

WYROK
z dnia 22 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2021 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Poleko Budownictwo Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Gdańsku, ul. Budowlanych 7, 80-298 Gdańsk (Lider), **Heli Factor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie, ul. Lektykarska 4a, 01-687 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Szpital Pomorski Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Gdyni, ul. Powstania Styczniowego 1, 81-519 Gdynia

przy udziale

Wykonawcy **Climamedic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa** z siedzibą w Regułach, ul. St. Bodycha 73A, 50-816 Michałowice zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1) Oddala odwołanie.

2.1) Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Poleko Budownictwo Sp. z o.o., Heli Factor Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 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 555/21

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Szpital Pomorski Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni na *budowę ładowiska dla śmigłowców ratunkowych wyniesionego na dachu budynku Szpitala św. Wincentego a Paulo przy ul. Wójta Radtkego 1 w Gdyni wchodzącego w skład Szpitali Pomorskich Sp. z o.o.* (nr postępowania: D25M/252/N/33-52rj/20) ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18.12.2020 r., nr 767917-N-2020, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (Climamedic Sp. z o.o. sp.k.), wniesione zostało 21 lutego 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Poleko Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku i Heli Factor Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 555/21), dalej zwani Konsorcjum/Odwołującym.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 Pzp w zw. z art. 18a pkt 4 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw w zw. z art. 78 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Climamedic Sp. z o.o. sp. k. pomimo jej złożenia z naruszeniem pisemnej formy czynności prawnej, ponieważ nie została opatrzona własnoręcznym podpisem, a bliżej nieokreślonym rysunkiem, nie pozwalającym na zidentyfikowanie tożsamości osoby składającej ofertę, a tym samym oferty nieważnej z uwagi na brak podpisu;
z ostrożności, naruszenie art. 26 ust 3a ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania Climamedic do złożenia prawidłowego pełnomocnictwa dla Pana M.T., jako osoby podpisanej pod ofertą;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Climamedic pomimo jej niezgodności z siwz, albowiem wykonawca dokonał nieuprawnionej zmiany w przedmiarze robót sporządzonym przez Zamawiającego, będącym integralną częścią siwz;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 4 i 6 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Climamedic pomimo, że zawiera błąd w obliczeniu ceny;
- 4) art. 87 ust. 2 pkt 2 względnie art. 87 ust 2 pkt 3 przez zaniechanie poprawienia kosztorysu załączonego do oferty Climamedic, str. 14 kosztorysu „Konstrukcje stalowe” przez wpisanie prawidłowej ilości robocizny (343 rb zamiast 24 rb) oraz w konsekwencji podwyższenia ceny oferty o kwotę 2.692.596,06 PLN netto, 3.311.893,15 PLN brutto, a w efekcie tego naruszenie art. 91 ust. 1 przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;
- 5) art. 90 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Climamedic do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny pomimo, że cena istotnej części składowej oferty, jaką jest cena konstrukcji stalowej wobec rażącego zaniżenia ilości roboczogodzin, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i winna budzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego;

6) art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Climamedic pomimo, że jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji przez rażące zaniżenie ilości roboczogodzin w istotnym elemencie oferty jakim są konstrukcje stalowe, co przy jednoczesnym rażącym zawyżeniu stawki roboczogodziny (75%) powoduje, że w przypadku robót dodatkowych i zamiennych Climamedic będzie miał rażąco zawyżone stawki jednostkowe, a Zamawiający poniesie dużo większe koszty, jak cena oferty;

7) art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 Pzp przez zaniechanie wykluczenia Climamedic mimo, że wykonawca ten, co najmniej wskutek lekkomyślności, wprowadził Zamawiającego w błąd co do przedstawienia informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, tj. wymogu wykonania 1 zamówienia polegającego na budowie lub przebudowie całodobowego lądowiska wyniesionego na czynnym obiekcie o wartości co najmniej 7.000.000,00 zł brutto (po zmianie z 14.01.2021 r.)

względnie, naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Climamedic do uzupełnienia dokumentów w zakresie spełnienia w/w warunku z uwagi na okoliczność, że złożone dokumenty w postaci referencji Uniwersyteckiego Centrum Klinicznego Warszawskiego Uniwersytetu Medycznego z 4.02.2020 r. nie potwierdzają spełnienia warunku, gdyż potwierdzają ogólną wartość wykonanych prac, w skład których wchodziły również roboty nie dotyczące lądowiska, po odjęciu których wartość roboty referencyjnej zgodnie z brzmieniem warunku, wynosi poniżej 7 mln PLN brutto;

8) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2, 4 i 6 Pzp oraz art. 7 ust. 1 przez dokonanie wyboru oferty Climamedic, jako oferty najkorzystniejszej i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, która jest jedyną i tym samym najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, jak również naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia czynności oceny ofert, wykluczenia wykonawcy Climamedic Sp. z o.o. sp. k. i odrzucenia tej oferty oraz nakazanie dokonania czynności oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zamawiający dokonał wyboru oferty Climamedic Sp. z o.o. sp. k. (dalej jako Climamedic) 17.02.2021 r.

