

WYROK
z dnia 23 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 września 2016 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

**ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. K. Jacewo 76, 88-100 Inowrocław oraz
AGB 2 Sp. z o.o. Jacewo 76, 88-100 Inowrocław**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

**10 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką
Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej
ul. Powstańców Warszawy 5, 85-681 Bydgoszcz**

przy udziale:

1. wykonawcy **Warbud S.A. ul. Domaniewska 22, 02-672 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. ul. Postępu 18, 02-676 Warszawa oraz Aldesa Construcciones S.A. c/bahía de Pollensa 13, 28042 Madryt, Hiszpania** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje 10 Wojskowemu Szpitalowi Klinicznemu z Polikliniką Samodzielnemu Publicznemu Zakładowi Opieki Zdrowotnej unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie badania oferty wykonawców wspólnie

ubiegających się o udzielenie zamówienia Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. oraz Aldesa Construcciones S.A.,

2. kosztami postępowania obciąża 10 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. K. oraz AGB 2 Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od 10 Wojskowego Szpitala Klinicznego z Polikliniką Samodzielnego Publicznego Zakładu Opieki Zdrowotnej na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. Sp. K. oraz AGB 2 Sp. z o.o. kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:

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

Zamawiający – 10 Wojskowy Szpital Kliniczny z Polikliniką Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę kompleksu Polikliniki” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 31 maja 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, pod numerem 2016/S 103-184112. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ALSTAL Grupa Budowlana Sp. z o.o. oraz AGB 2 Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. oraz Aldesa Construcciones S.A. (dalej zwanych „konsorcjum Aldesa”), mimo że zawiera liczne błędy w obliczeniu ceny,
2. art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum Aldesa do wyjaśnień treści oferty, w tym tych dotyczących sposobu kalkulowania ceny, co spowodowało brak porównywalności złożonych ofert,
3. art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z zaniechaniem wezwania konsorcjum Aldesa do wyjaśnień lub uzupełnienia wykazu osób, mimo braków w przedstawionym wykazie,
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako że treść oferty konsorcjum Aldesa nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jako taka oferta ta powinna podlegać odrzuceniu,
5. art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez podejmowanie czynności w postępowaniu w sposób naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także wybór oferty najkorzystniejszej niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez stworzenie sytuacji, w której porównanie ofert nie jest możliwe.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
2. przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu,
3. wezwania konsorcjum Aldesa do wyjaśnień w zakresie sposobu kalkulowania ceny we wskazanych obszarach,
4. wezwania konsorcjum Aldesa do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie przyjętych rozwiązań i kompletności złożonej oferty związanych z brakami w ofercie,
5. wezwania konsorcjum Aldesa do wyjaśnień i uzupełnień w zakresie złożonego wraz z ofertą wykazu osób,
6. odrzucenia oferty konsorcjum Aldesa jako zawierającej nieusuwalne błędy w jej treści w zakresie sposobu obliczenia ceny oraz zawartości merytorycznej oferty, a w konsekwencji wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu,
7. odrzucenia oferty konsorcjum Aldesa jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,
8. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, iż oferta konsorcjum Aldesa zawiera liczne braki, błędy i uchybienia, a znaczna część oferty nie została przygotowana zgodnie z instrukcjami Zamawiającego opisanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co wpłynęło na wartość oferty i wynagrodzenie w niej zadeklarowane, jak i ma istotny wpływ na zgodność tej oferty z wymaganiami Zamawiającego, co może rzutować na ważność i skuteczność potencjalnej umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oferta winna zawierać cenę ryczałtową brutto, z uwzględnieniem wszystkich wymagań wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia (pkt 14.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia) i należało ją wpisać do formularza ofertowego z podaniem poszczególnych elementów ceny. Zgodnie z dyspozycją punktu 14.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia cenę należało wyliczyć według załączników do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci: 1. zestawienia wyposażenia technologicznego, 2. podziału wynagrodzenia na roboty budowlane i instalacyjne, 3. podziału wynagrodzenia na opracowanie dokumentacji projektowej, 4. przedmiaru, 5. specyfikacji sprzętu.

