Sygn. akt: KIO 2155/23

WYROK

z dnia 8 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia R. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą CMS – SOLUTIONS R. B. w Mielcu oraz R. O. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo Budowlany R. O. w Kosowach w postępowaniu prowadzonym przez Politechnikę Warszawską

przy udziale wykonawcy Budimpol Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego 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 Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późń. 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 2155/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Politechnika Warszawska w Warszawie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na przebudowę Domu Studenckiego Politechniki Warszawskiej "Pineska" w Warszawie przy ul. Uniwersyteckiej 5 (znak postępowania: ZP.RB.DS.3.2023).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 marca 2023 r. pod numerem nr 2023/S 055-158263.

W dniu 24 lipca 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia R. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą CMS – SOLUTIONS R. B. w Mielcu oraz R. O. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Remontowo Budowlany R. O. w Kosowie [dalej „Odwołujący”] wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Budimpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Mroźna 13a, 03-654 Warszawa z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. pomimo wystąpienia przesłanki odrzucenia tej oferty z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia;

2. dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Budimpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Mroźna 13a, 03-654 Warszawa z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. pomimo faktu, iż ta oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny,

3. dokonanie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Budimpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Mroźna 13a, 03-654 Warszawa z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. pomimo wystąpienia przesłanki odrzucenia tej oferty z powodu niespełnienia przez wymienionego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu określonego w ppkt. 10.3 2) a) SWZ, tj. złożenia dokumentów potwierdzających, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej

w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego w pkt 8.1.2) SWZ poprzez niepodpisanie przez tego wykonawcę dokumentu polisy ubezpieczenia serii K nr 09174453 kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wnieśli o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2. nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy Budimpol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Mroźna 13a, 03-654 Warszawa;

3. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołujących jako najkorzystniejszej;

4. obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania wywołanego wniesieniem odwołania, na której składają się uiszczony przez odwołujących wpis oraz wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3600 zł;

5. dopuszczenie dowodów wskazanych w treści odwołania na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania.

Odnośnie zarzutu zawartego w punkcie 1. petitum odwołania Odwołujący wskazali, że oferta wykonawcy Budimpol jest niezgodna z warunkami zamówienia. Wykonawca załączył do oferty Formularz 2 (formularz cenowy), w którym wskazał:

1) wartość netto robót wewnętrznych - 22 463 522,66 zł

2) stawka podatku VAT (dla robót wewnętrznych) - 8%

3) kwota podatku VAT (dla robót wewnętrznych) - 1 797 081 ,81 zł 4) wartość brutto robót wewnętrznych - 24 260 604,47 zł

oraz

1) wartość netto robót zewnętrznych - 908 289,00 zł

2) stawka podatku VAT (dla robót zewnętrznych) - 23%

3) kwota podatku VAT (dla robót zewnętrznych) - 208 906,47 zł 4) wartość brutto robót zewnętrznych - 1 117 195,47 zł razem wartość brutto - 25 377 799,94 zł.

Wykonawca w załączniku do formularza cenowego (w tabeli wartości elementów scalonych) ujął w poz. 11. Niezbędne do wykonania prace na powierzchni wynajmowanej PROMED o wartości netto 50.000 zł.

Na sumę wartości netto robót zewnętrznych 908 289 zł składają się (wg poz. w tabeli elementów scalonych):

- poz. 8 Roboty budowlane zewnętrzne - 385 620,00 zł
- poz. 9 Przyłącze Kanalizacyjne - 378 004,00 zł
- poz. 10 Linie zasilające zewnętrzne - 94 665,00 zł
- poz. 11 Niezbędne do wykonania prace na powierzchni wynajmowanej – PROMED – 50 000,00 zł.

Zamawiający w pkt 15 SWZ. Opis sposobu obliczenia ceny oferty w ppkt. 15.2 wskazał, że cena zostanie przedstawiona w rozbiciu na elementy określone w Tabeli Wartości Elementów Scalonych, stanowiącej załącznik do Formularza cenowego.

Podział robót na roboty wewnętrzne, których cena powinna być powiększona o podatek VAT wg stawki 8% oraz na roboty zewnętrzne, których cena powinna być

powiększona o podatek VAT wg stawki 23%, wynika wprost z treści Formularza 2 - formularz cenowy.

Odwołujący wskazali, iż prace na powierzchni wynajmowanej - PROMED nie są robotami zewnętrznymi, lecz wewnętrznymi. Wynika to z faktu, iż w Przedmiarze nr 11 Zamawiający w opisach i wyliczeniach wyraźnie wymienił prace, które należy wykonać wewnątrz części budynku DS PINESKA zajmowanej przez PROMED. Wskazał jednoznacznie taką lokalizację robót wymieniając numery i nazwy gabinetów, innych pomieszczeń, a jednocześnie żadna pozycja tego przedmiaru nie wskazuje na jakiekolwiek prace zewnętrzne (poza budynkiem).

Jakkolwiek Zamawiający wyraźnie wskazał, iż przedmiary mają charakter pomocniczy, to jednak treść dokumentów postępowania, jak i znana wszystkim wykonawcom lokalizacja przychodni Promed nie budzi wątpliwości, iż w całości mieści się ona wewnątrz budynku. Zatem wszystkie roboty objęte przedmiotem zamówienia w zakresie powierzchni wynajmowanej Promed należą do robót wewnętrznych.

Wykonawca Budimpol w tabeli elementów scalonych wyraźnie wymienił w poz. 11 Niezbędne do wykonania prace na

powierzchni wynajmowanej - PROMED, a w formularzu cenowym ujął wartość tych prac jako składowy element łącznej wartości robót zewnętrznych. Stanowi to oczywistą niezgodność z warunkami zamówienia polegającą na niezgodnym z treścią Formularza 2 - formularz cenowy przypisaniu tych prac do robót zewnętrznych.

Niezgodność tę potwierdza treść odpowiedzi Zamawiającego na pyt. 49. Zamawiający wyraźnie podkreślił, iż oferta musi zawierać określenie ceny z uwzględnieniem podziału robót na wewnętrzne i zewnętrzne. Abstrahując od związanej z powyższym kwestii prawidłowości zastosowania stawki VAT do robót w przychodni Promed należy podkreślić, iż już samo przypisanie (zakwalifikowanie) przez wykonawcę Budimpol tych prac do robót zewnętrznych stanowi niezgodność z warunkami zamówienia skutkującą obligatoryjnym odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odnośnie zarzutu zawartego w punkcie 2. petitum odwołania Odwołujący podali, że oferta wykonawcy Budimpol zawiera błędy w obliczeniu ceny. Co istotne, gdyby tych błędów nie popełniono, cena oferty byłaby inna, co odwołujący wykażą poniżej.

Na skutek błędnego ujęcia przez tego wykonawcę w Formularzu cenowym oraz w tabeli elementów scalonych w poz. 11 „Niezbędne do wykonania prace na powierzchni wynajmowanej - PROMED" jako robót zewnętrznych zamiast wewnętrznych, oferta zawiera błędy w obliczeniu ceny brutto robót zewnętrznych i wewnętrznych. Wykonawca błędnie powiększył wartość netto robót zewnętrznych o wartość prac w przychodni Promed oraz błędnie zaniżył wartość netto robót wewnętrznych o wartość tych prac.

Ponadto wykonawca błędnie powiększył wartość netto prac w przychodni Promed o sumę podatku VAT wg stawki 23% (dla robót zewnętrznych) zamiast 8% (dla robót

wewnętrznych). Tym samym wykonawca wskazał niewłaściwą stawkę podatku od towarów i usług (VAT) do wartości netto robót w przychodni Promed.

W konsekwencji tych błędów wykonawca błędnie obliczył łączną wartość brutto (cenę) oferty.

Prawidłowe obliczenie ceny oferty Budimpol powinno polegać na:

1) ujęciu w formularzu cenowym prac z poz. 1-7 i poz. 11 tabeli elementów scalonych jako składników łącznej wartości netto robót.wewnętrznych wynoszącej 22.513.522,66 zł,

2) obliczeniu sumy podatku VAT od wlw wartość netto robót wewnętrznych wg stawki 8%. Suma podatku VAT powinna wynosić 1801081 zł (22.513.522,66 zł x 8%),

3) obliczeniu wartości brutto robót wewnętrznych w wysokości 24.314.604,47

(22.513.522,66 zł+ 1801081 zł),

4) obliczeniu w formularzu cenowym prac z poz. 8-10 tabeli elementów scalonych jako składników łącznej wartości netto robót zewnętrznych wynoszącej 858.289 zł,

5) obliczeniu sumy podatku VAT od w/w wartość netto robót zewnętrznych wg stawki 8%. Suma podatku VAT powinna wynosić 197.406,47 zł (858.289 zł x 23%),

6) obliczeniu wartości brutto robót zewnętrznych w wysokości 1.055.695,47 zł (858.289 zł + 197.406,47),

7) obliczeniu wartości brutto wszystkich robót (obliczeniu ceny) w Wysokości 25.370.299,94 zł (24.314.604,47 + 1.055.695,47).

Opisane błędy nie stanowią oczywistej omyłki pisarskiej ani rachunkowej, bowiem treść tabeli elementów scalonych oraz formularza cenowego wykonawcy Budimpol wskazuje na intencjonalne ujęcie prac w przychodni Promed w kategorii robót zewnętrznych. Jeśliby nawet uznać, iż oczywistym błędem rachunkowym było doliczenie wartości netto robót w przychodni Promed do wartości łącznej netto robót zewnętrznych zamiast do robót wewnętrznych, to już obliczenie sumy podatku VAT od wartości prac w przychodni Promed przy zastosowaniu stawki podatku VAT w wysokości 23% zamiast 8% nie może być w omawianym przypadku kwalifikowane jako oczywista omyłka rachunkowa.

Nie zachodzą przesłanki do zastosowania przez Zamawiającego instytucji z art. 223 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych. Zastosowanie do prac w przychodni Promed innej stawki podatku VAT niż wskazana w dokumentach zamówienia (formularzu cenowym) stanowi niezgodność oferty z dokumentami zamówienia. Jednocześnie zastosowanie niezgodnej z formularzem cenowym stawki podatku VAT powoduje istotne zmiany w treści oferty tj.: 1) błędne ujęcie prac w przychodni Promed w kategorii robót zewnętrznych oraz 2) zawyżenie wartości netto robót zewnętrznych oraz 3) zaniżenie wartości netto robót wewnętrznych oraz 4) zawyżenie sumy podatku VAT obliczonej wg stawki 23% oraz 5) zaniżenie sumy podatku VAT obliczonej wg stawki 8% oraz 6) zawyżenie wartości brutto robót

zewnętrznych oraz 7) zaniżenie wartości brutto robót wewnętrznych oraz 8) zawyżenie wartości brutto oferty (ceny).

Zasadność powyższych zarzutów potwierdza zachowująca aktualność uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 października 2011 r., III CZP 52/11. Odwołujący wskazali także na wyrok KIO z dnia 4 kwietnia 2023 r. sygn. akt: KIO 777/23. Na gruncie stanu faktycznego niniejszej sprawy należy podnieść, że niewątpliwie gdyby wykonawca prawidłowo przypisał prace w przychodni Promed do kategorii robót wewnętrznych oraz zastosował prawidłową stawkę VAT 8% do

obliczenia sumy podatku VAT od wartości netto tych prac, wówczas cena oferty byłaby inna. Konkretnie, cena wyniosłaby (brutto) 25.370.299,94 zł zamiast wskazanej w formularzu cenowym sumy 25.377.799,94 zł.

Odnośnie zarzutu zawartego w punkcie 3. petitum odwołania Odwołujący wskazali, że na żądanie Zamawiającego wykonawca Budimpol złożył polisę ubezpieczenia serii K nr 09174453 przewidzianą w pkt. 10.3 2) a) SWZ celem potwierdzenia, że ten wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego w pkt 8.1.2) SWZ. Odwołujący wskazali na punkt 11.1 SWZ oraz 12.12 SWZ.

Powołany dokument polisy serii K nr 09174453 został w imieniu wykonawcy Budimpol opatrzony podpisem przez Panią D. K. w dniu 18.11.2022 r. Przeprowadzony proces kwalifikowanej walidacji tego podpisu ujawnił, iż wynika walidacji określony został jako „wynik nieokreślony", co oznacza, że - w przypadku podpisu - brak możliwości potwierdzenia spełnienia wszystkich wymogów w zakresie kwalifikowanego lub zaawansowanego podpisu elektronicznego.

Wynik powołanego raportu wyraźnie i jednoznacznie podważa skuteczność opatrzenia przez wykonawcę Budimpol dokumentu powołanej polisy serii K nr 09174453 kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Ma to ten skutek, iż oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy - Prawo zamówień publicznych, bowiem wykonawca nie przedłożył dokumentu wymaganego zgodnie z 10.3 2) a) SWZ opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym, czego wymagał Zamawiający w pkt. 11.1 SWZ. Brak tego podpisu, zgodnie z powołanym pkt. 11.1 SWZ, jest powiązany z sankcją nieważności. Odwołujący powołali się na § 7 ust. 1 rozporządzenia w sprawie środków komunikacji elektronicznej.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej. W toku rozprawy wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń

i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Budimpol Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie [dalej „Przystępujący"] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Budimpol Sp. z o.o. wraz z uzupełnieniami, wezwania kierowane do wykonawcy Budimpol Sp. z o.o. oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oferty z dnia 14 lipca 2023 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 7 sierpnia 2023 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego, tj.: raport kwalifikowanej walidacji dokumentu podpisanego elektronicznie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 8.1.2) SWZ, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają minimalne warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej – warunek ten zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem niniejszego zamówienia, na wartość sumy gwarancyjnej nie mniejszej niż 10 000 000,00 zł.

Zgodnie z punktem 10.3.2) lit. a) SWZ: Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania, na wezwanie Zamawiającego zobowiązany jest złożyć w terminie wskazanym przez Zamawiającego, nie krótszym niż 10 dni aktualne na dzień złożenia następujące podmiotowe środki dowodowe: w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dokumentów potwierdzających, że

Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego w pkt 8.1.2) niniejszego TOMU SWZ.

Zgodnie z punktem 11. WYMAGANIA FORMALNE DOTYCZĄCE SKŁADANYCH OŚWIADCZEŃ I DOKUMENTÓW:

> 11.1. Ofertę wraz z oświadczeniem o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, niepodleganiu wykluczeniu, określonym w pkt. 10.1. niniejszego TOMU SWZ, składa się, pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej

(podpisaną kwalifikowanym podpisem elektronicznym).

11.2. W przypadku, gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty, w tym pełnomocnictwa do reprezentowania odpowiednio Wykonawcy, konsorcjum, podmiotu trzeciego zostały wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument elektroniczny, przekazuje się ten dokument.

11.3. W przypadku, gdy wymienione w pkt 11.2. niniejszego TOMU SWZ dokumenty zostały wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument w postaci papierowej, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie (np. skan) tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym poświadczającym zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej. Co do zasady, każdy z podmiotów poświadcza za zgodność dokumenty jego dotyczące. Poświadczenia tego może dokonać również notariusz.

11.4. Sposób sporządzenia dokumentów elektronicznych musi być zgody z wymaganiami określonymi w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. z 2020 poz. 2452) oraz rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 poz. 2415).

Zgodnie z punktem 15. OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY OFERTY:

15.1 . Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę z uwzględnieniem wszystkich prac, które mogą okazać się konieczne do wykonania przedmiotu zamówienia. Cena oferty jest stała, z zastrzeżeniem sytuacji określonych we Wzorze Umowy.

15.2 . Cena zostanie przedstawiona w rozbiciu na elementy określone w Tabeli Wartości Elementów Scalonych, stanowiącej załącznik do Formularza cenowego.

15.3 Razem Wartość brutto z Formularza cenowego należy przenieść do Formularza oferty. 15.4 Cena oferty będzie obejmować całkowity koszt wykonania zamówienia oraz wszelkie koszty towarzyszące wykonaniu zamówienia, oraz wszelkie inne ewentualne obciążenia.

15.5 Cenę oferty należy podać w złotych polskich [PLN] z dokładnością do grosza.

W wyjaśnieniach treści specyfikacji z dnia 17 kwietnia 2023 r. w odpowiedzi na Pytanie 49. W celu uniknięcia wątpliwości odnośnie zastosowania właściwej stawki podatku VAT przy wyliczaniu ceny oferty prosimy o precyzyjną informację, które pozycje kosztorysowe robót budowlanych oraz branżowych objęte są stawką 8 %, a które 23 % VAT Zamawiający wskazał, że: Przedmiary zamieszczone pomocniczo przez Zamawiającego wskazują na podział na roboty zewnętrzne i wewnętrzne.

Wykonawca Budimpol Sp. z o.o. załączył do oferty Formularz 2 (formularz cenowy), w którym wskazał:

1) wartość netto robót wewnętrznych - 22 463 522,66 zł

2) stawka podatku VAT (dla robót wewnętrznych) - 8%

3) kwota podatku VAT (dla robót wewnętrznych) - 1 797 081 ,81 zł

4) wartość brutto robót wewnętrznych - 24 260 604,47 zł oraz

4) wartość netto robót zewnętrznych - 908 289,00 zł

5) stawka podatku VAT (dla robót zewnętrznych) - 23%

6) kwota podatku VAT (dla robót zewnętrznych) - 208 906,47 zł

7) wartość brutto robót zewnętrznych - 1 117 195,47 zł razem wartość brutto - 25 377 799,94 zł.

Załącznikiem do Formularza cenowego była Tabela wartości elementów scalonych, którą Budimpol Sp. z o.o. wypełnił następująco:

1. Roboty budowlane - 15 599 300,00 zł netto

2. Instalacja elektryczna – 2 568 526,74 zł netto

3. Instalacja oddymiania i SSP – 695 000,00 zł netto

4. Linie zasilające wewnętrzne – 367 754,03 zł netto

5. Instalacja C.O i C.T. – 736 185,89 zł netto

6. Instalacja Wod-Kan, P-Poż, Kanalizacji Deszczowej i Sanitarnek, Gaz – 1 014 256,00 zł netto
7. Instalacja Wentylacji – 1 482 500,00 zł netto
8. Roboty budowlane zewnętrzne – 385 620,00 zł netto
9. Przyłącze Kanalizacyjne – 378 004,00 zł netto
10. Linie zasilające zewnętrzne - 94 665,00 zł netto
11. Niezbędne do wykonania prace na powierzchni wynajmowanej – PROMED - 50 000,00 zł netto.

Na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca Budimpol Sp. z o.o. złożył m.in. polisę ubezpieczenia, podpisaną w dniu 18 listopada 2022 r. z ramienia wykonawcy przez p. D. K. . Jednocześnie ww. dokument został podpisany przez kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez p. Ł. K. w dniu 3 lipca 2023 r.

W dniu 14 lipca 2023 r. Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy Budimpol Sp. z o.o. Oferta Odwołujących znalazła się na drugim miejscu w rankingu ofert.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Budimpol Sp. z o.o. jako niezgodnej z warunkami zamówienia oraz zawierającej błąd w obliczeniu ceny.

Izba odniesie się do ww. zarzutów łącznie, jako że oparte zostały na wspólnych i powiązanych okolicznościach faktycznych.

Odwołujący stał na stanowisku, że określone w pozycji 11 Tabeli Elementów Scalonych [dalej „TES"] prace zatytułowane „Niezbędne do wykonania prace na powierzchni wynajmowanej – PROMED" o wartości 50 000 zł netto wykonawca Budimpol Sp. z o.o. błędnie zakwalifikował do robót budowlanych zewnętrznych, a w następstwie błędnie do ich wyceny przyjął 23% stawkę podatku VAT. Konsekwencją powyższego błędu było również nieprawidłowe obliczenie łącznej wartości brutto oferty.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z ugruntowanym na tle poprzedniego stanu prawnego orzecznictwem Izby, zachowującym obecnie aktualność, niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonemu w SWZ, bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego, przy czym chodzi tutaj o takie wymagania SWZ, które dotyczą sposobu opisania, wyrażenia i potwierdzenia zobowiązania oferowanego, tj. wymagania co do treści oferty, a nie jej formy (por. wyrok KIO z dnia 31 marca 2016 r. sygn. akt: KIO 396/16 oraz wyrok KIO z dnia 6 września 2016 r. sygn. akt: KIO 1565/16). Z kolei termin oferta należy odczytywać w świetle art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1360 ze zm.), który stanowi że oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Na gruncie Prawa zamówień publicznych to zamawiający ustala w SWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie następnie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu

zamówienia. Dodać należy, że zastosowanie ww. przesłanki odrzucenia wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia. Tym samym punktem wyjścia dla stwierdzenia wady oferty jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie dokumentacji sporządzonej w danym postępowaniu, która powinna być rozumiana w sposób ścisły, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.

Z kolei stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Dla zastosowania ww. podstawy odrzucenia oferty konieczne jest stwierdzenie, że doszło do popełnienia przez wykonawcę tego rodzaju błędu, który skutkuje tym, iż cena podana w ofercie jest ceną nieprawidłową. Wymaga to zatem stwierdzenia, iż odmienność sposobu obliczenia ceny przez wykonawcę skutkowałaby tym, iż cena oferty byłaby inna, gdyby wykonawca ściśle zastosował się do sposobu obliczenia ceny wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (por. m.in. wyrok KIO z dnia 28 marca 2018 r., sygn. akt KIO 485/18). Z błędem w obliczeniu ceny będziemy mieć zatem do czynienia w sytuacji przyjęcia przez wykonawcę niewłaściwych danych, wynikających przykładowo z nieprawidłowego ustalenia stanu faktycznego, czy też określenia w ofercie nieprawidłowej stawki podatku VAT, jeżeli brak jest ustawowych przesłanek wystąpienia omyłki (por. uchwała SN z dnia 20 października 2011 r. sygn. akt: III CZP 52/11 oraz III CZP 53/11).

W ocenie Izby w okolicznościach niniejszej sprawy Odwołujący nie wykazał, iż zachodziła podstawa do odrzucenia oferty Budimpol Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 lub 10 ustawy Pzp. Stanowisko Odwołującego było nieprawidłowe i oparte na przypuszczeniach nieznajdujących podstaw w ofercie Przystępującego.

Zdaniem Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie zostało wykazane, iż prace określone w poz. 11 TES Przystępujący zakwalifikował do robót zewnętrznych. Powyższa okoliczność nie wynika z dokumentów złożonych przez Budimpol Sp. z o.o., tj. Formularza Cenowego oraz Tabeli Elementów Scalonych stanowiącej załącznik do Formularza Cenowego. Z dokumentów złożonych przez Przystępującego nie wynika także, iż do prac określonych w poz. 11 TES zastosowano 23% stawkę podatku VAT. Przystępujący wycenił przedmiot oferty w Formularzu Cenowym, zgodnie ze wzorem Zamawiającego określającym właściwe stawki podatku VAT dla robót wewnętrznych (8%) oraz dla robót zewnętrznych (23%). Ponadto Wykonawca dokonał w Tabeli Elementów Scalonych wymaganego przez Zamawiającego rozbicia ceny oferty na poszczególne elementy oraz podał ich wartość netto.

W tym miejscu wymaga podkreślenia, że zgodnie z 15.2 specyfikacji, zamawiający oczekiwał od wykonawców przedstawienia ceny oferty w rozbiciu na określone elementy ujęte

w Tabeli Elementów Scalonych. Udostępniony przez Zamawiającego wzór tabeli wymagał podania jedynie wartości netto poszczególnych elementów, nie umożliwiał zaś podania właściwej stawki podatku VAT i wartości brutto. Ponadto, Zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę co do kształtowania treści tego zestawienia. To wykonawcy decydowali o tym jakie elementy zostaną w tabeli wyszczególnione oraz jak zostaną one nazwane. Nazwy wyszczególnionych elementów nie musiały wskazywać ani na charakter robót (wewnętrzne czy zewnętrzne) oraz na to, jaką stawką VAT są one objęte. Wobec braku szczegółowych wytycznych Zamawiającego co do sposobu wypełnienia tabeli, nie sposób założyć, że jej poszczególne elementy miały zostać rozbite na roboty zewnętrzne i wewnętrzne. W ocenie Izby samo porównanie wartości robót zewnętrznych zawartej w Formularzu Cenowym z wartością robót ujętych w poz. 8 – 11 TES czy też umiejscowienie prac w tabeli nie jest wystarczające do uznania, iż wykonawca Budimpol Sp. z o.o. prace określone pozycją 11 zakwalifikował do robót zewnętrznych. Jednocześnie, z uwagi na brak szczegółowych zasady dotyczących sposobu wypełnienia TES, w tym przedstawienia podziału prac na roboty zewnętrzne i wewnętrzne, nie jest na obecnym etapie możliwe odtworzenie w sposób pewny przyjętej przez Przystępującego metodyki wypełnienia tabeli. Nie sposób bowiem wykluczyć, że Budimpol Sp. z o.o. w poz. 1 TES zawarł zarówno pozycje zaliczające się do robót wewnętrznych, jak i zewnętrznych oraz że w ramach tej pozycji kwotę 50 000 zł netto przeznaczono na roboty zewnętrzne dotyczące wykończenia schodów oraz remontu balustrad.

W konsekwencji powyższego brak było podstaw do odrzucenia oferty Budimpol Sp. z o.o. jako niezgodnej z warunkami zamówienia lub jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny. Zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp należało zatem oddalić.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Budimpol Sp. z o.o. z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 8.1.2) SWZ.

W zakresie ww. zarzutu Odwołujący stał na stanowisku, że złożony przez Budimpol Sp. z o.o. dokument polisy ubezpieczenia nie został podpisany przez wykonawcę kwalifikowanym podpisem elektronicznym, bowiem przeprowadzony proces walidacji podpisu p. D. K. ujawnił, że wynik walidacji został oznaczony jako „nieokreślony".

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy brak było podstaw do nakazania Zamawiającemu odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp z uwagi na niespełnienie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej.

Odwołujący nie wykazał, iż podpis pani D. K., tj. osoby upoważnionej z ramienia wykonawcy, na polisie OC był nieprawidłowy.

W przedmiotowej sprawie złożona przez Budimpol Sp. z o.o. polisa OC stanowiąca podmiotowy środek dowodowy została wystawiona przez upoważniony podmiot jako dokument elektroniczny. Jedynie dla porządku, odnosząc się do twierdzeń Odwołującego zawartych w odwołaniu wyjaśnienia wymaga, że w przypadku podmiotowych środków dowodowych ustawodawca nie wprowadził sankcji nieważności, analogicznie jak w przypadku oferty czy oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (arg. z art. 63 ustawy Pzp).

Izba wskazuje, że niewątpliwie sporny dokument został podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez p. D. K. w dniu 18 listopada 2022 r. Jednocześnie z raportu walidacji przekazanego przez Odwołującego wynika, iż certyfikat podpisującego był ważny od dnia 16.04.2021 r. do dnia 16.04.2023 r., a zatem w dacie podpisania rzeczonej polisy. Podkreślić należy, iż podnoszony przez Odwołującego wynik walidacji podpisu p. D. K. oznaczony jako „nieokreślony" wynika z wygaśnięcia certyfikatu z uwagi na jego czasowy charakter. Za Przystępującym wskazać należy, iż z uwagi na terminowy charakter wszystkich certyfikatów podpisu elektronicznego, po upływie ich ważności każdorazowo w raporcie walidacji podpisu elektronicznego podpis taki zostanie zakwalifikowany jako „nieokreślony" i jest to zjawisko naturalne. Natomiast podczas weryfikacji takiego podpisu np. w programie PDF Acrobat Reader podpis taki odczytywany jest jako złożony poprawnie i to poprawność podpisu jest kluczowa.

Z powyższych względów zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp nie mógł zostać uwzględniony.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..

13