Ad. 1)

W rozdziale 1.4 ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz Zamawiający wymagał złożenia oferty wraz z załącznikami w formie pisemnej. Zgodnie z art. 18a pkt 4 ustawy z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw oferta składa się pod rygorem nieważności w formie pisemnej opatrzone własnoręcznym podpisem. Analogiczną regulację zawiera kodeks cywilny w art. 78 § 1.

Oferta Climamedic nie spełnia przywołanych przepisów prawa, nie można bowiem ustalić, iż formularz ofertowy został własnoręcznie podpisany przez specjalistę ds. zamówień publicznych Pana M.T.. Oferta opatrzona została imienną pieczęcią oraz bliżej nieokreślonym maźnięciem długopisem (nawet nie parafą). Wskutek tego powstała forma graficzna zbliżona do dwóch liter „W”, co nie pozwala zidentyfikować osobę podpisującą ofertę. Opatrzanie oferty podpisem jest niezbędne do skutecznego złożenia oświadczenia woli (chęci udziału w postępowaniu), a niespełnienie tego wymogu powoduje nieważność oferty, którą Zamawiający winien odrzucić jako niezgodną z przepisami prawa zamówień publicznych oraz prawa cywilnego. Wymóg własnoręczności podpisu nie został również spełniony w załączonym do oferty dokumencie pełnomocnictwa do reprezentacji wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ponieważ oferta podlega odrzuceniu z innej przyczyny, zarzut naruszenia art. 26 ust. 3a Pzp Odwołujący stawia z daleka posuniętej ostrożności.

Odwołujący przywołał orzecznictwo KIO i sądów powszechnych dotyczące przedmiotowej kwestii prawnej, w tym różnic pomiędzy podpisem a parafą.

Ad. 2) – 6) i 8).

W odniesieniu do szczegółowego kosztorysu, który należało dołączyć do oferty, stanowił on podstawę do wyceny ceny za realizację przedmiotu zamówienia i sporządzony miał być na podstawie załączonych do siwz przedmiarów, niezależnie od tego, że cena ma charakter ryczałtowy. Kosztorys pełnił jednocześnie funkcję informacyjną, pomocniczą, potwierdzającą prawidłowość wyceny i zgodność oferowanych robót z siwz.

Zamawiający w katalogu nakładu rzeczowych dla pozycji 14 „Wykonanie na budowie i montaż konstrukcji stalowej obmiar 95.700 tony” przyjął wielkości, w tym dla robocizny 343 r-g/t. Tymczasem w kosztorysie ofertowym Climamedic przyjęła ilość 24 r-g/t co stanowi niecałe 7% ilości przewidzianej w kosztorysie inwestorskim. Wartość roboczogodziny określona została w kwocie 45,00 zł/r-g.

Przy podstawieniu prawidłowych wielkości różnica w cenie wynosi 1.373.733,50 zł. Przy kosztach pośrednich na poziomie 75% oraz zysku 12%, różnica wyniesie 2.692.596,06 zł. Tym samym cena oferty powinna wynieść nie 7.302.935,22 zł netto ale 9.995.531,28 zł netto, co stanowi cenę wyższą od oferty Odwołującego, która opiewa na kwotę 8.900.000,00 zł netto.

Zmieniając ilość nakładów roboczogodziny na tonę Climamedic jednocześnie zawyżyło w ofercie cenę roboczogodziny i kosztów pośrednich. Niespotykaną jest stawka 45,00 zł/r-g, co stanowi o manipulacji ceną, która w przypadku wystąpienia robót dodatkowych/zamiennych będzie znacząco zawyżała stawki jednostkowe na niekorzyść Zamawiającego. Ponieważ Zamawiający załączył edytowalną wersję kosztorysów, działania wykonawcy było zamierzone i celowe, a co najważniejsze było nieuprawnione. Wykonawca nie mógł modyfikować nakładów rzeczowych określonych przez Zamawiającego, a dokonana zmiana powoduje, że nie jest możliwe porównanie ofert, jak również stwierdzenie możliwości wykonania przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie mógł pominąć milczeniem tej sytuacji powołując się na ryczałtową formę ceny oferty. Postawione zarzuty wyczerpują kwalifikację prawną błędu w ofercie. Zakładając, iż mamy do czynienia z omyłką, Zamawiający zobowiązany był skorygować kosztorys wpisując prawidłową ilość roboczogodzin, co w konsekwencji modyfikowałoby cenę oferty i prowadziłoby do tego, że nie jest ona najkorzystniejsza.

Podstawienie prawidłowej ilości roboczogodzin wobec bardzo istotnego wpływu na cenę automatycznie rodzi

podejrzeń, a w zasadzie pewność, że oferowana cena jest rażąco niska, a Zamawiający zobowiązany był wezwać do złożenia wyjaśnień.

Zakładając, natomiast że modyfikacja przedmiaru nie podlega poprawieniu, Zamawiający powinien ofertę odrzucić jako niezgodną z siwz, zawierającą błąd w obliczeniu ceny, co skutkuje rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Ad) – podstawy wykluczenia.

Wskazana w wykazie usług robota na rzecz CK w Warszawie o podanej wartości powyżej 7 mln brutto obejmowała prace nie tylko związane z budową ładowiska, tj. np. remont pomieszczeń łazienkowych na trzecim piętrze. Tym samym od wartości robót należałoby odliczyć roboty nie związane z budową ładowiska wyniesionego. Powyższe uchybienie wykonawcy powinno być kwalifikowane jako wprowadzenie Zamawiającego w błąd, przez co najmniej lekkomyślność wykonawcy, co skutkowało powinno wykluczeniem z postępowania oraz odrzuceniem oferty Climamedic.

Zamawiający w piśmie z 15 marca 2021 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

W odniesieniu do pierwszego zarzutu dotyczącego niezgodności oferty Climamedic z przepisami ustawy (art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 Pzp) Zamawiający wskazał, iż oferta została podpisana przez specjalistę ds. zamówień publicznych Pana M.T. w sposób nie budzący dla Zamawiającego wątpliwości. Użyto pieczętki imiennej (wskazującej imię i nazwisko, pełnioną funkcję) oraz użyto podpisu, który jest tylko nieczytelny (podpis skrócony), jakkolwiek identyfikuje podpisującego się. Ten sam podpis figuruje na wszystkich dokumentach oferty z przystawioną pieczętką. Załączone do oferty pełnomocnictwo wyraźnie wskazuje na umocowanie Pana T.T. do reprezentowania wykonawcy w postępowaniu oraz podpisania umowy. Istota podpisu została spełniona, gdyż jest nią identyfikacja osoby, która go złożyła. Identyfikacja ta następuje przez użycie określonych liter, a także przez porównywalność i powtarzalność cech podpisu na złożonych dokumentach. Tym samym zarzut naruszenia art. 26 ust. 3a Pzp, tj. zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia prawidłowego pełnomocnictwa dla Pana M.T. również należy uznać za bezzasadny.

Zamawiający przywołał wyrok KIO i uchwałę KIO potwierdzające jego stanowisko w spornej kwestii.

W odniesieniu do rzekomej niezgodności oferty z siwz, mającej wynikać z nieuprawnionej zmiany w przedmiarze robót, Zamawiający wskazał na charakter ryczałtowej ceny ofertowej, dla której załączony kosztorys miał wyłącznie charakter pomocniczy. W takiej sytuacji, kosztorys wykorzystywany jest do częściowego rozliczenia robót, a podane w nim ceny służą pomocniczo do ustalenia wartości poszczególnych pozycji.

Zamawiający przywołał zapisy siwz, rozdział VIII określające obowiązek złożenia szczegółowych kosztorysów ofertowych i ich znaczenie oraz charakter, jako: *informacyjny i pomocniczy i ma za zadanie potwierdzać prawidłowość dokonanej wyceny robót budowlanych oraz zgodność oferowanych robót z treścią SIWZ. Kosztorys dołączony do oferty powinien obejmować przewidywane końcowe ilości poszczególnych asortymentów robót, objętych opisem przedmiotu zamówienia, z przypisaną im ceną jednostkową, tak aby suma pokrywała wynagrodzenie ryczałtowe za roboty.*

Sposób obliczenia ceny wskazany w rozdziale XVI SIWZ oraz formularz oferty wskazują na wynagrodzenie ryczałtowe, a uwaga zamieszczona w formularzu w odniesieniu do udostępnionych przedmiarów lub innych tożsamyh dokumentów informuje, iż *Wykonawca nie powinien traktować opisów poszczególnych pozycji wskazanych w tym dokumencie jako definitywnie określających zakres i wymagania dla danych robót (...). Uwaga: jeżeli w zestawieniu robót (przedmiarze robót) dostarczonym przez Zamawiającego nie są ujęte pewne roboty (np. wszystkie prace pomocnicze na placu budowy lub inne), ale konieczność ich wykonania wynika z opracowanej dokumentacji robót, SIWZ lub technologii robót, to koszty wykonania tych czynności powinny być przez Wykonawcę uwzględnione w cenie pozycji kosztorysowej obejmującej robotę, której one towarzyszą. Ich pominięcie w cenie ofertowej nie będzie mogło stanowić podstawy do wystąpienia z roszczeniem o dodatkowe wynagrodzenie w czasie realizacji zamówienia.*

Z zapisów siwz wynika, że oferowana cena nie miała opierać się jedynie o wskazania zawarte w przedmiarze robót, ale o całą dokumentację projektową. Wykonawca zobowiązany był do samodzielnego ustalenia zakresu ilościowego robót w oparciu o udostępnione materiały, które miały wyłącznie walor orientacyjny (załącznik nr 6 OPZ). Stąd jako bezpodstawny Zamawiający ocenia zarzut nieuprawnionej zmiany w przedmiarze robót sporządzonym przez Zamawiającego. Wykonawca był uprawniony do dokonania własnej oceny wartości przedmiotu zamówienia, ustalenia zakresu ilościowego i zaferowania na tej podstawie ceny.

Zamawiający w odpowiedzi z 11.01.2021 r. na pytanie: *„W pozycjach przedmiarowych dotyczących konstrukcji stalowej (poz. 14, 15, 16, 17, 30, 31, 32, 33) ilość konstrukcji stalowej jest mniejsza względem dokumentacji projektowej łącznie o ok. 20%. Proszę o potwierdzenie, że do wyceny należy przyjąć ilość z projektu”*, Zamawiający wskazał:

„Zamawiający potwierdza – ilości robót należy przyjąć takie jakiej wynikają z dokumentacji projektowej. Przedmiar robót proszę traktować jako pomocniczy co oznacza, że żadnych, związanych z nim ilości oraz asortymentów robót nie należy traktować jako wiążących lub stanowiących podstawę wyceny oferty przetargowej Wykonawcy”.

W tym stanie rzeczy odstępstwo od konkretnych ilości oferty Climamedic, w kontekście ceny ryczałtowej podanej w formularzu oferty, nie mogło prowadzić do uznania jej za niezgodną z siwz, jak również nie mogło być poczytane jako błąd w obliczeniu ceny.

Sposób obliczenia ceny w kosztorysie i odstępstwa od wzoru przedmiarowego nie miały charakteru omyłek wymienionych w art. 87 ust. 2 Ustawy. Nie były to bowiem oczywiste omyłki pisarskie, czy też rachunkowe ani też inne omyłki polegające na niezgodności oferty z siwz, niepowodujące istotnych zmian, które uprawniałyby do uruchomienia mechanizmu poprawienia treści oferty.

Zamawiający nie miał podejrzeń co do wysokości ceny, kosztu lub istotnych części składowych, które wzbudzić mogły wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Nie wystąpiła różnica ceny, o jakiej mowa w art. 90 ust. 1 Ustawy, a tym samym Zamawiający nie miał obowiązku zwrócenia się o wyjaśnienia.

Nieuprawniony jest również zarzut dotyczący czynu nieuczciwej konkurencji, oparty na założeniu, iż przy ewentualnych robotach dodatkowych lub zamiennych stosowane będą stawki roboczogodziny z kosztorysu ofertowego. W takich sytuacjach składane są nowe kosztorysy zgodne z aktualnie obowiązującymi cenami, następnie negocjowane przez

strony.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy powiązany z oceną spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia, również jako bezzasadny powinien podlegać oddaleniu. Na wezwanie wykonawcy złożył wykaz robót, z którego wynika wykonanie przedmiotu zamówienia o nazwie Przebudowa i zmiana sposobu użytkowania dachu oraz budowa ładowiska wyniesionego usytuowanego na budynku 20D Szpitala Klinicznego Dzieciątka Jezus w Warszawie o wartości powyżej 7 mln zł brutto, którego realizacja potwierdzona została referencją z 4.02.2020 r.

Zamawiający wystąpił do wykonawcy o potwierdzenie wartości prac związanych z budową ładowiska i w odpowiedzi otrzymał wyjaśnienia z 2.02.2021 r. w których wskazano: *W związku z budową ładowiska częściowej przebudowie ulegnie dach znajdujący się bezpośrednio pod płytą ładowiska oraz w miejscu lokalizacji platformy. Przebudowa dachu będzie związana z wykonaniem konstrukcji nośnej ładowiska i pokrycia dachu o wymaganej odporności ogniowej zgodnie z wytycznymi ochrony przeciwpożarowej.* Zamawiający uznał na tej podstawie, iż wykonawca potwierdził, że opisane prace są bezpośrednio związane i stanowią nieodłączny element zadania – budowy ładowiska. Wartość prac związanych z budową ładowiska (w zakres prac nie wchodził remont łazienek) przekracza 7 mln. zł brutto i potwierdza wymóg Zamawiającego.

W świetle powyższego nie ma podstaw również dla zarzutu dokonania wyboru oferty Climamedic oraz zaniechania wyboru oferty Odwołującego, a odwołanie w całości powinno podlegać oddaleniu.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Climamedic Sp. z o.o. sp. k. Przystępujący złożył pismo procesowe w którym odniósł się do zarzutów oraz dowody prezentujące zakres robót budowlanych przy ładowisku na dachu budynku szpitala (rysunki).

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1020), zwanej dalej „Ustawą”. W związku z wejściem w życie z dniem 1 stycznia 2021 r. przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w części dotyczącej środków ochrony prawnej, do postępowania odwoławczego znajdowały zastosowanie przepisy nowej Ustawy.

Przystępując do rozpoznania odwołań, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 505 ust. 1 nowej Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Odwołujący w zarzutach wskazywał na ziszczenie się przesłanki do odrzucenia oferty wybranej i wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą. Potwierdzenie się tych zarzutów oznaczałoby, iż to oferta Odwołującego, jako jedyna w postępowaniu mogłaby być oceniona i wybrana. Składając ważną ofertę (drugą ze złożonych w przetargu), Odwołujący posiadał w momencie wnoszenia odwołania interes w zakwestionowaniu działań Zamawiającego, które ostatecznie pozbawiały go szansy na uzyskanie zamówienia w ramach obecnej procedury przetargowej.

W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania odwołania.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania Izba ustaliła okoliczności faktyczne istotne z punktu widzenia zarzutów związanych z badaniem i oceną oferty Climamedic sp. z o.o. sp.k.

Przedmiotem zamówienia jest budowa ładowiska dla śmigłowców ratunkowych wyniesionego na dach budynku Szpitala św. Wincentego à Paulo przy ul. Wójta Radtkego 1 w Gdyni wchodzącego w skład Szpitali Pomorskich Sp. z o.o. Wartość zamówienia ustalona została przez Zamawiającego w maju 2020 r. na kwotę 9.084.003,00 zł netto. Bezpośrednio przed otwarciem ofert Zamawiający podał kwotę 11.173.342,00 zł brutto, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, która stanowi wartość szacunkową zamówienia powiększona o podatek VAT (23%).

W postępowaniu złożone zostały dwie oferty z cenami brutto: 8.982.610,32 zł (Climamedic Sp. z o.o. sp.k.) oraz 10.947.000,00 zł (oferta Odwołującego). Cena określona w ofercie obejmowała kompleksową wycenę całości zamówienia i stanowi wynagrodzenie ryczałtowe ustalone na podstawie dokumentacji projektowo – wykonawczej oraz wycenionych kosztorysów ofertowych, załączonych do oferty. W formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 1 do siwz wykonawcy wskazywali cenę uwzględniającą łączną wartość przedmiotu zamówienia (cena netto, stawka VAT i cena brutto). W uwadze Zamawiający wskazał:

Jeżeli w ramach postępowania udostępnione są przedmiary lub inny tożsamy dokument, Wykonawca nie powinien traktować opisów poszczególnych pozycji wskazanych w tym dokumencie jako definitywnie określających zakres i wymagania dla danych robót. Według obowiązujących przepisów prawa budowlanego, roboty budowlane muszą być wykonane zgodnie z opisem prac i obowiązującymi przepisami technicznymi oraz istotnymi postanowieniami umowy. Zatem cena musi obejmować koszty wszystkich czynności niezbędnych dla zapewnienia zgodności z tymi wymaganiami.
Uwaga: Jeżeli w zestawieniu robót (przedmiarze robót) dostarczonym przez Zamawiającego nie są ujęte pewne roboty (np. wszelkie prace pomocnicze na placu budowy lub inne), ale konieczność ich wykonania wynika z opracowanej dokumentacji robót, SIWZ lub technologii robót, to koszty wykonania tych czynności powinny być przez Wykonawcę uwzględnione w cenie pozycji kosztorysowej obejmującej robotę, której one towarzyszą. Ich pominięcie w cenie ofertowej nie będzie mogło stanowić podstawy do wystąpienia z roszczeniem o dodatkowe wynagrodzenie w czasie realizacji zamówienia. Przedmiar robót należy rozpatrywać łącznie z pozostałymi dokumentami, wchodzącymi w skład dokumentacji przetargowej. Przyjmuje się, że Wykonawca dokładnie zapoznał się ze szczegółowym opisem robót i rysunkami, jakie mają zostać wykonane i sposobem ich wykonania. Całość robót należy wykonać zgodnie z zamierzeniem i przeznaczeniem. Przy dokonywaniu wyceny należy korzystać z opisów i odpowiednich rysunków zawartych w SIWZ.

Decyzja nr RAAII.6740.4.67.2020.AD-6/1 z 06.10.2020 r. zatwierdzająca projekt budowlany i udzielająca pozwolenia na budowę ładowiska dla śmigłowców, zatwierdza projekty budowlane, w tym projekt budowlany branży sanitarnej. Zamawiający załączył do siwz przedmiary robót, w których ujęto m.in. wykonanie na budowie i montaż konstrukcji

stalowej – 95,7 t. (KNNR 7 0208/04). W kosztorysie ślepy m dla tej pozycji wskazano opis z KNNR, w tym robocizna 343 r-g/t i nakład 32 825,100 r-g.

Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia wskazując na konieczność wykonania przed upływem terminu składania ofert co najmniej:

- 2 zamówień polegających na budowie lub przebudowie całodobowych ładowisk wyniesionych na czynnym obiekcie o wartości co najmniej 3 500 000,00 zł brutto każde lub 1 zamówienia polegającego na budowie albo przebudowie całodobowego ładowiska wyniesionego na czynnym obiekcie o wartości co najmniej 7.000.000,00 zł brutto, przy czym zakres każdego zrealizowanego zadania musiał obejmować co najmniej zakres prac branży konstrukcyjnej, sanitarnej, elektrycznej, a każde z zadań musiał obejmować opracowanie dokumentacji rejestracyjnej ładowiska wraz z uzyskaniem wpisu do ewidencji ładowisk prowadzonej przez Urząd Lotnictwa Cywilnego.

W odpowiedzi na pytania z 11.01.2021 r. Zamawiający w odniesieniu do pozycji przedmiarowych dotyczących konstrukcji stalowej (poz. 14, 15, 16, 17, 30, 31, 32, 33) i podanej ilości konstrukcji, która miała być mniejsza względem dokumentacji projektowej łącznie o ok. 20% wskazał, iż do wyceny należy przyjąć ilości robót jakie wynikają z dokumentacji projektowej. *Przedmiar robót proszę traktować jako element pomocniczy – 14.285,322/t, a jej wartość wynosi 1.367.105,35 zł netto. oraz asortymentów robót nie należy traktować jako wiążących lub stanowiących podstawę wyceny oferty przetargowej Wykonawcy.*

Oferta Climamedic Sp. z o.o. sp.k. podpisana została przez pełnomocnika umocowanego w treści pełnomocnictwa z 19.01.2021 r. załączonego do oferty i upoważnionego do podpisania oświadczenia w imieniu Wykonawcy. Każde oświadczenie w ofercie podpisane zostało w ten sam sposób, tj. nieczytelnym podpisem wraz z pieczęcią imienną pełnomocnika i jego stanowiskiem – *Specjalista ds. zamówień publicznych*. W załączonym do oferty kosztorysie konstrukcja stalowa wyceniona została wg ceny jednostkowej – 14.285,322/t, a jej wartość wynosi 1.367.105,35 zł netto. W szczegółowym kosztorysie poz. 14 cena jednostkowa została wyliczona dla wskazanych nakładów, w tym robocizna: „24 r-g/t * 45,00 zł/r-g”

W ofercie Odwołującego ta sama pozycja kosztorysowa wyceniona została jednostkowo na cenę 22.719,165/t przy przyjętym nakładzie 343 r-g/t * 25,00 zł/r-g.

W celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu Climamedic Sp. z o.o. sp. k. złożyła wykaz wykonanych robót obejmujący dwie roboty, w tym zrealizowaną na rzecz Szpitala Klinicznego Dzieciątka Jezus w Warszawie inwestycję określoną jako *Przebudowa i zmiana sposobu użytkowania dachu oraz budowa ładowiska wyniesionego usytuowanego na budynku 20D Szpitala Klinicznego Dzieciątka Jezus w Warszawie w ramach zadania inwestycyjnego pn.: „Podniesienie efektywności udzielania świadczeń w wyniku inwestycji w obszarze ratownictwa medycznego oraz intensywnej opieki medycznej jako kluczowe ogniwo zabezpieczenia pacjentów hospitalizowanych wieloprofilowo w Szpitalu Klinicznym Dzieciątka Jezus” – w zakresie prace branży konstrukcyjnej, sanitarnej, elektrycznej oraz opracowanie dokumentacji rejestracyjnej ładowiska wraz z uzyskaniem wpisu do ewidencji ładowisk prowadzonej przez Urząd Lotnictwa Cywilnego – decyzja nr ULC-LTL-1/511-0074/02/18 z dnia 15.10.2018 r.* Zadanie zrealizowane zostało w okresie od września 2017 r. do grudnia 2018 r., a jego wartość określona została powyżej 7 mln zł brutto. Załączona do wykazu referencja z 4.02.2020 r. potwierdza informacje zawarte w wykazie oraz należyta realizację prac.

29.01.2020 r. Zamawiający wezwał Climamedic Sp. z o.o. sp. k. do wyjaśnienia i uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Ustawy, m.in wartości usługi opisanej powyżej. Zamawiający wystąpił o potwierdzenie, że wartość zadania polegającego na budowie ładowiska wyniesionego na budynku 20D Szpitala wynosiła co najmniej 7 mln zł brutto lub o wyjaśnienie/potwierdzenie, czy prace polegające na przebudowie i zmianie sposobu użytkowania dachu zostały zrealizowane w ramach tej samej umowy co budowa przedmiotowego ładowiska i stanowiły etap inwestycji polegającej na budowie wyniesionego ładowiska.

W odpowiedzi z 2.02.2021 r. Climamedic Sp. z o.o. sp. k. wyjaśniła w zakresie wskazanego zadania, iż zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia; *W związku z budową ładowiska częściowej przebudowie ulegnie dach znajdujący się bezpośrednio pod płytą ładowiska oraz w miejscu lokalizacji platformy. Przebudowa dachu będzie związana z wykonaniem konstrukcji nośnej ładowiska i pokrycia dachu o wymaganej odporności ogniowej zgodnie z wytycznymi ochrony przeciwpożarowej.* Tym samym potwierdził, iż w/w zakresie to prace bezpośrednio związane i stanowiące nieodłączny element w/w zadania, zrealizowane w ramach tej samej umowy.

Zamawiający wskazał jako najkorzystniejszą ofertę Climamedic Sp. z o.o. sp.k.

W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż odwołanie w całości podlega oddaleniu.

Zarzuty w odwołaniu skupiały się wokół trzech zasadniczych kwestii, które miały w ocenie Odwołującego uzasadniać odrzucenie oferty Climamedic sp. z o.o. sp.k. Pierwsza dotyczyła oceny oferty pod kątem dochowania formy pisemnej i oceny, czy złożony został podpis pod ofertą. Kolejne dwie okoliczności faktyczne dotyczyły kosztorysu ofertowego i podanej mniejszej, niż wskazana w przedmiarze Zamawiającego ilości roboczogodzin oraz braku doświadczenia wymaganego dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do podpisu Odwołujący zasadniczo kwestionował, aby naniesiony znak graficzny mógł pełnić funkcję podpisu, jaką jest zasadniczo identyfikacja osoby posługującej się podpisem. Odwołujący przedłożył jako dowód opinię prawno-kryminalistyczną, prezentującą cechy grafizmu pozwalające w świetle prawa oraz kryteriów kryminalistycznego badania pisma ręcznego uznać go za podpis. W opinii odniesiono się do funkcji własnoręcznego podpisu, jako obowiązującej formy oświadczenia woli wyrażonej w dokumencie.

Przedmiotem sporu nie było ustalenie, czy osoba która naniosła znak przy pieczęci imiennej uczyniła to własnoręcznie, ale ustalenie czy znak ten może być uznany za podpis wywołujący skutki, jakie niesie złożenie oświadczenia. Już w opinii prawnej wskazano, iż *zarówno prawo cywilne materialne, jak i prawo cywilne procesowe, nie zawierają definicji „podpisu” w sensie wskazanym, jakie wymagania musi spełniać własnoręcznie nakreślony znak graficzny, aby można było uznać go za podpis*. Przyjmując to stwierdzenie, jako niesporne dla dalszych wywodów należy wskazać, iż nie zostało w przepisach prawa określone, jakie cechy graficzne pozwalają uznać dany znak za podpis, w szczególności brak jest normy nakazującej użycie pełnego imienia (imion) i nazwiska. W obrocie prawnym występują podpisy skrócone, pełne, parafy. W orzecznictwie oraz piśmiennictwie poświęcono wiele uwagi podpisom, co zostało szeroko opisane w pismach procesowych oraz opinii prawnej. Ponieważ nie było przedmiotem sporu ustalenie autentyczności podpisu złożonego

pod ofertą, Izba pominęła wniosku prezentowane w opinii, która zasadniczo odnosi się do badania cech podpisu w celu ustalenia autentyczności lub braku autentyczności pisma. Odwołujący zasadniczo kwestionował podpis widniejący na ofercie z powodu braku cech pozwalających na identyfikację osoby, co sprowadzone zostało do kwestii związanej z wskazaniem imienia, nazwiska lub liter, które identyfikowałyby dane osoby składającej podpis. Nie było natomiast przedmiotem zarzutu twierdzenie, iż podpis pod ofertą nie został złożony przez pełnomocnika wykonawcy.

Rozpoznając zarzut Izba wzięła pod uwagę ustalone w sprawie okoliczności dotyczące zarówno powtarzalności znaku graficznego na wszystkich kartach oferty w tym, jak i innym postępowaniu, złożenie podpisu wraz z pieczętą imienną pełnomocnika, pozwalającą potwierdzić tożsamość osoby i jej stanowisko funkcyjne. Należy również odnotować, iż złożenie podpisu skróconego miało miejsce również w ofercie Odwołującego, a zamieszczony tam znak graficzny (podpis) również nie identyfikował tak imienia jak i nazwiska osoby, nawet w formie skróconej, co dodatkowo potwierdzało możliwość skutecznego opatrzenia oferty podpisem używanym zwyczajowo w obrocie gospodarczym. Zamawiający nie wymagał złożenia pełnego podpisu (imieniem i nazwiskiem) dla uznania oferty za skutecznie złożoną. Do takiego żądania również nie miał podstawy, gdyż przepisy takiego obowiązku nie nakładają. Naniesiony w licznych miejscach oferty Climamedic Sp. z o.o. sp. k. znak cechuje się powtarzalnością, a fakt iż użyty został nie tylko w obecnym postępowaniu, ale również w innych ofertach wskazuje na jego zwyczajowe, nawykowe używanie w obrocie gospodarczym. Ponieważ przedmiotem sporu nie było ustalenie, czy złożony podpis pochodzi od pełnomocnika – jest podpisem własnoręcznym, nie było koniecznym odnoszenie się do kwestii, które mogłyby mieć znaczenie dla potwierdzenia autentyczności podpisu. Użycie pieczęci imiennej przy podpisie, chociaż tego podpisu nie zastępuje, to pozwala jednoznacznie przypisać używany podpis do osoby pełnomocnika wykonawcy.

Odnosząc się do ceny oferty Climamedic Sp. z o.o. sp.k., Odwołujący opierał zarzuty na założeniu, iż ilość roboczogodzin wskazana w przedmiarze robót – poz. 14 kosztorysu konstrukcje stalowe, była dla wykonawców wiążąca, a odstąpienie od tych ilości prowadziły do niezgodności oferty z siwz, ewentualnie rażąco niskiej ceny, czy też czynu nieuczciwej konkurencji. Izba nie stwierdziła, aby modyfikacja nakładu w postaci roboczogodzin mogła prowadzić do odrzucenia oferty. Siwz, odmiennie niż przedstawiał to we wnioskach Odwołujący, pozostawiała wykonawcy dokonanie właściwej wyceny prac w oparciu o całość dokumentacji projektowo-wykonawczej, co nie ograniczało się do wypełnienia kosztorysu ślepego. Co ważne wykonawca wycenił całość prac, co nie było kwestionowane w odwołaniu. W szczególności wycenił ilość konstrukcji stalowych określonej w przedmiarze. Nie było zatem podstaw do twierdzenia, iż kosztorys nie potwierdza zgodności z wymaganiami Zamawiającego, co miałyby uprawniać do wezwania o wyjaśnienia, czy też odrzucenia oferty. Poza wskazaniem na zmniejszoną ilość roboczogodzin Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które pozwalałyby przyjąć, iż cena jednostkowa konstrukcji stalowej została wyceniona poniżej kosztów. Ponownie należy podkreślić, iż przedmiar miał charakter pomocniczy dla wykonawcy, a ewentualne odstąpienie od jego wskazań nie przesądzały automatycznie o niezgodności oferty z siwz, czy też zaniżonej wycenie. Podsumowując tą część stanowiska Odwołujący nie przedstawił dowodów, które uzasadniałyby zarzuty wobec oceny oferty Climamedic Sp. z o.o. sp. k.

Również jako niezasadny Izba oddaliła zarzut dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji w oparciu o stwierdzenie, iż wykonawca zawyżył stawkę roboczogodziny tak aby na etapie zamówień dodatkowych/zamiennych uzyskać wyższą cenę. Założenie to nie było prawidłowe, gdyż po pierwsze nie ma takie zależności pomiędzy kalkulacją ceny oferty, a ewentualnymi przyszłymi negocjacjami w celu udzielenia dalszych zamówień wybranemu wykonawcy. Ustalenie ceny wykonania dodatkowych robót będzie bowiem poprzedzone negocjacjami, których rezultat obecnie nie jest możliwy do przewidzenia. Po drugie, cena oferty nie jest uzależniona od ilości roboczogodzin ale ilości konstrukcji stalowych i to cena jednostkowa za tonę stanowi podstawę dla rozliczenia prac.

Odnosząc się do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Izba uznała, iż czynność Zamawiającego została dokonana w sposób prawidłowy w oparciu o dokumenty złożone w ofercie, przeciwko którym Odwołujący nie przedstawił dowodów wskazujących na inny stan faktyczny niż przedstawiony w wykazie usług. Już w ramach badania spełnienia warunku udziału w postępowaniu Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie udziału prac związanych z budową lądowiska wyniesionego na budynku szpitala, do czego odniósł się wykonawca potwierdzając związek rzeczowy robót związanych z przebudową dachu. Ponadto na rozprawie wykonawca wyjaśnił, iż przebudowa wymagała wykonania instalacji sanitarnych, co koresponduje z zakresem przedmiotu zamówienia. Przebudowa łazienek była powiązana funkcjonalnie z robotami związanymi z wykonaniem szybu windowego. Podobnie w ramach obecnego przetargu zamówienie również wymagać będzie przebudowy pomieszczeń w związku z koniecznością wybudowania szybu windowego. Wyjaśnienia wykonawcy były spójne i nie były kwestionowane przez Odwołującego, który jedynie wskazał na brak otrzymania informacji od ówczesnego zamawiającego, co nie mogło prowadzić do przyjęcia zasadności zarzutów. Ponownie brak dowodu podważającego oświadczenia wykonawcy prowadził do oddalenia zarzutu.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie przepisów § 8 ust. 2). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w wysokości 10.000,00 zł.

Przewodniczący: