

WYROK

z dnia 7 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2022 r. przez

Odwołującego - Budimex Spółka Akcyjna, ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Wojewódzką Stację Sanitarno-

Epidemiologiczną w Lublinie, ul. Pielęgniarek 6, 20-708 Lublin

przy udziale

Wykonawcy - Baudziedzic Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, ul. Lotniskowa 8, 36-060 Głogów Małopolski zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność z 15.09.2022 r. polegającą na wyborze oferty Baudziedzic Sp. z o.o. sp. k. oraz nakazuje wezwać tego wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty przez wskazanie, jakie urządzenie - sterylizator parowy, zostało wycenione w ofercie do zabudowy.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 20.000 zł 00 gr. (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów poniesionych w związku z wpisem od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2022 r., poz. 1710 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:

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym przez Zamawiającego - Wojewódzką Stację Sanitarno-Epidemiologiczną w Lublinie na „Budowę laboratorium mikrobiologicznego w kontekście skutków wywołanych pandemią COVID-19 i innymi chorobami zakaźnymi” (sygnatura postępowania: ADM-ZP.272.1.3.2022), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3.06.2022 r. pod numerem 2022/S 107-294983, wobec czynności polegającej na badaniu i wyborze oferty najkorzystniejszej (Baudziedzic Sp. z o.o. sp. k.), Wykonawca Budimex S.A. z siedzibą w Warszawie, wniósł w dniu 26.09.2022 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2518/22).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 224 ust. 1 w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 Ustawy PZP - poprzez zaniechanie wezwania Baudziedzic do złożenia wyjaśnień, w tym złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w sytuacji gdy zachodziły uzasadnione wątpliwości co do jej realności w zakresie jej istotnych części składowych;
2. naruszenie art. 223 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 2 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Baudziedzic do złożenia wyjaśnień treści oferty w sytuacji, gdy zachodziły uzasadnione wątpliwości co do jej zgodności z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania ofert, wezwanie Baudziedzic do złożenia wyjaśnień i złożenia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny oraz wyjaśnień w zakresie treści oferty.

W uzasadnieniu Odwołujący odnosząc się do podstawy faktycznej zarzutu związanego z zaniechaniem wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów ceny wskazał na znaczenie podanych w załączniku nr 1a cen za poszczególne prace i sprzęt na etapie realizacji inwestycji i jej rozliczenia. Chociaż globalna cena oferty Baudziedzic jest niższa o około 13% od średniej arytmetycznej złożonych ofert, to zdaniem Odwołującego poszczególne składowe ceny uzasadniały powzięcie podejrzenia zaoferowania rażąco niskiej ceny. Ponadto wycena sprzętu sugerować ma przyjęcie w ofercie rozwiązań niezgodnych z narzuconymi przez Zamawiającego, co również uzasadniał wystąpienie o wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 Ustawy.

Opisane w dokumentacji parametry sterylizatora parowego (autoklaw) determinowały zaoferowanie jednego urządzenia spełniającego wymagania, tj. Getinge GEB 6610, który został wskazany również w projekcie wykonawczym. Wskazana w ofercie kwota 516.202,69 zł netto nie pokrywa nawet kosztów zakupu samego urządzenia, co potwierdzać ma informacja skierowana do Odwołującego od producenta, w której wartość sprzętu z wydłużoną gwarancją została określona na kwotę 839.000 zł netto. Cena ta nie podlega rabatowaniu przez Getinge. Porównanie cen innych ofert potwierdza nierealność wyceny w ofercie wybranej i oferty Annabud.

Kolejnym elementem wyceny, który budzi wątpliwości jest sprzęt laboratoryjny. W pozostałych ofertach wycena tej pozycji była ponad trzykrotnie wyższa. Już tylko rynkowa cena samego sekwenatora wyczerpuje w zasadzie całą wskazaną kwotę. Najniższa oferta pozyskana na to urządzenie, bez kosztów wydłużonej gwarancji, opiewa na kwotę 528.596,79 zł netto. Cena nie pokrywa kosztów zakupu pozostałego sprzętu laboratoryjnego i kosztów jego montażu.

Wycena „Instalacji automatyki i BMS” - w porównaniu z wyceną pozostałych ofert wskazuje na nierynkowość ceny (zaniżona co najmniej trzykrotnie i nie pokrywa kosztów samych materiałów).

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca Baudziedzic Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Głogowie Małopolski. Wykonawca w przystąpieniu odniósł się do podstawy zarzutów i ich zasadności.

Odwołujący w piśmie z 6.10.2022 r., uwzględniając wyjaśnienia prezentowane przez

Przystępującego w przystąpieniu wycofał zarzut zdefiniowany w pkt 1 petitum odwołania oraz w części zarzut z pkt 2 petitum odwołania. Odwołujący podtrzymał ten zarzut w zakresie odnoszącym się do pkt II.1 uzasadnienia odwołania, tj. kwestii zgodności przyjętego do wyceny oferty sterylizatora parowego i żądania wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu i takich wniosków również nie formułowano w pismach procesowych, jak i w toku posiedzenia niejawnego przed otwarciem rozprawy.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o

dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym postanowienia swz, jak również

oferę Baudziedzic Sp. z o.o. sp.k.

Izba ustaliła i zważyła.

W pkt IV swz Zamawiający opisał w pkt 1 zakres prac objętych zamówieniem jako: budowę budynku zgodnie z projektem, z instalacjami wewnętrznymi, zagospodarowanie terenu, budowę układu komunikacyjnego, sieci i instalacji zewnętrznych, przebudowę sieci centralnego ogrzewania, instalacji wodociągowej, oświetlenia terenu oraz technologię pomieszczeń laboratorium wraz z dostawą urządzeń. Przedmiot zamówienia szczegółowo opisują projekty budowlane i wykonawcze, a także specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, w skład których wchodzi: projekt budowlany oraz projekt systemu BMS (dokumentacja projektowa). Zgodnie z pkt 11 - dokumentacja projektowa stanowi integralną część swz i przy sporządzaniu oferty obowiązujący jest zawarty w niej zakres projektowanych i przewidywanych robót. Charakter pomocniczy mają natomiast przedmiary.

Zgodnie z pkt XIV swz ppkt 3 ofertę należało sporządzić na formularzu ofertowym - zgodnie z załącznikiem nr do swz. Wraz z ofertą należało złożyć m.in. formularz cenowy stanowiący załącznik nr 1 a do swz. W formularzu oferty (załącznik nr 1) należało wskazać kwotę łączną, za jaką wykonawca wykona zamówienie zgodnie z wymaganiami zawartymi w swz, na warunkach określonych w istotnych postanowieniach umowy.

W opisie sposobu obliczenia ceny (pkt XV) Zamawiający wskazał, iż cena jest ceną ryczałtową i powinna zawierać wszelkie koszty niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia. Zaoferowana cena dotyczyć ma całego przedmiotu zamówienia, uwzględniać wszystkie wymagania swz oraz obejmować wszelkie koszty. Cenę oferty należało podać w formularzu ofertowym (załącznik nr 1). Wykonawca zobowiązany został również do złożenia formularza cenowego - rozbicia ceny ofertowej na ceny dotyczące poszczególnych pozycji (załącznik nr 1A). Łączna wartość w oparciu o formularz cenowy 1A powinna zostać przeniesiona do załącznika nr 1. Wyliczona cena brutto będzie służyć do porównania ofert.

Zgodnie z pkt III ppkt 11 i 12 swz, wykonawca wybrany zobowiązany będzie przygotować w terminie 5 dni roboczych po podpisaniu umowy harmonogram rzeczowo-finansowy, uwzględniający zasady prowadzenia płatności częściowych wynikających z wzoru umowy (załącznik 6 do swz), z podziałem robót i prac objętych przedmiotem Umowy na wyodrębnione grupy i kategorie ustalone zgodnie z warunkami dofinansowania Projektu, które będą podlegały odbiorom częściowym, wraz ze wskazaniem ich wartości.

Zgodnie z § 2 wzoru umowy, Szczegółowy zakres rzeczowy robót, opis i sposób wykonania przedmiotu umowy określa Specyfikacja Wykonania Zamówienia, w tym dokumentacja projektowa, projekt budowlany, projekty wykonawcze, przy czym zakres prac określony projektem wykonawczym należy traktować jako uzupełnienie i uszczegółowienie projektu

budowlanego, nadrzędnie względem projektu budowlanego, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót, przedmiary robót i prac, oferta Wykonawcy, decyzja pozwolenia na roboty, harmonogram rzeczowo-finansowy oraz zapisy niniejszej Umowy.

Zamawiający w projekcie wykonawczym, część XI opisał wymagane parametry sterylizatora parowego (autoklaw), a w tabeli, str. 49, wprost wskazał nazwę wymaganego urządzenia -

Autoklaw Getinge nowoprojektowany GEB 6610 EMB-2.

Wykonawca Baudziedzic Sp. z o.o. sp. k. w załączniku nr 1A, poz. XV ppkt 2 wycenił sterylizator parowy na kwotę 516.202,69 zł netto, co stanowi znacząco niższą wartość od wyceny przyjętej w ofertach konkurencyjnych. Łączna wartość oferty netto wynosi 36.075.900,00 zł, co brutto zawiera się w cenie oferty 44.373.357,00 zł. - wskazana w załączniku nr 1.

Oceniając ofertę Baudziedzic Sp. z o.o. sp. k., jako najkorzystniejszą Zamawiający nie wzywał do wyjaśnienia jej treści.

Izba uwzględniła odwołanie.

Zasadniczym dla wyniku sprawy, było odniesienie się do twierdzenia o konieczności lub braku możliwości zweryfikowania treści oferty wybranej, w sytuacji gdy w samej ofercie nie zostało nigdzie z nazwy podane urządzenie przyjęte do wyceny w ofercie. Z jednej strony Odwołujący wskazywał na wątpliwości, jakie miały mieć uzasadnienie w świetle dokonanej wyceny pozycji formularza 1A i potrzebie wyjaśnienia, jakie urządzenie zostało objęte taką wyceną. Z drugiej strony Zamawiający wskazywał, że w sytuacji gdy nie wymagał sprecyzowania w ofercie nazwy urządzenia, jakie zostanie zabudowane w ramach projektu, to nie stanowi ono treści oferty, podlegającej badaniu w ramach oceny ofert. W opinii Zamawiającego, przy braku w ofercie treści opisującej model urządzenia, nie można zidentyfikować zaoferowanego rozwiązania, co miało stać na przeszkodzie temu, aby podejrzewać niezgodność oferty z swz, która uzasadniać miałaby wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oferty.

W sprawie pomiędzy stronami nie budziło sporu stwierdzenie, że opisane w dokumentacji wykonawczej, zarówno z nazwy, jak i przez szczegółowe parametry techniczne urządzenie, jakiego wymagał Zamawiający do magazynu odpadów wysoce zakaźnych, to autoklaw Getinge nowoprojektowany GEB 6610 EMB-2. Wprawdzie w przystąpieniu do postępowania odwoławczego Wykonawca wybrany podniósł argument, iż nie tylko to urządzenie miałoby spełniać parametry techniczne, to poprzestał na głoślowym stwierdzeniu. Na rozprawie wskazał dodatkowo na brak spełnienia parametrów dotyczących wymiarów komory, co zostało dostatecznie wyjaśnione przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytania do treści swz, iż wymiary te należy rozumieć jako minimalne. W piśmie procesowym, Przystępujący po stronie Zamawiającego (wybrany w postępowaniu), odnosząc się do szerszej podstawy zarzutów, wskazał również na inne sterylizatory, niż opisany w dokumentacji wykonawczej produkt Getinge, jakie miał uwzględnić przy wycenie prac. Rozbieżność tą wyjaśniał w ten sposób, że nie zostały one objęte ofertą, gdyż dopiero na etapie realizacji właściwe urządzenie zostanie zgłoszone Zamawiającemu przed jego zabudową do akceptacji.

Odnosząc się do tak określonej podstawy zarzutu, skład orzekający uznał, iż Zamawiający powinien był powziąć wątpliwość co do treści oferty Baudziedzic i wezwać do złożenia wyjaśnień przez tego Wykonawcę. Zamawiający uznał, iż treść oferty, w której podana została cena ryczałtowa za całość prac objętych zamówieniem, nie uzasadniała powzięcia wątpliwości, co do przedmiotu wyceny, który nie został opisany przez wskazanie nazwy produktu wycenionego w ofercie. Jak wyjaśniał, decyzja o braku żądania podania nazwy urządzenia, miała ułatwić ocenę ofert przez uniknięcie sporów o zgodność z wymaganiami zamówienia.

Odnosząc się w pierwszej kolejności do założenia Zamawiającego, jakie towarzyszyło ocenie ofert, a dotyczącego braku możliwości zidentyfikowania przedmiotu oferty, skład orzekający uznał, iż nawet sama cena pozwalała w okolicznościach wyznaczonych treścią swz, na powzięcie wątpliwości co do zgodności oferty Baudziedzic z OPZ. Brak żądania wskazania nazwy autoklawu nie oznaczał, że nie stanowi on przedmiotu oferty. Zamawiający bezwzględnie wymagał dostawy tego urządzenia w ramach prac związanych z budową laboratorium, a co ważne było ono objęte odrębną pozycją formularza cenowego - załącznik nr 1A. Tym samym, jako element przedmiotu świadczenia podlegający wycenie, został objęty

ofertą Wykonawcy. Element ten został w sposób szczególny opisany w dokumentacji projektowej przez wskazanie konkretnego urządzenia dostarczanego w ramach prac związanych z budową laboratorium, wycenianego w odrębnej pozycji. Powyższe prowadziło do uznania za niedopuszczalne twierdzenie, iż przedmiotem wyceny oferty przygotowanej w zgodzie ze szczegółowymi wymaganiami technicznymi, może być każde dostępne na rynku urządzenie. Przeciwnie, w ofercie należało uwzględnić wszystkie wytyczne dotyczące dostawy autoklawu, jaki stanowił ma przedmiot zamówienia, co wiązało wykonawców na etapie przygotowania i złożenia oferty. Powyższe zostało wprost również potwierdzone w zapisach swz dotyczących konieczności przygotowania oferty w zgodzie z dokumentacją projektową i wykonawczą. Zamawiający nie pozostawił wykonawcom swobody w doborze urządzenia - sterylizatora parowego, jakie ma zostać dostarczone. Opisane w swz parametry techniczne determinowały przedmiot oferty podlegający wycenie. Nieuprawnione były zatem wnioski, m.in. Przystępującego, że dobór urządzenia miał zostać przeniesiony dopiero na etap realizacji zamówienia. Powoływana procedura zgłoszenia materiału do akceptacji Zamawiającego, przed jego zastosowaniem, nie modyfikowała treści oferty, jak również nie zwalniała wykonawcy z obowiązku wyceny w ofercie urządzenia, które spełni parametry techniczne opisane w OPZ.

Należy podkreślić znaczenie, jakie na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej ma ocena merytoryczna oferty. Zamawiający, chociaż nie wymagał podania nazwy urządzenia, to nadal zobowiązany był zapewnić wybór oferty porównywalnej i zgodnej z warunkami zamówienia. Nie zwalniał z tego obowiązku zakres informacji wskazanych w ofercie. Niezależnie bowiem od precyzji oświadczenia wykonawcy, oferty miały być przygotowane w zgodzie z wymaganiami dotyczącymi przedmiotu zamówienia. Skoro Zamawiający zdecydował o tym, jakich informacji oczekuje, to należałoby uznać, że te będą wystarczające do oceny merytorycznej oferty. W praktyce to założenie mogło prowadzić do wyboru oferty, która nie spełnia wszystkich założeń na etapie jej złożenia. Nie można dopuszczać do stanu, w którym oferta na etapie realizacji może okazać się niezgodna z swz, co prowadzić może następnie do stwierdzenia dokonania wyboru oferty, która nie była ofertą najkorzystniejszą i jako sprzeczna z warunkami zamówienia powinna być odrzucona. Takie podejście prowadzić będzie do wypaczenia celu procedury o udzielenie zamówienia publicznego, którym powinien być wybór oferty najkorzystniejszej, co zawiera w sobie również imperatyw zgodności tej oferty z wymaganiami granicznymi.

Przenosząc powyższe na stan faktyczny sprawy wynikający z wyceny pozycji formularza cenowego, nie było prawidłowym zawężanie przez Zamawiającego treści oferty do samej ceny, bez uwzględnienia przedmiotu dokonanej wyceny. Oferta jest bowiem dedykowana dla konkretnego zamawiającego w odpowiedzi na jego konkretne potrzeby. Zawiera zobowiązanie do wykonania przedmiotu zamówienia za podaną cenę. Zamawiający wskazywał, iż nie jest możliwe ustalenie tak rozumianej treści oferty w oparciu o samą cenę, z czym nie można się zgodzić. Jak wskazano powyżej, w elemencie dostawy, jakim jest sterylizator, to Zamawiający z góry narzucił rozwiązanie wskazane w dokumentacji projektowej, zarówno przez opis jego parametrów minimalnych, jak i podanie nazwy własnej. Złożona oferta miała zatem być zgodna z opisem przedmiotu zamówienia. W tym elemencie przedmiot świadczenia był determinowany postanowieniami swz, co najmniej w zakresie obejmującym opis parametrów technicznych. Postępowanie odwoławcze nie doprowadziło do ustalenia, iż występuje na rynku inne urządzenie spełniające wszystkie parametry ujęte w OPZ, poza wskazanym w projekcie wykonawczym produktem Getinge.

Słuszne były zatem wątpliwości Odwołującego, co do przedmiotu wyceny w elemencie dotyczącym sterylizatora parowego, które wymagają wyjaśnienia z Wykonawcą w ramach czynności badania jego oferty. Kwestia zgodności oferty z swz nie może być przemilczana, jeżeli zachodzą uzasadnione podejrzenia co do przedmiotu, który został objęty ofertą cenową. To nie sam formularz oferty, ale przede wszystkim formularz cenowy dostarczał informacji, które wymagały wyjaśnienia. Porównanie ceny wskazanej w ofercie wybranej z wymogiem zaoferowania urządzenia spełniającego wszystkie wymagania techniczne, uzasadnia wystąpienie do Wykonawcy z zapytaniem o przedmiot wyceny.

Nie ma podstaw do twierdzenia, iż przedmiot dostawy stanowił niewielki fragment zamówienia, który miałby uzasadniać odstąpienie od weryfikacji jego zgodności z wymaganiami Zamawiającego. Już to, że został objęty pozycją formularza cenowego (przy takiej skali skomplikowania prac objętych świadczeniem) powinien skłonić do refleksji Zamawiającego na etapie badania ofert. Nie ma przeszkód prawnych do wystąpienia o wyjaśnienie treści oferty, w szczególności gdy zachodzą uzasadnione wątpliwości co do zgodności oświadczenia determinującego zakres świadczenia, który podlegał wycenie. Dopiero po ustaleniu z udziałem wykonawcy wszystkich okoliczności dotyczących spornej pozycji, w szczególności tego jakie urządzenie zostało przyjęte do wyceny, Zamawiający będzie mógł podjąć dalsze decyzje względem oferty Baudziedzic. Nie można obecnie wykluczyć różnych scenariuszy, w tym pozbawić możliwości oceny przez Zamawiającego,

czy ewentualna niezgodność treści oferty kwalifikowałaby ofertę Baudziedzic do odrzucenia.

Na obecnym etapie postępowania to nie przystąpienie identyfikować mogło treść oferty, ale właśnie wyjaśnienia co do treści powinny stanowić przedmiot dalszych czynności w postępowaniu. W przystąpieniu stanowisko Wykonawcy nie było na tyle jednoznaczne, aby rozstrzygnąć, jakie urządzenie zostało przyjęte do wyceny, a tym samym „zaoferowane Zamawiającemu”. Wymaga to wyjaśnienia z udziałem Wykonawcy w ramach badania oferty, co jest zgodne z żądaniem odwołania.

W świetle powyższego Izba nakazała unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzyć czynność badania oferty Baudziedzic Sp. z o.o. sp. k. w zakresie zgodności zaoferowanego w cenie 516.202,69 zł netto sterylizatora z wymaganiami Zamawiającego. Dopiero jednoznaczne i kompletne wyjaśnienia pozwolą rozwiązać wątpliwość, co do zgodności treści oferty z swz. Bez wykazania możliwości dostawy urządzenia, które

Zamawiający opisał w swz za zaoferowaną cenę, nie jest możliwe rozwiązanie wątpliwości, które uzasadniają podejrzenie zaoferowania urządzenia niezgodnego z treścią swz.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 7 ust. 1 pkt 1

oz. 2437).

Na poczet kosztów postępowania odwoławczego zaliczony został wpis w wysokości 20.000,00 zł. i Izba obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: