



Warszawa, dnia 31 stycznia 2022 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
Krajowa Izba Odwoławcza
ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

Odwołujący:

Grupa Ekoenergia sp. z o.o.

Sierakowice Prawe 141d, 96-100 Skierniewice,
KRS: 0000491557, NIP: 8361777984

reprezentowani przez:

r.pr Dariusza Ziemińskiego, Kancelaria Radcy Prawnego Dariusz Ziemiński & Partnerzy
tel. 664118801, e-mail: dziembinski@kzp.net.pl

Zamawiający:

Specjalistyczny Szpital Wojewódzki w Ciechanowie
ul. Powstańców Wielkopolskich 2
06-400 Ciechanów

Sekretariat - tel. 23 / 672 31 27, fax 672 27 64

Portal zamówień publicznych - <https://zamowienia.szpitalciechanow.com.pl>

Sekcja ds. zamówień publicznych – zp1@szpitalciechanow.com.pl

O D W O Ł A N I E

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: „Przebudowa i modernizacja pomieszczeń Budynku Zakaźnego - roboty budowlane”, numer referencyjny: ZP/2501/95.1/21 (dalej: „Postępowanie”)

- I. Na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.; dalej: „**ustawa Pzp**”), w imieniu wykonawcy Grupa Ekoenergia sp. z o.o. (dalej: „**Odwołujący**”), wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Specjalistycznego Szpitala Wojewódzkiego w Ciechanowie (dalej: „**Zamawiający**”), podjętych w Postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp.

- II. Przedmiotem zamówienia są:
 - 1) Roboty budowlane, realizowane w ramach zadania Przebudowa i modernizacja pomieszczeń Budynku Zakaźnego.

2) Dostawa oraz instalacja, w miejscu wskazanym przez zamawiającego wyposażenia przebudowanych pomieszczeń. W dokumentacji projektowej i przedmiarze zostały określone podstawowe minimalne wymagania zamawiającego wobec zamawianego wyposażenia.

3) Inne zobowiązania wybranego wykonawcy, o których mowa w dokumentach zamówienia, w szczególności projekcie umowy (załącznik nr 9 do SWZ).

III. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2021 r., Dz.U./S S241, pod numerem 2021/S 241-634301. Zamawiający zamieścił SWZ na stronie internetowej pod adresem:

<https://zamowienia.szpitalciechanow.com.pl/procurement/370>

IV. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone w Postępowaniu o wartości zamówienia wyższej niż progi unijne.

V. O okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania Odwołujący powziął wiadomość w dniu 21 stycznia 2022 r., w którym Odwołujący został poinformowany o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego. Niniejsze odwołanie jest wnoszone 31 stycznia 2022 r., w związku z czym uznać należy, że Odwołujący uczynił zadość wymaganiom art. 515 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp.

VI. Odwołujący wskazuje, że niniejsze odwołanie jest wnoszone na następujące czynności Zamawiającego, podjęte oraz zaniechane w toku Postępowania, a polegające na:

1. wyborze oferty złożonej przez wykonawcę: Sołdański Paweł Usługi Remontowo-Budowlane (dalej: „**wykonawca Sołdański**”),
2. badaniu i ocenie złożonych ofert,
3. odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 i 10 ustawy Pzp, gdyż według Zamawiającego treść oferty Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz oferta Odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny,
4. na zaniechaniu wezwania wykonawcy Sołdański do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu,
5. z ostrożności – zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Sołdański z Postępowania, pomimo, że treść oferty wykonawcy Sołdański jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz oferta wykonawcy Sołdański zawiera błędy w obliczeniu ceny,
6. z ostrożności – zaniechaniu unieważnienia Postępowania w sytuacji uznania, iż wszystkie złożone w Postępowaniu oferty podlegają odrzuceniu.

VII. Przez opisane wyżej czynności i zaniechania Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów prawa wskazanych bezpośrednio poniżej oraz w uzasadnieniu odwołania:

1. **naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp** poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia,
2. **naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp** poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że oferta Odwołującego nie zawiera błędów w obliczeniu ceny,
3. **naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 128 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Soldański do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu,
4. **naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp** poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy Soldański, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty,
5. **z ostrożności (zarzut ewentualny) – naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Soldański pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
6. **z ostrożności (zarzut ewentualny) – naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Soldański, pomimo, że oferta wykonawcy Soldański zawiera błędy w obliczeniu ceny,
7. **z ostrożności (zarzut ewentualny) – naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 255 pkt 2 ustawy Pzp** poprzez zaniechanie unieważnienia Postępowania w sytuacji, gdy wszystkie złożone oferty podlegają odrzuceniu.

VIII. Wskazując na powyższe Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu, aby:

1. unieważnił czynność wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Soldański jako oferty najkorzystniejszej,
2. unieważnił czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
3. dokonał ponownego badania i oceny ofert, w tym wezwał wykonawcę Soldański do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu,
4. dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty,
5. ewentualnie, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że oferta Odwołującego została zasadnie odrzucona przez Zamawiającego – odrzucił ofertę wykonawcy Soldański na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 i 10 ustawy Pzp, gdyż oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny,
6. ewentualnie – unieważnił Postępowanie w sytuacji, gdyby wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu.

- IX. Odwołujący wskazuje, że niewątpliwie jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści warunków zamówienia, wstępnie wykazał spełnianie warunków udziału w Postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu zamówienia.

Ponadto Odwołujący wskazuje, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to nie odrzuciłby oferty Odwołującego, lecz wybrałby ją jako najkorzystniejszą. Oferta Odwołującego przedstawia bowiem najkorzystniejszy bilans ceny oraz pozostałych przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert. Ponadto, gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to wezwałby wykonawcę Sołdański do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, a w razie braku ich skutecznego uzupełnienia – odrzuciłby ofertę wykonawcy Sołdański. W konsekwencji, oferta Odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Poprzez dokonanie i zaniechanie powyższych czynności Zamawiający doprowadził zatem do sytuacji, w której Odwołujący utracił szansę na uzyskanie zamówienia oraz na osiągnięcie zysku, który Odwołujący planował osiągnąć w wyniku jego realizacji (*lucrum cessans*). Powyższe stanowi wystarczającą przesłankę do skorzystania przez Odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje ponadto, że naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie miało istotny wpływ na wynik Postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić niniejsze odwołanie. Efektem wskazanych powyżej czynności i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, co w istotny sposób wpłynęło na wynik Postępowania.

Z ostrożności Odwołujący wskazuje również, iż posiada interes w unieważnieniu Postępowania. Sytuacja taka mogłaby zaistnieć w przypadku uznania przez Izbę lub Zamawiającego, iż wszystkie złożone oferty podlegają odrzuceniu. Odwołujący wskazuje za wyrokiem Izby z dnia 27 września 2018 r., sygn. akt KIO 1759/18, że: *„wykonawca ma interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, nawet jeśli następstwem uwzględnienia odwołania byłoby unieważnienie postępowania. W wyroku wydanym w sprawie C-689/13 Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wskazał, że wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej nawet w sytuacji, gdy skutkiem uwzględnienia takiego środka miałyby być unieważnienia postępowania. Wówczas wykonawcy mogą ubiegać się o to zamówienie publiczne w kolejnym postępowaniu, w którym każdy z oferentów mógłby wziąć udział i w ten sposób pośrednio je otrzymać”*.

- X. Odwołujący oświadcza, iż w dniu 31 stycznia 2022 r. przekazał Zamawiającemu niniejsze odwołanie. Niniejsze odwołanie, jako wniesione w formie elektronicznej, zostało przekazane

Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

UZASADNIENIE

I Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że jej treści jest zgodna z warunkami zamówienia, wskazać należy, co następuje.

1. Zamawiający pismem z 21 stycznia 2022 r. zawiadomił Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego, podając uzasadnienie prawne i faktyczne odrzucenia. Odwołujący, chcąc uniknąć niepotrzebnego przytaczania ww. uzasadnienia w treści odwołania, załącza ww. pismo Zamawiającego do odwołania. Kolejnym pismem z 21 stycznia 2022 r. Zamawiający dokonał sprostowania treści informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, poprzez unieważnienie jej części, w której Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Korekta ta nie dotyczyła zatem ani czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ani czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący załącza do odwołania ww. sprostowanie treści informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

2. Zamawiający, uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego, jako podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego wskazał art. 226 ust. 1 pkt. 5 i 10 ustawy Pzp, czyli to, że w ocenie Zamawiającego:

- 1) treść oferty Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- 2) oferta Odwołującego zawiera błędy w obliczeniu ceny.

Natomiast uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego, choć zajmuje blisko cztery strony tekstu, sprowadza się do kilku stwierdzeń własnych Zamawiającego, z którymi nie sposób się zgodzić, oraz do obszernych cytatów z orzecznictwa, które nic nie wnoszą do sprawy.

3. Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający w pierwszej kolejności podniósł, że: „Wykonawca Grupa Ekoenergia Sp. z o.o. złożyła ofertę na formularzu cenowym wg. załącznika nr 2 do SWZ wskazując w wierszu nr 3 arkusza EXCEL pozycję/element oferty, który nie był przedmiotem zamówienia w tym postępowaniu, a tym samym nie powinien być przez wykonawców uwzględniany w kalkulacji ceny oferty.” Dalej Zamawiający zamieścił formularz cenowy oferty sporządzony przez Odwołującego oraz wzór załącznika nr 2 do SWZ, błędnie je przy tym opisując:

wzór załącznika nr 2 do SWZ

| zestawienie cenowe | | | | | | | | | | | | | | | | |
|--------------------|-----------------|-----------------|---|------------------------------|---|-----------------------------|-----------------|---------------------|-----------------|---------------------------|----------------------------|--------------------|-------|---------------------|--|---------------|
| LP. | Nazwa wykonawcy | Indeks produktu | Przedmiot zamówienia | Indeksy urządzeń i dostawców | Nazwa urządzeń i dostawców - pełne nazwy handlowe | Nazwa producenta urządzenia | Jednostka miary | Wielkość opakowania | Ilość zamówiona | Cena jednostk. netto [zł] | Cena jednostk. brutto [zł] | Wartość netto [zł] | VAT % | Wartość brutto [zł] | | |
| 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6 | 7 | 8 | 9 | 10 | 11 | 12 | 13 | 14 | 15 | | |
| 1 | | 080-00 | roboty budowlane (Dostawa i montaż Instalacji Gaiw Medycznych wraz Certyfikacją CE) | x | x | x | szt. | x | 1,00 | 746 315,32 | 806 020,55 | 746 315,32 | 8,00 | 806 020,55 | | |
| 2 | | 080-00 | roboty budowlane | x | x | x | szt. | x | 1,00 | 23 667 744,71 | 25 111 325,99 | 23 667 744,71 | 23,00 | 29 111 325,99 | | |
| 3 | | | dostawa wyposażenia (Myjnia - Dezynfektor) | x | x | x | komplet | | 1,00 | 203 481,87 | 219 260,42 | 203 481,87 | 8,00 | 219 260,42 | | |
| 4 | | 080-01 | dostawa wyposażenia | x | x | x | komplet | x | 1,00 | 892 820,19 | 1 006 168,83 | 892 820,19 | 23,00 | 1 099 168,83 | | |
| Razem | | | | | | | | | | | | | | 25 510 362,09 | | 31 235 074,19 |

Formularz cenowy oferty sporządzony przez Wykonawcę

| zestawienie cenowe | | | | | | | | | | | | | | | | |
|--------------------|-----------------|-----------------|--|------------------------------|---|-----------------------------|-----------------|---------------------|-----------------|---------------------------|----------------------------|--------------------|-------|---------------------|--|------|
| LP. | Nazwa wykonawcy | Indeks produktu | Przedmiot zamówienia | Indeksy urządzeń i dostawców | Nazwa urządzeń i dostawców - pełne nazwy handlowe | Nazwa producenta urządzenia | Jednostka miary | Wielkość opakowania | Ilość zamówiona | Cena jednostk. netto [zł] | Cena jednostk. brutto [zł] | Wartość netto [zł] | VAT % | Wartość brutto [zł] | | |
| 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6 | 7 | 8 | 9 | 10 | 11 | 12 | 13 | 14 | 15 | | |
| 1 | | 080-00 | roboty budowlane (należy w tym miejscu wskazać jaki zakres robót jest tą stawką VAT opodatkowany) | x | x | x | szt. | x | 1,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | | |
| 2 | | 080-00 | roboty budowlane | x | x | x | szt. | x | 1,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 23,00 | 0,00 | | |
| 3 | | | dostawa wyposażenia (należy w tym miejscu wskazać jaki zakres robót jest tą stawką VAT opodatkowany) | x | x | x | komplet | | 1,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 8,00 | 0,00 | | |
| 4 | | 080-01 | dostawa wyposażenia | x | x | x | komplet | x | 1,00 | 0,00 | 0,00 | 0,00 | 23,00 | 0,00 | | |
| Razem | | | | | | | | | | | | | | 0,00 | | 0,00 |

Następnie Zamawiający stwierdził, że: „Dokonanie przez Wykonawcę wpisu określającego, że przedmiotem oferowanej dostawy wyposażenia opodatkowanego stawką VAT w wysokości 8% będzie Myjnia-Dezynfektor nie znajduje uzasadnienia w dokumentach zamówienia opublikowanych w dniu 13.12.2021 r., czy np. w wyjaśnieniach zamawiającego udzielonych w trakcie trwania postępowania.”

Z powyższymi twierdzeniami Zamawiającego nie sposób się zgodzić i budzą one najwyższe zdumienie Odwołującego. W świetle treści dokumentów zamówienia opublikowanych w dniu 13 grudnia 2021 r., jak i w świetle wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego w trakcie trwania Postępowania, nie ma bowiem żadnych wątpliwości, że zaoferowana przez Odwołującego w formularzu cenowym w Lp. 3 Myjnia-Dezynfektor (10 sztuk) stanowi element przedmiotu zamówienia a wykonawcy byli obowiązani zaoferować ją Zamawiającemu oraz uwzględnić w kalkulacji ceny oferty. Przeciwnie twierdzenia Zamawiającego są tym bardziej zdumiewające, że w dalszej części uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający przyznaje, że myjnie-dezynfektory (a dokładnie: „myjnie-dezynfektory basenów z miską toaletową”) stanowią element przedmiotu zamówienia i że należało je wycenić oraz zaoferować. Na str. 3 uzasadnienia odrzucenia Zamawiający stwierdził bowiem, że: „urządzenia pod nazwą: myjnie-dezynfektory basenów z miską toaletową wymagane w pomieszczeniach łazienek są całkowicie i zupełnie innymi urządzeniami niż urządzenia określane jako: Zestaw z automatem myjąco — dezynfekującym 90x70x85 Automat [...] sterowanie Multitro nic Novo z 10 programami myjącymi (zestaw 3 szt.), którego dostawę Zamawiający nie wymagał w nowym postępowaniu.” Nie sposób też nie zauważyć, że również oferta wykonawcy Sółdański obejmuje myjnie-dezynfektory basenów z miską toaletową. Zamawiający natomiast nie tylko, że nie odrzucił oferty wykonawcy Sółdański z tego powodu, to jeszcze wybrał ją jako najkorzystniejszą ofertę. Zatem już tylko z tego względu odrzucenie oferty Odwołującego uznać należy za pozbawione podstaw i rażąco naruszające przepisy ustawy Pzp.

4. Jak wskazał Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, pismem z 04 stycznia 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w aspekcie zasadności i celowości wyceny wyposażenia „Myjnia — Dezynfektor” i wskazania miejsca w dokumentach zamówienia opublikowanych w portalu zakupowym Zamawiającego dla Postępowania, z którego wynika obowiązek wyceny tego urządzenia. W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący w piśmie z 05 stycznia 2022 r. wskazał następujące fragmenty dokumentacji:

Załącznik nr 7-architektura (2) - Plik pdf pn. „OPIS wykonawczy.pdf”

Pomieszczenie 0-04a - ŁAZIENKA – powierzchnia 5,00 m²

Podłoga: Podłoga powinna być wykonana z materiałów trwałych o powierzchniach gładkich, antypoślizgowych, zmywalnych, nienasiąkliwych i odpornych na działanie środków myjąco-dezynfekcyjnych dezynfekcyjnych – płytki gresowe.

Ściany: Okładzina ceramiczna do wys. 2,05, powyżej farba emulsyjna

Sufit: Podwieszany, modułowy, np. typu Armstrong.

Drzwi: Zmywalne, z kratką nawiewu dołem

Ogrzewanie: Grzejniki powinny być gładkie, umożliwiające ich mycie i utrzymanie w czystości.

Temp. pom.: 24°C

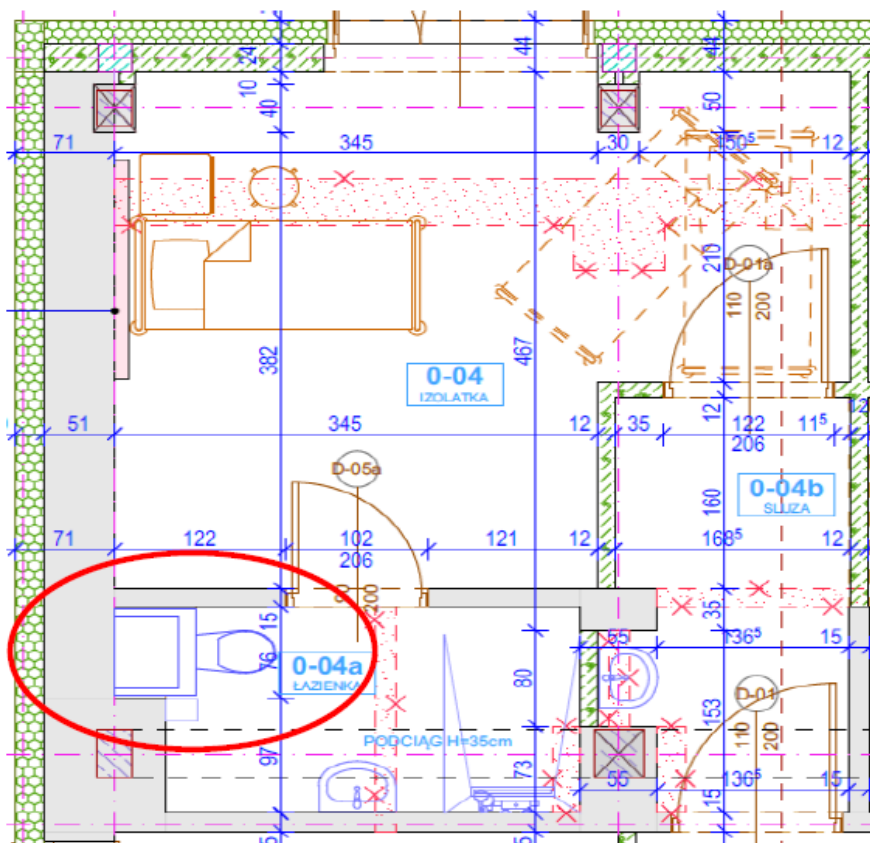
Oświetlenie: 300 lx, miejscowe hermetyczne nad umywalkami

Wentylacja: mechaniczna 50m³/h,

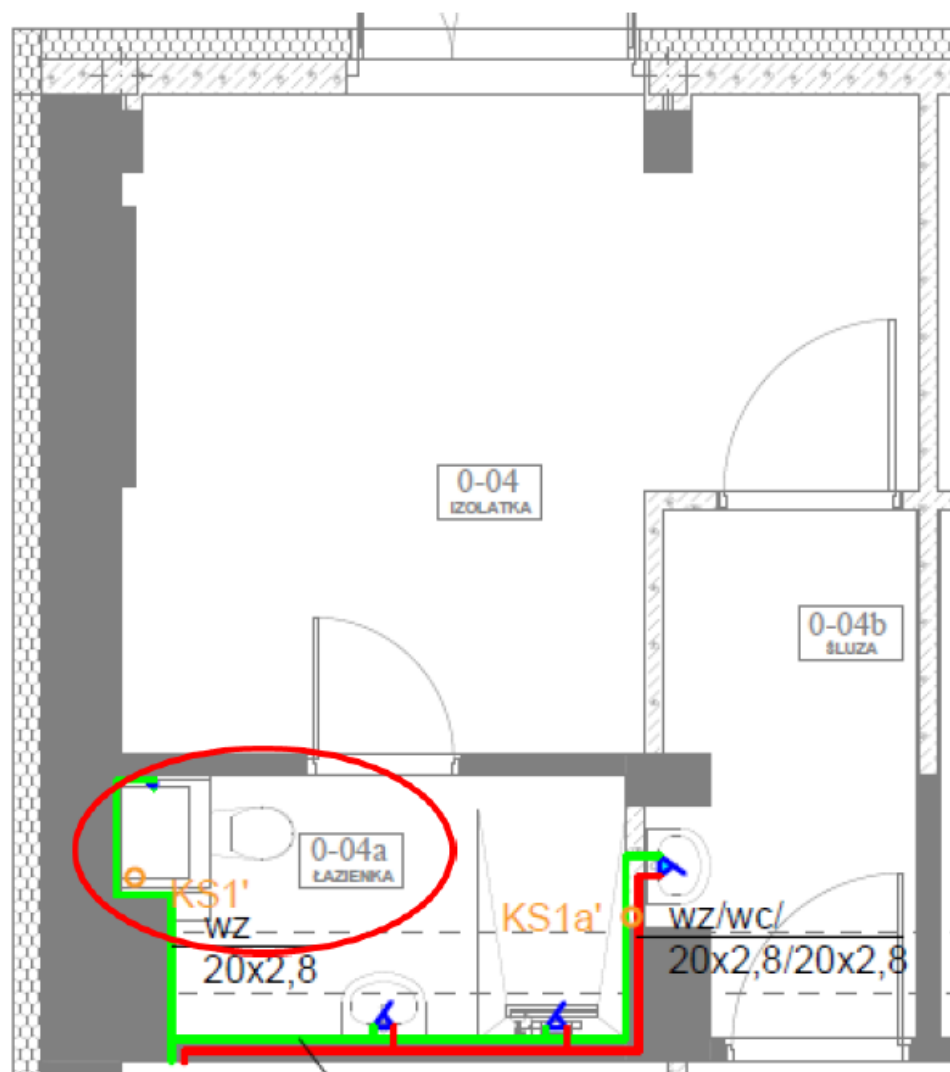
Instalacja wod-kan.: do umywalk, miski ustępowej, natrysku

Instalacja ciepłej wody: do umywalk, natrysku

Wymagania dodatkowe: Łazienkę należy wyposażyć w: umywalkę z baterią uruchamianą bez kontaktu z dłonią i dodatkowo w dozownik ze środkiem dezynfekcyjnym uruchamiany bez kontaktu z dłonią, natrysk oraz myjnię-dezynfektor basenów z miską toaletową, pojemnik z ręcznikami jednorazowego użycia oraz pojemnik na zużyte ręczniki.

Załącznik nr 7-architektura (1) - Plik pdf pn. „AR_02_00_kolor.pdf”

Załącznik nr 7-sanitarny - Plik pdf pn. „IS03_WOD_KAN_PARTER_ZAKAŻNY”



Dowód: pismo Odwołującego z 05 stycznia 2022 r. (załączone do odwołania)

W świetle powyższego nie ma żadnych wątpliwości, że Odwołujący dokonał wyceny zgodnie z dokumentacją przedmiotu zamówienia opublikowaną na portalu zakupowym Zamawiającego. Trzeba też podkreślić, że Zamawiający nigdy nie zakwestionował tego, że ze wskazanych powyżej fragmentów dokumentacji projektowej wynika konieczność zaoferowania myjni-dezynfektorów basenów z miską toaletową a w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wprost przyznał, że ww. myjni-dezynfekторы są wymagane w pomieszczeniach łazienek.

Ponadto, kwestii myjni-dezynfektorów dotyczyły również udzielone przez Zamawiającego wyjaśnienia treści SWZ. Mianowicie w wyjaśnieniach z 22 grudnia 2021 r., odpowiadając na pytanie nr 167 o treści:

„Wodkan: Ustępy z płuczką ustępową z dezynfekatorem ? Proszę podanie przykładowego produktu ?”

Zamawiający stwierdził, że:

„Jest to wyposażenie medyczne stosowane w pomieszczeniach z ograniczoną powierzchnią, stosowane na innych oddziałach szpitala w Ciechanowie, Zamawiający zgodnie z ustawą zamówień publicznych nie wskazuje referencyjnej marki.”

Zamawiający potwierdził zatem wprost, że wymaga od wykonawców zaoferowania myjni-dezynfektorów basenów z miską toaletową a Odwołujący się do tego wymagania Zamawiającego zastosował i zaoferował ww. urządzenia. Nie może być zatem mowy o jakiegokolwiek niezgodności treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia.

5. Uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego Zamawiający podniósł dalej, że: „Po przeprowadzeniu analizy treści wyjaśnień oraz zawartości kosztorysów ofertowych złożonych przez Grupa Ekoenergia Sp. z o.o. zamawiający stwierdził że Wykonawca przy sporządzeniu kosztorysów ofertowych dla postępowania ZP/2501/95.1/21 posłużył się wzorami przedmiarów udostępnionych przez zamawiającego w *historycznym*, gdyż zakończonym unieważnieniem, postępowaniu oznaczonym sygnaturą ZP/2501/95/21, prowadzonym dla wyłonienia wykonawcy tego samego zadania inwestycyjnego tj. Przebudowa i modernizacja pomieszczeń Budynku Zakaźnego.” Następnie Zamawiający sformułował zastrzeżenia wobec niektórych pozycji kosztorysów ofertowych złożonych przez Odwołującego.

Odnosząc się do wywodów Zamawiającego dotyczących kosztorysów ofertowych Odwołującego trzeba przede wszystkim wskazać, że w świetle postanowień SWZ oraz wielokrotnych wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego w trakcie trwania Postępowania nie ma żadnych wątpliwości, iż cena oferowana przez Wykonawcę w Postępowaniu jest ceną ryczałtową, natomiast złożone przez Wykonawcę wraz z ofertą **kosztorysy ofertowe mają wyłącznie pomocniczy i poglądowy charakter.**

Na ryczałtowy charakter ceny oferty Zamawiający wskazał w szeregu postanowień SWZ, m.in. w Rodziale XVII. Sposób obliczenia ceny;

„1. Cena oferty stanowi wartość umowy za wykonanie przedmiotu zamówienia w całym zakresie jest ceną ryczałtową.

2. W cenie ryczałtowej brutto w PLN Wykonawca musi uwzględnić wszystkie należne Wykonawcy elementy wynagrodzenia wynikające z tytułu przygotowania, realizacji i rozliczenia przedmiotu zamówienia, w tym wszystkie wymagania niniejszej SWZ i jej załączników oraz obejmować wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu prawidłowego i terminowego wykonania całości przedmiotu zamówienia, zysk oraz wszelkie wymagane przepisami podatki i opłaty

3. Przygotowując ofertę Wykonawcy powinni szczegółowo zapoznać się z Załącznikiem nr 7 do SWZ – Dokumentacją projektową. Skalkulowana cena oferty za przedmiot zamówienia jest ceną ryczałtową, w której to Wykonawca ma ująć wszelkie koszty: wykonania robót budowlanych, koszt: materiałów, robocizny, sprzętu do osiągnięcia zamierzonego efektu, oraz innych niezbędnych prac, działań i czynności, do realizacji przedmiotu zamówienia”

Analogicznie w projekcie umowy (Załącznik nr 9 do SWZ), w § 1 ust. 5 i 6, Zamawiający wskazał, że:

„5. Strony ustalają, że:

1) wynagrodzenie ryczałtowe za przedmiot Umowy nie przekroczy kwoty PLN brutto (zgodnie z ofertą Wykonawcy):

2) stawka podatku VAT wynosi% (zgodnie z ofertą Wykonawcy).

6. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 5 obejmuje wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu Umowy, w tym koszty robót i materiałów, niewyspecyfikowanych w dokumentach umownych, niezbędnych do wykonania całości prac objętych Umową w sposób zgodny z wymogami sztuki budowlanej oraz przepisami obowiązującego prawa budowlanego, oraz koszty wykonania wszystkich obowiązków wskazanych w Umowie, w tym w okresie gwarancji i rękojmi i nie będzie zmienione przez cały okres jej obowiązywania.”

Wobec powyższych postanowień SWZ wszelkie ewentualne błędy w kosztorysach ofertowych złożonych przez Odwołującego uznać należy za pozbawione jakiegokolwiek znaczenia. Zgodnie bowiem z art. 632 § 1 Kodeksu cywilnego, mającym tutaj zastosowanie na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac. Jest też oczywiste, że wobec przyjęcia modelu wynagrodzenia ryczałtowego przez Zamawiającego kosztorysy ofertowe składane przez Wykonawców mają wyłącznie pomocniczy i poglądowy charakter. Na taki też charakter kosztorysów ofertowych wskazuje szereg postanowień SWZ. Przykładowo w Rozdziale IV. Opis przedmiotu zamówienia, pkt 2 ppkt 2.1. Zamawiający wskazał, że:

„2. Roboty budowlane zostaną wykonane w oparciu o:

2.1 Dokumentację projektową (załącznik nr 7 do SWZ), w tym o kosztorysy przedmiarowe.

Załączone w dokumentacji projektowej przedmiary robót przeznaczone są do wykorzystania przez wykonawcę jedynie pomocniczo, mają charakter poglądowy i w przypadku rozbieżności między Przedmiarem robót, a Projektem budowlanym, Projektem wykonawczym lub Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót należy przyjąć zakres robót wskazany Projektem budowlanym, Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót.”

Analogiczne postanowienia Zamawiający zamieścił w projekcie umowy (Załącznik nr 9 do SWZ), w § 1 ust. 2:

„2. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawarty został w Załączniku nr 1 do umowy - Dokumentacji projektowej składającej się z:

- 1) Projektów budowlanych;
- 2) Specyfikacji Technicznych Wykonania i Odbioru Robót;
- 3) Przedmiarów robót;

Załączone Przedmiary robót przeznaczone są do wykorzystania przez Wykonawcę jedynie pomocniczo, mają charakter poglądowy i w przypadku rozbieżności między Przedmiarem robót, a Projektem budowlanym, Projektem wykonawczym lub Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót należy przyjąć zakres robót wskazany Projektem budowlanym, Specyfikacją Techniczną Wykonania i Odbioru Robót.”

Na niewiążący charakter przedmiarów Zamawiający wskazywał też konsekwentnie w wielokrotnych wyjaśnieniach treści SWZ, wprost dopuszczając tam zmianę przedmiarów przez wykonawców.

Ponadto w Rozdziale IV. Opis przedmiotu zamówienia, pkt 2 ppkt 2.3. oraz w Rozdziale XIV. Opis sposobu przygotowywania oferty, pkt 3, ppkt 3.1. tiret trzecie SWZ, Zamawiający wskazał, że: „Zamawiający informuje, że złożenie kosztorysów ofertowych, sporządzonych metodą kalkulacji szczegółowej, będzie wymagane od wybranego wykonawcy w dniu zawarcia umowy o udzieleniu zamówienia publicznego.

Natomiast wraz z ofertą wykonawcy złożą kosztorysy ofertowe sporządzone metodą kalkulacji uproszczonej (Rozporządzenie Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym.)”

W świetle powyższego nie ma żadnych wątpliwości, że kosztorysy ofertowe stanowiły jedynie dodatkowy, informacyjny element oferty i nie służyły określeniu treści świadczenia Wykonawcy na rzecz Zamawiającego (nie stanowiły treści oferty). Co więcej, z SWZ wynika, że kosztorysy złożone wraz z ofertą mają charakter wstępny i niewiążący, gdyż wybrany wykonawca w dniu zawarcia umowy o udzieleniu zamówienia publicznego ma złożyć kosztorysy ofertowe jeszcze raz, tym razem sporządzone metodą kalkulacji szczegółowej.

6. Odwołujący wskazuje i podkreśla, że w orzecznictwie KIO już dawno przesądzono, iż w przypadku gdy cena oferty ma charakter ryczałtowy, to kosztorysy ofertowe, nawet jeśli były wymagane wraz z ofertą, nie mogą być podstawą do odrzucenia oferty z powodu niezgodności jej treści z treścią SWZ (obecnie: z warunkami zamówienia). Powyższe stanowisko Izba wyraziła w szeregu swoich orzeczeń, dlatego Odwołujący ograniczy się do przytoczenia przykładów z ostatnich lat. W wyroku z 24 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1428/20, Izba wskazała, że: „(...) przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia, udostępniony przez zamawiającego kosztorys co do zasady powinien służyć wykonawcom jedynie jako materiał informacyjno-pomocniczy do opracowania i oszacowania oferty, zaś zamawiający może wykorzystać go do oceny prawidłowości ceny oferty. Wykonawca jednak samodzielnie kalkuluje swoje wynagrodzenie ryczałtowe i przedstawia je w ofercie, biorąc pod uwagę zakres rzeczowy określony dokumentacją projektową, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych, i postanowieniami projektu umowy. W konsekwencji przy ryczałtowym charakterze wynagrodzenia brak załączenia do oferty kosztorysu ofertowego (czy jego części, np. w postaci zestawienia materiałów) nie ma znaczenia dla oceny prawidłowości sporządzenia i przygotowania oferty. Wykonawca bowiem przy tak ustalonym rodzaju wynagrodzenia będzie miał obowiązek wykonać w trakcie realizacji zamówienia również te pozycje, które nie zostały ujęte w kosztorysie ofertowym, ale są objęte udostępnioną przez zamawiającego całą dokumentacją przedmiotu zamówienia (por. wyrok KIO 1439/09, wyrok KIO 899/08).” W świetle powyższego, skoro przy wynagrodzeniu ryczałtowym nawet brak załączenia do oferty kosztorysu ofertowego (czy jego

części) nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty, to tym bardziej podstawy takiej nie mogą stanowić ewentualne błędy w treści kosztorysu.

Z kolei w wyroku z 15 kwietnia 2019 r. sygn. akt KIO 592/19, Izba stwierdziła, że: „Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu odrzucenie oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada SIWZ. Utrwalony jest w orzecznictwie pogląd, że podstawą faktyczną odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ może być tylko rzeczywista treść oferty, o ile nie odpowiada wymogom jasno w SIWZ określonym. Przy czym nie chodzi o jakiegokolwiek wymogi Zamawiającego, ale wymogi odnoszące się do ukształtowania przyszłego świadczenia – przedmiotu umowy. Zatem podstawą odrzucenia oferty nie mogą być jakiegokolwiek wymogi Zamawiającego, zawarte w SIWZ, które nie mają bezpośredniego związku z treścią oferty rozumianą wąsko, jako zakres przyszłego świadczenia. Oczywiście jest, że kosztorys, co do zasady, określa elementy i prace, które zostaną wykonane w ramach robót budowlanych. Jednak znaczenie kosztorysu nie jest jednakowe we wszystkich okolicznościach – zależy od ukształtowania przez Zamawiającego postanowień SIWZ, projektu umowy, a w szczególności – od charakteru wynagrodzenia (czy jest to wynagrodzenie ryczałtowe czy kosztorysowe).

Wskazać należy dalej, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe (art. 632 Kodeksu cywilnego). Zamawiający w § 5 projektu umowy wskazał, że wynagrodzenie ryczałtowe obejmuje wszelkie koszty związane z realizacją zamówienia. Wskazać również należy, że brak jest w projekcie umowy jakichkolwiek postanowień, które przypisywałyby kosztorysowi załączonemu do oferty jakiegokolwiek znaczenie. Wynika to ze specyfiki wynagrodzenia ryczałtowego, ponieważ – odmiennie niż przy wynagrodzeniu kosztorysowym – brak jakiegokolwiek „naturalnego” powiązania pomiędzy kosztorysem a wynagrodzeniem czy sposobem realizacji umowy. Kosztorys w takim przypadku (przy wynagrodzeniu ryczałtowym) nie określa treści świadczenia – zakres robót budowlanych określony jest w dokumentacji projektowej.

Podkreślić również należy, że postanowienia umowne przedstawione przez Zamawiającego w załączniku nr 9 do SIWZ w żaden sposób nie odwołują się do kosztorysu ofertowego – rozliczenia (fakturowanie) będzie następować na podstawie protokołów odbioru sporządzonych zgodnie z harmonogramem. Przywołane przez Zamawiającego postanowienia projektu umowy dotyczące możliwości zamiany materiałów budowlanych nie odnoszą się w żaden sposób do kosztorysu ofertowego, tylko do ceny łącznej za realizację zamówienia czyli do wynagrodzenia ryczałtowego.

Tym samym, w ocenie Izby nie da się z postanowień SIWZ i projektu umowy wywieść, że kosztorys załączony do oferty miał jakiegokolwiek znaczenie przekładające się na zakres przyszłego zobowiązania, które powinno znaleźć odzwierciedlenie w treści oferty. Takiego znaczenia nie wykazał również sam Zamawiający. Oceniając niezgodność oferty Odwołującego z SIWZ Zamawiający powinien wykazać, że niedochowanie formatu przedstawiona informacji, jakiego oczekiwał Zamawiający od wykonawców ma przełożenie merytoryczne na świadczenie wykonawcy. Tego, w ocenie Izby, Zamawiający nie uczynił. Ograniczył się wyłącznie do wskazania, iż o niezgodności oferty z SIWZ można mówić w sytuacji nieprawidłowego sporządzenia czy przedstawienia informacji wymaganych przez Zamawiającego. Jednakże treść

art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się do merytorycznych aspektów świadczenia wykonawcy na rzecz Zamawiającego. Takich aspektów zaś Zamawiający nie wskazał.”

W ocenie Odwołującego stanowisko Izby przytoczone powyżej w całej rozciągłości stosuje się w niniejszej sprawie. Pomijając to, że w przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe, brak jest w projekcie umowy jakichkolwiek postanowień, które przypisywałyby kosztorysom załączonym do oferty jakiegokolwiek znaczenie. W szczególności zgodnie z projektem umowy ustalenie należnego Wykonawcy wynagrodzenia nie będzie następować na podstawie kosztorysów ofertowych, lecz na podstawie Harmonogramu płatności zawierającego sumę należności za wszystkie asortymenty robót realizowanych w danym okresie rozliczeniowym. Ponadto Zamawiający wprost wskazał w SWZ, że wybrany wykonawca w dniu zawarcia umowy o udzieleniu zamówienia publicznego ma złożyć kosztorysy ofertowe jeszcze raz, tym razem sporządzone metodą kalkulacji szczegółowej, co definitywnie pozbawia kosztorysów złożonych wraz z ofertą jakiegokolwiek znaczenia.

7. Nie sposób też nie zauważyć, że w SWZ, w Rozdziale XVII. Sposób obliczenia ceny, Zamawiający w żaden sposób nie nawiązał do kosztorysów ofertowych, których złożenia wymagał wraz z oferta. Podany przez Zamawiającego sposób obliczenia ceny jest w ogóle bez związku z kosztorysami ofertowymi, wynika z niego natomiast, że cena oferty jest ceną ryczałtową i że Wykonawcy mają uwzględnić w cenie ryczałtowej „wszystkie należne Wykonawcy elementy wynagrodzenia wynikające z tytułu przygotowania, realizacji i rozliczenia przedmiotu zamówienia, w tym wszystkie wymagania niniejszej SWZ i jej załączników oraz obejmować wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu prawidłowego i terminowego wykonania całości przedmiotu zamówienia, zysk oraz wszelkie wymagane przepisami podatki i opłaty” (cytat za Rozdziałem XVII., pkt 2. SWZ). W podanym przez Zamawiającego sposobie obliczenia ceny słowo „kosztorys” w ogóle nie pada, co również potwierdza, że kosztorysy ofertowe stanowiły jedynie dodatkowy, informacyjny element oferty i nie służyły określeniu treści świadczenia Wykonawcy na rzecz Zamawiającego (nie stanowiły treści oferty). Generalnie w świetle treści SWZ znaczenie ma tylko i wyłącznie cena oferty podana w formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do SWZ).

8. Podsumowując, to, że Odwołujący przy sporządzeniu kosztorysów ofertowych posłużył się wzorami przedmiarów udostępnionych przez Zamawiającego w poprzednim, unieważnionym postępowaniu oznaczonym sygnaturą ZP/2501/95/21, jest okolicznością pozbawioną jakiegokolwiek znaczenia i w żaden sposób nie dowodzi niezgodności treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia.

9. Zamawiający, formułując swoje zastrzeżenia wobec kosztorysów ofertowych złożonych przez Odwołującego, wskazał w pierwszej kolejności na kosztorys ofertowy pn. Pozostałe wyposażenie Kosztorys, a dokładnie na pozycję 38 tego kosztorysu. Zamawiający odnośnie ww. pozycji zarzucił Odwołującemu, że:

„• Tej pozycji nie zawierał wzór kosztorysu przedmiarowego udostępnionego dla tego postępowania, a do jej wyceny wykonawcy nie byli zobowiązani dokumentami zamówienia” (cytat za str. 2 uzasadnienia odrzucenia).

Dalej Zamawiający podniósł, że:

„• Zakres wyposażenia dodatkowego dla modernizowanych pomieszczeń, określony w opublikowanym dla przetargu ZP/2501/95.1/21 w przedmiarze pn. #CIECH_SZPITAL_Przed_Pozostałe_Wyposażenie został zmniejszony, w porównaniu do przedmiaru z przetargu unieważnionego, z którego usunięto pozycje nr 6, 8, 9, 10, 11, 20, 37, 38, 63, 64, 66, 68, 71 (wspomniany wcześniej zestaw z automatem myjąco dezynfekującym, meble i urządzenia medyczne, meble biurowe, elektronika, sprzęt AGD itp.)

• Pomimo usunięcia wskazanych pozycji, Wykonawca w nowym postępowaniu uwzględnił je w swoim kosztorysie i pozycje te wskazał jako element oferty i składnik ceny”

(cytat za str. 3 uzasadnienia odrzucenia).

Twierdzenia Zamawiającego o niezgodności treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia sprowadzają się zatem do tego, że w ocenie Zamawiającego Odwołujący zaoferował w swojej ofercie więcej niż to było wymagane w SWZ. Innymi słowy Zamawiający zarzuca Odwołującemu, że jego oferta ma szerszy zakres niż przedmiot zamówienia, gdyż obejmuje również te elementy (pozycje kosztorysowe), z których Zamawiający zrezygnował. Abstrahując tutaj od tego, czy powyższe stanowisko Zamawiającego jest prawidłowe, to gdyby nawet przyjąć, że faktycznie Odwołujący zaoferował Zamawiającemu również te elementy (pozycje kosztorysowe), z których Zamawiający zrezygnował, okoliczności takiej nie sposób uznać za niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Nie jest bowiem niezgodnością treści oferty z warunkami zamówienia to, że Wykonawca oferuje Zamawiającemu coś więcej niż to było wymagane w SWZ. Powyższe nie budzi żadnych wątpliwości w orzecznictwie KIO. Przykładowo, w wyroku z 5 lutego 2020 r., sygn. akt KIO 103/20, Izba stwierdziła, że: „W tym wypadku należy zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego z odwołania, że nadmiarowe zaoferowanie kart nie stanowi o niezgodności treści oferty z postanowieniami SIWZ. Nie może stanowić niezgodności z SIWZ zaoferowanie większej ilości komponentów niż wymagany.”

Odwołujący wskazuje ponadto na stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 18 sierpnia 2016 r., sygn. akt: KIO 1434/16: „Izba także prezentuje pogląd, że oferta mogłaby zostać uznana za niezgodną ze specyfikacją wyłącznie w przypadkach, gdy z jej treści wynikałoby, że nie obejmuje zakresem całości prac składających się na przedmiot zamówienia lub oferowany sposób, czy termin wykonania tych prac, nie odpowiada wymaganemu w specyfikacji. Także zdaniem Izby, dla oceny kwestionowanych ofert, domniemane uchybienia przy ustaleniu jednostkowych cen poszczególnych pozycji kosztorysowych nie mogą powodować odrzucenia tej oferty na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp. Tak jak podkreśla się w orzecznictwie, niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot zamówienia – jak już wskazywano – nie odpowiada temu opisanemu w specyfikacji, co do zakresu, ilości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego. Takie okoliczności nie zostały w niniejszej sprawie wykazane.”

W ocenie Odwołującego stanowisko Izby przytoczone powyżej w całej rozciągłości stosuje się w niniejszej sprawie. Z treści oferty Odwołującego w żaden sposób nie wynika, że nie obejmuje ona swoim zakresem całości prac i dostaw składających się na przedmiot zamówienia lub że oferowany sposób, czy termin wykonania tych prac, nie odpowiada wymaganemu w specyfikacji. Co więcej, Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego nie tylko, że nie zaprzecza temu, iż Odwołujący zaoferował 10 sztuk wymaganych w SWZ „myjni-dezynfektorów basenów z miską klozetową”, ale wprost to przyznaje. Zamawiający stwierdził bowiem w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego (w pierwszym akapicie na str. 3), że: „Wspomniane *myjni-dezynfekторы basenów*” z *miską klozetową* w ilości 10 szt. zostały przez wykonawcę wycenione w kosztorysie sanitarnym, w poz. nr 21 , 86, 143.” Jest zatem bezsporne i przyznane wprost przez Zamawiającego, że Odwołujący w swojej ofercie uwzględnił i wycenił wszystkie elementy składowe przedmiotu zamówienia. Nie ma i nie może być zatem żadnej niezgodności pomiędzy treścią oferty Odwołującego a warunkami zamówienia. O takiej niezgodności można by mówić, gdyby oferta Odwołującego nie obejmowała jakichś prac lub dostaw składających się na przedmiot zamówienia, tymczasem taka sytuacja nie ma miejsca jak również Zamawiający nie zarzucił Odwołującemu, że jakieś elementy składowe przedmiotu zamówienia zostały przez niego pominięte w ofercie i nieuwzględnione w cenie. Już tylko ta okoliczność przesądza, że odrzucenie oferty Odwołującego nie miało podstaw i zostało dokonane z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący w całej rozciągłości podziela stanowisko Izby wyrażone w wyroku z 22 marca 2021 r., sygn. akt KIO 555/21: „Co ważne wykonawca wycenił całość prac, co nie było kwestionowane w odwołaniu. W szczególności wycenił ilość konstrukcji stalowych określoną 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.” Skoro zatem Zamawiający nie kwestionuje tego, że Odwołujący wycenił całość wymaganych prac i dostaw, to nie był uprawniony do odrzucenia oferty Odwołującego.

10. Jak wskazano w komentarzu do ustawy Pzp opracowanym przez Urząd Zamówień Publicznych¹: „Z przykładów zachowujących swoją aktualność na tle Pzp wynika, że okoliczności, których wystąpienie skutkować powinno odrzuceniem oferty na podstawie komentowanego przepisu (tj. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp – przyp. Odwołującego), dotyczyć mogą:

1) zaoferowania przez wykonawcę innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego, w tym przedmiotu nieodpowiadającego wymaganiom określonym w warunkach zamówienia (np. zaoferowanie urządzeń o innych funkcjonalnościach niż wymagane przez zamawiającego, przedłożenie dokumentów przedmiotowych (próbek), które nie potwierdzają, że produkt spełnia określone przez zamawiającego wymogi, przedłożenie dokumentów przedmiotowych do innych urządzeń niż zaoferowane przez wykonawcę, przedstawienie w ofercie wstępnej odmiennego urządzenia niż oczekiwane przez zamawiającego, co mogło być dopiero przedmiotem negocjacji),

¹ Prawo zamówień publicznych. Komentarz, pod redakcją Huberta Nowaka, Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021, str. 716 i nast.

2) zakresu świadczenia wykonawcy lub sposobu spełnienia świadczenia, które nie odpowiadały warunkom zamówienia (np. nieuwzględnienie w wycenie wszystkich wymogów i elementów, jakie postawił zamawiający, zaoferowanie krótszego terminu gwarancji niż żądany przez zamawiającego, zaoferowanie dłuższego terminu na wykonanie zamówienia niż wynikający z dokumentów zamówienia, powierzenie przez wykonawcę kluczowych części zamówienia do wykonania przez podwykonawcę, pomimo iż zamawiający zażądał ich osobistego wykonania przez wykonawcę, wskazanie 1 osoby na 2 różne stanowiska wbrew wyraźnemu zakazowi zawartemu w dokumentach zamówienia),

3) równoważności zaoferowanego przedmiotu zamówienia lub niewykazania równoważności (np. zaoferowanie produktu równoważnego bez wykazania równoważności – art. 101 ust. 5 i 6 Pzp, urządzenie zaoferowane jako równoważne – nie potwierdza prawidłowo opisanych przez zamawiającego standardów równoważności).”

Jest poza sporem, że w niniejszej sprawie nie zachodzi żadna ze wskazanych powyżej okoliczności uprawniających do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

11. Zamawiający odnośnie poz. 38 w złożonym przez Odwołującego kosztorysie ofertowym pn. Pozostałe wyposażenie Kosztorys podniósł również, że: „Wartość tej pozycji odpowiada wartości poz. nr 3 formularza cenowego, co nie jest okolicznością potwierdzającą prawdziwość wyjaśnień wykonawcy, że w poz. nr 3 formularza cenowego wycenił *myjnię-dezynfektor basenów z miską klozetową*. Wyjaśnień wykonawcy nie można uznać za wiarygodne także z innego powodu. Wspomniane *myjnię-dezynfektory basenów*” z *miską klozetową* w ilości 10 szt. zostały przez wykonawcę wycenione w kosztorysie sanitarnym, w poz. nr 21 , 86, 143” (cytat za str. 2 i nast. uzasadnienia odrzucenia).

Odwołujący przyznaje, że wartość poz. 38 w złożonym przez Odwołującego kosztorysie ofertowym pn. Pozostałe wyposażenie Kosztorys odpowiada wartości poz. nr 3 formularza cenowego. Odwołujący przyznaje też, że ww. pozycje różnią się swoim opisem, gdyż w poz. 38 kosztorysu wskazano: „Zestaw Z Automatem Myjąco-Dezynfekującym 90x70x85 Zestaw Z Automatem Myjąco- Dezynfekującym 90x70x85 "Automat myjąco-dezynfekujący G 7882", natomiast w poz. nr 3 formularza cenowego wskazano: „Myjnię-Dezynfikator”, czyli inne urządzenie. Jednak jak to wykazano powyżej, w niniejszym Postępowaniu kosztorysy ofertowe składane przez Wykonawców mają wyłącznie pomocniczy i poglądowy charakter, stanowią jedynie dodatkowy, informacyjny element oferty oraz nie służą określeniu treści świadczenia Wykonawcy na rzecz Zamawiającego (nie stanowią treści oferty). W poz. 3 formularza cenowego Odwołujący oświadczył natomiast jasno i wyraźnie, że oferuje Zamawiającemu i wycenia w tej pozycji „Myjnię-Dezynfikator”, czyli urządzenia wymagane w pomieszczeniach łazienek i niewątpliwie stanowiące element przedmiotu zamówienia. Tym samym ewentualne błędy w kosztorysach ofertowych złożonych przez Odwołującego są pozbawione jakiegokolwiek znaczenia i nie stanowią o niezgodności treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia. Raz jeszcze trzeba też podkreślić, że Zamawiający nie neguje tego, iż Odwołujący zaoferował i wycenił w swojej ofercie wymagane „myjnię-dezynfektory basenów z miską klozetową” w ilości 10 szt.

12. Na marginesie Odwołujący wyjaśnia, że wszystkie wytknięte przez Zamawiającego błędy w kosztorysach ofertowych złożonych przez Odwołującego wynikają z tego, że Odwołujący, kierując się postanowieniami SWZ przytoczonymi powyżej, przyjął, iż w niniejszym Postępowaniu kosztorysy ofertowe składane wraz z ofertą mają wyłącznie pomocniczy i poglądowy charakter, stanowią jedynie dodatkowy, informacyjny element oferty oraz nie służą określeniu treści świadczenia Wykonawcy na rzecz Zamawiającego (nie stanowią treści oferty). Dodatkowo Odwołujący uwzględnił, że z SWZ wynika, iż kosztorysy złożone wraz z ofertą mają charakter wstępny i niewiążący, gdyż wybrany wykonawca w dniu zawarcia umowy o udzieleniu zamówienia publicznego ma złożyć kosztorysy ofertowe jeszcze raz, tym razem sporządzone metodą kalkulacji szczegółowej. Dlatego też Odwołujący wykorzystał przedmiary z poprzedniego, unieważnionego postępowania. Ponadto Odwołujący, po szczegółowej analizie Dokumentacji projektowej (Załącznik nr 7 do SWZ) udostępnionej przez Zamawiającego na potrzeby aktualnego Postępowania, skalkulował cenę swojej oferty uwzględniając zmieniony zakres przedmiotu zamówienia. Odwołujący zaznacza tutaj, że cena jego oferty w poprzednim unieważnionym postępowaniu wyniosła 35.397.196,27 zł brutto, natomiast w aktualnie prowadzonym – 31.235.275,79 zł brutto, co jednoznacznie wskazuje, że Odwołujący uwzględnił zmieniony (tj. pomniejszony) zakres przedmiotu zamówienia i odpowiednio do tego obniżył cenę swojej oferty. Następnie cenę swojej oferty Odwołujący rozszerzył po kosztorysach ofertowych z poprzedniego, unieważnionego postępowania. Ponieważ cena oferty stanowi wynagrodzenie ryczałtowe a wybrany wykonawca w dniu zawarcia umowy o udzieleniu zamówienia publicznego ma złożyć kosztorysy ofertowe jeszcze raz, tym razem sporządzone metodą kalkulacji szczegółowej, Odwołujący uznał, że nie ma potrzeby zmieniać treści opisów w niektórych pozycjach kosztorysów ofertowych składanych wraz z ofertą. W rezultacie koszt ustępów z płuczką ustępową oraz myjnią-dezynfekatorem został rozdzielony przez Odwołującego pomiędzy następującymi pozycjami w kosztorysach ofertowych:

- poz. 21, 86 i 143 w kosztorysie pn. WodKan Kosztorys – w pozycjach tych uwzględniono koszt samych ustępów z płuczką ustępową;
- poz. 38 w kosztorysie pn. Pozostałe wyposażenie Kosztorys – w tej pozycji uwzględniono koszt myjni-dezynfekatorów.

W świetle powyższego niezasadny jest zarzut Zamawiającego, że Odwołujący w aktualnym Postępowaniu uwzględnił w swojej ofercie i wycenił pozycje, które Zamawiający usunął z zakresu zamówienia, tj. wspomniany wcześniej zestaw z automatem myjąco-dezynfekującym, meble i urządzenia medyczne, meble biurowe, elektronika, sprzęt AGD itp. Ponadto twierdzenia Zamawiającego o zaoferowaniu przez Odwołującego elementów wykraczających poza zakres zamówienia opierają się tylko i wyłącznie na treści kosztorysów ofertowych Odwołującego, odnośnie których Odwołujący wykazał powyżej, że nie służą określeniu treści świadczenia Wykonawcy na rzecz Zamawiającego (nie stanowią treści oferty).

Reasumując, wbrew twierdzeniom Zamawiającego Odwołujący nie dokonał wyceny swojej oferty na podstawie niewłaściwych danych wyjściowych, zwierających niezgodny z treścią

dokumentów zamówienia jego zakres dotyczący wyposażenia pozostałego. W konsekwencji brak jest podstaw do przyjęcia, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia.

13. Odnośnie powołanego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego wyroku KIO 222/20 z 18 lutego 2020 r. Odwołujący wskazuje, że zapadł on na tle zupełnie odmiennego stanu faktycznego niż w niniejszej sprawie a rozważania KIO dotyczyły zupełnie innej postaci niezgodności treści oferty z treścią SWZ niż zarzucona przez Zamawiającego ofercie Odwołującego. Jak podkreślono w uzasadnieniu ww. wyroku: „Tymczasem analiza postawionego przez Odwołującego zarzutu i przedstawionego uzasadnienia wskazuje, iż Odwołujący wywodził niezgodność oferty Przystępującego z treścią SIWZ wyłącznie w oparciu o wskazaną w poz. 157d.14.2 kosztorysu cenę jednostkową, co uznać należy za nieprawidłowe. Słusznie zwrócił uwagę Zamawiający, iż argumentacja Odwołującego sprowadza się do kwestionowania możliwości wykonania przez Konsorcjum S.B. robót objętych poz. 157d 14.2 za zaoferowaną cenę, a nie tego czy Przystępujący złożył ofertę zgodnie z SIWZ. W ocenie Izby uzasadnienie zarzutu przedstawione w odwołaniu w ogóle nie dotyczy kwestii zgodności zaoferowanego przez Przystępującego świadczenia z wymaganiami Zamawiającego, lecz sposobu wyceny pozycji 157d.14.2 kosztorysu.” Ww. wyrok nie jest zatem żadnym argumentem za odrzuceniem oferty Odwołującego.

Również odnośnie kolejnego powołanego przez Zamawiającego wyroku Izby z 26 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1402/17, Odwołujący wskazuje, że zapadł on na tle zupełnie odmiennego stanu faktycznego niż w niniejszej sprawie a rozważania KIO dotyczyły zupełnie innej postaci niezgodności treści oferty z treścią SWZ niż zarzucona przez Zamawiającego ofercie Odwołującego. W sprawie rozstrzygniętej ww. wyrokiem chodziło bowiem o negatywny wynik prezentacji oferowanego sterownika, czyli negatywny wynik praktycznego testu, który miał potwierdzić zgodność oferowanego sterownika z wymaganiami opisanymi w PFU. Ww. wyrok nie jest zatem żadnym argumentem za odrzuceniem oferty Odwołującego.

Jeśli idzie natomiast o twierdzenie Zamawiającego, że: „Użyte w przepisie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP z 11 września 2019 r. pojęcie *niezgodna* przesądza w zasadzie o sprzeczności oferty z warunkami zamówienia, poprzez zaoferowanie innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego” (cytat za str. 3 uzasadnienia odrzucenia), Odwołujący wskazuje i podkreśla, że nie zaoferował innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez Zamawiającego. Oferta Odwołującego obejmuje wszystko to, czego Zamawiający wymagał w SWZ – żaden z wymaganych przez Zamawiającego elementów składowych przedmiotu zamówienia nie został pominięty.

II Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że oferta Odwołującego nie zawiera błędów w obliczeniu ceny, wskazać należy, co następuje.

1. Jak wynika z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, odrzucenie jej za rzekomy błąd w obliczeniu ceny ma charakter niesamoistny i wtórny, gdyż opiera się wyłącznie na tych samych okolicznościach, na które Zamawiający wskazał uzasadniając odrzucenie oferty Odwołującego z powodu rzekomej niezgodności jej treści z warunkami zamówienia. Zamawiający stwierdził bowiem w ww. uzasadnieniu, że: „Z powyższego wynika także, że oferta wykonawcy Grupa Ekoenergia Sp. z o.o. zawiera błąd w obliczeniu ceny, która opiera się na błędnie przyjętych do kalkulacji ceny ryczałtowej elementów kosztotwórczych” (cytat za str. 3 uzasadnienia odrzucenia). Ponieważ powyżej wykazano, że nie ma żadnej niezgodności treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia, tym samym bezpodstawne są twierdzenia Zamawiającego o błędzie w obliczeniu ceny w ofercie Odwołującego. W szczególności Odwołujący zaprzecza twierdzeniom Zamawiającego jakoby cena jego oferty opierała się na błędnie przyjętych do kalkulacji ceny ryczałtowej elementach kosztotwórczych. Odwołujący wskazuje też raz jeszcze, że w SWZ, w Rozdziale XVII. Sposób obliczenia ceny, Zamawiający w żaden sposób nie nawiązał do kosztorysów ofertowych, których złożenia wymagał wraz z ofertą. Podany przez Zamawiającego sposób obliczenia ceny jest w ogóle bez związku z kosztorysami ofertowymi, słowo „kosztorys” nawet w nim nie pada, wynika z niego natomiast, że cena oferty jest ceną ryczałtową i że Wykonawcy mają uwzględnić w cenie ryczałtowej „wszystkie należne Wykonawcy elementy wynagrodzenia wynikające z tytułu przygotowania, realizacji i rozliczenia przedmiotu zamówienia, w tym wszystkie wymagania niniejszej SWZ i jej załączników oraz obejmować wszelkie koszty bezpośrednie i pośrednie, jakie poniesie Wykonawca z tytułu prawidłowego i terminowego wykonania całości przedmiotu zamówienia, zysk oraz wszelkie wymagane przepisami podatki i opłaty” (cytat za Rozdziałem XVII., pkt 2. SWZ). Już zatem tylko z tego względu ewentualne błędy w kosztorysach ofertowych nie mogą zostać uznane za błąd w obliczeniu ceny – skoro wskazany przez Zamawiającego sposób obliczenia ceny kosztorysy ofertowe zupełnie pomija.

2. Odwołujący przyjmuje jako własne stanowisko Izby wyrażone w wyroku z 2 listopada 2020 r., sygn. akt KIO 2483/20, gdzie Izba stwierdziła, że: „Błąd w obliczeniu ceny zachodzi, jeśli cena oferty została obliczona w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentacji przetargowej lub w cenie oferty uwzględniono niewłaściwą stawkę podatku VAT. Błędem w obliczeniu ceny nie jest z całą pewnością rzekome nieuwzględnienie w ofercie wykonawcy całości zakresu zamówienia czy rzekome pominięcie kosztów materiałów pomocniczych w sytuacji, gdy brak jasnych wymagań w dokumentacji przetargowej w tym zakresie, a ustalone w tym postępowaniu wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy.” W nawiązaniu do powyższego Odwołujący podkreśla, że cena jego oferty została obliczona zgodnie ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentacji przetargowej a w cenie oferty uwzględniono właściwą stawkę podatku VAT. Natomiast wytknięte przez Zamawiającego błędy w kosztorysach ofertowych Odwołującego nie stanowią i nie mogą stanowić błędów w obliczaniu ceny.

3. Wywody Zamawiającego dotyczące omyłek w ofercie i ich poprawiania na podstawie art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, zamieszczone na str. 4 uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, są zbędne i niczemu nie służą. W ofercie Odwołującego nie ma bowiem żadnych omyłek, które

wymagałyby poprawienia na podstawie art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, w szczególności nie ma innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia. Wytknięte przez Zamawiającego błędy w kosztorysach ofertowych Odwołującego są pozbawione jakiegokolwiek znaczenia ze względu na ryczałtowy charakter ceny oferty oraz wyłącznie pomocniczy, poglądowy i niewiążący charakter kosztorysów składanych wraz z ofertą.

4. Odwołujący stanowczo zaprzecza insynuacjom Zamawiającego jakoby rzekome nieprawidłowości w ofercie Odwołującego wynikały „w sposób oczywisty w niedochowana przez wykonawcę należytej staranności przy analizie dokumentów zamówienia, w szczególności w odniesieniu do zakresu zamówienia, wymaganych formularzy itp., a także w konsekwencji przy sporządzeniu oferty” (cytat za str. 4 uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego). Odwołujący zachował najwyższą staranność przy analizie dokumentów zamówienia, w szczególności w odniesieniu do zakresu zamówienia, wymaganych formularzy itp., a także w konsekwencji przy sporządzeniu oferty. Odwołujący ponownie wskazuje, że po szczegółowej analizie Dokumentacji projektowej (Załącznik nr 7 do SWZ) udostępnionej przez Zamawiającego na potrzeby aktualnego Postępowania, skalkulował cenę swojej oferty uwzględniając zmieniony zakres przedmiotu zamówienia. Odwołujący zaznacza tutaj, że cena jego oferty w poprzednim unieważnionym postępowaniu wyniosła 35.397.196,27 zł brutto, natomiast w aktualnie prowadzonym – 31.235.275,79 zł brutto, co jednoznacznie wskazuje, że Odwołujący uwzględnił zmieniony (tj. pomniejszony) zakres przedmiotu zamówienia i odpowiednio do tego obniżył cenę swojej oferty. Odwołujący złożył również wszystkie wymagane przez Zamawiającego formularze a Zamawiający nie sformułował żadnych zastrzeżeń w tym zakresie.

5. Odwołujący pragnie odnieść się jeszcze do twierdzenia Zamawiającego, iż: „Nie sposób także uznać tych błędów za niezamierzone, bowiem w treści wyjaśnień złożonych na wezwanie z dnia 04.01.2022 r., wykonawca przedstawił zasadność i celowość wyceny jednego z istotnych elementów oferty. W złożonych wyjaśnieniach, wykonawca wskazał nie na błąd a swoje celowe działanie” (cytat za str. 4 uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego). Abstrahując od tego, że oferta Odwołującego nie zawiera żadnych błędów, w szczególności innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, Odwołujący zaznacza, że w swoich wyjaśnieniach z 05 stycznia 2022 r. wskazał, iż wycenione w poz. 3 formularza cenowego „Myjnie-Dezynfekatory” to urządzenia wymagane w pomieszczeniach łazienek i niewątpliwie stanowiące element przedmiotu zamówienia. Wyjaśnienia udzielone przez Odwołującego dotyczyły zatem treści poz. 3 formularza cenowego, nie dotyczyły natomiast kosztorysów ofertowych, których poprawność kwestionuje Zamawiający. O wyjaśnienia w zakresie kosztorysów ofertowych Zamawiający nigdy się do Odwołującego nie zwrócił. Udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień dotyczących poz. 3 formularza cenowego nie można i nie należy odnosić do kosztorysów ofertowych złożonych przez Odwołującego, gdyż są to zupełnie inne dokumenty i mają odmienny charakter niż formularz cenowy.

Ponadto w złożonych wyjaśnieniach Odwołujący potwierdził, że w poz. 3 formularza cenowego wycenił „Myjnie-Dezynfekatory” (a dokładnie: „myjnie-dezynfekatory basenów z miską

toaletową”) wymagane w pomieszczeniach łazienek. Zamawiający we wcześniejszej części uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego wyjaśnienia Odwołującego kwestionuje, wskazując, że nie są one wiarygodne, teraz natomiast się na nie powołuje, uzasadniając nimi swoją decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz twierdzenie o celowym działaniu Odwołującego. Stanowisko Zamawiającego jest zatem dotknięte głęboką wewnętrzną sprzecznością. Nie można bowiem tego samego oświadczenia kwestionować jako niewiarygodnego i jednocześnie powoływać się na nie w celu uzasadnienia swoich twierdzeń – takie sposoby argumentacji wykluczają się.

III Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Sołdański do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu, wskazać należy, co następuje.

1. Stosownie do postanowień rozdziału VIII. SWZ (Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia), pkt 1., ppkt 1.2., do udziału w postępowaniu zostanie dopuszczony wykonawca spełniający następujące warunki:

„1.2. w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał w sposób należyty min. dwie roboty budowlane o wartości co najmniej 5 000 000,00 PLN brutto każda, polegającą na budowie, przebudowie lub remoncie budynku użyteczności publicznej, obejmującej swoim zakresem łącznie branże: konstrukcyjno-budowlaną, sanitarną, elektryczną i niskoprądową.

Zamawiający informuje, że ilekroć w niniejszej SWZ użyto sformułowania - budowa – pojęcie to należy rozumieć zgodnie z definicją zawartą § 3 ust. 6 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (t. j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1333 ze zm.)”.

Jak zatem jasno i wyraźnie wynika z ww. warunku każdy z wykonawców musiał się wykazać co najmniej dwoma robotami budowlanymi o wartości co najmniej 5.000.000,00 PLN brutto każda a ponadto każda z tych robót:

- miała polegać na budowie, przebudowie lub remoncie budynku użyteczności publicznej oraz
- miała obejmować swoim zakresem łącznie branże konstrukcyjno-budowlaną, sanitarną, elektryczną i niskoprądową.

2. Wykonawca Sołdański na potwierdzenie spełnienia ww. warunku złożył wykaz wykonanych robót budowlanych (wg. załącznika nr 3 do SWZ) wraz z referencjami dotyczącymi robót opisanych w wykazie. W złożonym wykazie wykonawca Sołdański powołał się na dwie roboty budowlane, obie wykonane na rzecz Zamawiającego. Pierwsza z ww. robót została opisana następująco: „Specjalistyczny Szpital Wojewódzki w Ciechanowie, 06-400 Ciechanów, ul. Powstańców Wielkopolskich 2, Apteka Szpitalna i Zakład Diagnostyki Laboratoryjnej w ramach zadania Dostosowanie pomieszczeń Apteki Szpitalnej i Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej do obowiązujących przepisów prawnych”, roboty budowlano instalacyjne”. Wykonawca Sołdański podał też, że wartość ww. zamówienia brutto wyniosła 5 801 339,12 zł.

Ponadto do wykazu wykonanych robót wykonawca Sołdański załączył poświadczenie wystawione przez Zamawiającego. W treści ww. poświadczenia wskazano m.in., że inwestycja zrealizowana przez wykonawcę Sołdański polegała na przebudowie Apteki Szpitalnej i Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej, zakres wykonanych prac obejmował również zakup, dostawę i montaż wyposażenia medycznego i niemedyceznego o wartości 1.939.139,12 złotych oraz że wartość całej inwestycji wyniosła 5.801.339,12 zł brutto.

W ocenie Odwołującego jest oczywiste, że biorąc pod uwagę literalne brzmienie postawionego przez Zamawiającego warunku doświadczenia od wskazanej przez wykonawcę Sołdański wartości całej inwestycji (5.801.339,12 zł brutto) należy odjąć wartość zakupu, dostawy i montażu wyposażenia medycznego i niemedyceznego (1.939.139,12 złotych). Zamawiający wymagał bowiem od Wykonawców legitymowania się doświadczeniem w wykonaniu robót budowlanych polegających na budowie, przebudowie lub remoncie budynku użyteczności publicznej i to jeszcze obejmujących określone branże, a nie legitymowania się doświadczeniem w zakresie zakupu, dostawy i montażu wyposażenia medycznego i niemedyceznego (czyli doświadczeniem w zakresie dostaw). Po dokonaniu ww. pomniejszenia okazuje się natomiast, że wartość samych robót budowlanych polegających na przebudowie Apteki Szpitalnej i Zakładu Diagnostyki Laboratoryjnej jest dużo mniejsza niż wymagane w warunku minimum 5.000.000,00 złotych brutto.

Podkreślić też trzeba, że użyte przez Zamawiającego pojęcia budowy, przebudowy i remontu to pojęcia ustawowe, mające swoje definicje w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane, do której zresztą Zamawiający w SWZ odesłał. Odwołujący wskazuje zatem, że zgodnie z ww. ustawą:

- budowa to wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowa, rozbudowa, nadbudowa obiektu budowlanego (art. 3 pkt 6 ww. ustawy);
- przebudowa to wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji (art. 3 pkt 7a ww. ustawy);
- remont to wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym (art. 3 pkt 8 ww. ustawy).

Ww. pojęcia nie obejmują zatem swoim zakresem zakupu, dostawy czy montażu wyposażenia medycznego i niemedyceznego. Tym samym przy ustalaniu wartości budowy, przebudowy i remontu nie należy uwzględniać wartości zakupu, dostawy i montażu wyposażenia medycznego i niemedyceznego, gdyż nie mają one żadnego związku z ww. rodzajami robót budowlanych.

Podsumowując, ponieważ w wykazie wykonanych robót wykonawca Sołdański wskazał tylko dwie roboty a jedna z nich nie spełnia wymagań SWZ ze względu na zbyt niską wartość, uznać należy, że wykonawca Sołdański nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, tj. warunku doświadczenia.

3. Odwołujący przypomina, że to wykonawca ma wykazać, poprzez złożenie wskazanych przez Zamawiającego oświadczeń i dokumentów, że spełnia warunki udziału w postępowaniu i że nie podlega wykluczeniu z postępowania, a jeżeli tego nie uczyni, to Zamawiający ma obowiązek odrzucić jego ofertę. W świetle przepisów ustawy Pzp nie ma bowiem żadnego domniemania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców. Powyższe nie budziło wątpliwości także na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. W świetle okoliczności przedstawionych powyżej jest zatem oczywiste, że Zamawiający powinien wezwać wykonawcę Sołdański do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu, tj. warunku doświadczenia.

IV Odnośnie zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy Sołdański, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty, wskazać należy, co następuje.

Przedmiotowy zarzut jest konsekwencją zarzutów podniesionych i opisanych powyżej. Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia, zaś zgodnie z ust. 2 powołanego przepisu najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, brak jest jakichkolwiek podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert przyjętych przez Zamawiającego, i jest jednocześnie ofertą niepodlegającą odrzuceniu. Ponadto Zamawiający winien wezwać wykonawcę Sołdański do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu, gdyż póki co wykonawca Sołdański nie wykazał spełniania warunku doświadczenia.

V Odnośnie zarzutów ewentualnych:

- naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sołdański pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
- naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Sołdański, pomimo, że oferta wykonawcy Sołdański zawiera błędy w obliczeniu ceny,
wskazać należy, co następuje.

1. Na wstępie Odwołujący podkreśla, że niniejszy zarzut jest formułowany wyłącznie z ostrożności i jedynie na wypadek gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że oferta Odwołującego została

zasadnie odrzucona przez Zamawiającego. W takim wypadku Zamawiający, działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5 i 10 ustawy Pzp, winien odrzucić również ofertę wykonawcy Sołdański, gdyż oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera błędy w obliczeniu ceny.

2. W formularzu cenowym wykonawca Sołdański w poz. 3 wskazał, że oferuje Zamawiającemu: „dostawa wyposażenie (pozycja nr 87 kosztorys sanitarny)” oraz że dla tego elementu zamówienia zastosował stawkę podatku VAT w wysokości 8%, czyli preferencyjną. Odwołujący wyjaśnia tutaj, że zgodnie z SWZ, Rozdział XIV. Opis sposobu przygotowywania oferty, pkt 3 ppkt 3.1., tiret drugie, w formularzu cenowym (zestawieniu cenowym) – wg. załącznika nr 2 do SWZ, Wykonawcy mieli przedstawić podstawowe elementy ceny oferty, pod kątem zastosowania stawek podatku VAT.

Wykonawca Sołdański w poz. 3 formularza cenowego wskazał konkretną pozycję swojego kosztorysu sanitarnego, tj. nr 87. Odwołujący podkreśla, że w pozycji nr 87 kosztorysu sanitarnego złożonego przez wykonawcę Sołdański wskazany został następujący element przedmiotu zamówienia: „Ustępy z płuczką ustępową typu *kompakt* przystosowane dla osób niepełnosprawnych”.

Odwołujący wskazuje, że w przypadku ustępów z płuczką ustępową typu *kompakt* przystosowanych dla osób niepełnosprawnych wykonawca Sołdański winien zastosować podstawową stawkę podatku VAT (23%), a nie stawkę preferencyjną, wynoszącą 8%. Zgodnie bowiem z art. 41 ust. 2 ustawy o podatku od towarów i usług z dnia 11 marca 2004 r. (tj. z dnia 19 marca 2021 r., Dz.U. z 2021 r. poz. 685 ze zm. dalej „ustawa o VAT”) dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy o VAT, innych niż klasyfikowane według Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług w grupowaniu usługi związane z wyżywieniem (PKWiU 56), stawka podatku wynosi 8%, z zastrzeżeniem art. 114 ust. 1 i art. 138 i ust. 4. Odwołujący wskazuje, że ustępy z płuczką ustępową typu *kompakt* przystosowane dla osób niepełnosprawnych nie zostały wymienione w załączniku nr 3 do ustawy o VAT. W szczególności ustępy takie nie są wyrobami medycznymi w rozumieniu ustawy z dnia 20 maja 2010 r. o wyrobach medycznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 175, 447 i 534) dopuszczonymi do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, o których mowa w poz. 13 załącznika nr 3 do ustawy o VAT. Tym samym brak jest jakichkolwiek podstaw, aby w przypadku ww. ustępów zastosować inną stawkę podatku VAT niż podstawowa (23%).

Zgodnie z utrwalonym i jednolitym orzecznictwem KIO, Sądów Okręgowych oraz Sądu Najwyższego zastosowanie niewłaściwej stawki podatku VAT, np. preferencyjnej zamiast podstawowej, stanowi błąd w obliczeniu ceny i powinno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp. Zamawiający może nie odrzucić oferty z niewłaściwą stawką podatku VAT tylko i wyłącznie w przypadku, gdy wskazał w SWZ konkretną stawkę podatku VAT, którą mają zastosować Wykonawcy do obliczenia ceny. W takim wypadku powstaje bowiem możliwość poprawienia błędnej stawki podatku VAT w ofercie na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, czyli jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Zatem w sytuacji, w której

Zamawiający nie określił w dokumentach zamówienia stawki podatku VAT, nie może poprawić nieprawidłowo zastosowanej stawki VAT jako innej omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W nawiązaniu do powyższego Odwołujący wskazuje i podkreśla, że Zamawiający nie podał w SWZ konkretnej stawki podatku VAT, którą Wykonawcy mieli zastosować do obliczenia ceny. Co więcej, Zamawiający wskazał w SWZ, w Rozdziale XVII. Sposób obliczenia ceny, pkt 6., że to „Wykonawca poda w Formularzu Ofertowym stawkę podatku od towarów i usług (VAT) właściwą dla przedmiotu zamówienia, obowiązującą według stanu prawnego na dzień składania ofert.”

Podsumowując, w świetle treści poz. 3 formularza cenowego złożonego przez wykonawcę Sołdański nie ma żadnych wątpliwości, iż oferta tego wykonawcy zawiera błąd w obliczeniu ceny. Wykonawca Sołdański przyjął bowiem do wyliczenia ceny nieprawidłową stawkę podatku VAT w wysokości 8%, czyli preferencyjną, stosując ją do ustępów z płuczką ustępową typu *kompakt* przystosowanych dla osób niepełnosprawnych, do czego nie miał żadnych podstaw. Ponieważ błędu tego nie można w żaden sposób poprawić, konieczne jest odrzucenie oferty wykonawcy Sołdański na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

3. Z ostrożności, uprzedzając ewentualną kontrargumentację Zamawiającego lub wykonawcy Sołdański, Odwołujący wskazuje na następującą okoliczność. Wartość netto wskazana przez wykonawcę Sołdański w poz. 3 formularza cenowego to 61.411,83 złotych. Wartość ta nie zgadza się z wartością netto wskazaną w pozycji nr 87 kosztorysu sanitarnego złożonego przez wykonawcę Sołdański (do której poz. 3 formularza cenowego odsyła), gdzie jako wartość pozycji podano 2116,82 złotych. Natomiast wartość netto 61.411,83 złotych została wskazana w pozycji nr 86 kosztorysu sanitarnego złożonego przez wykonawcę Sołdański, która to pozycja dotyczy ustępów z płuczką ustępową z dezynfekatorem i w przypadku której jest możliwe zastosowanie stawki preferencyjnej podatku VAT w wysokości 8%. Uprzedzając zatem ewentualną kontrargumentację Zamawiającego lub wykonawcy Sołdański, że w poz. 3 formularza cenowego wystąpiła oczywista omyłka pisarska i że w rzeczywistości w poz. 3 formularza cenowego znajduje się odesłanie do pozycji nr 86 kosztorysu sanitarnego złożonego przez wykonawcę Sołdański, Odwołujący wskazuje, że w takim wypadku uznać należy, iż wykonawca Sołdański zaoferował za mało bezwzględnie wymaganych ustępów z płuczką ustępową z dezynfekatorem, a zatem treść jego oferty nie odpowiada warunkom zamówienia i zarazem zawiera błąd w obliczeniu ceny. Jak to bowiem wykazano powyżej, Zamawiający wymagał zaoferowania przez Wykonawców 10 szt. ustępów z płuczką ustępową z dezynfekatorem, czyli 10 sztuk „myjni-dezynfekatorów basenów z miską klozetową” w pomieszczeniach łazienek. Tymczasem w pozycji nr 86 kosztorysu sanitarnego złożonego przez wykonawcę Sołdański oraz, poprzez odesłanie, w poz. 3 formularza cenowego złożonego przez wykonawcę Sołdański, wyceniono i tym samym zaoferowano jedynie 3 sztuki ustępów z płuczką ustępową z dezynfekatorem, czyli o 7 za mało.

| | | | | | | |
|------|------------|--|------|---|------------|-----------|
| 86 | KNR-W 2-15 | Ustępy z płuczką ustępową z dezynfekatorem | kpl. | 3 | 20 470,610 | 61 411,83 |
| d.4. | 0233-03 | | | | 80 | |
| 1 | analogia | | | | | |

Zaoferowanie zbyt małej liczby sztuk bezwzględnie wymaganych „myjni-dezynfektorów basenów z miską klozetową” niewątpliwie stanowi niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Skoro zatem Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, uznając, że w formularzu cenowym oraz w kosztorysach ofertowych Odwołujący zaoferował mu niewłaściwy zakres zamówienia, to analogicznie Zamawiający powinien uznać w przypadku oferty złożonej przez wykonawcę Sołdański.

VI Odnośnie zarzutu ewentualnego - naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia Postępowania w sytuacji, gdy wszystkie złożone oferty podlegają odrzuceniu, wskazać należy, co następuje.

Niniejszy zarzut jest formułowany wyłącznie z ostrożności i jest konsekwencją zarzutów opisanych powyżej. W sytuacji uznania przez Izbę, iż zarówno oferta Odwołującego jak i oferta wykonawcy Sołdański są niezgodne z warunkami zamówienia, względnie że zawierają błędy w obliczeniu ceny, konieczne staje się odrzucenie obu tych ofert i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Postępowania. W Postępowaniu nie ma bowiem innych ofert niż oferty złożone przez Odwołującego i wykonawcę Sołdański.

Mając na uwadze powyższe, wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości.

Z poważaniem

r.pr. Dariusz Ziemiński

Załączniki:

- 1) dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości
- 2) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu
- 3) odpis z Krajowego Rejestru Sądowego
- 4) pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej
- 5) pismo Zamawiającego z 21 stycznia 2022 r. – zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty
- 6) pismo Zamawiającego z 21 stycznia 2022 r. – sprostowanie treści informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej
- 7) pismo Odwołującego z 05 stycznia 2022 r.