Odwołujący stwierdził w ofercie konsorcjum Aldesa niezgodność „Zestawienia wyposażenia technologicznego” z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, mającą wpływ na prawidłowość obliczenia całkowitej ceny oferty w następujących pozycjach:

- 1) gabinet USG – wskazano cenę jednostkową netto w przedmiocie, co do którego Zamawiający nie wymagał wskazania takiej ceny,
- 2) osprzęt sterujący dot. aparatu RTG – nie wskazano stawek VAT ani ceny brutto,
- 3) densytometr ultradźwiękowy – nie wskazano stawek VAT ani ceny brutto,
- 4) wyposażenie obejmujące kompletne stanowisko pracy – nie wskazano ceny netto, stawek VAT, ani ceny brutto,
- 5) bufet z zapleczem – nie wskazano stawek VAT ani ceny brutto,
- 6) hal główny z poczekalnią – nie wskazano stawek VAT ani ceny brutto,
- 7) kawiarnia z zapleczem – nie wskazano stawek VAT ani ceny brutto,
- 8) biurko narożne – nie wskazano stawek VAT ani ceny brutto,
- 9) sala dializ + izolatka + stacja uzdatniania wody – komplet wyposażenia – nie wskazano ceny netto, stawek VAT ani ceny brutto,
- 10) chłodnia na odpady medyczne – nie wskazano ceny netto, stawek VAT ani ceny brutto,
- 11) łóżko szpitalne – za cenę brutto przyjęto kwotę bez podatku VAT,
- 12) sprzęt endoskopowy (Endoskopia) – przyjęto błędną stawkę podatku VAT (zamiast 8% i 23 %, przyjęto tylko 8%),
- 13) sprzęt endoskopowy (Duodenoskopia) – przyjęto błędną stawkę podatku VAT (zamiast 8% i 23 %, przyjęto tylko 8%),
- 14) sprzęt endoskopowy (Endoskopia) – przyjęto błędną stawkę podatku VAT (zamiast 8% i 23 %, przyjęto tylko 8%),
- 15) drukarka termiczna do endoskanu – nie wskazano ceny netto, stawek VAT, ani ceny brutto,
- 16) szafa ubraniowa jednodrzwiowa – nie wskazano stawek VAT ani ceny brutto,
- 17) szafka przyścienna jednokomorowa, wyposażona w cztery szuflady – nie wskazano stawek VAT ani ceny brutto,
- 18) sprzęt endoskopowy (urologia) – przyjęto błędną stawkę podatku VAT (zamiast 8% i 23 %, przyjęto tylko 8%),
- 19) sprzęt endoskopowy (sala operacyjna) – przyjęto błędną stawkę podatku VAT (zamiast 8% i 23 %, przyjęto tylko 8%),
- 20) łóżko szpitalne w sali wybudzeń – nie wskazano ceny netto, stawek VAT ani ceny brutto,
- 21) stacja dokująca – nie wskazano stawek VAT ani ceny brutto,
- 22) autorefraktometr – nie wskazano stawek VAT ani ceny brutto.

Poza tym oferta konsorcjum Aldesa zawiera rażące błędy w obliczeniu ceny ofertowej:

- 1) w dokumencie zatytułowanym „Podział wynagrodzenia na usługi projektowe, roboty budowlane i inwestycyjne” w poz. 6 zostały wycenione wyłącznie maszyny i urządzenia specjalistyczne związane z ochroną zdrowia (suma w przedmiotowej pozycji jest tożsama z sumą „Zestawienia wyposażenia technologicznego”), podczas gdy Zamawiający wymagał,

aby przedmiotowa pozycja zawierała również wycenę dźwigów szpitalnych (której to wyceny nie zawiera „Zestawienie wyposażenia technologicznego”) – zatem dźwigi szpitalne nie zostały wycenione,

2) „Zestawienie wyposażenia technologicznego” zawiera szereg błędów rachunkowych, w tym również zwiększenie wartości VAT dla stawki 8% o kwotę 87.517,62 zł oraz błędy w sumowaniu poszczególnych pozycji,

3) rozbieżności pomiędzy kwotami wskazanymi w formularzu oferty, mającymi im odpowiadać kwotami zawartymi w dokumencie „podział wynagrodzenia na usługi projektowe, roboty budowlane i inwestycyjne”, a sumą wynikającą z „zestawienia wyposażenia technologicznego”,

4) rozbieżności pomiędzy stawkami VAT w zakresie stawki 8% oraz 23% zawartymi w formularzu oferty (podział wynagrodzenia) a „Zestawieniem wyposażenia technologicznego” wynoszące 145.262,53 zł dla obu stawek,

5) suma wartości urządzeń medycznych zawarta w „Zestawieniu wyposażenia technologicznego” nie odpowiada sumie wartości urządzeń medycznych zawartej w formularzu oferty.

Analiza oferty konsorcjum Aldesa wykazuje m.in. na istotny brak dotyczący wyceny dźwigów szpitalnych. W dokumencie zatytułowanym „Podział wynagrodzenia na usługi projektowe, roboty budowlane i inwestycyjne” w poz. 6 zostały wycenione wyłącznie maszyny i urządzenia specjalistyczne związane z ochroną zdrowia (suma w przedmiotowej pozycji jest tożsama z sumą „Zestawienia wyposażenia technologicznego”), podczas gdy Zamawiający wymagał, aby przedmiotowa pozycja zawierała również wycenę dźwigów szpitalnych. Wyceny tych urządzeń nie można doszukać się też w innych częściach oferty i załącznikach do niej. Wszyscy pozostali wykonawcy w przedmiotowej pozycji wskazali cenę za dźwigi szpitalne i wartości wynikające z tabel „Zestawienia wyposażenia technologicznego” zostały zwiększone o wartości tych dźwigów. Wartość dźwigów szpitalnych bez marży wykonawcy wynosi około 850.000 zł netto, tj. około 1.045.000 zł brutto.

Stanowisko konsorcjum Aldesa wyrażone w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień wobec licznych braków w ofercie zostało ukierunkowane w stronę rozważań o funkcji wynagrodzenia ryczałtowego. Jednak takie rozumowanie jest w przedmiotowej sprawie bezzasadne. Nie bez znaczenia jest bowiem okoliczność, że Zamawiający żądał wypełnienia załączników zawierających wymagane urządzenia, elementy kosztorysu i oparcia wyceny na tych obliczeniach. Fakt żądania kosztorysów i obliczeń szczegółowych oraz obowiązek oparcia na nich wynagrodzenia zawartego w formularzu oferty obliguje wykonawcę do zrealizowania tego w sposób prawidłowy. „O możliwości odstąpienia od badania kosztorysu nie może stanowić ryczałtowy charakter ceny oferty. Zastrzeżenie wynagrodzenia ryczałtowego w żaden sposób nie zwalnia zamawiającego z badania poprawności

oferowanego świadczenia oraz ustalenia niewadliwej kalkulacji ceny oferty. Są to obowiązki ustawowe, od których wykonania zamawiający nie może uchylić się w żaden sposób.” (wyrok KIO 2392/12 i KIO 2410/12). Podobnie stwierdzono w uchwale KIO z 13 października 2014 r., w której przesądzono, że jeśli zamawiający żądał złożenia przez wykonawcę przedmiaru lub kosztorysu, to taki dokument może mieć walor dokumentu służącego ocenie poprawności wyliczenia ceny oraz walor dokumentu weryfikującego zgodność oferty z opisem przedmiotu zamówienia.

W postępowaniach, w których wynagrodzenie ryczałtowe nie jest wspierane kosztorysem ani innymi dokumentami, nie ma możliwości badania w ten sposób sposobu wyliczenia ceny. Zdarzają się przypadki postępowań, w których kosztorysy ofertowe przy wynagrodzeniu ryczałtowym mają charakter pomocniczy i to wyraźnie jest wskazane przez zamawiającego w dokumentacji. Żaden ze wskazanych przypadków nie ma miejsca w tym postępowaniu. W dokumentacji przetargowej stwierdzono wyraźnie, że wynagrodzenie ryczałtowe winno zostać wyliczone w oparciu o wyliczenia szczegółowe (pkt 14 specyfikacji istotnych warunków zamówienia), a te obligatoryjnie winny zostać prawidłowo wypełnione i załączone do oferty. Zamawiający zatem przydał tym dokumentom inny walor niż obojętny, co tym samym nie zwalniało Zamawiającego od badania tych wyliczeń i dokumentów pomocniczych, o których mowa w punkcie 14.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wraz z ofertą. To sam Zamawiający żądał dokumentów, o których mowa w punkcie 14.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, kolejno oczekując wyliczenia ceny oferty na ich podstawie, by następnie nie tylko zaniechać ich szczegółowego zbadania, ale zaniechać wyjaśnienia braków w tych dokumentach i zaniechać odrzucenia oferty konsorcjum Aldesa.

Taka konstrukcja sposobu składania ofert i obliczania ceny jest uzasadniona z uwagi na zakres postępowania, które obejmuje zarówno roboty budowlane w systemie zaprojektuj i wybuduj, jak i dostawy oraz usługi. Zamawiający w ten sposób stworzył sobie narzędzie do weryfikacji prawidłowości oferty, co daje mu rękojmię należytego wykonania zamówienia. W przypadku oferty konsorcjum Aldesa takiego potwierdzenia nie uzyskał. Braki, błędy w obliczeniach sugerują brak wiarygodności złożonej oferty. „Zastrzeżenie wynagrodzenia ryczałtowego w żaden sposób nie zwalnia zamawiającego z badania poprawności oferowanego świadczenia oraz ustalenia niewadliwej kalkulacji ceny oferty. Są to obowiązki ustawowe, od których wykonania zamawiający nie może się uchylić. Wskazać należy w tym miejscu, że przepis zawarty w dawnym art. 88 Pzp, zgodnie z którym przyjmowało się, że cena ryczałtowa jest prawidłowa bez względu na sposób jej obliczenia, został uchylony. Obecnie ustawa nie zawiera żadnych domniemań związanych z charakterem wynagrodzenia.” (uchwała KIO z 29 maja 2013 r., KIO/KD 46/13).

Nie można również uznać za dopuszczalne błędów w obliczeniu ceny polegających na nieprawidłowym wyliczeniu stawki VAT lub niepodaniu stawki VAT. Wobec tego, że

wielokrotnie w ofercie Zamawiający oczekiwał, że wykonawcy sami określą prawidłową stawkę, tym bardziej nie jest możliwe proste poprawienie omyłki w tym zakresie. Jakikolwiek ewentualne zasłanianie się przez wykonawcę ceną ryczałtową w tym zakresie nie jest uprawnione, albowiem może to skłaniać do wniosków, że podana cena faktycznie jest istotnie zaniżona, ale weryfikacja tego w normalnym trybie nie jest możliwa z uwagi na brak prawidłowych danych. Tudzież błędy te skutkować będą niedoszacowaniem inwestycji z punktu widzenia wykonawcy i tym samym wpływać na jej realizację w negatywny sposób. Powyższe potwierdza też orzecznictwo KIO, w tym m.in. w wyroku KIO 305/16, w którym Izba uznała, że niepodanie stawki VAT nie może być uznane za oczywistą omyłkę rachunkową, a dopuszczenie braków w tym zakresie mogłoby doprowadzić do nieporównywalności ofert złożonych w postępowaniu, a także do utrudnienia oceny pod kątem rażąco niskiej ceny. W przypadku oferty konsorcjum Aldesa błędy dotyczące braku wskazania wartości podatku VAT lub jego błędne wyliczenie sięga znacznych kwot, które w zestawieniu z pozostałymi nieusuwalnymi brakami powodują, że mają one istotny wpływ na wynik postępowania. Różnice we wskazanych wartościach wynikają m.in. z rozbieżnych wyliczeń wynikających z formularza oferty oraz „zestawienia wyposażenia technologicznego”.

Zgodnie z postanowieniami punktu 12.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający oczekiwał, by oferta wraz z załącznikami do niej była przez wykonawców sporządzona ściśle według postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z punktem 14.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wymagał, aby oferta zawierała prawidłowo wypełniony załącznik – „Zestawienie wyposażenia technologicznego”. Fakt oparcia wyliczenia ceny oferty na wspomnianym załączniku Zamawiający potwierdził dodatkowo w odpowiedzi na pytanie nr 1 z 20 czerwca 2016 r. Dodatkowo Zamawiający wskazał na istotność przedmiotowego załącznika poprzez stwierdzenie, że w przypadku rozbieżności pomiędzy tym dokumentem a programem funkcjonalno-użytkowym za nadrzędny należy uznać ten załącznik (pytanie nr 3 z 27 czerwca 2016 r.). Zamawiający stwierdził dodatkowo, że „Zestawienie wyposażenia technologicznego” stanowi jedyny dokument stanowiący podstawę do dokonania wyceny wyposażenia technologicznego, określający jego zakres i liczbę (pytanie nr 11 z 1 lipca 2016 r.). Powyższe przesądza jednoznacznie zarówno intencje Zamawiającego odnośnie roli tego dokumentu w ofercie i czyni go dokumentem o zasadniczym znaczeniu dla oceny prawidłowości określenia ceny oferty i jej zgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Zawartość tego załącznika w sposób oczywisty pokazuje również, że stanowi on treść zobowiązania wykonawcy wobec Zamawiającego, które to zobowiązanie w ofercie konsorcjum Aldesa jest niekompletne jako zawierające braki i uchybienia o charakterze

nieusuwalnym. Sama konstrukcja dokumentu jest również całkowicie oczywista – Zamawiający wskazał wielokrotnie pola do wypełnienia, które nie mogły budzić wątpliwości. Mimo to, jak wskazano wyżej, oferta konsorcjum Aldesa nie zawiera niektórych wymaganych pozycji kosztorysowych (dźwigi szpitalne), zawiera liczne braki w postaci niezadeklarowania w ogóle lub zadeklarowania zerowych pozycji. Powyższe stanowi o niezgodności złożonej oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w zakresie elementów niepodlegających uzupełnieniu lub zmianie. W kontekście powyższego oferta powinna podlegać obligatoryjnemu odrzuceniu. Nie jest możliwe również w stosunku do żadnego z tych braków domniemanie ich istnienia w ofercie.

Zamawiający w rozdziale 6 pkt 6.2 lp. 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, wymagał wykazania się przez wykonawców: 1) Koordynatorem dla całego okresu realizacji zadania, 2) Kierownikiem zespołu projektowego, 3) Zespołem projektowym, w skład którego będzie wchodziła min. 1 osoba posiadająca: uprawnienia budowlane do projektowania w specjalnościach: architektonicznej; konstrukcyjno-budowlanej; drogowej; instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych i gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych; instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych telekomunikacyjnej; gazów medycznych, 4) Kierownikiem budowy, 5) Zespołem kierowników robót: co najmniej 1 osobą pełniącą funkcję kierownika robót; co najmniej 1 osobą pełniącą funkcję kierownika robót sanitarnych; co najmniej 1 osobą pełniącą funkcję kierownika robót elektrycznych; co najmniej 1 osobą pełniącą funkcję kierownika robót telekomunikacyjnych; co najmniej 1 osobą pełniącą funkcję kierownika robót gazów medycznych.

W powyższym zakresie Zamawiający wymagał podania dla każdej z wymienionych osób informacji na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacji o podstawie do dysponowania tymi osobami.

Ponadto, w wyjaśnieniach do specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 20 czerwca 2016 r., w odpowiedzi na pytanie nr 72, dodatkowo wymagał, aby w odniesieniu do kierownika budowy i koordynatora dla całego okresu realizacji zadania wykonawca wskazał „zakres doświadczenia i zrealizowane zadania tj. okresy i nazwy zrealizowanych zadań”.

Konsorcjum Aldesa w wykazie osób nie uwzględniła w pełni wyjaśnień Zamawiającego, a tym samym w odniesieniu do Koordynatora dla całego okresu realizacji zadania nie uzupełniła informacji dotyczących zrealizowanych zadań wraz z podaniem ich nazw i okresów. Analogicznie w przypadku Kierownika budowy, wykonawca ten wpisał wyłącznie nazwy zrealizowanych zadań bez podania wymaganych okresów realizacji.

Zatem informacje zawarte w wykazie osób nie potwierdzają posiadania niezbędnego doświadczenia do wykonywania określonych funkcji, jak również uniemożliwiają Zamawiającemu rzetelną weryfikację wykazu osób w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wymóg szczegółowego opisu doświadczenia osób wskazanych na stanowisko Koordynatora i Kierownika budowy dla całego okresu realizacji zadania jest zrozumiały i oczywisty w związku z pełnieniem przez te osoby odpowiedzialnej i wymagającej funkcji. Wykonawca w sposób kompletny i rzetelny winien udowodnić Zamawiającemu spełnienie warunków w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia przy uwzględnieniu wszystkich wymogów zawartych w wyjaśnieniach i modyfikacjach specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zamawiający zobowiązany był do kompleksowej i drobiazgowej weryfikacji przedstawionego wykazu osób, a w razie wystąpienia braków lub wątpliwości co do jednoznacznego potwierdzenia spełnienia warunku, powinien wezwać wykonawcę do wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 lub uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Fakt braku wezwania ze strony Zamawiającego do wyjaśnień w tak licznych obszarach i częściach złożonej przez Aldesa oferty sprawia, że trudno uznać, że w takim stanie złożone oferty były porównywalne, a zatem wybór oferty został dokonany w oparciu o zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

II Stanowisko zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, iż dwukrotnie występował do konsorcjum Aldesa o wyjaśnienia, gdyż miał wątpliwości co do wartości zerowej, jednak wartość zerową traktuje również jako wartość liczbową, a ewentualny sprzęt o takiej wartości potraktuje ewidencyjnie jako majątek otrzymany nieodpłatnie lub darowizną. Prawidłowość naliczenia podatku jest sprawą wykonawcy, nie wpływa ujemnie na interes Zamawiającego. Inwestycja jest częściowo zwolniona z podatku, zostanie jeszcze ustalone jaka jej część, gdyż część budynku jest przewidziana do celów komercyjnych.

Zamawiający pytał wszystkich wykonawców, czy oprócz elementów wymienionych w załącznikach zostały też wycenione inne elementy, o których mowa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, np. oprogramowanie do sal operacyjnych, i wszyscy wykonawcy potwierdzili.

Zamawiający uznał, iż wykaz osób spełnia jego wymagania.

III Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania (dokumenty postępowania) nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ramach pierwszego zarzutu Odwołujący wskazał, iż uznana za najkorzystniejszą oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. oraz Aldesa Construcciones S.A. zawiera liczne błędy w obliczeniu ceny, które powinny spowodować odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, ewentualnie wezwanie tego wykonawcy do wyjaśnienia treści oferty w zakresie sposobu kalkulowania ceny, na podstawie art. 87 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych; dodatkowo, w związku z tymi wadami oferta nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jako taka powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie było sporne, że zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia cena oferty była sumą czterech cen określonych przez Zamawiającego jako ryczałtowe: ryczałtowa wartość wykonania dokumentacji projektowej, ryczałtowa wartość wykonania robót budowlanych, ryczałtowa wartość wyposażenia medycznego i ryczałtowa wartość wyposażenia niemedyycznego.

W ramach oferty wykonawcy musieli wypełnić tabele: „Podział wynagrodzenia na usługi projektowe, roboty budowlane i instalacyjne”, „Podział wynagrodzenia na opracowanie dokumentacji projektowej” i „Zestawienie wyposażenia technologicznego”, w tym przenosząc obliczone wartości pomiędzy poszczególnymi tabelami oraz formularzem oferty.

Zamawiający ani Przystępujący – konsorcjum Aldesa w swoich stanowiskach zasadniczo nie przeczyli, że w formularzach zaistniały wskazane przez Odwołującego uchybienia, jednak uznali je za nieistotne na gruncie ustaleń, że cena oferty jest ceną ryczałtową i w związku z tym powinno się przyjąć, że została ona obliczona prawidłowo bez względu na owe

uchybień (analogicznie do historycznego brzmienia jednego z punktów art. 88 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Izba nie może jednak zgodzić się z takim stanowiskiem. Fakt, że cena oferty jest ceną ryczałtową, nie oznacza, że nie musi ona spełniać warunków poprawności określonych w art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, może być niespójna albo wręcz wewnętrznie sprzeczna, nie obejmować całego przedmiotu zamówienia, być niezgodna z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czy zawierać błędne wartości czy błędy w obliczeniu ceny. Należy się zgodzić z wcześniej przywołanym przez Odwołującego stanowiskiem Izby, iż zastrzeżenie wynagrodzenia ryczałtowego nie zwalnia zamawiającego z badania poprawności oferowanego świadczenia oraz ustalenia niewadliwej kalkulacji ceny oferty. Są to obowiązki ustawowe, od których wykonania zamawiający nie może uchylić się w żaden sposób. Poza tym przyjmując ofertę wewnętrzniespójną zamawiający nie tylko narusza konkurencję między wykonawcami, ale też działa na własną niekorzyść, gdyż w konsekwencji stan ten może spowodować kłopoty przy realizacji zamówienia.

Nie ulega wątpliwości, że cena oferty jest jej tzw. częścią merytoryczną (a nie formalną) i jej istotną treścią, zatem również w tym zakresie oferta musi zostać przygotowana merytorycznie zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zaś same zauważone braki w obliczeniach mogą oznaczać również braki w wymaganym przedmiocie zamówienia, np. nieujęcie wszystkich wymaganych elementów wyposażenia.

Dodatkowo, pomimo określenia ceny jako ryczałtowej, sposób przedstawienia ceny i jej podziału na poszczególne elementy może mieć znaczenie przy częściowych rozliczeniach pomiędzy zamawiającym a wykonawcą w trakcie wykonywania umowy, a także rozliczeń w przypadku ewentualnego rozwiązania umowy (których to przypadków w zamówieniach publicznych jest dość znaczny odsetek). Z tego punktu widzenia nie ma więc znaczenia fakt, że cena oferty jest ceną ryczałtową.

Często też, pomimo formalnej deklaracji, przewidywana cena nie jest w rzeczywistości ceną „czysto” ryczałtową, gdyż zamawiający przewidują jej korektę i zmniejszenie w przypadku rezygnacji z realizacji niektórych pozycji o wartości wskazane w danych pozycjach.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że w ramach czynności badania oferty konsorcjum Aldesa Zamawiający zobowiązany był – a więc skoro tego nie dokonał, musi wykonać w ramach powtórzonej czynności – do zbadania wewnętrznej spójności i poprawności zadeklarowanych elementów przedmiotu oferty (pozycji w tabelach) oraz dokonanych obliczeń.

Odwołujący wskazał w ofercie konsorcjum Aldesa uchybienia w tabeli „Zestawienie wyposażenia technologicznego” (wymienione w punkcie I powyżej). Zdaniem Izby w stosunku do nich należy przyjąć następujące zasady postępowania:

Po pierwsze, pozycja 0.016. gabinet USG – wskazanie ceny jednostkowej 559,27 zł, pomimo że Zamawiający jej nie wymagał (to wers „tytułowy”). Zdaniem Izby, jeśli wartość ta nie ma związku z konieczną do dokonania wyceną, można ją wykreślić uznając za omyłkę pisarską – a prawdopodobnie tak jest, gdyż wartość ta nie jest ani sumą pozycji, ani nie została użyta do dalszych obliczeń przy określaniu w tej pozycji wartości netto i brutto.

Po drugie, w pozycjach, w których wskazano ceny jednostkowe, ale nie dokonano dalszych obliczeń, tj. nie wskazano stawek VAT, wartości netto lub brutto, jak np. poz. 0.025 osprzęt sterujący dot. aparatu RTG – zdaniem Izby nie można zaakceptować sytuacji, w której została podana cena jednostkowa, ale wyzerowano dalsze kolumny. Oznacza to, że o tyle została pomniejszona cena końcowa oferty, pomimo że wykonawca ponosi koszty dostawy danego sprzętu, np. w ww. pozycji 95.187,37 zł, a więc taką wartość „uszczknięto” z ceny końcowej, co powoduje niedobór tej kwoty i może to prowadzić do sytuacji, w której należałoby uznać, że cena jest rażąco niska, gdyż nie pokrywa wszystkich kosztów skompletowania sprzętu. Podobnie należałoby zakwalifikować sytuację, w której wykonawca w ogóle nie podałby ceny jednostkowej – Zamawiający nie mógłby sam jej ustalić ani określić, a dana pozycja byłaby „deficytowa”. Przy czym – odnosząc się do stanowiska Zamawiającego – należy zauważyć, że Zamawiający w ramach oferty składanej w zamówieniach publicznych nie może zaakceptować tego typu działań jako darowizny.

Po trzecie, Zamawiający powinien – na ile będzie w stanie – przeliczyć obliczone wartości pod kątem sprawdzenia, czy pewne brakujące elementy nie zostały rzeczywiście ujęte w wyliczeniach, czy też po prostu nie uzupełniono lub wadliwie uzupełniono wersy i kolumny (zostawiono puste lub z wartością 0, ale ujęto je w uzyskanej sumie). Czyli np. we wskazanym powyżej przykładzie kwota 95.187,37 w rzeczywistości została dodana do sumy kolumny „wartość netto” i odpowiednio, po uwzględnieniu podatku VAT, w kolumnie „wartość brutto”, a następnie w sumie końcowej tabeli. Jakkolwiek Izba zauważa, że przy większej ilości błędów i braków Zamawiający może nie być w stanie stwierdzić, co konkretnie zostało pominięte, a co nie.

Po czwarte, w przypadku braku wskazania w kolumnie odnoszącej się do VAT („VAT 8%” lub „VAT 23%”) wartości podatku, Zamawiający, posiadając wskazaną cenę jednostkową albo wartości netto i brutto, może taką wartość VAT wpisać – ale jedynie w tych przypadkach, gdy wartość ta (tj. zastosowanie danej stawki podatku) nie jest sporna, np. we wszystkich pozostałych ofertach zastosowano jednolicie tę samą stawkę.

Po piąte, w przypadku jednak, gdy w danej pozycji została podana błędna stawka VAT, np. wpisano kwotę w kolumnie „VAT 8%” zamiast „VAT 23%” lub na odwrót, Zamawiający nie

może dokonać korekty należności podatkowych wykreślając kwotę z jednej kolumny i obliczając wartość VAT dla sąsiedniej kolumny. Przyjęte jest bowiem, że Zamawiający nie może korygować w ofercie podatku VAT za wyjątkiem sytuacji, kiedy w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał wykonawcom, którą konkretnie stawkę mają zastosować (poprawia wtedy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jako niezgodność z siwz).

Po szóste, podobnie w przypadku, gdy dla danej pozycji wykonawca musiał podać wartość zarówno dla podatku VAT 8% i 23%, gdyż pozycja obejmowała różne przedmioty objęte różnymi stawkami, a nie podał – Zamawiający nie może sam dokonać takiego podziału, gdyż nie wiadomo, od której części wartości pozycji podatek w danej wysokości naliczać. Dotyczy to np. sytuacji opisanych w pozycjach odnoszących się do sprzętu endoskopowego, w których według Odwołującego przyjęto błędną stawkę VAT (8% zamiast 8% i 23 %). Oczywiście, jak wskazano powyżej, Zamawiający powinien najpierw ustalić, która stawka lub stawki są poprawne.

Po siódme, co do kosztu dźwigów szpitalnych – formalnie pozycja taka znajduje się w poz. 6 pkt 3 tabeli „Podział wynagrodzenia na usługi projektowe, roboty budowlane i inwestycyjne”, gdyż taka nazwa punktu figuruje w kolumnie „Zakres robót”. Zamawiający powinien jednak sprawdzić, czy rzeczywiście ujęto ją kwotowo. W poz. 6. bowiem, czy to celowo, czy przez pomyłkę, nie dokonano podziału wierszy pomiędzy punktem 2 i 3, zatem wartości w kolumnie „Cena netto” i „Cena brutto” zostały podane jako wspólne dla obu wierszy.

Po ósme, ze względu na to, że wartości z poszczególnych wierszy czy tabel należało przenosić kolejno w inne miejsca, Zamawiający powinien sprawdzić, czy przeniesiono prawidłowe kwoty – w kolejności logicznego wykonywania działań matematycznych, a więc poczynając od przemnożenia wartości w wierszach według wzoru $\text{cena jednostkowa} \times \text{ilość}$ (jeśli dotyczy) = wartość netto + VAT = wartość brutto; następnie zsumowania w kolumnach lub dla danych części według wymagań (np. suma wyposażenie medyczne, suma wyposażenie niemedyce, suma VAT 8% itd.); następnie przeniesienie uzyskanych sum do kolejnej tabeli (ewentualna korekta kolejnej tabeli) oraz do formularza ofertowego (+ ewentualna korekta tego formularza i końcowej ceny oferty).

Po dziewiąte, należy zauważyć, że w przypadku wielu błędów i braku potrzebnych danych, Zamawiający może nie być w stanie skorygować ww. obliczeń pod względem arytmetycznym, a w takim przypadku uchybienie takie przerodzi się w błąd w obliczeniu ceny polegający na niemożności prawidłowego obliczenia ceny oferty i będzie stanowiło podstawę do odrzucenia oferty.

Izba wskazuje, że przy dokonywaniu badania i ewentualnej korekty oferty Zamawiający może, a w niektórych pozycjach nawet powinien skorzystać z możliwości poproszenia

wykonawcy o wyjaśnienia treści oferty (wyjaśnienie sposobu obliczenia), pamiętając jednak, że nie mogą one służyć jako ukryte narzędzie do zmiany oferty. Wyjaśnienia nie mogą więc doprowadzić do sytuacji, w której wykonawca musiałby przedstawić nowy podział cen, odmienny od obecnego, czyli zmienić w tym zakresie swoją ofertę w sposób merytoryczny (dotyczy to co do zasady cen, zwłaszcza jednostkowych, w wersach oraz ich podziału pomiędzy poszczególnymi wersami, dalsze obliczenia będące konsekwencją korekty pierwotnych omyłek najczęściej nie mają charakteru zmiany oferty w znaczeniu opisanym w art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy Prawo zamówień publicznych).

W związku z uznaniem powyższego zarzutu za zasadny Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie badania oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. oraz Aldesa Construcciones S.A.

W ramach drugiego zarzutu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z zaniechaniem wezwania konsorcjum Aldesa do wyjaśnień lub uzupełnienia wykazu osób, mimo braków w przedstawionym wykazie.

Oczywiste jest, że Zamawiający – jeśli postawił jakieś wymagania, czy to w pierwotnej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czy też wskazując na nie w wyjaśnieniach treści specyfikacji – zobowiązany jest je egzekwować. A skoro na wcześniejszym etapie nie żądał uzupełnienia dokumentów, ma jeszcze prawo ich zażądać. Zgodnie jednak z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwanie do uzupełnienia wystosowuje się jedynie w przypadku m.in. gdy oferta nie podlega odrzuceniu. Zatem jeśli w toku badania oferty w zakresie określonym powyżej Zamawiający stwierdzi, że oferta podlegałaby odrzuceniu (co jest dość prawdopodobne), nie ma sensu o takie uzupełnienie wzywać.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: