Sygn. akt KIO 3125/20

WYROK

z dnia 14 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 10 grudnia 2020r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2020 r. **przez odwołującego:** A. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PPHU „SAW-BUD" A. W. 95-200 Pabianice ul. Zielona 12w postępowaniu powadzonym **przez zamawiającego**: Gmina Błaszki, 98-235 Błaszki, Plac Niepodległości Nr 13

orzeka

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty odwołującego i nakazuje ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty po uprzednim wezwaniu odwołującego do uzupełnienia kart katalogowych oraz wyjaśnienia zmian w poz.40 i 41 kosztorysu ofertowego
2. Kosztami postępowania obciąża Gmina Błaszki, 98-235 Błaszki, Plac Niepodległości Nr 13
   i
3. zalicza w poczet kosztów postepowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez A. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PPHU „SAW-BUD" A. W. 95-200 Pabianice ul. Zielona 12 tytułem wpisu od odwołania
4. zasądza od Gmina Błaszki, 98-235 Błaszki, Plac Niepodległości Nr 13kwotę 13.600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) na rzecz A. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PPHU „SAW-BUD" A.W. 95-200 Pabianice ul. Zielona 12stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Sieradzu

Przewodniczący: ……..……

<u>Uzasadnienie</u>

ODWOŁANIE złożono w związku z prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego na.: „Termomodernizacja Budynku Centrum Kultury, Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej i Ochotniczej Straży Pożarnej w Błaszkach", nr sprawy RIZ.271.12.1.2020 Ogłoszenie zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych: rok: 2020 Nr pozycji;- 584595-N-2020 z dnia 2020-09-14 r.

Wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy: na zasadzie art. 180 ust. 1 w zw. z art.179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) - dalej „p.z.p." albo „ustawa", odwołanie od czynności Zamawiającego polegających na:

1. czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią SIWZ przez nieprawidłowe uznanie, iż oferta odwołującego nie zawiera pełnej wyceny przedmiotu zamówienia oraz niezastosowanie przepisów

zarzut Zamawiającemu, iż podejmując ww. czynności naruszył:

1. art. 89 ust. 1 pkt. 2.pzp art. 87 ust. 1 pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt. 3 pzp poprzez dokonanie odrzucenia oferty Odwołującego, która stanowiła ofertę najkorzystniejszą a pomimo to została przez zamawiającego uznana za niezgodną z treścią SIWZ w pozycjach szczegółowo opisanych treści uzasadnienia odwołania, zaniechanie przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego w trybie art. 87 ust. 1 przez co zamawiający nie dochował należytej staranności, zaniechanie poprawienia innej omyłki jeśli zamawiający oczekiwał uzupełnienia kosztorysu w oczekiwany przez niego sposób,

2. art. 89 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 26 ust. 3 pzp poprzez zaniechania wezwania odwołującego do złożenia aktualnych dokumentów tj. karty katalogowej

Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. uchylenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty odwołującego, 2. nakazanie ponownej oceny i badania ofert, wezwania do uzupełnienia kart katalogowych i zastosowanie trybu poprawienia innej omyłki nie mającej istotnego wpływu na treść oferty jeśli zamawiający oczekiwał uzupełnienia kosztorysu w oczekiwany przez niego sposób,

3. nakazanie w wyniku powtórzenia czynności oceny ofert ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty tj. oferty odwołującego.

Interes prawny: Zamawiający zawiadomieniem z dnia 23.11.2020r. poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty i wyborze najkorzystniejszej oferty. W przedmiotowej sprawie odwołujący złożył ofertę ważną i zgodną z wymaganiami SIWZ, a tym samym stanowi ofertę najkorzystniejszą. Oferta odwołującego nie zawiera błędów, które oznaczałyby jej niezgodność z treścią SIWZ, a które uzasadniałaby jej odrzucenie. Tym samym odwołującemu przysługuje interes prawny we wniesieniu odwołania.

Termin do wniesienia odwołania został zachowany.

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty odwołujący otrzymał 23 listopada 2020r. Tym samym termin do wniesienia odwołania upływa 30.11.2020r.

Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych odwołania oraz wskazanie dowodów na ich poparcie:

UZASADNIENIE Zamawiający zawiadomieniem z dnia 23.11.2020r. poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty wyborze najkorzystniejszej oferty. Podstawą odrzucenia oferty odwołującego była jej niezgodność z treścią SIWZ

tj.: - kosztorys branży budowlanej poz. 40 - brak ilości jednostek obmiarowych, brak wyceny,

- kosztorys branży budowlanej poz. 41, - jednostki obmiarowe niezgodne z przedmiarem robót załączonym do SIWZ

- brak wymaganych wraz z ofertą kart katalogowych kotła stanowiących treść oferty.

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem zamawiającego, iż jego oferta z powodu w/w opisanych, zarzutów zamawiającego jest niezgodna z treścią SIWZ.

Zamawiający pomimo jasnych zapisów prawa zamówień publicznych nie zastosował trybu wezwania-do uzupełnienia brakujących dokumentów, jak również nie zastosował art.87 ust. 2 pzp, w szczególności art.87ust.2 pkt 3 pzp, celem ustalenia czy nie jest to omyłka pozwalająca na poprawienie omyłek.

Powyższe stanowisko Odwołującego potwierdzają poniższe okoliczności: Zarzut naruszenia art.89 ust.1 pkt. 2 pzp, art. 87 ust.1 pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt. 3 pzp

poprzez dokonanie odrzucenia oferty odwołującego, która stanowiła ofertę najkorzystniejszą a pomimo to została przez zamawiającego uznana za niezgodną z treścią SIWZ w pozycjach szczegółowo opisanych w treści uzasadnienia odwołania.

zaniechanie poprawienia innej omyłki jeśli zamawiający oczekiwał uzupełnienia kosztorysu w oczekiwany przez niego sposób:

Zamawiający w treści odrzucenia wskazał, iż odwołujący złożył ofertę niezgodną z treścią SWIZ, w zakresie dotyczącym:

- kosztorys branża budowlana poz. 40 - brak ilości jednostek obmiarowych, brak wyceny,

- kosztorys branża budowlana poz. 41 - jednostki obmiarowe niezgodne z przedmiarem robót załączonym - do SIWZ,

Takie, działanie zamawiającego pozostaje w sprzeczności z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp oraz narusza art. 89 ust 2 pkt 3 pzp. Zamawiający nie przeanalizował w sposób wystarczający wyliczeń i zapisów zawartych w kosztorysie załączonym do oferty odwołującego.

Podkreślić należy, iż poz. 40 i 41 to pozycja czasu pracy rusztowań i jak widać obie pozycje mają ten sam-KNR.

W związku z tym samym KNR-em odwołujący wycenił tylko jedną poz. - 41, w której odwołujący zamieścił poz. 25 przeniesioną z poz. 40.

Odwołujący-tym samym wycenił, wszystkie pozycje w których, ponosi wydatki w tym koszty pracy rusztowań.

Odwołujący wskazuje, że w przypadku robót z poz. 30 dotyczącej nałożenia podkładowej masy tynkarskiej na cokole budynku, odwołujący nie będzie wykorzystywał rusztowań, bowiem są one zbędne i rusztowanie w tym przypadku istotnie przeszkadzałyby w wykonywaniu tych robót. Dlatego też z poz. 40.została pominięta poz.33.

Tym samym załączony do oferty kosztorys spełnia wymagania pkt. 15.1 lit. a) SIWZ, bowiem zawiera zakres robót zgodny z zakresami określonymi w przedmiarach robót i kosztorysach załączonych do SIWZ.

W okolicznościach niniejszej sprawy wystarczyłoby, aby zamawiający przeprowadził przed czynnością odrzucenia oferty postępowanie wyjaśniające w trybie art: 87ust. 1 pzp i uzyskałby pełne wyjaśnienie przyczyn takiego sposobu skalkulowania ceny i przyjętej metodologii ceny. Wskazać należy, iż badając podstawy odrzucenia oferty, zamawiający powinien dochować należytej staranności i zwrócić się przed podjęciem decyzji o wyjaśnienie treści złożonej oferty, jeżeli istnieją ku temu przesłanki.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 14.01.2016 r., KIO 2771/15, - „Artykuł 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych należy odczytywać zatem jako prawo Zamawiającego do żądania wyjaśnień, powiązane z obowiązkiem ich zażądania, w celu dochowania wymaganej staranności w procedurze badania i oceny ofert. Uprawnienie do żądania wyjaśnień treści oferty przeradza się w obowiązek, gdy oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy.

Natomiast w kolejnym wyroku KIO z dnia 14.12.2016 r., KIO 2255/16, Izba podkreśliła:

„Sankcja odrzucenia oferty stanowi najdalej idącą dolegliwość w stosunku do wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, dlatego też Zamawiający, przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty, powinien usunąć wszelkie wątpliwości związane z ewentualną jej wadliwością". Ważną w tym zakresie wskazówkę zawiera również wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie G-599/10 SAG ELV Slovensko a.s., w którym Trybunał stwierdza: „art. 2 dyrektywy 2004/18 (zasada równego traktowania wykonawców) nie sprzeciwia się w szczególności, by w drodze wyjątku dane oferty mogły zostać, skorygowane, lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem, że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty". Orzeczenie to, dotyczyło poprzedniej dyrektywy zamówieniowej, ale nie ulega wątpliwości, że zachowało swą aktualność, z uwagi na to, że zasada równego traktowania wykonawców, w dalszym ciągu pozostała kluczową zasadą w zamówieniach publicznych: Oznacza to więc;, że zamawiający w przypadku wystąpienia jakichkolwiek, wątpliwości ma obowiązek wyjaśnić treść złożonej oferty i

o ile jest to konieczne, a nie będzie prowadzić do zmiany treści oferty, zażądać uzupełnienia informacji zawartych w ofercie, przedmiotowej sprawie zamawiający nie dochował należytej staranności i nie przeprowadził żadnego postępowania wyjaśniającego pozwalającego ustalić czy rzeczywiście oferta, odwołującego jest niezgodna z SIWZ.

Ponadto jeżeli zamawiający uważał, że kosztorys zawiera błędy w tych dwóch pozycjach przed dokonaniem odrzucenia oferty, powinien zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp zastosować art. 87 ust. 2 pkt. 3 pzp. W tym zakresie wypowiedział się Prezes UZP w opinii, pn. Przesłanka Odrzucenia, oferty, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - przykłady naruszeń stwierdzonych w trakcie kontroli Prezesa Urzędu, Informator UZP 2019, nr 1

„Odnosząc się do powyższego, należy wskazać przykłady, które obrazują w jakim przypadku można stwierdzić, iż. zachodzi niezgodność treści siwz z treścią oferty oraz kiedy nie występuje przesłanka określona do odrzucenia oferty. Zamawiający nie ma prawa zarzucić wykonawcy niezgodność z treścią siwz, w sytuacji, gdy treść jego oferty została przedstawiona odmiennie niż oczekiwał tego zamawiający np. poprzez posłużenie się tabelami graficznymi, aniżeli opisem. Natomiast sporządzenie przez wykonawcę kosztorysu, który zawiera ogólne informacje w miejsce kosztorysu ze szczegółowymi wyliczeniami wymaganymi przez, zamawiającego jest czynnością niezgodną z siwz (wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 27 września 2007 r., sygn.; akt Ga 88/07), a przedłożenie kosztorysu ze szczegółowymi obliczeniami zamiast tego z ogólnymi wyliczeniami, nie może być interpretowane jako sprzeczność z postanowieniami siwz. W oparciu o przytoczone powyżej przykłady, niezgodność treści oferty, z zapisami siwz zachodzi wówczas, gdy oferta została nieprawidłowo sporządzona w odniesieniu do wymagań zawartych w siwz, zaś nie wskazane jest zarzucenie wykonawcy niezgodności oferty z treścią siwz w sytuacji, gdy przedstawił odmienną formę oferty: niż proponowana przez zamawiającego". Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. zamawiający poprawia, w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Jeżeli treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamawiający odrzuca taką ofertę, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Oznacza to, że jeżeli możliwe jest poprawienie treści oferty zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3, to zamawiający nie może takiej oferty odrzucić na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2. Obowiązek poprawienia omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. aktualizuje się w przypadku, gdy: po pierwsze - oferta nie odpowiada treści SIWZ, po drugie - niezgodność ta ma charakter omyłki, po trzecie - poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Przykładowo na ten aspekt zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5.04.2017 r., KIO 550/17.: „Izba uznała, iż odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z treścią siwz z uwagi na wysokość podanej ceny cząstkowej w pkt la formularza ofertowego nie było prawidłowe z tej przyczyny, iż podana cena oferty brutto stanowiąca sumę cen cząstkowych z pkt lb, 2b , 3b i 4b uwzględniała koszty całości usług składających się na przedmiot zamówienia. Zamawiający swoim działaniem (poprawieniem ceny w pkt lb) doprowadził do wypaczenia sposobu kalkulacji ceny ofertowej wzywając następnie do jej wyjaśnienia Odwołującego. Fakt, iż wykonawca przyznał, że w pkt la nie uwzględnił wszystkich kosztów usługi, a jedynie te dotyczące konserwacji systemu operacyjnego z uwagi na określoną przez Zamawiającego maksymalną ilość tygodniową, nie oznacza, iż cena oferty była nieprawidłowo skalkulowana. Faktycznie bowiem całkowite koszty zostały uwzględnione w kwocie podanej; w pkt lb (przed jej modyfikacją przez Zamawiającego), stanowiącej. składową ceny oferty brutto; Izbą uznała; iż wykonawcą popełnił omyłkę prowadzącą do niezgodności z treścią siwz w zakresie ustalenia ceny jednostkowej w pkt la, której poprawienie nie ma istotnego wpływu na treść oferty.

W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z analogiczną sytuacją odwołujący w innych pozycjach wycenił prace rusztowań, dokonał odrębnych wycen prac rusztowań w poz. 40 i 41 w ramach tylko tych pozycji, w których rzeczywiście potrzebne będą mu rusztowania.

Tym samym gdyby zamawiający dochował należytej staranności przeprowadziłby Wyjaśnienia uzyskałby informacje odnośnie sposobu wyceny oferty i mógłby na tej podstawie doprowadzić do zmiany kosztorysu poprzez wprowadzenie sposobu wyliczenia ceny według jego oczekiwań.

Ponadto kwestie rusztowania w żadnym zakresie nie ograniczają zakresu opisu przedmiotu zamówienia, którym jest wykonanie określonego rodzaju robót.

Odwołujący w kosztorysie w żadnej z pozycji nie ogranicza zakresu robót wynikającego z opisu przedmiotu zamówienia, natomiast jako podmiot profesjonalny dokonał rzetelnej oceny w zakresie tych robót dla których będą mu potrzebne rusztowania i dla nich dokonał wyceny kosztów, korzystania z rusztowań.

W tym przypadku nie występuje tu nieusuwalna i zasadnicza niezgodność treści oferty ze SIWZ. Odwołujący w swojej ofercie nie ograniczył zakresu przedmiotu zamówienia, skalkulował wszystkie koszty jakie będzie musiał ponieść w celu zrealizowania przedmiotu tego zamówienia.

W okolicznościach niniejszej sprawy oferta odwołującego nie była niezgodna z treścią SIWZ i tym samym nie podlegała odrzuceniu. Wobec powyższego wnoszę o uwzględnienie zarzutu w całości.

2. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp w związku z art. 26 ust. 3 pzp poprzez zaniechania wezwania odwołującego do złożenia aktualnych dokumentów tj. karty katalogowej kotła:

Zamawiający w pkt. 9.3.5. zastrzegł, iż wymaga złożenia wraz z ofertą dokumentów potwierdzających, że ofertowany kocioł-spełnia normę PN EN 303-5:2012 oraz kart katalogowych.

Jednakże przedmiotowe dokumenty nie miały służyć ocenie dokonywanej w ramach jakiegokolwiek kryterium oceny ofert.

Zgodnie z pkt. 16 SIWZ kryteriami oceny „ofert jest cena i gwarancja, co oznacza, że zarówno dokument potwierdzający zgodność zaoferowanego kotła z w/w normą oraz karty katalogowe stanowiły dokumenty przedmiotowe opisane w art. 25ust. 1 pkt. 2 pzp. Zamawiający w treści SIWZ w żadnej jej części nie wykazał spełniania przesłanek z art. 26 ust 2f pzp, w szczególności, że były to dokumenty przedmiotowe, a nie podmiotowe. Podkreślić należy, iż postanowieniami SIWZ zamawiający nie może uchylać obowiązujących przepisów, w szczególności art. 26 ust. 2 pzp nakazującego zamawiającemu dokonanie wezwania wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.

W tym więc zakresie przyjęta przez zamawiającego interpretacja, że w/w dokumenty stanowiły część oferty jest

całkowicie nieuzasadniona i pozostaje w sprzeczności z treścią art. 26 ust. 2f pzp. W okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający zobowiązany był zastosować więc art. 26 ust 3 pzp i na tej podstawie wezwać do złożenia karty katalogowej dla zaoferowanego kotła. Żądana przez zamawiającego karta katalogowa służyć miała ogólnemu potwierdzeniu spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego (cel określa pkt. 4.4. SIWZ), a nie służyła do oceny złożonej oferty pod kątem kryteriów np. techniczno-jakościowych.

Wobec powyższego charakter karty katalogowej wskazywał, iż podlegała ona uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp. (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17.09.2008 r., sygn. akt KIO/UZP 919/08). Podkreślić należy, że jeżeli zamawiający w SIWZ określił parametry jakościowe zamawianego świadczenia (np. dostawy) i na ich potwierdzenie zażądał kart katalogowy, to w takim przypadku każdorazowo karta katalogowa jest dokumentem przedmiotowym, potwierdzającym spełnienie wymogów postawionych przez zamawiającego, o którym mowa w § 13 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26.07.2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może. żądać- zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U, z 2020 r. poz. 1282) - dalej, rozporządzenie.. Do takiej karty ma w takim wypadku zastosowanie art. 26 ust. 3, p.z,p., bowiem dotyczy on uzupełniania dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust.,1 p.z.p. i art. 25a ust. 1 p.z.p. Zastosowanie ma również art. 26 ust. 4 p.z.p., gdzie zamawiający, może wezwać do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa, w art. 25: ust. 1 p.z.p.

Konsekwencją, więc sklasyfikowania, takiej karty i uznania jej za swoisty, dokument, przedmiotowy będą odmienne uregulowania w zakresie badania i oceny ofert. W przypadku uznania karty katalogowej za dokument, o którym mowa w art. 25 ust., 1, p.z.p. i art. 25a ust.1 p.z.p, zamawiający, stwierdzając brak karty lub, jej niezgodność z wymogami postanowionymi w SIWZ zobligowany jest do zastosowania art. 26 ust. p.z.p. w celu wezwania wykonawcy do uzupełnienia takiej karty lub na podstawie art. 26 ust. 4 p.z.p. do złożenia wyjaśnień w przypadku wystąpienia pewnych rozbieżności między ofertą a kartą.

Jeśli natomiast karta katalogowa została zażądana przez zamawiającego w celu ustalenia wymogów, które podlegają ocenie punktowej w wyznaczonym kryterium oceny ofert pod względem np. jakościowym, nosi ona cechy oferty, zaś karta katalogowa w takim wypadku nie podlega uzupełnieniu i jej wadliwość powinna prowadzić do odrzucenia oferty (wyrok KIO z 16.02.2017 r., sygn. akt 198/17.). Powyższe uzasadniła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 17.09.2015 r. (sygn. akt KIO 1937/15), gdzie wskazano, że "(...) Próbka, a w konsekwencji -przeprowadzenie prezentacji jej cech i właściwości oraz działania, sprawdzenie walorów oferowanego przedmiotu, czy zbadanie umiejętności osób może służyć ustaleniu zgodności przedmiotu oferty z SIWZ (art. 89 ust, .2 p.z.p.), sprawdzeniu jego szczegółowych parametrów, zwartościowaniu cechy tego przedmiotu według przyjętych kryteriów pozą cenowych, a wreszcie - zbadaniu, czy oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego., W orzecznictwie uznawano, że jeśli karta katalogowa, próbka, procedura jej badania została w SIWZ przewidziana w celu ustalenia spełnienia wymogów, które podlegają ocenie punktowej w wyznaczonym kryterium, oceny ofert pod względem jakościowym, nosi ona cechy oferty, zaś próbka w takim wypadku nie podlega uzupełnieniu (wyrok KIO z 7.04.2014 r., sygn. akt KIO 544/15, KIO 555/14). Podobnie jest, gdy za pomocą próbki wyrażana jest treść dotycząca oferowanego przedmiotu (wyrok KIO z 3.04.2014 r., sygn. akt KIO 559/14).

W przedmiotowej sprawie zamawiający nie zastosował art. 26 ust.3 pzp, pomimo obowiązujących w tym zakresie przepisów, które w tym przypadku mają charakter bezwzględnie obowiązujący. Podkreślenia wymaga fakt, że opisane powyżej dokumenty należały do kategorii dokumentów przedmiotowych, które nie służyły do oceny któregokolwiek z kryteriów oceny ofert. Karta katalogowa kotła miała potwierdzać spełnianie normy PN EN 303-5:2012. Oznacza to więc, że zamawiający był zobowiązany do zastosowania art. 26 ust. 3 pzp i wezwania odwołującego do złożenia brakujących dokumentów przedmiotowych. Nie stanowiły one części oferty, nadal bowiem one miały charakter dokumentu przedmiotowego, bowiem, ich celem było potwierdzenie spełnienia normy PN EN 303-5:2012 oraz postawionych w opisie przedmiotu zamówienia parametrów technicznych zaoferowanego kotła. Wobec powyższego zamawiający w tym zakresie naruszył art. 26 ust. 3 pzp, co w konsekwencji doprowadziło do uznania, iż oferta w tym zakresie pozostaje niezgodna z SIWZ i postawionymi w niej wymaganiami. Tym samym doszło do nieuzasadnionego odrzucenia oferty odwołującego, czym zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp. Mając na uwadze powyższe, wniesienie odwołania stało się konieczne i uzasadnione, stąd wnoszę jak na wstępie.

DNIA 07.12.2020r ODPOWIEDŹ ZAMAWIAJĄCEGO NA ODWOŁANIE Z DNIA 27.11.2020r. otrzymane p Zamawiającego w dniu 27.11.2020r.

na mocy art. 186 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej PZP) odpowiedź na odwołanie, żądając:

1) Oddalenie odwołania w całości,

2) Dopuszczenia i przeprowadzenia dowodów wskazanych w przedmiotowej odpowiedzi,

3) Zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

UZASADNIENIE

Zamawiający zaprzecza okolicznościom oraz argumentacji podniesionej przez Odwołującego wprost przez Zamawiającego nie przyznanym.

Zamawiający potwierdza, że w dniu 24.11.2020r. poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty jako niezgodnej z SIWZ z uwagi na błędy i braki w przedłożonych przez Wykonawcę kosztorysach oraz nie załączenie przez Wykonawcę kart katalogowych.

Dowód: z dokumentacji w/w postępowania

Zamawiający podkreśla, że zgodnie z art. 89 PZP, badając podstawy odrzucenia oferty, Zamawiający faktycznie powinien dochować należytej staranności i zwrócić się przed podjęciem decyzji o wyjaśnienie treści złożonej oferty, jeżeli istnieją ku temu przesłanki. Zamawiający w przypadku wystąpienia jakichkolwiek wątpliwości ma obowiązek wyjaśnić treść złożonej oferty i o ile jest to konieczne, a nie będzie prowadzić do zmiany treści oferty, zażądać uzupełnienia informacji zawartych w ofercie. W przypadku okoliczności określonej w art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP — gdy treść oferty nie odpowiada

treści SIWZ — z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, podstawą do odrzucenia oferty jest nie tylko niezgodność złożonej oferty z obowiązującymi przepisami, ale również jej niezgodność z wymogami określonymi przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. To Zamawiający jako gospodarz postępowania określa zasady tworzenia oferty i wymogi odnośnie jej treści. Co istotne, oferta podlega odrzuceniu jedynie w przypadku niezgodności jej treści z SIWZ, a nie w przypadku niezgodności jej formy z wymaganiami SIWZ — wszelkiego rodzaju wzory tabel, wykresów itp. mogą być zmieniane przez wykonawców, o ile tylko będą w nich zawarte wymagane przez zamawiającego informacje.

O zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. Kodeks cywilny, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. Należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom”

Tym samym kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nienaruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Ewentualne poprawienie oferty nie może prowadzić do dowolnego wypełnienia oświadczenia woli wykonawcy dodatkową treścią, co do której Zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji, Zamawiający nie może zastępować wykonawcy w tworzeniu treści oferty, dlatego poprawienie omyłki jest uzasadnione wyłącznie w sytuacji, gdy możliwe jest wywiedzenie wyraźnej woli wykonawcy z treści oferty i nie może prowadzić do wytworzenia oświadczenia woli o nowej treści.

Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zachodzi zatem, gdy przedmiot zaoferowany w ofercie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia. „Treść oferty”, w orzecznictwie, to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami Zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy dotyczące przedmiotu oraz zakresu lub wielkości zamówienia, składane wraz z formularzem ofertowym. Przykładowo w przypadku formy wynagrodzenia kosztorysowego za treść oferty uznaje się formularz ofertowy oraz składany z tym formularzem kosztorys ofertowy (wyceniony przedmiar robót budowlanych).

Z kolei w myśl art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Jeżeli treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, Zamawiający odrzuca taką ofertę, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP.

Obowiązek poprawienia omyłek na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP aktualizuje się w przypadku, gdy:

-po pierwsze — oferta nie odpowiada treści SIWZ,

„po drugie — niezgodność ta ma charakter omyłki,

-po trzecie — poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Zamawiający, aby dokonać odrzucenia oferty, jest zobowiązany do wskazania merytorycznych, a nie formalnych wymogów SIWZ, których oferta wykonawcy nie spełnia.Dokonanie zmian w treści oferty przez Zamawiającego musi być zgodne z art. 87 ust. 1 PZP zdanie drugie, czyli wprowadzone zmiany nie mogą prowadzić do negocjacji dotyczących złożonej oferty, mających na celu zmianę jej treści.

Należy przy tym pamiętać, że za „błąd pisarski” uważa się niewłaściwe użycie wyrazu, nieprzestrzeganie zasad gramatycznych; a nawet opuszczenie wyrazów lub liter, gdy okoliczność-ta wynika z brzmienia treści zdania. „Błąd rachunkowy” natomiast następuje wówczas, gdy jest konsekwencją niewłaściwego przeprowadzenia wyliczeń arytmetycznych, a w szczególności polega na błędnym zsumowaniu lub odjęciu poszczególnych pozycji. W konsekwencji za błąd rachunkowy uznać należy omyłki w przedmiocie wszystkich działań arytmetycznych i sprzeciwiających się zasadom reguł matematycznych.

WYR. KIO z 27.11.2017 r., KIO 2383/17Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany

W kwestii interpretacji pojęcia „oczywistej omyłki pisarskiej” wielokrotnie wypowiadały się Zespół Arbitrów oraz Krajowa Izba Odwoławcza. Tak np. w wyroku Zespołu Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych z 7.04.2005 r., UZP/ZO/0-611/05, wskazano, iż: „Istotą uznania dokonanej omyłki za oczywistą jest możliwość jej stwierdzenia bez specjalistycznej wiedzy oraz jej bezsporność.

Oczywistość omyłki powoduje też, że natychmiast niewątpliwe jest, jaka powinna być treść konkretnego zapisu ". W wyroku z 3.10.2006 r., UZP/ZO/0-2555/06, LEX nr 213491, Zespół Arbitrów przy Urzędzie Zamówień Publicznych staną na stanowisku, iż: „Za oczywistą omyłkę pisarską w świetle art. 87 p.z.p. uznać należy uchybienia o charakterze oczywistym, których poprawienie z jednej strony nie może prowadzić do zmiany oferty, z drugiej zaś muszą one być widoczne na pierwszy rzut oka bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy ustaleń. Brak definicji ustawowej oczywistej omyłki pisarskiej powoduje potrzebę odwołania się do potocznego zwykłego rozumienia tego pojęcia. Oczywistą omyłką pisarską będzie więc niewłaściwe użycie wyrazu, mylna jego pisownia, błąd gramatyczny itp.”

Idąc dalej należy wskazać, że Zamawiający jest uprawniony do żądania złożenia wraz z ofertą kart katalogowych, jeżeli te mają służyć identyfikacji oferowanego asortymentu (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2294/19).

Z kolei procedura wyjaśniania treści oferty, na którą powołuje się Odwołujący, nie może co do zasady skutkować wprowadzeniem zmian w treści oferty. Wyjaśnienia muszą więc ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać.

Powyższe rozważania należy następnie przenieść na stan faktyczny przedmiotowej sprawy.

Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy, gdyż zawierała ona błędy w treści kosztorysów ofertowych nie będące oczywistymi omyłkami, jak również dlatego, że Wykonawca nie przedłożył żądanych przez Zamawiającego kart katalogowych. Oferta złożona przez Wykonawcę — Odwołującego, była zatem niezgodna z treścią SIWZ, a Zamawiający nie miał możliwości poprawienia jej treści, zgodnie z przepisami PZP, gdyż byłyby to zmiany istotne, naruszające opisane wyżej reguły.

Sposób wypełnienia czy sporządzenia kosztorysów przez Odwołującego a następnie uzasadnianie zawarte w odwołaniu wyraźnie wskazuje, że powyższe nie stanowi i nie może stanowić oczywistej omyłki pisarskiej po stronie Wykonawcy, którą Zamawiający byłby uprawniony do poprawienia. Zamawiający przecież, co potwierdza Wykonawca nie miał wiedzy, ani świadomości, jak i nie mógł przypuszczać dlaczego Wykonawca wypełnił w/w kosztorysy w taki a nie inny sposób. Jeśli zatem faktycznie Wykonawca — zgodnie z treścią uzasadnienia odwołania Wykonawcy — pominął niektóre z pozycji wskazanych w kosztorysie, gdyż ich nie wyceniał, w pozycjach tych winien wskazać „0", a nie przenosić kosztów w nich zawartych do innych pozycji, bądź pomijać te pozycje. Zamawiający nie mógł bowiem przypuszczać co kierowało Wykonawcą czy co miał na myśli modyfikując kosztorys. Nie był zatem uprawniony do jego poprawiania. Z pewnością nie były to zatem oczywiste omyłki pisarskie czy rachunkowe, a Wykonawca nie był uprawniony do samodzielnej modyfikacji kosztorysów opracowanych przez Zamawiającego. Czynność dokonana przez Odwołującego się poprzez modyfikację w pozycjach kosztorysowych doprowadziłaby w konsekwencji do braku możliwości porównania złożonych ofert.

Ponadto Zamawiający nie był uprawniony do żądania złożenia wyjaśnienia w tym zakresie przez Wykonawcę, gdyż art. 26 ust. 2f PZP (na który powołuje się Odwołujący) wskazuje na uprawnienie a nie obowiązek Zamawiającego, w związku z czym Odwołujący nie jest w stanie skutecznie domagać się od Zamawiającego zastosowania wskazanego przepisu . Zdaniem Zamawiającego, Zamawiający dochował należytej staranności w przedmiotowym postępowaniu, Wykonawcy mieli możliwość składania zapytań co do dokumentacji przetargowej i tak naprawdę jedynie Wykonawca — Odwołujący się wypełnił kosztorysy w sposób niezrozumiały dla Zamawiającego, odbiegający od zapisów w nich zawartych.

Tym samym w myśl reguł zawartych w art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP, należy podać, że ewentualna zmiana następująca po dokonaniu poprawy w tym wypadku przez Zamawiającego byłaby istotna. Poprawienie omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 PZP nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań Zamawiającego, wyartykułowanych w treści SIWZ, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na podstawie wymogów zamawiającego.

Ponadto Zamawiający konsekwentnie żądał złożenia — oprócz samego formularza oferty i formularza cenowego - załączenia do tych formularzy kart katalogowych. Stanowiły one integralną część oferty. Z tego względu nie ulega wątpliwości, że brak złożenia kart katalogowych wraz z ofertą powinien skutkować odrzuceniem oferty. Podstawą takiej czynności jest art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP. Zgodnie z założeniami Zamawiającego karty katalogowe nie tyle miały potwierdzać spełnienie wymagań opisanych w SIWZ, ale wobec lakonicznego opisu asortymentu zawartego w samym formularzu miały stanowić treść oferty, a więc konkretyzować cechy danego asortymentu, oferowanego przez danego wykonawcę. Karty katalogowe były żądane przez Zamawiającego celem potwierdzenia spełniania określonych norm i wymagań, to znaczy że odnosiły się do kryteriów jakościowych, podlegających ocenie, na zasadzie: spełnia/nie spełnia.

W kwestii wezwania do uzupełnienia karty katalogowej z kolei, zdaniem Zamawiającego karta katalogowa nie może zostać uznana w okolicznościach sprawy za dokument, o którym mowa wart. 25 ust. 1 pkt 2 PZP. Intencją Zamawiającego było, zgodnie z SIWZ uczynienie kart katalogowych treścią oferty. W konsekwencji nie było możliwe zastosowanie wezwania z art. 26 ust. 3 PZP, ponieważ karta katalogowa w tym wypadku nie jest dokumentem przedmiotowym, który może podlegać uzupełnieniu.

Z kolei przepis art. 26 ust. 2f PZP służy do uzyskania od wykonawców wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, ale tylko wtedy gdy jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający i Wykonawcy muszą pamiętać, że żądane oświadczenia lub dokumenty w danym postępowaniu Zamawiający powinien określić w dokumentacji postępowania (ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub w innym dokumencie), zaś art. 26 ust. 2f PZP w żadnej mierze nie może służyć wykreowaniu obowiązku złożenia nowych środków dowodowych, nieprzewidzianych wcześniej w postępowaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, że oferta Odwołującego była niezgodna z SIWZ, a Zamawiający w trybie zgodnym z PZP, nie był w stanie ani poprawić jej treści, ani zażądać stosownych wyjaśnień czy uzupełnień od odwołującego.

Tym samym złożone odwołanie przez odwołującego winno być oddalone.

Jednocześnie z uwagi na panującą sytuację epidemiczną, zamawiający wnosi o rozpoznanie odwołania bez jego udziału w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonej przez zamawiającego, a doręczonej do akt sprawy oraz wyjaśnień złożonych na posiedzeniu przez odwołującego do protokołu, Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art.189 ust.2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) - dalej „ustawa" oraz Izba stwierdziła interes po stronie odwołującego w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art.179 ust.1 ustawy.

W posiedzeniu oraz rozprawie nie uczestniczył zamawiający prawidłowo zawiadomiony o terminie. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, a jej treść Izba zamieściła powyżej w uzasadnieniu. Z treści odpowiedzi na odwołanie wynika, że zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości. Tym samym zamawiający uznaje dokonane czynności w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego za prawidłowe to jest nie naruszające ustawy w zakresie wskazanym w odwołaniu to jest w zakresie art.89 ust.1 pkt 2, art. 87 ust.1 oraz art.26 ust.3 ustawy. W trakcie rozprawy odwołujący cofnął zarzut naruszenia przez zamawiającego art.87 ust.2 pkt 3 ustawy.

Z przeprowadzonego na rozprawie postępowania dowodowego z dokumentacji prowadzonej przez zamawiającego, a

przekazanej do akt sprawy oraz złożonych wyjaśnień i oświadczeń stawających w imieniu odwołującego, Izba ustaliła i zważyła jak poniżej.

W dniu 23 listopada 2020r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, spośród 11 złożonych ofert w tym oferty odwołującego, którego to oferta odwołującego decyzją zamawiającego została odrzucona, jako nie spełniająca postanowień ustanowionych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) oraz jako naruszająca przepisy ustawy.

Oferta odwołującego oznaczona nr 4 została odrzucona z następującym uzasadnieniem zamawiającego. Jako uzasadnienie prawne zamawiający podał art.89 ust.1 pkt 2 ustawy, czyli sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Decyzję zamawiający podjął z powodu następujących okoliczności, jak podaje w uzasadnieniu. Po pierwsze w kosztorysie w poz.40 brak wyceny jednostek obmiarowych w niej przewidzianych, a z kolei w pozycji kosztorysu 41 znajduje się jednostka obmiarowa nie przewidziana w tej pozycji, zgodnie z obowiązującym przedmiarem robót stanowiącym część specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Po drugie jako okoliczność decydującą o odrzuceniu oferty odwołującego, zamawiający podaje brak załączonych kart katalogowych kotła do złożonej przez niego oferty, a obowiązek taki zamawiający precyzował w pkt 4.4. i 9.3.5. specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie zamawiającego karty te stanowią treść oferty i nie podlegają uzupełnieniu na podstawie art.26 ust.3 ustawy. Zamawiający również wskazuje, że dokumenty składające się na treść oferty mogą jedynie być wyjaśniane w oparciu o art.87 ust.1 ustawy, ale takowych dokumentów nie złożono w ofercie to jest kart katalogowych.

Izba dokonując badania i oceny złożonych do akt sprawy dokumentów zarówno specyfikacji istotnych warunków zamówienia jak i Obmiaru robót w zestawieniu ze złożonym kosztorysem wykonawcy - odwołującego wraz z ofertą oraz dokonując oceny znaczenia brakujących dokumentów, wymienionych w siwz, to jest kart katalogowych, uwzględniła zarzuty odwołania w całości.

Po pierwsze co do złożonego kosztorysu ofertowego i zaistniałej kwestii spornej na tle poz. 40 i 41 kosztorysu branża budowlana. Jak Izba ustaliła na podstawie dokumentacji postępowania prowadzonej przez zamawiającego a przekazanej do akt sprawy oraz wyjaśnień na rozprawie przedstawicieli odwołującego, zaistniał następujący stan faktyczny w sprawie. Przedmiotem postępowania jest termomodernizacja budynku Centrum Kultury, Miejskiego Ośrodka Pomocy Społecznej i Ochotniczej Straży Pożarnej w Blaszkach. Zamówienie dotyczy robót budowlanych, których wartość została oszacowana poniżej kwoty określonej na podstawie art.11.ust.8 ustawy. W siwz Rozdział 15 Opis sposobu obliczenia ceny znalazły się między innymi następujące postanowienia. „Cena oferty powinna być wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o opis przedmiotu zamówienia zgodnie z powszechnie obowiązującymi zasadami kosztorysowania robót budowlanych" w tym „zakres robót, który jest podstawą do określenia ceny oferty, musi być zgodny z zakresami robót określonymi w przedmiarach robót i kosztorysami załączonych do SIWZ (pkt 15.1.a) siwz). Z kolei w pkt 15.2. zamawiający postanowił, że „Za wykonanie przedmiotu umowy, wykonawcy przysługiwać będzie wynagrodzenie kosztorysowe. Cena oferty musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia wynikające wprost z dokumentacji projektowej, jak i również w niej nieujęte, a bez których nie można wykonać zamówienia".

Powyżej przedstawione postanowienia siwz wskazują na obowiązek sporządzenia kosztorysu ofertowego przez wykonawcę, zgodnego z zakresem robót zamówienia (opis przedmiotu zamówienia, dokumentacja techniczna), zgodnego z powszechnie obowiązującymi zasadami kosztorysowania robót budowlanych, w oparciu o przygotowany przez zamawiającego przedmiar robót.

W zaistniałym stanie faktycznym to jest w przedstawionym przez zamawiającego przedmiarem robót znalazł się błąd, którego wykonawca nie dostrzegł na etapie postępowania wyjaśniającego. Jednak postanowił wykonać kosztorys zgodnie ze sztuką, opisem przedmiotu zamówienia a nie z błędnym przedmiarem robót przygotowanym przez zamawiającego. Błąd przedmiaru polegał na bezpodstawnym przyjęciu w poz. 40 przedmiaru czasu pracy rusztowań grupy 1 (poz. 25 i 33). Z kolei poz. 33 odnosi się do wyprawy elewacyjnej – na cokole budynku czyli tzw. przyziemiu, gdzie rusztowań się nie używa, a które mogłyby jedynie przeszkadzać w wykonaniu robót. Odwołujący naprawiając błąd przedmiaru robót poz. 40 (czas pracy rusztowań) dla poz. 33 (wyprawa elewacyjna – cokół budynku) wycenił te prace na kwotę 0 („zero"), tym samym nie likwidując tej pozycji (40). Z kolei poz. 25 odnosząca się do „ocieplanie ścian budynków płytami styropianowymi – system STOPTER - przyklejenie warstwy siatki na ościeżach" usunął z poz. 40 i przeniósł ją do poz.41 (Czas pracy rusztowań grupy 2) gdzie znajdowały się pozostałe pozycje związane z pracą rusztowań (poz.15,22,23,24,26,27,29,30,31,32).

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, który stwierdza w decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, że nie wycenił on poz. 40 oraz przeniósł poz. 25 do poz. 41, jako błąd a tym samym sprzeczność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Po pierwsze nie wyceniając w poz. 40 - poz. 33 odnoszącej się do prac na cokole budynku, czyli przyziemiu odwołujący usunął błąd obmiaru jakim okazał się przewidziany koszt prac rusztowań w przypadku takich robót, to jest robót, które nie wymagają rusztowań. Po drugie jak wyjaśnił na rozprawie do protokołu odwołujący (pracownik kosztorysant) błędem zamawiającego było sformułowanie w obmiarze czasu pracy - dla dwóch grup rusztowań (poz.40 i poz.41). W praktyce budowlanej dokonuje się podziału na dwie grupy pracy/kosztu rusztowań, jeżeli w ramach robót prowadzone są np.: roboty termomodernizacyjne i roboty remontowe nie mające związku z termomodernizacją np. remont balkonów. W tym wypadku mamy do czynienia z robotami termomodernizacyjnymi i było brak podstaw do wydzielania dwóch odrębnych grup pracy rusztowań (wyjaśnienia kosztorysanta pracownika odwołującego do protokołu posiedzenia/rozprawy). Podsumowując wszystkie pozycje Obmiaru robót zamawiającego znalazły odzwierciedlenie w kosztorysie wykonawcy/odwołującego czy to przez przeniesienie do właściwej pozycji (do poz.41- rusztowania grupa 2- z poz. 40 – rusztowania grupa 1, przeniesiono poz. 25 – ocieplenie ścian budynku na ościeżach) czy to przez brak wyceny pozycji (wycena na „0") umieszczonej w obmiarze bezpodstawnie (poz. 33 – wyprawa elewacyjna cokołu budynku w zw. z poz. 40 – rusztowania grupa 1). Wszystkie te zmiany odwołujący dokonał dostosowując się do zasady opisanej w siwz przez zamawiającego, cytowanej powyżej to jest:

„Cena oferty powinna być wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o opis przedmiotu zamówienia zgodnie z powszechnie obowiązującymi zasadami kosztorysowania robót budowlanych" w tym „zakres robót, który jest podstawą do określenia ceny oferty, musi być zgodny z zakresami robót określonymi w przedmiarach robót i kosztorysami załączonych do SIWZ (pkt 15.1.a) siwz)".

W związku z powyższym, Izba odnosząc się do przywołanego przez zamawiającego art.89 ust.1 pkt 2 ustawy w piśmie z dnia 23.11.2020r. zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, w jego części odnoszącej się do odrzuconej oferty odwołującego oznaczonej nr 4, to jest z powodu „kosztorys branża budowlana: poz.40 – brak ilości jednostek obmiarowych, brak wyceny; kosztorys branża budowlana: poz.41 – jednostki obmiarowe niezgodne z przedmiarem robót załączonych do SIWZ", stwierdza nieprawidłową ocenę prawną zaistniałego zdarzenia przez zamawiającego, które należy zakwalifikować do art.87 ust.1 ustawy, a nie do art.89 ust.1 pkt 2 ustawy.

W tym stanie rzeczy, na podstawie przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego na posiedzeniu i rozprawie przez przyjęcie oświadczeń przedstawicieli odwołującego do protokołu oraz przeprowadzonego postępowania dowodowego z dokumentacji zamawiającego, **Izba nakazuje zamawiającemu** wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień i ich przyjęcia w trybie art.87 ust.1 ustawy w zakresie dokonanych zmian w Obmiarze robót zamawiającego przy sporządzeniu Kosztorysu odwołującego złożonego wraz z ofertą.

Po drugie w zakresie braku załączenia do oferty kart katalogowych kotła, **Izba nakazuje zamawiającemu** wezwanie odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów w trybie art.26 ust.3 ustawy. W ocenie Izby zamawiający mylnie zakwalifikował brak dołączenia do oferty kart katalogowych jako sprzeczność treści oferty z treścią swiz, w rozumieniu art.89 ust.1 pkt 2 ustawy. Na podstawie art.25 ust.1 pkt 2 i art.26 ust.3 ustawy oraz postanowień w pkt 4.4. i 9.3.5. siwz zamawiającego Izba stwierdza, że brak załączenia kart katalogowych do oferty zobowiązuje zamawiającego do wezwania odwołującego do ich złożenia, a nie do odrzucenia oferty. Zamawiający w postanowieniach siwz uregulował w następujący sposób spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego „pkt 4.4. Kocioł kondensacyjny musi spełniać wymogi normy PN EN 303 – 5:2020r. Zamawiający wymaga dołączenia wraz z ofertą dokumentów potwierdzających spełnienie powyższej normy oraz karty katalogowe kotła". Postanowienia siwz zamawiającego co do kart katalogowych kotła należy kwalifikować do art.25 ust.1 pkt 2 ustawy, a w związku z tym obowiązkiem zamawiającego jest zastosowanie wobec odwołującego trybu przewidzianego w art.26 ust.3 ustawy, w sytuacji ich nie dołączenia do oferty. Bowiem, jeżeli wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art.25 ust.1ustawy, a w zaistniałej sytuacji dokumentów z pkt 2 ust.1 art.25 ustawy, zamawiający wzywa do ich złożenia, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu. Jak już powyżej Izba rozstrzygnęła oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu w związku z art.89 ust.1 pkt 2 ustawy to jest złożenia zmienionego Kosztorysu przez odwołującego w stosunku do Obmiaru robót sporządzonego przez zamawiającego. Obowiązek zamawiającego wezwania odwołującego do złożenia kart katalogowych kotła, w przypadku ich nie załączenia do oferty, wynika również z postanowień pkt 9.3.5. siwz, zgodnie z którymi "Zamawiający wymaga dołączenia wraz z ofertą dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowany kocioł normy PN EN 303 – 5:2020r. oraz karty katalogowe kotła". Faktem jest, że odwołujący obowiązkowi temu nie sprostał składając ofertę, ale to nie oznacza, że zamawiający ma prawo odrzucić jego ofertę na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy jako ofertę, której treść jest sprzeczna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Bowiem ustawodawca na zaistniałą okoliczność przewidział obowiązek po stronie zamawiającego wezwania do złożenia dokumentu potwierdzającego okoliczności o których mowa w art.25 ust.1 ustawy to jest dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowana dostawę wymagań określonych przez zamawiającego w przywołanych powyżej pkt 4.4. i 9.3.5. siwz zamawiającego. Tym samym brak dołączenia do oferty wymaganych w siwz kart katalogowych nie stanowi o treści oferty, tylko o braku formalnym oferty, podlegającej ustawowemu obowiązkowi dołączenia brakującego dokumentu, na wezwanie zamawiającego.

W związku z powyższym, Izba odnosząc się do przywołanego przez zamawiającego art.89 ust.1 pkt 2 ustawy w piśmie z dnia 23.11.2020r. zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, w jego części odnoszącej się do odrzuconej oferty odwołującego oznaczonej nr 4, to jest „wymaganych wraz z ofertą kart katalogowych kotła stanowiący treść oferty", stwierdza nieprawidłową ocenę prawną zaistniałego zdarzenia przez zamawiającego, które należy zakwalifikować do art.26 ust.3 ustawy, a nie do art.89 ust.1 pkt 2 ustawy.

W tym stanie rzeczy, na podstawie przeprowadzonego postępowania wyjaśniającego na posiedzeniu i rozprawie przez przyjęcie oświadczeń przedstawicieli odwołującego do protokołu oraz przeprowadzonego postępowania dowodowego z dokumentacji zamawiającego, **Izba nakazuje zamawiającemu** wezwanie odwołującego do złożenia kart katalogowych kotła w trybie art.26 ust.3 ustawy.

Na rozprawie, do protokołu posiedzenia/rozprawy, pełnomocnik odwołującego cofnął zarzut naruszenia przez zamawiającego art.87 ust.2 pkt 3 ustawy, uznając jako bezprzedmiotowy w jego odwołaniu.

W związku z potwierdzeniem się zarzutów odwołania, Izba uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty odwołującego i nakazuje ponowną ocenę i wybór najkorzystniejszej oferty po uprzednim wezwaniu odwołującego do uzupełnienia kart katalogowych oraz wyjaśnienia zmian w poz.40 i 41 kosztorysu ofertowego.

Podsumowując Izba orzekła, na podstawie art.192 ust.2 ustawy, jak w sentencji wyroku, stwierdzając naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy, które miało wpływ na wynik postępowania, w związku z odrzuceniem oferty odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust.2 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 (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 10.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 10.000 zł 00 gr jako koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania. Pełnomocnik odwołującego złożył fakturę vat za udział w procesie, stąd zasądzono 3600.00, na rzecz odwołującego od zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Przewodniczący: ……..……