym na wyrok KIO 1881/20 podał, że: „*Określenie w tym postępowaniu ceny jednostkowe, i rola kosztorysów są całkowicie inne, niż w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ ceny jednostkowe i kosztorys ofertowy miały istotny wpływ na sposób rozliczenia realizacji przedmiotu umowy i w sposób precyzyjny określono, że rozliczenie umowy nastąpi po cenach jednostkowych zwartych w ofercie: za utrzymanie elementu zgodnie z warunkami OPZ z wyłączeniem ilości jednostek wymaganych do wykonania w ciągu roku dla wskazanych pozycji, a tym samym brakiem wskazania przez Wykonawcę ceny jednostkowej i wartości w zakresie Formularza 2.2.a. Formularz cenowy - utrzymanie rutynowe (BUM, ZUD, BUM) w pozycjach, cena oferty została obliczona w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentacji przetargowej*". Dodatkowo wskazał na wyroki KIO: 1515/14, 815/08, 1439/09. Także na wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 6 marca 2001 r. (IV Ca 1147/00): (…) 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. W związku z powyższym, w gdy cena oferty jest ceną ryczałtową - kosztorys pełni jedynie charakter pomocniczy i informacyjny. Nie jest co do zasady treścią oferty, nie wynika z niego zakres świadczenia wykonawcy. Wykonawca zobligowany będzie wykonać przedmiot zamówienia, w tym prace nieujęte wprost w kosztorysie, za cenę ryczałtową podaną przez niego w formularzu ofertowym. Przy tak specyficznym brzmieniu SIWZ nie powstaje również potrzeba zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. umożliwiającego Zamawiającemu poprawienie w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ.

b)Art. 89 ust. 1 pkt. 6 Pzp

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 6 ustawy jest niezasadny.

Zgodnie z postanowienia pkt. 12.5 SIWZ (sposób obliczenia ceny).Podatek VAT należy naliczyć zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług. Podatek vat wynosi: 23%. Jeśli Wykonawca jest uprawniony do naliczania innej stawki podatku VAT, zobowiązany jest dołączyć do oferty interpretacje indywidualną wydaną przez Krajową Administrację Skarbową. W przypadku braku ww. interpretacji przy zastosowaniu innej stawki podatku VAT niż wskazana w przedmiotowej specyfikacji, Zamawiający dokona poprawy podatku VAT, dostosowując treść oferty do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (tak: uchwała Sadu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r. [III CZP 52/11, III CZP 53/11].)

Wykonawca zastosował w ofercie prawidłową stawkę podatku VAT w wysokości 23%.

Ponadto zgodnie z postanowienia pkt. 12 SIWZ (sposób obliczenia ceny).

Pkt. 12. 1, 12.2 i 12.3 SIWZ:

12.1.*Cena oferty, za całość zamówienia, musi być podana cyfrowo z wyodrębnieniem podatku VAT. Cena oferty winna być obliczona i zapisana zgodnie z formularzem ofertowym. Cena ofertowa = cena netto + podatek vat.*

12.2.Wykonawca zobowiązany jest do podania łącznej ceny obejmującej wszystkie koszty związane z wykonaniem przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków (w tym podatku akcyzowego i VAT).

12.3.Przyjmuje się wynagrodzenie ryczałtowe (całkowite, łączne) obejmujące wykonanie usług i robót budowlanych zgodnie z załączoną dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót, przedmiarami robót (pomocniczymi, orientacyjnymi). Wynagrodzenie obejmuje także wszelkie inne czynności, które pozwolą na udostępnienie obiektu do użytkowania zgodnie z jego przeznaczeniem, w tym wszelkie czynności, o których mowa we wzorze umowy w sprawie zamówienia, stanowiącej załącznik nr 3 do SIWZ.

Z powyższej treści SIWZ wynika, jednoznacznie, co Zamawiający wskazał powyżej, że Zamawiający nie wymagał aby cenę obliczyć i zapisać zgodnie z formularzem cenowym. Jak już wcześniej wskazał zgodnie z treścią pkt. 10.1.a SIWZ, Zamawiający wnosił o złożenie formularza ofertowego wraz z formularzem cenowym według wzoru załącznika nr 1 do SIWZ. Zgodnie z przedstawionym wzorem formularza cenowego - Zamawiający pola, w których oczekiwał podania wartości, opisał poprzez wpisanie waluty zł. Zamawiający nie określił w SIWZ żadnych szczegółowych instrukcji wypełnienia i wyliczenia ceny w oparciu o formularz cenowy i w związku z tym, nie może wyciągać w stosunku do wykonawców negatywnych konsekwencji, które nie zostały określone w SIWZ. Zamawiający, tak jak już wspomniał wcześniej, traktował formularz cenowy, jako element pomocniczy do podania ceny oferty i miał charakter poglądowy. Wskazuje na to fakt, że Zamawiający nie przypisał formularzowi cenowemu jakiejkolwiek wagi w prowadzonym

postępowaniu jak również na etapie realizowanego zamówienia. Nie zgodził się z przytoczoną argumentacją z wyroku KIO/UZP 1060/08.

c) art. 87 ust. 1 Pzp.

Zamawiający pismem z dnia 14 grudnia 2020 r. zwrócił się do Wykonawcy o złożenie wyjaśnień. W odpowiedzi faktycznie popełniono omyłkę pisarską podano „dział nr 2 Konstrukcję" zamiast „dział 5 Konstrukcje", co nie zmiana faktu, że Zamawiający był upoważniony do zadania pytania. Biorąc pod uwagę zapisy SIWZ, które Zamawiający przytoczył powyżej, po mimo braku wyraźnego sprecyzowania o obowiązku wycenienia szczegółowych elementów działu, Zamawiający chciał zyskać pewność co do przedstawionej ceny. Jednocześnie potwierdza, że zadał precyzyjne pytanie. W opinii Zamawiającego, zadane precyzyjne pytanie zawiera w sobie część odpowiedzi – lub jak to określa Odwołujący „sugestie". Zamawiający musi swoje myśli przelewać na znaki pisarskie w sposób precyzyjny, a wręcz wyjaśnić dokładnie w jakim przedmiocie oczekuje odpowiedzi. W wyniku udzielenia przez Wykonawcę na ww. pytanie odpowiedzi, nie doszło do jakichkolwiek negocjacji, a w efekcie do zmiany treści oferty, co sugeruje Odwołujący. Zamawiający zwrócił się również do Odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 – pismo z dnia 14 grudnia 2020 r., z prośbą o złożenie wyjaśnień:

Pytanie Zamawiającego:

Proszę o potwierdzenie, że w ofercie został wyceniony kompletny zakres robót określony w dokumentacji projektowej, Uszczegółowieniu opisu przedmiotu zamówienia lub dokumentacji projektowej, Specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz Wyjaśnieniach do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przekazanych przez Zamawiającego w toku postępowania, w tym m.in.: odnowienie korytarzy i innych pomieszczeń po wykonaniu przedmiotu zamówienia, demontaż kurtyny sceny i bramy kieszeni bocznej, -wykonanie blend na wieżach portalowych, demontaż trapów, obudowa ścianami GK central na stropie technicznym, wyłazy dachowe.

Odpowiedź Odwołującego:

w ofercie Wykonawcy TDC Polska Sp. z o.o. został wyceniony kompletny zakres robót określony w dokumentacji projektowej, Uszczegółowieniu opisu przedmiotu zamówienia lub dokumentacji projektowej, Specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz Wyjaśnieniach do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przekazanych przez Zamawiającego w toku postępowania, w tym m.in.: odnowienie korytarzy i innych pomieszczeń po wykonaniu przedmiotu zamówienia, demontaż kurtyny sceny i bramy kieszeni bocznej, wykonanie blend na wieżach portalowych, demontaż trapów, obudowa ścianami GK central na stropie technicznym, wyłazy dachowe.

Z powyższego wynika, że adekwatnie postąpił Odwołujący, udzielając odpowiedzi na zadanie przez Zamawiającego pytania. Odwołujący w odwołaniu całkowicie pominął fakt, że Zamawiający działając zgodnie z zasadą wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy potraktował wszystkich wykonawców równo, zadając pytania i prosząc o wyjaśnienia wszystkich wykonawców bez wyjątku. Przywołany przez Odwołującego wyrok KIO/UZP 1000/09) jest nietrafny, gdyż dotyczy zagadnień z zakresu rażąco niskiej ceny – art. 90 ust.1. Tym nie mniej Izba w wyroku m.in. wskazała: „Badanie oferty przez zamawiającego, o którym mowa w art. 90 ust. 1 i 2 Pzp, nie polega na potwierdzeniu, że oferta obejmuje pełen zakres rzeczowy robót, przewidzianych dokumentacją przetargową, opisem przedmiotu zamówienia, projektem budowlanym, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, gdyż zakres rzeczowy robót i jego pełne zaoferowanie, w szczególności gdy cenę określono jako ryczałtową zgodnie z art. 632 K.c., przynależy do treści oferty, więc jej istotnych postanowień w rozumieniu art. 66 § 1 K.c., jako essentialia negotii przyszłej umowy o realizację zamówienia. Ponadto zamawiający jest związany swoim wyjaśnieniem, że cena ryczałtowa oferty wynika z podsumowania poszczególnych pozycji przedstawionego przez wykonawcę kosztorysu szczegółowego, a w sytuacji braku w szczegółowym kosztorysie ofertowym, w stosunku do SIWZ i dokumentacji projektowej jakichkolwiek pozycji, nie będzie można uznać, że wykonawca złożył ofertę niezgodną z treścią SIWZ, bowiem uważać się będzie, że zostały one ujęte w całkowitej cenie ryczałtowej przedmiotu zamówienia, podanej na druku oferty. Wynika z powyższego że weryfikowanie treści oferty, w sposób jak uczynił to zamawiający również było bezprzedmiotowe. (…) Zadanie pytanie odnosiło się do treści oferty, a za jego podstawę prawną prawidłowo powinien być wskazany art. 87 ust. 1 Pzp. Izba stwierdza, że z uwagi na ryczałtowy charakter ceny, co stanowi okoliczność bezsporną, wybrane konsorcjum potwierdziło, iż w cenie oferty zawarło wymagany dokumentacją pełen zakres rzeczowy robót. Treść pytania była na tyle precyzyjna, że nie można przyjmować, iż wykonawca nie udzielił wymaganej odpowiedzi, stosownej do rzeczywistych intencji zadającego pytanie. Sam zamawiający przyznał, że pytanie jak zostało sformułowane, odnosiło się do wyjaśnienia treści oferty i jego podstawę mógł stanowić art. 87 ust. 1 Pzp, a nie art. 90 ust. 1 ust. 1 i 2 Pzp, który został przywołany pomyłkowo. Wykonawca, który udzielił odpowiedzi wprost na zadane pytanie, nie może ponosić z tego tytułu negatywnych konsekwencji. Zamawiający, poza podaniem podstawy prawnej, nie zawarł wymogu aby odpowiedź dotyczyła podania obiektywnych czynników, dotyczących ceny oferty, przez co uwzględniając treść odpowiedzi, pozbawił się możliwości oceny, czy cena oferty wykonawcy, którego wybrał do realizacji zamówienia nie odbiega od cen rynkowych, w sposób rażąco zaniżony. Również wskazany przez Odwołującego wyrok 854/19 jest nieadekwatny do przedmiotowego postepowania. Wyrok dotyczył poprawienia (uzupełnienia) ceny jednostkowej oferty przy wynagrodzeniu kosztorysowym. Zamawiający wskazał na wyroki KIO: 1470/20, 1492/20, 1681/20, 816/20, 2158/20.

II. W zakresie naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12 oraz art. 24 ust. 4ustawy Pzp - zaniechanie wykluczenia Mikor Inżyniering Sp. z o.o. z postępowania.

Zamawiający na wstępie zastrzega, że uchybienie wskazane przez Odwołującego w zakresie zaświadczenia z banku mającego potwierdzać zdolność kredytową lub dysponowania określną wielkością środków finansowych nie może skutkować automatycznym wykluczaniem wykonawca z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12, w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 6 ustawy Pzp. W przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 i 6 ustawy, Zamawiający unieważni wybór oferty najkorzystniejszej i wezwie Wykonawcą w trybie art. 26 ust. 4 do złożenia wyjaśnień z zakresie złożonego dokumentu (informacji z banku) w celu wskazania jakimi środkami finansowymi dysponuje Wykonawca w ramach udzielonych kredytów określonych w zaświadczeniu z dnia 30 listopada 2020 r. W przypadku gdyby wyjaśnienie były nie wystarczające Zamawiający dokona wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentu aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie dotyczącym sytuacji ekonomicznej lub finansowej. W ocenie Zamawiającego, przedmiotowy zarzut, w okolicznościach niniejszego postępowania, w szczególności biorąc pod uwagę zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ogłoszenia o zamówieniu, treść dołączonego do oferty Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ), jest zasadny i zasługuje na uwzględnienie.

Także wskazał na pkt. 5.1.1.a SIWZ i wymaganą kwotę co najmniej: 5 000 000 PLN, podając, że Wykonawca w treści sekcji B pkt. 6 JEDZ Wykonawca złożył oświadczenie, że środki finansowe wynoszą:5.337.978,01 [PLN] waluta, Z

czego 1.300.000, PLN w formie kredyt SGB Bank S.A. oraz 4.037.978,01 w formie gotówki na kontach w SGB Bank. Na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy, Wykonawca złożył dwa zaświadczenia z banku. Z treści zaświadczenia z dnia 30 listopada 2020 r. wynika, że bank udzielił Wykonawcy finansowania w formie: Kredytu obrotowego w kwocie 1 000 000,00 zł; Kredytu obrotowego w rachunku bieżącym w kwocie 300 000,00 zł. Z treści zaświadczania z dnia 3 grudnia 2020 r. wynika, że wykonawca posiada w banku następujące rachunki:
- rachunek bieżący dla firm o numerze 04 1610 1352 2110 0420 1557 0091. Na dzień wystawienia zaświadczenia saldo na w/w rachunku wynosi 3 790 236,84 zł;
- rachunek do obsługi podzielonej płatności (VAT) o numerze 49 1610 0006 2002 0420 1557 0002; Na dzień wystawienia zaświadczenia saldo na w/w rachunku wynosi 247 741,17 zł".
Zatem z treści ww. dokumentów wynika, że Wykonawca posiada środki finansowe w łącznej wysokości: 4 337 978,01 zł. W opinii Zamawiającego środki wskazane na rachunku do obsługi podzielnej płatności (VAT) są środkami finansowymi, które znajdują się na koncie, którego właścicielem jest Wykonawca. Oczywiście możliwość dysponowania środkami na rachunku VAT jest ograniczona. Jednak należy zwrócić uwagę, że po pierwsze środki zgromadzone na rachunku VAT są własnością posiadacza rachunku, w tym przypadku Wykonawcy. Po drugie, ograniczenie dysponowania środkami, nie powoduje, że tych środków w ogóle Wykonawca nie może uzyskać i w konsekwencji nimi sfinansować realizację zamówienia. Środki te służą do bieżącej obsługi działalności Wykonawca w zakresie prawidłowego opłacania podatku VAT, a zatem są w jego dyspozycji. Również w opinii Zamawiającego, z treści przedstawionych przez Wykonawcę informacji z banku wynika, że kredyt obrotowy w rachunku bieżącym w kwocie 300 000,00 zł jest dostępny dla Wykonawcy w całości. Zamawiający wnioskuje to stąd, że kredyt jest udzielony w ramach prowadzonego rachunku bieżącego. Z treści informacji banku o saldzie w rachunku bieżącego wynika, że Wykonawca na dzień 3 grudnia 2020 r. dysponuje gotówką w wysokości 3 790 236,84 zł. Gdyby Wykonawca wykorzystał kredyt w jakimkolwiek zakresie wówczas saldo na rachunku byłoby ujemne – powstałby debet na koncie, tym bardziej, że zaświadczenie o finansowaniu w formie kredytu jest wystawione z datą 30 listopada 2020 r. – a więc przed wystawieniem zaświadczenia o wysokości środków finansowych. Odnośnie wadium podał, że wypłata wadium wysokości 500 000 zł nie umniejsza wartości posiadanych przez Wykonawcę środków finansowych, gdyż opinie bankowe uznaje się za aktualne, jeżeli są wystawione w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert. Środki w ramach złożonego wadium pomimo, że pozostają na koncie Zmawiającego są de facto środki finansowymi Wykonawcy, które mogą być ewentualnie zatrzymane przez Zamawiającego w ściśle określonych sytuacjach wynikających z przepisów ustawy.

W opinii Zamawiającego sporna pozostaje informacja banku z dnia 30 listopada 2020 r. w zakresie finansowanie w formie: Kredytu obrotowego w kwocie 1 000 000 zł. Z treści bowiem dokumentu JEDZ wynika, że Wykonawca dysponuje tymi środkami finansowymi w pełni. Jednak z treści przedstawionych informacji z banku, nie wynika w jakiej wielkości środków finansowych kredyt jest dostępny, co rozwiałoby wątpliwości w tej kwestii. Zamawiający przyjął w dobrej wierze, że skoro Wykonawca złożył oświadczenie w JEDZ o dysponowaniu środkami finansowymi w wysokości 5.337.978,01, to wartość kredytu na finansowania w wysokości 1 000 000,00 zł jest dostępna w pełni. Wskazał na wyroki KIO: 2748/17 i 2314/13 wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej.

Reasumując, stwierdził m.in, że Odwołujący zarzuca naruszenie przez Zamawiającego ustawy Pzp, jednak naruszeń tych skutecznie nie wykazuje, dokonując jedynie własnej, korzystnej dla Odwołującego, oceny przedstawionego materiału, w oderwaniu od całokształtu sprawy, opierając odwołanie na wybiórczym akcentowaniu okoliczności, które nie mają w niniejszej sprawie większego znaczenia i nie niweczą zasadniczych słusznych decyzji Zamawiającego. Dla podważenia dokonanej przez Zamawiającego decyzji za niewystarczające należy uznać wskazanie, że przedstawiony przez Odwołującego materiał w ocenie Odwołującego pozwala na wyciągnięcie odmiennych wniosków, bowiem stanowisko Odwołującego stanowi jedynie wyraz przyjętej przez Odwołującego linii, zmierzającej do obciążenia odpowiedzialnością Zamawiającego za okoliczności, które w konfrontacji z materiałem dowodowym przedmiotowej sprawy nie może zostać uznane za słuszne. Podkreślił, że jest nie do przyjęcia, aby (…) z powodu drobnych uchybień miał wybrać ofertę i wydatkować środki publiczne o wartość blisko 1 800 000zł większą od wybranej oferty, tym bardziej w obecnych czasach pandemii i rozwijającego się z tego powodu kryzysu, a co za tym idzie niepewnej sytuacji finansowej instytucji kultury.

Do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpił wykonawca: ERBUD spółki akcyjnej z siedzibą w Warszawie wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca: Mikor Inżyniering sp. z o.o. z siedzibą w Jankach wnosząc o oddalenie odwołania. W piśmie procesowym z dnia 9 lutego 2021 r. w zakresie podstaw odrzucenia jego oferty powołał się na podobne okoliczności jak zamawiający, wskazując m.in. na pkt 12.3 i stanowiący o wynagrodzeniu ryczałtowym, a także na § 3 ust.2 Wzoru umowy. Także na pkt 15.7.b SIWZ w myśl którego: „po wyborze oferty w celu zawarcia umowy najpóźniej w dniu jej podpisania wykonawca zobowiązany będzie do dostarczenia dokumentu — kosztorysu ofertowego (w formie papierowej i elektronicznej — plik excel) obejmującego wszystkie koszty i opłaty realizacji przyszłej umowy, wszelkie materiały, urządzenia i wyposażenie oraz roboty niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 2 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia". Tym samym w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający oczekuje przedłożenia przez wybranego wykonawcę kosztorysu, który precyzował będzie zakres prac objętych przedmiotem umowy dopiero po rozstrzygnięciu postępowania i wyborze najkorzystniejszej oferty, dlatego ewentualne „uchybienia" wykonawcy w złożonym przy ofercie formularzu cenowym na etapie składania oferty pozostają bez znaczenia i nie mogą stanowić wystarczającej podstawy do uznania tak złożonej oferty za niezgodną z SWIZ. Odnośnie pozycji 22.2 i 22.3 Formularza wskazał na § 7 ust. 2 pkt 37 i § 20 ust.1, który stanowi: „*Wykonawca zapewni sobie dostęp do energii elektrycznej, wody i innych mediów niezbędnych dla wykonywania robót i innych prac w ramach Przedmiotu Umowy oraz zorganizowania zaplecza budowy. W tym celu Wykonawca w razie konieczności zawrze stosowne umowy z odpowiednimi podmiotami. Koszty korzystania z mediów, w tym zużycia, obciążają Wykonawcę*". Zdaniem wykonawcy (…) *cena przedmiotowej oferty jest ceną ryczałtową, dlatego dołączony do oferty w formie załącznika formularz cenowy traktować należy tylko subsydiarnie, albowiem nie stanowi on treści oferty. ponieważ nie wynika z niego zakres świadczenia wykonawcy. Wymagany przez Zamawiającego formularz cenowy był zatem de facto tylko uproszczonym i bardzo ogólnym kosztorysem, który nie określał zakresu zobowiązania wykonawcy, albowiem ten ostatni determinowany był określoną przez wykonawcę ceną ryczałtową oraz wskazaną przez Zamawiającego dokumentacją (w szczególności dokumentacją projektową). Podkreślenia wymaga przy tym, że Zamawiający nie określił w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, że formularz cenowy ma „specyfikować" przedmiot i zakres oferowanego świadczenia, dlatego nie można uznać, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający odstąpił od „konsekwencji" prawnych zastosowania ceny ryczałtowej i zastrzegł, że kosztorys (formularz cenowy) stanowi treść oferty*."

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy wskazał na rozróżnienie w zaświadczeniu dwóch kredytów, z których jeden tylko jest kredytem obrotowym w rachunku bieżącym i przedstawia wartość w kwocie 300.000 zł i tylko ten kredyt może — jak chce tego Odwołujący — zawierać się w wartości środków zgromadzonych na rachunku bieżącym Przystępującego. Przystępujący zresztą takiemu stanowi rzeczy nie przeczy i na potwierdzenie tej ostatniej okoliczności przedstawi na rozprawie dokument bankowy, z którego wprost wynikać będzie, że kredyt obrotowy w w/w rachunku bieżącym w kwocie 300.000 zł istotnie jest dostępny na tym rachunku. Przystępujący zaprzeczył twierdzeniom Odwołującego, aby środki te „zawierały się" w wartości posiadanych przez Przystępującego na rachunku bieżącym pieniędzy, jakie wskazane zostały co do wysokości w zaświadczeniu SGB — Bank z dnia 3 grudnia 2020 r. Zaświadczenie to — co kategorycznie podkreśla Przystępujący — przedstawia bowiem wartość środków zgromadzonych na bieżącym rachunku bankowym Przystępującego bez uwzględnienia w nich kwot wskazanych w zaświadczeniu SGB — Bank z dnia 30 listopada 2020 roku, które notabene potwierdza nie tylko stan posiadanych przez Przystępującego środków, ale również i zdolność kredytową Przystępującego. Wskazał na § 2 ust.2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z którego wynika, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego może bądź to przedstawić: (i) dokumenty potwierdzające wysokość posiadanych środków (np. zaświadczenie banku o wysokości posiadanych środków lub wyciąg z rachunku bankowego wykonawcy); bądź też (ii) dokumenty potwierdzające zdolność kredytową wykonawcy. Komentowany przepis (jak również treść SIWZ przedmiotowego postępowania) zezwala celem wykazania spełniania warunku w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej na przedłożenie przez wykonawcę obu rodzajów dokumentów, co oznacza że prawnie dopuszczalne jest zsumowanie wartości posiadanych przez wykonawcę na jego rachunku bankowym środków oraz „wartości" posiadanej przez wykonawcę zdolności kredytowej (KIO 1553/101). W okolicznościach faktycznych sprawy mamy właśnie z taką sytuacją do czynienia, albowiem Przystępujący przedstawił jednocześnie dokumenty potwierdzające wartość posiadanych przez Przystępującego na bieżącym rachunku bankowym pieniędzy oraz dokumenty potwierdzające zdolność kredytową Przystępującego.
Całkowicie chybiony i bez znaczenia dla oceny spełniania przez Przystępującego komentowanego warunku udziału w postępowaniu jest zarzut Odwołującego, jakoby fakt dokonania przez Przystępującego z jego rachunku bankowego przelewu z tytułu wadium. Żaden bowiem przepis prawa nie nakłada na wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia obowiązku utrzymywania oczekiwanej przez zamawiającego wartości środków pieniężnych (lub zdolności kredytowej) przez cały czas ubiegania się o udzielenie zamówienia (względnie cały czas realizacji zamówienia). Stanowisko to jest powszechnie akceptowane, a potwierdzeniem tego stanu rzeczy może być m. in. wyrok KIO 1886/13, w którym Izba stwierdziła, że: „W odniesieniu do warunków ekonomiczno-finansowych, wymóg przedłożenia zaświadczeń z banku, wystawionych nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert należy odczytywać w ten sposób, że wykonawca powinien dysponować wyznaczoną kwotą nie wcześniej niż w dowolnym dniu tegoż 3-miesięcznego okresu. W żadnym wypadku wykonawca nie test zobowiązany aby utrzymywać cały czas taką samą ilość środków finansowych na koncie, aż do ustalenia wyniku postepowania gdyż udział w przetargu nie wpływa na możliwość obracania zadeklarowanymi środkami". Jego zdaniem, Odwołujący pomija fakt, że poza środkami na bieżącym rachunku bankowym Przystępującego, ten ostatni posiada również znaczną ilość pieniędzy na rachunku do obsługi podzielonej płatności (VAT) o numerze: 49 1610 0006 2002 0420 1557 0002. Jak wynika bowiem z treści zaświadczeniu SGB — Bank z dnia 3 grudnia 2020 roku na rachunku obsługi podzielonej płatności Przystępujący posiadał środki pieniężne w kwocie 247.741,17 złotych. Te ostatnie środki ponad wszelką wątpliwość nie tylko mogą, ale wręcz powinny być brane pod uwagę przy badaniu przez Zamawiającego spełniania przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazania oczekiwanej przez Zamawiającego zdolności ekonomicznej i finansowej, albowiem środki z rachunku VAT zgodnie z art. 62a ust. 2 Prawa bankowego, mogą służyć wykonawcy między innymi do: (i) płatności kwoty odpowiadającej kwocie podatku od towarów i usług z tytułu nabycia towarów lub usług niezbędnych do wykonania zamówienia; (ii) wpłat na rachunek urzędu skarbowego m. in. z tytułu podatku od towarów i usług, w tym podatku naliczonego w fakturach wystawianych Zamawiającemu w toku wykonywania zamówienia; (iii) należności z tytułu składek, o których mowa w art. 24 ust. 2 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych — tzw. koszty pracownicze związane z realizacją zamówienia. Niewątpliwie zatem środki zgromadzone na rachunku do obsługi mechanizmu podzielonej płatności (VAT) należy uznać za środki, którymi wykonawca (w tym wypadku Przystępujący) dysponuje, a co za tym idzie należy ich wartość uwzględniać przy ocenie spełniania w/w warunku udziału w postępowaniu. Podniósł, że nawet gdyby hipotetycznie przyjąć — jak chce tego Odwołujący — że złożone przez Przystępującego celem wykazania komentowanego warunku udziału w postępowaniu dokumenty budzą wątpliwości, to i tak Zamawiający nie miałby prawa od razu wykluczyć Przystępującego z postępowania, a powinien był wezwać Przystępującego w oparciu o art. 26 ust. 3 lub art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust.1 ustawy Pzp stwierdzając, że biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne i sposób przeprowadzenia przez Zamawiającego przedmiotowego postępowania, w szczególności przyjęcie w ramach postępowania wynagrodzenia ryczałtowego, nie zgodził z tym zarzutem i stwierdził, że wybór oferty Przystępującego został dokonany w sposób prawidłowy i w warunkach zachowania zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Podsumowując, zarzuty uznał za bezzasadne i chybione, a ponadto oświadczył, że Przystępujący przedstawi na rozprawie dokumenty, które ostatecznie potwierdzą przedstawione stanowisko.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.) [dalej: ustawa Pwu), do postępowań odwoławczych, o których mowa w uchylanej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. (dalej: ustawa Pzp), wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 2019) (dalej: nPzp).

Odwołanie w niniejszej sprawie zostało wniesione w dniu 11 stycznia 2021 r. Izba zatem wydając orzeczenie w niniejszej sprawie, stosowała w postępowaniu odwoławczym przepisy nPzp z dnia 11 września 2019 r.

Zarzuty odwołania podlegają częściowemu uwzględnieniu.

Izba zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego i Przystępującego wykonawcy, że oferta wykonawcy Mikor Inżyniering sp. z o.o. z siedzibą w Jankach nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pzp.

Izba zwraca uwagę, że formularz cenowy – według wzoru do SIWZ – wymagał bezsprzecznie wypełnienia - w kolumnie do tego dedykowanej – cen, co do głównych pozycji działu, mianowicie oznaczonych jak w przypadku spornym

„działu 5" (-zł).
W ramach tej pozycji dla wskazanych podpozycji (podpunktów) 5.1. , 5.2 (….) podanie cen wobec takiej konstrukcji formularza nie było wprost wymagane w takich cząstkowych elementach. Z kolei w stanie faktycznym tej sprawy - wobec wskazania przez wykonawcę cen cząstkowych w ramach danego działu w innych podpunktach - Zamawiający miał podstawy do wyjaśnienia na podstawie art. 87 ust.1 ustawy Pzp powodów braku informacji o cenie w zakresie pozycji 5.1. i upewnienia się, czy także te elementy są ujęte w cenie łącznej.

Skierowane do wykonawcy zapytanie nie narusza przepisów ustawy Pzp, w tym zasad określonych art. 7 ust.1 ustawy Pzp. Izba zwraca uwagę, że w podobny sposób Zamawiający w piśmie z dnia 14.12.020 r. sformułował zapytanie do Odwołującego. Także w tym wezwaniu prosił o potwierdzenie, że: (…) *w ofercie został wyceniony kompletny zakres robót określony w dokumentacji projektowej* (…), *w tym m.in.: odnowienie korytarzy i innych pomieszczeń po wykonaniu przedmiotu zamówienia, demontaż kurtyny sceny i bramy kieszeni bocznej, wykonanie blend na wieżach portalowych, demontaż trapów, obudowa ścianami GK central na stropie technicznym, wyłazy dachowe*". W odpowiedzi wykonawca podał, że: (…) *został wyceniony kompletny zakres robót określony w dokumentacji projektowej,* (…), *w tym m.in.: odnowienie korytarzy i innych pomieszczeń po wykonaniu przedmiotu zamówienia, demontaż kurtyny sceny i bramy kieszeni bocznej, wykonanie blend na wieżach portalowych, demontaż trapów, obudowa ścianami GK central na stropie technicznym, wyłazy dachowe*".

Z powyższego wynika, że Zamawiający adekwatnie postąpił w stosunku do obu wykonawców, uzyskując adekwatnie do pytań odpowiedzi. Odwołujący ten fakt w odwołaniu pominął podnosząc zarzut naruszenia – w tym obszarze – zasady, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, podczas gdy Zamawiający potraktował wykonawców jednakowo, zadając pytania i prosząc o wyjaśnienia wykonawców w analogiczny sposób.

W odniesieniu do pozycji 22.2 i 22.3 Izba uznała, że wprowadzona modyfikacja znajduje uzasadnienie wobec postanowień pkt 10.8. specyfikacji na które to postanowienie zwrócił uwagę (cytując) w odwołaniu wykonawca. Stosownie do tego punktu możliwe było przedstawienie wymaganych załączników w formie własnej opracowanej przez wykonawcę, których treść powinna obejmować wszystkie informacje wymagane przez zamawiającego, zgodnie z załącznikami opracowanymi przez zamawiającego. W tym przypadku w zakresie tego punktu Przystępujący dokonał modyfikacji. Punkt 22: Zaplecze budowy i plac budowy – według opisów – obejmował trzy ppkt: 22.1 (Budowa oraz likwidacja zaplecza budowy oraz elementów i obiektów placu budowy, dozór i utrzymanie), 22.2.(Zasilanie elektryczne placu budowy) i 22.3.(Zasilanie w wodę i zagospodarowanie ścieków Wykonawca pozostawił ppkt 22.1. W tym przypadku Izba zgodziła się, że z uwagi na § 20 ust.1 wzoru umowy [„1. *Wykonawca zapewni sobie dostęp do energii elektrycznej, wody i innych mediów niezbędnych dla wykonywania robót i innych prac w ramach Przedmiotu Umowy oraz zorganizowania zaplecza budowy. W tym celu Wykonawca w razie konieczności zawrze stosowne umowy z odpowiednimi podmiotami. Koszty korzystania z mediów, w tym zużycia, obciążają Wykonawcę."]* taka modyfikacja w związku z punktem 10.8 specyfikacji była dopuszczalna. Ponadto w wyjaśnieniach na wezwanie, Wykonawca – jak również podał Zamawiający - jednoznacznie potwierdził, że wycenił cały zakres robót określony w dokumentacji projektowej, uszczegółowionym opisie przedmiotu zamówienia lub dokumentacji projektowej, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz w wyjaśnieniach do treści SIWZ.

Wobec ustaleń w zakresie niezasadności zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp także za niezasadny należało uznać zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 6 tej ustawy, albowiem ten zarzut oparto na twierdzeniu pominięcia w Formularzu cenowych wartości co do pozycji 5.1. oraz 22.2 i 22.3, którą to argumentację Izba uznała za niezasadną.

Natomiast podlega uwzględnieniu zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp, albowiem zdaniem Izby wykonawca Mikor Inżyniering nie wykazał spełnienia warunku z punktu 5.1 podpunkt 1 lit. a) SIWZ.W tym przypadku, jak ustalił Zamawiający, uwzględniając ten zarzut, wykonawca w JEDZ - sekcji B pkt. 6na potwierdzenie warunku z pkt. 5.1.1.a SIWZ [„*Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową na kwotę równą co najmniej: 5 000 000,00 PLN.*"] - złożył oświadczenie, że środki finansowe wynoszą: 5.337.978,01 [PLN] waluta, z czego 1.300.000, PLN w formie kredyt SGB Bank S.A. oraz 4.037.978,01 w formie gotówk na kontach w SGB Bank. Na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy, wykonawca złożył dwa zaświadczenia z banku SGB Bank S.A. Oddział w Warszawie. Z treści zaświadczenia z dnia 30 listopada 2020 r. wynika, że bank udzielił Wykonawcy finansowania w formie:

- ✓Kredytu obrotowego w kwocie 1 000 000,00 zł;
- ✓Kredytu obrotowego w rachunku bieżącym w kwocie 300 000,00 zł.

Z kolei z treści zaświadczania z dnia 3 grudnia 2020 r. wynika, że wykonawca posiada w banku następujące rachunki:

- ✓ rachunek bieżący dla firm o numerze 04 1610 1352 2110 0420 1557 0091. Na dzień wystawienia zaświadczenia saldo na w/w rachunku z kwotą 3 790 236,84 zł;
- ✓rachunek do obsługi podzielonej płatności (VAT) o numerze 49 1610 0006 2002 0420 1557 0002; Podano: Na dzień wystawienia zaświadczenia saldo na w/w rachunku wynosi 247 741,17 zł".

Niewątpliwie tak jak wskazał Zamawiający z treści ww. dokumentów wynika, że Wykonawca posiada do dyspozycji środki finansowe w łącznej wysokości: 4 337 978,01 zł (3 790 236,84 zł+247 741,17 zł+300 000,00 zł). Izba zgodziła się z Zamawiającym, że środki wskazane na rachunku do obsługi podzielnej płatności (VAT) są środkami finansowymi, które znajdują się na koncie, którego właścicielem jest wykonawca. Ograniczenia w możliwości dysponowania środkami na rachunku VAT nie zmieniają faktu, że są w dyspozycji wykonawcy, a w samym wymaganiu nie wprowadzono żadnych ograniczeń (zgodnie z brzmieniem: *posiada środki finansowe lub zdolność kredytową). Także Izba zgodziła się z Zamawiającym, że wy*płata wadium w wysokości 500 000 zł nie umniejsza wartości posiadanych przez wykonawcę środków finansowych dla oceny warunku, gdyż opinie bankowe – na gruncie wskazanego rozporządzenia - są aktualne, jeżeli są wystawione w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert. Niewątpliwie sporna pozostaje informacja banku z dnia 30 listopada 2020 r. w zakresie finansowania w formie: „Kredytu obrotowego w kwocie 1 000 000 zł". Ze wskazanego dokumentu nie wynika bowiem w jakiej wielkości środków finansowych kredyt jest dostępny, na dzień wystawienia wykonawcy Mikor wskazanego zaświadczenia. Reasumując Izba stwierdza, że według oświadczenia Mikor złożonym w JEDZ wykonawca dysponuje środkami finansowymi w wymaganej kwocie 5 mln zł, jednakże w treści przedstawionych informacji z banku ta okoliczność nie została potwierdzona.

Wobec powyższych ustaleń Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i unieważniając czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Mikor Inżyniering sp. z o.o. z siedzibą w Jankach nakazała powtórzenie czynności badania i oceny oferty tego wykonawcy w zakresie spełniania przez tego wykonawcę warunku z punktu 5.1 podpunkt 1 lit. a) SIWZz zastosowaniem procedur przewidzianych ustawą Pzp, w tym art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia jakimi środkami finansowymi dysponuje Wykonawca w ramach udzielonych

kredytów, o których mowa w zaświadczeniu z dnia 30 listopada 2020., którego wystawcą jest SGB Bank S.A. Oddział w Warszawie. W pozostałym zakresie zarzuty zostały oddalone, w tym zarzut naruszenia art. 24 ust.4 Pzp, albowiem wykonawca na obecnym etapie nie podlega wykluczeniu, a zatem także uznanie jego oferty za odrzuconą byłoby przedwczesne.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 nPzp z dnia 11 września 2019 r. oraz § 7 ust. 2 pkt 3 oraz ust.4 i ust.5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437) [dalej: rozporządzenie].

Zgodnie z dyspozycją wskazanego art. 557 w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z kolei z § 7 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia: „2. *W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą:*

(…)

3) odwołujący i zamawiający lub uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, gdy zamawiający uwzględnił część zarzutów, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów odwołania."

W myśl natomiast § 7 ust. 4: „*W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, Izba rozdziela:*

1) *wpis stosunkowo, zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego lub od uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw kwotę, której wysokość ustali przez obliczenie proporcji liczby zarzutów uwzględnionych przez Izbę do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła, mając na względzie, ile spośród tych zarzutów było objętych sprzeciwem uczestnika wnoszącego sprzeciw;*

2) *koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i zamawiającym lub uczestnikiem postępowania odwoławczego wnoszącym sprzeciw."*

W niniejszej sprawie jako podstawę podziału rozstrzygnięcia o kosztach i obciążenie Odwołującego oraz Przystępującego kosztami po 50 % Izba przyjęła, że zarzuty dotyczyły podstaw odrzucenia odwołania oraz wykluczenia wykonawcy Przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia.

Kluczowy zarzut odrzucenia dotyczył zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, a zarzut zaniechania odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 6 opierał się na przesłankach opartych na ustaleniach dotyczących zgodności oferty ze specyfikacją. Te zarzuty, zostały oddalone, podobnie jak zarzut naruszenia art. 24 ust.4 Pzp podnoszony w związku z zarzutem naruszenia art. 24 ust.1 pkt 12 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 24 ust.1 pkt 12 Pzp - zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania - z uwagi na ustalenia w części dotyczącej nie wykazania warunku udziału z punktu 5.1 podpunkt 1 lit. a) SIWZ, został przez Izbę uwzględniony.

W zakresie tego zarzutu, Przystępujący zgłosił sprzeciw.

Tym samym orzeczenie o kosztach uwzględnia również wytyczną z § 7 ust. 5 rozporządzenia w myśl której: „*Izba może w uzasadnionych przypadkach odstąpić od rozdzielenia kosztów w sposób, o którym mowa w ust. 1 pkt 3 oraz ust. 2–4, w szczególności jeżeli przemawia za tym rodzaj zarzutów uwzględnionych przez Izbę lub ich waga dla rozstrzygnięcia odwołania."*

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

……