

**WYROK**  
z dnia 4 marca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**  
**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 2 marca 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lutego 2021 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Ł. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Comfort-Therm Ł. K. z siedzibą w Naruszewie (pełnomocnik), Comfort-Therm spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Płońsku, M. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą MABO M. B. z siedzibą w Sierpcu, PJM Invest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Kielcach w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa – Komenda Główna Policji w Warszawie

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze za zakresie:

- zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3 i art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych przez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo, że treść oferty odpowiada treści SIWZ, gdyż dopuszczalne i konieczne było poprawienie ewentualnych omyłek (zarzut 1), z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego,
- zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia rażąco niskich cen jednostkowych lub kosztów w ofercie złożonej przez wykonawcę Probud (zarzut 3), z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego.

2. Uwzględnić odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia pod nazwą *Termomodernizacja i modernizacja budynku A przy ul. Taborowej 33B w Warszawie*.

Nakazuje Zamawiającemu, w postępowaniu o udzielenie zamówienia pod nazwą *Termomodernizacja i modernizacja budynku A przy ul. Taborowej 33B w Warszawie*, odrzucenie oferty wykonawcy T. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PB Probud 1 T. P. z siedzibą w Dawidach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (zarzut 2).

W pozostałym zakresie (zarzut 4) odwołanie jest niezasadne.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Skarb Państwa – Komenda Główna Policji w Warszawie i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Ł. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Comfort-Therm Ł. K. z siedzibą

w Naruszewie (pełnomocnik), Comfort-Therm spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Płońsku, M. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą MABO M. B. z siedzibą w Sierpcu, PJM Invest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Kielcach tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Zamawiającego Skarb Państwa – Komenda Główna Policji w Warszawie na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Ł. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Comfort-Therm Ł. K. z siedzibą w Naruszewie (pełnomocnik), Comfort-Therm spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Płońsku, M. B. prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą MABO M. B. z siedzibą w Sierpcu, PJM Invest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Kielcach kwotę 6 800 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy osiemset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika stosownie do rozpoznania zarzutów odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący: .....**

Sygn. akt: KIO 429/21

**UZASADNIENIE**

Zamawiający – Skarb Państwa – Komenda Główna Policji w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą *Termomodernizacja i modernizacja budynku A przy ul. Taborowej 33B w Warszawie*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 4 grudnia 2020 roku pod numerem 762414-N-2020.

9 lutego 2021 roku działając na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zwanej dalej „nPzp”,

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych oraz zaniechanych w postępowaniu:

- odrzucenia oferty Odwołującego jako nieodpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- wyboru oferty złożonej przez wykonawcę P.B. PROBUD 1 T.P., Dawidy, ul. Warszawska 18, 05 - 090 Raszyn (dalej „Probud”) jako najkorzystniejszej oferty,
- czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę Probud,
- zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Probud,
- zaniechania dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,
- z ostrożności procesowej zaniechanie wezwania Probud do wyjaśnienia kalkulacji ceny.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo, że treść ww. oferty odpowiada treści SIWZ, gdyż dopuszczalne i konieczne było

- poprawienie ewentualnych omyłek,
- 2) art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Probud, pomimo że treść ww. oferty nie odpowiada treści SIWZ i stwierdzonych błędów nie można poprawić bez prowadzenia negocjacji,
  - 3) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia rażąco niskich cen jednostkowych lub kosztów w ofercie złożonej przez wykonawcę Probud,
  - 4) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Probud jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Probud jako najkorzystniejszej oferty,
- dokonania ponownego badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę Probud, z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- odrzucenia oferty złożoną Probud z przyczyn wskazanych w odwołaniu,
- ewentualnie wezwanie do wyjaśnienia rażąco niskich cen jednostkowych lub kosztów,
- w konsekwencji dokonanie czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący podał, że Odwołujący złożył ofertę, której treść odpowiada treści SIWZ, wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy Pzp, to dokonałby wszystkich wskazanych powyżej zaniechanych czynności, natomiast nie dokonałby wskazanych powyżej czynności niezgodnych z przepisami ustawy Pzp. W konsekwencji, zgodnie z określonymi w SIWZ kryteriami oceny ofert, oferta Odwołującego zostałaaby wybrana jako najkorzystniejsza bowiem w razie przywrócenia Odwołującego do postępowania w wyniku unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty i odrzucenia oferty złożonej przez Probud to oferta Odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą. 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 nPzp. Naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp niewątpliwie miało wpływ na wynik postępowania, a zatem biorąc pod uwagę art. 554 ust. 1 pkt 1 nPzp Krajowa Izba Odwoławcza winna uwzględnić 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.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo, że treść ww. oferty odpowiada treści SIWZ.

W piśmie z dnia 4 lutego 2021 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym tej decyzji podał, że oferta Odwołującego zawiera następujące nieścisłości w kosztorysach ofertowych złożonych wraz z ofertą. Wskazał mianowicie następujące pozycje oraz dokonał ich oceny:

**BUDOWLANY:**

Poz. 2.2.1.8 - Zawyżone narzuty RMS, niezgodne z KNR

Poz. 2.7.3.14 - Niezgodność wyceny M

Jest: farba emulsyjna nawierzchniowa

Powinno być: farba lateksowa

Poz. 2.10.3.4 - Niezgodność wyceny M

Jest: farba emulsyjna nawierzchniowa

Powinno być: farba lateksowa

**ELEKTRYCZNY KW.:**

Poz. 70 d.2.3 - Niezgodność wyceny M

Jest: (...) kabel 5x10mm<sup>2</sup>

Powinno być: (...) kabel 5x25mm<sup>2</sup> (64m)

Poz. 71 d.2.3 - Niezgodność wyceny M

Jest: (...) kabel 15x25mm<sup>2</sup>

Powinno być: (...) kabel 5x10mm<sup>2</sup> (31m)

**TELETECHNICZNY:**

Poz. 163 - Brak wyceny M rejestratora

Poz. 2.1.6 - Niewłaściwa wycena M

Jest: (...) łączówka

Powinno być: (...) magazyn

Ocena Zamawiającego w zakresie ww. pozycji zdecydowała o odrzuceniu oferty Odwołującego, z czym Odwołujący się nie zgadza z poniższych względów.

Przedmiot zamówienia został szczegółowo opisany w załącznikach do SIWZ: w Załączniku nr 8 - Dokumentacja projektowa (projekty, przedmiary, załącznik nr 1 do przedmiarów, Specyfikacja Techniczna) oraz w Załączniku nr 9 - Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót.

Załącznik nr 8 do SIWZ stanowią m. in. udostępnione przez Zamawiającego przedmiary, które miały postać uproszczoną, określały:

Nr /STWIOR/kod indywidualny/ Podstawę / Opis robót / Jm / Ilość

W Rozdziale VIII pkt. 2.1 Zamawiający przewidział następujące wymogi sporządzenia oferty:

„2. W celu wykazania, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego Wykonawca składa wraz z ofertą:

2.1. kosztorys ofertowy, sporządzony metodą szczegółową z zestawieniem urządzeń/materiałów, w oparciu o załączone przedmiary (załącznik nr 8 do SIWZ), uwzględniający wskazanie w kosztorysie parametrów (symbolu i nazwy) urządzeń

zastosowanych w systemach SKD, CCTV, ŚWIN, domofony, urządzenia aktywne sieci LAN, SSP, centrale wentylacyjne, urządzenia do fotowoltaiki.

Wykonawca zobowiązany jest do określenia wartości wszystkich pozycji występujących w przedmiarze robót"

Rozdział XIII SIWZ (Opis sposobu obliczania ceny ofertowej oraz informacja o walucie, w jakiej będą prowadzone rozliczenia między zamawiającym, a wykonawcą) stanowi, że:

„5. Kosztorys ofertowy należy sporządzić metodą szczegółową na podstawie przedmiaru robót (załącznik nr 8 do SIWZ).

Tak sporządzony kosztorys musi zawierać:

- jednostkę miary,
- ilość jednostek przedmiaru,
- cenę jednostkową danej pozycji robót,
- wartość danej pozycji robót.

Cena jednostkowa musi zawierać wszystkie nakłady rzeczowe wraz z narzutami.

Każda pozycja kosztorysu ofertowego powinna zawierać numer pozycji, odpowiadający numerowi pozycji przedmiaru.

Każda pozycja kosztorysowa musi zostać wyceniona - nie dopuszcza się braku wyceny pozycji kosztorysowych, bądź wycenienie ich, jako wartość 0 zł.

Uwaga: Zamawiający zastrzega, że dokona odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, tj. treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, w przypadku gdy stwierdzi,

że Wykonawca nie wycenił pozycji kosztorysowych, bądź wycenił je, jako wartość 0 zł.

6. Kosztorys ofertowy ma zostać sporządzony wg określonych składników cenotwórczych:

R-godz. -zł;

Kp -% od R i S

Kz -% od M

Z -% od R, S, Kp podatek VAT- %".

Zamawiający przewidział kosztorysowe wynagrodzenia wykonawcy. Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotowego zamówienia za łączną cenę brutto 12 256 160, 54 zł. Cena zaprezentowana została w kosztorysach ofertowych złożonych wraz z ofertą

i sporządzonych metodą szczegółową, w oparciu o załączone przedmiary.

Do oferty załączono następujące kosztorysy: Kosztorys ofertowy branży budowlanej, Kosztorys ofertowy branży elektrycznej kwalifikowane, Kosztorys ofertowy branży elektrycznej niekwalifikowane, Kosztorys branży sanitarnej, Kosztorys branży elektrycznej SSP, Kosztorys branży teletechnicznej, Kosztorys branży teletechnicznej - urządzenia aktywne.

Odnosząc się do zarzutu sprzeczności z SIWZ kosztorysu ofertowego branży budowlanej:

Zamawiający w przedmiarze pod pozycją 2.2.1.8 zawarł następujący opis:

2.2.1.8/SST 3.0/KNR 202/216/2 (2)/Płyty żelbetowe, stropowe płaskie, grubość 12 cm, beton podawany pompą/m2/2,78.

Odwołujący przedstawił kalkulację szczegółową

*W tym miejscu w odwołaniu tabela*

Odwołujący podniósł, że SIWZ nie zawiera, żadnego postanowienia wskazującego

na wiążący charakter określonych katalogów, w tym KNR dla wykonawców. Samo sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia przez odniesienie do określonych katalogów

nie oznacza, że wykonawca sporządzający kalkulację własną jest zobowiązany, tym bardziej wyraźnie do ich zastosowania. Również załącznik nr 1 do przedmiarów nie zawiera takiego wyraźnego obowiązku. Zamawiający poinformował w nim jedynie, że nie dopuszcza się modyfikacji nakładów R M S - należy zaproponować cenę z uwzględnieniem odpowiednio niższych lub wyższych kosztów pośrednich oraz że nie wyraża zgody na samowolne dokonywanie zmian w przedmiarach, dodawania pozycji oraz zmiany ilości, z wyjątkiem dwóch wskazanych pozycji przedmiarowych. Zamawiający odnośnie kosztorysu sporządzanego przez wykonawcę określił metodę - szczegółową oraz podstawę - przedmiary, a także obligatoryjne elementy, takie jak: jednostkę miary, ilość jednostek przedmiaru, cenę jednostkową danej pozycji, wartość danej pozycji robót.

Odwołujący nie dokonał więc wskazanych wyżej modyfikacji zabronionych przez Zamawiającego. Odwołujący sporządził kosztorys wymaganą metodą szczegółową oraz zawarł obligatoryjne elementy (jednostkę miary, ilość jednostek przedmiaru, cenę jednostkową danej pozycji robót, wartość danej pozycji robót). Jednocześnie, zastosował narzuty w zakresie R, M i S zgodnie z narzutami domyślnymi dla podstawy wyceny określonej w katalogu nakładów rzeczowych KNR 2-02 0216-02. Zamawiający udostępnione wykonawcom przedmiary sporządził w formie uproszczonej, chociaż mógł udostępnić „ślepe" kosztorysy inwestorskie. Co więcej, pomimo wniosku zgłoszonego na etapie przed składaniem ofert o udostępnienie przedmiarów w formie ath odmówił ich upublicznienia (wyjaśnienie treści SIWZ z dnia 16 grudnia 2020 r.). Tymczasem z dokumentów tych wykonawca mógłby wywnioskować nakłady dla danej pozycji przyjętej przez Zamawiającego oraz fakt, czy były one modyfikowane względem nakładów domyślnych. Wyciągając negatywne konsekwencje wobec Odwołującego w tym zakresie Zamawiający postąpił sprzecznie z warunkami przetargu przewidzianym w SIWZ.

Gdyby Zamawiający udostępnił zerowy kosztorys w postaci szczegółowej każdy

z Wykonawców wiedziałby jakie nakłady R,M,S są przypisane do poszczególnych pozycji kosztorysu. Natomiast w przypadku udostępnienia przedmiaru w formie uproszczonej Wykonawca zdany był na wyczytanie się narzutów domyślnych dla danej podstawy wyceny. Odwołujący nie był w stanie określić czy doszło do zmodyfikowania nakładów przy sporządzaniu przedmiarów i kosztorysu inwestorskiego czy też do tej modyfikacji doszło na skutek korzystania z aktualizacji katalogów nakładów rzeczowych i tym samym ta sama podstawa wyceny w dokumentacji Zamawiającego ma inne nakłady R, M, S.

W ocenie Odwołującego za bezpodstawne i nieuzasadnione należy uznać, odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na to, że Poz. 2.2.1.8 zawiera, cyt. „Zawyżone narzuty RMS, niezgodne z KNR". Niezależnie od powyższego wskazuję, że Zamawiający przed dokonaniem odrzucenia oferty miał obowiązek rozważyć zastosowanie procedury przewidzianej w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, którego poniechał. W przypadku uznania przez Zamawiającego, że wykonawca był zobowiązany kalkulować na podstawie określonego KNR, chociaż Odwołujący kwestionuje to co do zasady o czym była mowa powyżej, to w przypadku zawyżenia narzutu RMS Zamawiający mógł poprawić stwierdzoną omyłkę przez przyjęcie granicznych wartości przez siebie przewidzianych z konsekwencjami rachunkowymi z tym związanymi.

Odnosząc się do kolejnej pozycji kosztorysowej zakwestionowanej przez Zamawiającego, tj. Poz. 2.7.3 14 oraz Poz. 2.10.3.4 i rzekomej sprzeczności oferty z SIWZ Zamawiający przedmiotowe pozycje opisał w następujący sposób:

*W tym miejscu w odwołaniu tabela*

Odwołujący skalkulował przedmiotowe pozycje w poniższy sposób:

*W tym miejscu w odwołaniu tabela*

Odwołujący wbrew stanowisku Zamawiającego zaofერował malowanie farbami lateksowymi co wynika z treści opisu pozycji kosztorysowej. W podpozycji „M” (materiały) - wskazał z kolei farbę emulsyjną nawierzchniową, co wynikało natomiast ze wskazań KNR, przy czym wykonawca zgodnie z zastrzeżeniem SIWZ nie mogli zmieniać nakładów według podstaw wyceny z KNR. Z technicznego punktu widzenia farba lateksowa jest podtypem farb nawierzchniowych emulsyjnych. Zasadne jest zatem twierdzenie, że każda farba lateksowa jest jednocześnie farbą emulsyjną nawierzchniową. Tym samym, informacja zaprezentowana przez Odwołującego w kosztorysie ofertowym w tym zakresie nie wprowadza żadnych sprzeczności, a tym bardziej sprzeczności oferty z SIWZ. Odwołujący objął ofertą i skalkulował malowanie wymaganym rodzajem farby. Niezależnie od tego, gdyby Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do tego czy ofertą zostało objęte malowanie farbą lateksową czy nie mógł zwrócić się do Odwołującego z wnioskiem o wyjaśnienie treści oferty, a nawet bez tego była możliwa poprawa tej podpozycji w sposób zgodny z opisem pozycji bez udziału wykonawcy i bez konsekwencji rachunkowych.

Odnosząc się do zarzutu sprzeczności z SIWZ kosztorysu ofertowego branży elektrycznej KW podnoszę, co następuje. W opisie przedmiotu zamówienia zakwestionowane pozycje Poz. 70 d.2.3 oraz Poz. 71 d.2.3 przedstawiały się następująco:

*W tym miejscu w odwołaniu tabela*

Odwołujący skalkulował przedmiotowe pozycje w poniższy sposób:

*W tym miejscu w odwołaniu tabela*

Ze sposobu ujęcia przedmiotowych pozycji kosztorysowych wynika oczywista omyłka. Obie pozycje oceniania łącznie zawierają wymagane roboty, przy czym co wynika już ze wstępnej analizy doszło do zamiany pozycji kosztorysowych w stosunku do przedmiaru. I tak kable wymagane w pozycji 70 d.2.3 czyli 5x25 mm<sup>2</sup> zostały ujęte w pozycji 71 d.2.3, zaś kable wymagane w pozycji 71 d.2.3 czyli 5x10 mm<sup>2</sup> zostały ujęte w pozycji 70 d.2.3. Przy czym jednostki miary i ilość odpowiadają SIWZ tzn. przewidywana jednostka miary w obu pozycjach to metr, a ilość 64,000 w pozycji 70, 31,000 w pozycji 71. Odwołujący podniósł,

że w uzasadnieniu zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 4 lutego 2021 r. Zamawiający dokonał błędnych ustaleń co do treści oferty Odwołującego w zakresie kwestionowanej pozycji Poz. 71 d.2.3. Odwołujący nie zaofерował „kabela 15x25 mm<sup>2</sup>”, co stoi w jawnej sprzeczności z przytoczonymi powyżej kosztorysami. Zaofерowany kabel to 5x25 mm<sup>2</sup>, a więc taki jakiego wymagał Zamawiający i opisał w 70 d.2.3. Nawet przyjmując, że tę widoczną na pierwszy rzut oka zamianę można potraktować na niezgodność oferty z SIWZ to art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp umożliwia poprawienie innej omyłki w ofercie. Jednocześnie, Zamawiający jest zobowiązany do poprawienia w ofercie innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją. Celem niniejszej regulacji, wprowadzonej ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw zgodnie z podzielanym poglądem Prezesa UZP oraz KIO wyrażonym w uchwale z dnia 20 czerwca 2017 r. w sprawie KIO/KD 21/17 było umożliwienie poprawienia błędów, które mogą się pojawić się w trakcie sporządzania właśnie kosztorysu ofertowego, a tym samym usprawnienie procedury udzielania zamówień publicznych, w tym poprzez zmniejszenie liczby odrzuconych ofert z powodu błahych błędów popełnionych przez wykonawców, które nie wpływają w sposób istotny na złożone przez nich w ofertach oświadczenia woli. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się,

że poprawienie innej omyłki w ofertach wykonawców może być poprzedzone wezwaniem ich do złożenia wyjaśnień. Mimo, iż z treści art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika,

że dokonywanie poprawek jest samodzielną czynnością zamawiającego (bez udziału wykonawcy), to jednak poprawianie omyłek może być poprzedzone wyjaśnieniami treści oferty dokonywanymi na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Wszystkie wymagane do ustalenia rzeczywistej treści oświadczenia woli Odwołującego dane zostały ujawnione w tych pozycjach, w tym ceny jednostkowe za przedmiotowe roboty. Ewentualne wyjaśnienie treści oferty nie wiązałoby się zatem z jakimkolwiek uzupełnieniem treści oferty, mogłoby jedynie polegać na potwierdzeniu danych zakresów oferowanych robót i odpowiadających im cen ceny jednostkowych. Zdaniem Odwołującego Zamawiający mógłby sam dokonać poprawy. Zastosowanie przez Zamawiającego procedury sanacyjnej wynikającej z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie spowodowałoby istotnej zmiany w treści oferty. W sprawie mamy

do czynienia z błahym błędem. Omyłka popełniona przez wykonawcę jest typową omyłką występującą w przetargach na roboty budowlane i w żadnym razie kosztorysowy charakter wynagrodzenia nie może przesądzać o zastosowaniu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, ten pogląd jest contra legem. Przepis ten wręcz u źródła swojego powstania był przewidziany na takie okoliczności.

Odnosząc się do zarzutu sprzeczności z SIWZ kosztorysu ofertowego branży teletechnicznej wskazał Odwołujący, że podstawa wyceny przyjęta w kwestionowanej poz. 163 przez Zamawiającego KNR AL-01 0502-07 zawiera tylko nakład robocizny.

*W tym miejscu w odwołaniu tabela*

Zgodnie z postanowieniami SIWZ - XIII pkt 4 4. Zamawiający nie dopuszcza w poszczególnych pozycjach kosztorysu zmiany nakładów rzeczowych R, M i S - należy zaproponować cenę z uwzględnieniem odpowiednio niższych lub wyższych kosztów pośrednich. Sprzeczne zatem z wyraźnym postanowieniem specyfikacji byłoby dodanie „materiału” w tej pozycji. Kalkulacja zatem w tym zakresie została wyceniona zgodnie

ze specyfikacją przez wycenę pozycji w zakresie R i odpowiednio dostosowanie kosztów pośrednich. Natomiast pozycja zakwestionowana przez Zamawiającego tj. poz. 2.1.6 przedmiotowego kosztorysu została wyceniona w podpozycji M w taki sam sposób jak uczynił to Wykonawca Probud. Odwołujący przedstawia fragment kosztorysu ofertowego wykonawcy Probud.

*W tym miejscu w odwołaniu tabela*

W podpozycji M Probudu również skalkulował łączówkę. Postępowanie wykonawców, a na pewno Odwołującego było podyktowane treścią Załącznika nr 1 do przedmiarów stanowiącego Załącznik nr 8 do SIWZ który stanowił m. in.

,-cz. teletechniczna:

1. Załącznik informuje o materiałach, jakie należy skalkulować w następujących pozycjach przedmiaru robót teletechnicznych:

Pozycja 2.1.4. - Przełącznica szafkowa - dla 300par-1 szt.

Pozycja 2.1.5. - Magazyn VOICE typu UK 19"/10U na 300-1 szt

Pozycja 2.1.6. - Łączówka rozłączna 2/10 - bez kodu barwnego - 25 szt.

Pozycja 2.1.7.- Magazyn 2/10 - dla 3P odgromników 8x13 - 25 szt.

Pozycja 2.1.8. - Odgromnik 3P - 8x13, 230VtT, 10kA/5A - 25szt.

Pozycja 2.6.4. - Switch: min. 10xport RJ45 PoE (10/100/1000Mbps) 4xslot SFP (1000Mbps) - 1 szt.

Pozycja 2.6.5. - UPS 3000VA w obudowie stojącej (w ser we równi KCIK) - 1 szt."

Nie sposób znaleźć usprawiedliwienia dla Zamawiającego, który z tych samych okoliczności w jednym przypadku wywodzi skutek odrzucenia oferty jako niezgodnej z SIWZ, a w drugim jako zgodnej z SIWZ. Jest to klasyczny przykład obrazujący naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i wskazuje na faworyzowanie tylko jednego biorącego udział w tym przetargu. Odwołujący podkreślił, że zakwestionowanie pozycji w tym zakresie jest zatem całkowicie nieuzasadnione. Odwołujący postępował zgodnie z wymaganiami specyfikacji. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia w Postępowaniu są związani treścią SIWZ. Jednocześnie należy podkreślić, iż również Zamawiający jest zobowiązany do prowadzenia postępowania zgodnie z ustalonymi w postanowieniach SIWZ zasadami. Skoro Zamawiający ukształtował treść wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia, żądając, aby wykonawca spełniał określone warunki SIWZ, powinien następnie działać konsekwentnie, oceniając złożone w postępowaniu oferty poprzez pryzmat sprecyzowanych na etapie przygotowania SIWZ wymagań. Powyższe potwierdza m.in. wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2019 r., KIO 621/19.

Zamawiający nie miał żadnych podstaw do odrzuceniu oferty Odwołującego. Rzekomych „nieścistości” jak sam określił to Zamawiający w uzasadnieniu podjętej decyzji o odrzuceniu albo nie było albo miały ona charakter omyłek możliwych do poprawienia przez samego Zamawiającego. Jednocześnie Zamawiający nie podjął żadnych czynności sanacyjnych, do których był zobligowany na mocy art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, w szczególności pkt 3. Co istotne, w przypadku Poz. 2.1.6 kosztorysu branży teletechnicznej i skalkulowanego tam materiału w przypadku oferty Odwołującego Zamawiający uznał to za niezgodność z SIWZ, zaś w przypadku oferty Probudu nie, czym naruszył w sposób jaskrawy zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp ustawy Pzp, stwierdzić należy co następuje.

Rozdział XIII pkt 5 SIWZ stanowi między innymi, że

*„każda pozycja kosztorysowa musi zostać wyceniona - nie dopuszcza się braku wyceny pozycji kosztorysowych, bądź wycenienie ich, jako wartość 0 zł.*

*Uwaga: Zamawiający zastrzega, że dokona odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, tj. treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, w przypadku gdy stwierdzi,*

*że Wykonawca nie wyceni pozycji kosztorysowych, bądź wyceni je, jako wartość 0 zł."*

Kosztorysy ofertowe Probud załączone do oferty wbrew przewidzianemu rygorowi zawierają kilkanaście pozycji kosztorysowych wycenionych na 0 zł.

Po pierwsze, kosztorys ofertowy pn. „K- kosztorys ofertowy - teletechnika.ath:

*W tym miejscu w odwołaniu tabela*

Po drugie kosztorys ofertowy pn. „Probud - kosztorys ofertowy - urzędzenia aktywne.ath":

*W tym miejscu w odwołaniu tabela*

Po trzecie, pozycje kosztorysowe wycenione na 0 zł zawiera kosztorys ofertowy - urzędzenia aktywne.ath  
ZESTAWIENIE MATERIAŁÓW

*W tym miejscu w odwołaniu tabela*

Co istotne, Probud usunął we wskazanym zakresie nakłady robocizny, wbrew jasnym

i kategoriycznym przeciw postanowieniom SIWZ i wbrew zasadom kosztorysowym. Kosztorys obejmuje dostawę konkretnych urządzeń, to nie dość że Zamawiający nie wie ile za nie zapłaci, a na tym przecież mu zależało i czemu dał dosadny wyraz w SIWZ, to jeszcze z niewytłumaczalnych powodów dalej pominął, iż zaoferowane urządzenia wymagają montażu a więc oferta powinna kalkulować również w tym przypadku nakład robocizny,

co znów to wymaganie zostało zignorowane przez Probud. Nie ulega wątpliwości, że cena za przedmiot zamówienia to cena całościowa, która zawiera w sobie m.in. ceny poszczególnych elementów składających się na przedmiot zamówienia. Przepisy ustawy Pzp nie zabraniają, aby składowe elementy ceny całkowitej zostały wycenione na zero złotych, z tym zastrzeżeniem, że zamawiający nie określi takiego zakazu wprost w treści SIWZ. Wówczas gdy Zamawiający przewidział wyraźny zakaz wyceny pozycji na 0 zł wykonawcy nie są uprawnieni do takiego działania. Przyjmuje się bowiem w takiej sytuacji, że zaoferowanie wykonania jakiegoś elementu zamówienia za wartość zero złotych przesądza o tym, że wykonawca nie zaoferował wykonania tej części zamówienia. Do takiej sytuacji doszło w przypadku oferty Probudu, w kilkunastu pozycjach zawartych w złożonych kosztorysach Probud wycenił konkretne elementy na 0 zł.

W przypadku kosztorysu branży budowlanej i innych błędów powodujących sprzeczność

z SIWZ wskazują co następuje. Po pierwsze, Poz. 18 d.1.2 nieobjęcie ofertą siłowników umożliwiających automatyczne otwarcie skrzydeł okna w czasie pożaru.

*W tym miejscu w odwołaniu tabela*

Po drugie, w poz. 252 d.2.11.3 wycena nieprawidłowego materiału.

*W tym miejscu w odwołaniu tabela*

W przypadku kosztorysu ofertowego „K- kosztorys ofertowy - teletechnika.ath błędne narzuty R w dwóch przypadkach:

*W tym miejscu w odwołaniu tabela*

Również błąd obmiarowy w przypadku następującej pozycji:

*W tym miejscu w odwołaniu tabela*

Przedmiary udostępnione w tym zakresie zostały zmodyfikowane na mocy Załącznika nr 1 do przedmiarów stanowiącego fragment Załącznika nr 8 do SIWZ. Dokument ten m. in. stanowi, że Pozycja 2.1.8. - Odgromnik 3P - 8x13.230V.T.10kA/5A - 25 szt. Probud skalkulował roboty niezgodnie z wymaganą ilością.

Co więcej, we wszystkich pozycjach gdzie zgodnie z Załącznikiem nr 1 do przedmiarów Zamawiający wymagał zmian w kosztorysie teletechnicznym (siedem pozycji) firma Probud ich nie zmieniła, a Zamawiający zaakceptował złożone kosztorysy ofertowe. Załącznik nr 1 do przedmiarów stanowi, że:

- cz. teletechniczna:

1. Załącznik informuje o materiałach, jakie należy skalkulować w następujących pozycjach przedmiaru robót teletechnicznych:

Pozycja 2.1.4.- Przelącznica szafkowa - dla 300 par - 1 szt.

Pozycja 2.1.5.- Magazyn VOICE typu UK 19'710U na 300 - 1 szt.

Pozycja 2.1.6. - Łączówka rozłączna 2/10 - bez kodu barwnego -25 szt.

Pozycja 2.1.7. - Magazyn 2/10 - dla 3P odgromników 8x13 - 25 szt.

Pozycja 2.1.8. - Odgromnik 3P - 8x13,230V,T,10kA/5A - 25 szt.

Pozycja 2.6.4. - Switch: min. 10x port RJ45 PoE (10/100/1 000Mbps), 4x slot SFP (1000Mbps) - 1 szt.

Pozycja 2.6.5. - UPS 3000VA w obudowie stojącej (w serwerowni KCIK) - 1 szt.

Wbrew temu zastrzeżeniu SIWZ Probud zaoferował takie ilości:

*W tym miejscu w odwołaniu tabela*

W zestawieniu materiałów składających się m. in. na kosztorys ofertowy branży teletechnicznej Probud zaoferował trzy urządzenia niespełniające wymagań przewidzianych w opisie przedmiotu zamówienia i już tylko z tego powodu oferta ta powinna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

*W tym miejscu w odwołaniu tabela*

Zaoferowane modele akumulatorów nie posiadają deklarowanego parametru, tj. żywotności projektowej odpowiednio 12 lat, 9 lat i 12 lat. Takie wymagania przewidział Zamawiający w teletechnicznej specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót (tabela na stronie 57 oraz tabela na stronie 43 pkt 6 i 7).

W świetle powyższego treść oferty wykonawcy Probud jest w oczywisty sposób niezgodna

z treścią SIWZ. Nie jest możliwe usunięcie opisanych powyżej niezgodności w żaden sposób przewidziany ustawą Pzp. Każda próba usunięcia niezgodności musiałaby bowiem polegać na zwróceniu się do wykonawcy zapytaniem o ceny jednostkowe uwzględnione

w kalkulacji, albo o zadeklarowanie innej ilości, czy zaoferowanie i wycenę niektórych elementów czy innego urządzenia.

Niewątpliwie odpowiedź w tym zakresie uzupełniałaby treść złożonej oferty. Zamawiający nie dysponuje informacjami

zawartymi w treści oferty umożliwiającymi mu poprawę oferty w określony sposób niezależnie od wykonawcy.

Tymczasem zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w szeregu orzeczeń, warunkiem sine qua non dla dokonania poprawienia innych omyłek w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest to, iż Zamawiający ma

możliwość samodzielnego dokonania poprawy, tzn. w ofercie zamieszczone są informacje, które umożliwiają mu

dokonanie poprawy bez ingerencji wykonawcy oraz wprowadzania do treści oferty informacji

z zewnątrz. Tak więc Zamawiający, poprawiając ofertę, może wykorzystywać jedynie informacje w niej zamieszczone i

to takie, które nie budzą wątpliwości co do tego,

że stanowią treść oświadczenia woli wykonawcy.

Zamawiający zobowiązany jest do oceny złożonych ofert w postępowaniu zgodnie

z ustaloną przez siebie treścią SIWZ. Jeżeli treść jakiegokolwiek oferty nie odpowiada treści wymagań określonych przez

Zamawiającego, Zamawiający powinien odrzucić taką ofertę

na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wymienione powyżej niezgodności treści oferty Probud z postanowieniami

SIWZ mają charakter zasadniczy i nieusuwalny, a ponadto dotyczą niezgodności z wymaganiami jasno sprecyzowanymi

w SIWZ. Ziszczyły się wszystkie przesłanki odrzucenia oferty Probud na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a brak

dokonania powyższej czynności przez Zamawiającego stanowi również naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity;

Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, w związku z naruszeniem art. 90 ust. 1 ustawy Pzp

wskazuję jak poniżej.

Zamawiający na sfinansowanie przedmiotowego zamówienia przeznaczył kwotę 12 720 802.97 PLN. W postępowaniu

wpłynęło 6 ofert, których ceny przedstawiały się następująco:

*W tym miejscu w odwołaniu tabela*

Cena wybranej oferty znacznie odbiega nie tylko od kwoty przeznaczonej przez Zamawiającego na sfinansowanie

zamówienia ale również od pozostałych ofert złożonych

w przetargu. Jest prawie 26 % niższa od wartości przedmiotu zamówienia powiększonej

o należny podatek od towarów i usług ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i 2 ustawy Pzp

oraz ok. 18 % niższa od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert. Co istotne, próg 30 % nakłada na

Zamawiającego ustawowy obowiązek wezwania wykonawcy do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, ale nie tylko art. 90 ust.

1 ustawy Pzp należy również interpretować, że w każdym przypadku kiedy cena wydaje się rażąco niska w stosunku do

przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości zamawiający powinien wszcząć procedurę wyjaśniania rażąco niskiej ceny.

W realiach niniejszej sprawy takie wątpliwości niewątpliwie są. W kosztorysie ofertowym - inst. SSP Probud wycenił

rażąco nisko niżej opisaną pozycję. Cena jednostkowa wskazana w tej pozycji jest dziesięciokrotnie niższa od rynkowej

ceny jednostkowej.

*W tym miejscu w odwołaniu tabela*

W kosztorysie ofertowym branży teletechnicznej materiał wyceniony w przypadku opisanych poniżej robót został

zaniżony o prawie 200 zł.

Probud - kosztorys ofertowy - teletechnika.ath

*W tym miejscu w odwołaniu tabela*

Najwięcej pozycji odbiegających od poziomu rynkowego zawiera zestawienie materiałów zawarte w kosztorysie branży

teletechnicznej

*W tym miejscu w odwołaniu tabela*

Niewątpliwie wskazane pozycje budzą wątpliwości co do realności zaoferowanego świadczenia. Zamawiający co

najmniej, powinien wezwać Probud do wyjaśnienia wskazanych cen. Art. 90 ust. 1 Pzp stanowi, że jeżeli cena lub koszt,

lub ich istotne części składowe wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości

Zamawiającego, a w tym przypadku tak jest, zamawiający zwraca się

do udzielenia wyjaśnień i złożenia dowodów. Zaniechanie podjęcia tej czynności w realiach sprawy uzasadnia stawiany

zarzut. Postawiony w przetargu wymóg przedstawienia szczegółowej kalkulacji ceny oferty zobowiązywał

Zamawiającego do szczegółowej jej weryfikacji. Tymczasem Zamawiający nie poddał oferty Probud-u, żadnej refleksji,

pomimo ujawnionych po otwarciu ofert okoliczności takich jak: odbiegająca w sposób znaczący od kwoty przeznaczonej

przez Zamawiającego na sfinansowanie zamówienia ceny oferty Probud-u, duże różnice w cenach materiałów

przyjętych do kalkulacji przez Probud - tj. ich znaczne zaniżenie w stosunku do cen rynkowych i cen innych oferentów.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp

przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Probud jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania

wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty.

Powyższy zarzut stanowi konsekwencję zarzutów postawionych i opisanych powyżej. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy

Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Ponieważ, jak to zostało wykazane powyżej, Zamawiający powinien odrzucić ofertę złożoną przez wykonawcę Profbud, a Odwołującego przywrócić do postępowania, to w konsekwencji Zamawiający jako najkorzystniejszą ofertę winien wybrać ofertę Odwołującego.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Strony Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba wskazuje, że zgodnie z treścią art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020, dalej: ustawy wprowadzającej), do postępowań odwoławczych i postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31 grudnia 2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r. stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1 - czyli ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm.). Oznacza to, że dla rozpoznania w procedurze odwoławczej przedmiotowego odwołania właściwe są przepisy ustawy dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm.), natomiast w zakresie procedury o udzielenie zamówienia publicznego właściwe są przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.; dalej „ustawy”).

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 9 lutego 2021 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 nowej ustawy – Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy. Izba uwzględniła stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w piśmie z dnia 2 marca 2021 roku „Odpowiedź na odwołanie”, które zostało złożone na posiedzeniu z udziałem stron z tym zastrzeżeniem, że Zamawiający złożył na posiedzeniu do protokołu ostateczne oświadczenie odnośnie zarzutu 2 opisanego wyżej (w odwołaniu zarzut 4b), że zarzut opisany w pkt 4b w całości nie jest uwzględniony przez zamawiającego i w tym zakresie oświadczenie zawarte w piśmie procesowym z dnia 2 marca 2021 r. co do poszczególnych elementów tego zarzutu jest nieaktualne.

Izba uwzględniła stanowisko Odwołującego zawarte w piśmie procesowym z dnia 2 marca 2021 złożone do akt sprawy na posiedzeniu z udziałem stron. Izba w trakcie rozprawy dopuściła zawnioskowany i załączony do ww. pisma dowód – wydruk Akumulator AGME EUROPOWER EPL 12-12.

Izba ustaliła stan faktyczny:

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) Zamawiający wymagał od wykonawców zgodnie z Rozdziałem XIII –

1. Przez łączną cenę oferty brutto należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. z 2017 r., poz. 1830).

2. Cena oferty powinna obejmować całość wykonania przedmiotu zamówienia, a w szczególności wszystkie należności publiczno-prawne z tytułu wykonania przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem podatku od towarów i usług VAT, innych opłat i podatków oraz kosztów ponoszonych przez Wykonawcę w związku z wykonaniem zamówienia.

3. Cena oferty stanowi cenę kosztorysową. Tak obliczona cena musi obejmować wszelkie koszty poniesione przez Wykonawcę, uwzględniające wszystkie nakłady konieczne do poniesienia, celem zrealizowania przedmiotu umowy zgodnie z:

- opisem przedmiotu zamówienia,
- STWIORB,
- obowiązującymi przepisami i normami,
- wytycznymi producentów i dostawców,
- sztuką budowlaną.

4. Zamawiający nie dopuszcza w poszczególnych pozycjach kosztorysu zmiany nakładów rzeczowych R, M i S – należy zaproponować cenę z uwzględnieniem odpowiednio niższych lub wyższych kosztów pośrednich.

5. Kosztorys ofertowy należy sporządzić metodą szczegółową na podstawie przedmiaru robót (załącznik nr 8 do SIWZ). Tak sporządzony kosztorys musi zawierać:

- jednostkę miary,
- ilość jednostek przedmiaru,
- cenę jednostkową danej pozycji robót,
- wartość danej pozycji robót.

Cena jednostkowa musi zawierać wszystkie nakłady rzeczowe wraz z narzutami.

Każda pozycja kosztorysu ofertowego powinna zawierać numer pozycji, odpowiadający numerowi pozycji przedmiaru.

Każda pozycja kosztorysowa musi zostać wyceniona – nie dopuszcza się braku wyceny pozycji kosztorysowych, bądź wycenienie ich, jako wartość 0 zł.

Uwaga: Zamawiający zastrzega, że dokona odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, tj. treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, w przypadku gdy stwierdzi, że Wykonawca nie wyceni pozycji kosztorysowych, bądź wyceni je, jako wartość 0 zł.

6. Kosztorys ofertowy ma zostać sporządzony wg określonych składników cenotwórczych:

R-godz. – .....zł;  
Kp – .....% od R i S  
Kz – .....% od M  
Z – .....% od R, S, Kp  
podatek VAT – .....%

7. Wszystkie wartości określone w kosztorysie ofertowym, ceny jednostkowe oraz cenę oferty należy określić w złotych polskich z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku.

#### **W zakresie zarzutów odwołania:**

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze za zakresie:

- zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3 i art. 87 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych przez odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, pomimo, że treść oferty odpowiada treści SIWZ. gdyż dopuszczalne i konieczne było poprawienie ewentualnych omyłek (zarzut 1),
- zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych przez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia rażąco niskich cen jednostkowych lub kosztów w ofercie złożonej przez wykonawcę Probud (zarzut 3),

bowiem Zamawiający ww. zarzuty dowołał na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 2 marca 2021 roku.

Zgodnie z art. 568 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 poz. 2019 ze zm.; dalej „nowej ustawy”) Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku o którym mowa w art. 522. Zgodnie z art. 522 ust. 4 nowej ustawy w przypadku uwzględnienia przez Zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Mając powyższe regulacje na uwadze Izba wydała w tenorze wyroku postanowienie o umorzeniu postępowania w zakresie uwzględnionych zarzutów odwołania, w postępowaniu nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba skierowała do rozpoznania na rozprawie zarzuty nieuwzględnione, czyli zarzut nr 2 i zarzut nr 4.

**W zakresie zarzutu (2)** art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 82 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Probud, pomimo że treść ww. oferty nie odpowiada treści SIWZ i stwierdzonych błędów nie można poprawić bez prowadzenia negocjacji – Izba uznała zarzut za zasadny.

Izba wskazuje, że ustawa zobowiązując Zamawiających zgodnie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3, do odrzucenia oferty o ile jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ). Odrzucenie oferty, biorąc pod uwagę dodatkowo zastrzeżenie jakie uczynił ustawodawca, nie może nastąpić z powodów formalnych, białych nie wpływających na treść złożonej oferty oraz nie może nastąpić, gdy Zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Wskazać należy, co ugruntowane jest w orzecznictwie Izby oraz sądów powszechnych, że 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 Kodeksu cywilnego, czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia –

w przedmiotowym postępowaniu, w ofercie złożonej przez wykonawcę T. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PB Probud 1 T. P. z siedzibą w Dawidach (dalej: Probud) Zamawiający nie dopatrywał się niezgodności treści oferty z wymaganiami określonymi w SIWZ w odniesieniu do wymagań, które sam Zamawiający w SIWZ określił, co w ocenie Izby stanowi działanie nieprawidłowe.

Zdaniem Izby wymaga w tym miejscu przypomnienia, że wymagania co do przedmiotu zamówienia oraz sposobu jego realizacji jak również złożenia oferty Zamawiający określa

w SIWZ. Obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej z postanowieniami SIWZ (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku sygn. akt V Ca 1109/08). Natomiast obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie oceny złożonej oferty w świetle postanowień SIWZ, które sam kształtuje oraz upublicznia przez ogłoszenie postępowania. Zamawiający nie jest uprawniony do odstępowania od ukształtowanych przez siebie wymagań i dokonywania jakichkolwiek zmian na etapie badania i oceny ofert. Takie odstąpienie od określonych w SIWZ zasad nie może być uznane za działanie prawidłowe, a sam fakt jego dokonania powoduje naruszenie zasad Prawa zamówień publicznych opisanych w ustawie, w tym równego traktowania wykonawców (art. 7 ust.1 ustawy). Mając na uwadze powyższe argumenty prawne Izba wskazuje, że Odwołujący

wykazał, że Zamawiający odstąpił od badania oferty zgodnie z ukształtowanymi wymaganiami SIWZ i dokonał wyboru oferty Probud, która nie jest zgodna z SIWZ.

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający wymagał przedstawienia kosztorysów ofertowych sporządzanych metodą szczegółową

na podstawie przedmiaru robót (załącznik nr 8 do SIWZ). Zamawiający nie dopuszczał

w poszczególnych pozycjach kosztorysu zmiany nakładów rzeczowych R, M i S i wskazał,

że należy zaproponować cenę z uwzględnieniem odpowiednio niższych lub wyższych kosztów pośrednich. Tak sporządzony kosztorys musiał zawierać: jednostkę miary, ilość jednostek przedmiaru, cenę jednostkową danej pozycji robót, wartość danej pozycji robót. Cena jednostkowa musi zawierać wszystkie nakłady rzeczowe wraz z narzutami. Każda pozycja kosztorysu ofertowego powinna zawierać numer pozycji, odpowiadający numerowi pozycji przedmiaru. Każda pozycja kosztorysowa musi zostać wyceniona – nie dopuszcza się braku wyceny pozycji kosztorysowych, bądź wycenienie ich, jako wartość 0 zł. Zamawiający zastrzegł również, że dokona odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, tj. treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, w przypadku gdy stwierdzi, że Wykonawca nie wycenił pozycji kosztorysowych, bądź wycenił je, jako wartość 0 zł.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego w pierwszej kolejności Izba stwierdziła konieczność wskazania, w jakim zakresie Zamawiający określił swoje zastrzeżenie co do podstawy odrzucenia oferty, która dla pozycji kosztorysowej będzie wyceniona na 0 zł lub nie zostanie wyceniona. W ocenie Izby, mając na uwadze postanowienia SIWZ odniesienie do „pozycji kosztorysowej” jakiego dokonał Zamawiający nie przekłada się na poszczególne wskazane w kosztorysie ofertowym dla danej pozycji kosztorysowej ceny elementów wchodzących

w skład danej pozycji kosztorysowej lecz odnosi się do ceny pozycji kosztorysowej zawartej w kosztorysie ofertowym, gdzie jednoznacznie Zamawiający wskazał, że taka pozycja kosztorysu ofertowego powinna zawierać numer pozycji, odpowiadający numerowi pozycji przedmiaru. Dodatkowo potwierdza to również odniesienie, że cena jednostkowa danej pozycji kosztorysowej musi zawierać wszystkie nakłady rzeczowe wraz z narzutami.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że w przedstawionych przez Odwołującego

w odwołaniu w poszczególnych pozycjach kosztorysu nie zaistniała sytuacja, że dla danej pozycji kosztorysu ofertowego, odpowiadającej pozycji przedmiaru nie wyceniono ich bądź wpisano wartość 0 zł. Każda ze wskazanych pozycji kosztorysowych, odpowiednio zawierająca numer pozycji przedmiaru, kosztorysu ofertowego wykonawcy Probud podanych przez Odwołującego jest wyceniona z uwzględnieniem wszystkich nakładów rzeczowych wraz z narzutami. Izba podkreśla w tym miejscu, że nie było kwestionowane w zakresie tego zarzutu, w odwołaniu, dokonanie wyliczenia wartości poszczególnych pozycji kosztorysowych z uwzględnieniem narzutów. Okoliczność ta również dotyczy wskazania Odwołującego odnośnie Kosztorysu ofertowego – urzędzenia aktywne.ahť. Odwołujący przedstawiając jedynie wycinkowe nie przedstawił i nie odniósł się do poszczególnych pozycji kosztorysu w ww. kosztorysie, a jedynie wyciągi z zestawienia materiałów. Odwołujący nie wskazał zatem na kosztorysy ofertowe i ich pozycje, które nie zostały wycenione czy też zawierały 0 zł. również w tym przypadku.

W odniesieniu do pozycji 18 d.1.2 kosztorysu branży budowlanej Izba uznała zarzut za zasadny. Na wstępie Izba zaznacza, że argumentacja powołana powyżej a odnosząca się do podanej ceny dla danej pozycji kosztorysowej nie ma zastosowania w tym miejscu.

Kosztorys ofertowy, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego miał zostać sporządzony metodą szczegółową. Dla oceny zgodności oferty z treścią SIWZ w tym wypadku odnieść należy się do zgodności oferowanego rozwiązania podanego dla danej przewidzianej przez Zamawiającego w przedmiarach pozycji kosztorysowej. Samo wskazanie danej pozycji kosztorysowej zgodnie z wymaganiami SIWZ nie zastępuje podania wszystkich niezbędnych elementów dla stwierdzenia prawidłowości złożonego oświadczenia Zamawiającemu. Wykonawca zaoferował „Okno aluminiowe, napowietrzające” przy czym wymaganiem Zamawiającego było zaofierowanie „okno aluminiowe, okno otwierane powyżej 2m2 okno napowietrzające z silownikiem umożliwiającym automatyczne otwarcie skrzydeł okna

w czasie pożaru”. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego prezentowanego

na rozprawie, która twierdziła, że wystarczające podanie w kosztorysie ofertowym przez wykonawcę, że *okno jest aluminiowe napowietrzające, bo wtedy w ocenie pełnomocnika ono musi być otwierane z silownikiem*. Z treści oferty, z kosztorysu ofertowego nie wynika bowiem, że wykonawca zaofierowała okno z silownikiem umożliwiającym automatyczne otwarcie skrzydeł okna w czasie pożaru, co również potwierdziła sama pełnomocnik wyjaśniając informacje podane przez wykonawcę, że *dzięki temu opisaniu przez wykonawcę wie jakie zaofierował materiały*. W ocenie Izby, skoro nie ma w tym podanych materiałach przez wykonawcę okna z silownikiem umożliwiającym automatyczne otwarcie skrzydeł okna w czasie pożaru, to nie sposób uznać, że takie zostało zaofierowane przez wykonawcę. Zamawiający nie wskazywał na jakąkolwiek możliwość poprawienia treści złożonej oferty

w powyższym zakresie. W ocenie Izby oferta wykonawcy Probud w poz. 18 d 1.2 jest niezgodna z treścią SIWZ.

W odniesieniu do poz. 252 d 2 11.3 kosztorysu ofertowego Izba stwierdziła, że jest tu ewidentna niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. W opisie pozycji kosztorysowej wskazano „płytę betonową, ażurową gr. 8 cm”, natomiast w opisie materiału wykonawca dla tej pozycji podał „płytą trawnikową betonowa ażurowa grubość 10 cm szara”. Ta oczywista niegodność została również przez pełnomocnika Zamawiającego potwierdzona w trakcie rozprawy, gdzie pełnomocnik wyjaśniła, że *cena płyty dziesięciocentymetrowej jest inna*

*od ceny płyty ośmiocentymetrowej*. Mając na uwadze powyższe niezgodność treści złożonego oświadczenia wykonawcy Probud z wymaganiami SIWZ powoduje, że oferta tego wykonawcy jest niezgodna z SIWZ. Jednocześnie nie została podniesiona przez Zamawiającego jakakolwiek argumentacja, oparta na obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia przepisach, mająca wykazać możliwość poprawienia oferty wykonawcy Probud. Izba nie może zastępować Stron postępowania w ich argumentacji i poszukiwać za strony argumentacji.

W odniesieniu do pozycji 2.6.10 oraz 2.6.6 dotyczących kosztorysu ofertowego – teletechnika.ahť Izba uznała argumentację Odwołującego za niezasadną, bowiem nakłady

na próby funkcjonowania elementów systemu telewizji użytkowej wyszczególnionych

w tablicach 0501 i 0504 ustala się w wysokości – 150% nakładów na montaż elementów dla tablic 0501 i 0504, oraz 160% nakładów na montaż elementów dla tablic 0502 i 0503. Zamawiający wyjaśnił, że dla KNR-ów istnieją założenia szczegółowe i tak w pkt nr 3 „szczegółowe założenia kalkulacyjne”, który wskazuje, że od pozycji 05.01 do 05.04 ustala się określone wysokości nakładów na montaż. Tym samym dla dwóch ww. pozycji kosztorysowych należało zastosować cennik KNR AL01 pkt 3.4 zgodnie z którym podstawowa norma robocizny, zgodnie z podstawą wyceny 050103 wynosi 1,93 razy 1,5

i jest równa 2,895 roboczogodziny - to dla pozycji kosztorysu ofertowego 2.6.10. Podstawa wyceny 050207 – nakład roboczogodziny 20,63 razy 1,6 wynosi 33,008 dla pozycji 2.6.6 kosztorysu ofertowego. Powyższe wskazanie przez Zamawiającego potwierdza prawidłowości czynności wykonawcy Probud. Izba wskazuje w tym miejscu, że Odwołujący wskazał w trakcie rozprawy, że *do SIWZ nie były załączone wskazane podstawy wyceny szczegółowej, które miałyby zmieniać wartości w KNR*. Jednakże w ocenie Izby do SIWZ nie musiały być załączone te dokumenty, bowiem są to jak wyjaśniła Zamawiający założenia szczegółowe dla KNR. W ocenie Izby w tym zakresie Odwołujący nie wykazał niezgodności treści oferty z wymaganiami SIWZ.

W zakresie pozycji 2.1.8 kosztorys ofertowy teletechnika.ahť Izba ustaliła,

że wykonawca Probud w ofercie podał 250 kpl. i takie też przyjął do kalkulacji oferty. Natomiast zgodnie z dokumentacją postępowania z uwzględnieniem udzielonych wyjaśnień do SIWZ i dokonanej zmiany Załącznika nr 1 do przedmiarów będącego Załącznikiem nr 8 do SIWZ dla pozycji 2.1.8 Zamawiający wymagał zaofierowania – 25 szt.

Pełnomocnik Zamawiającego na rozprawie wskazała, że *Zamawiający przyjął ofertę z ilością 250 sztuk. Dodaje, że jest to błąd po stronie Probud*. Izba stwierdza w tym miejscu, że błąd w dokonaniu czynności badania oferty jest po stronie Zamawiającego, bo to Zamawiający jest obowiązany do badania i oceny ofert zgodnie z wymaganiami SIWZ. Skoro Zamawiający wymagał 25 szt. odgromników w pozycji 2.1.8 kosztorysu ofertowego to nie mógł przyjąć ofert z 250

sztukami, bowiem ilość jakiej wymagał Zamawiający jest niezgodna z tym co zostało zaoferowane. Taka oferta jest niezgodna z SIWZ i nieporównywalna z innymi ofertami, ponieważ opiewa na inną ilość odgromników, niż wymagana przez Zamawiającego. Zamawiający nie miał podstaw do wyboru oferty z taką niezgodnością SIWZ. Jednocześnie nie została podniesiona przez Zamawiającego jakakolwiek argumentacja, oparta na obowiązujących w postępowaniu o udzielnie zamówienia przepisach, mająca wykazać możliwość poprawienia oferty wykonawcy Probud. Izba nie może zastępować Stron postępowania w ich argumentacji i poszukiwać za strony argumentacji.

W zakresie siedmiu pozycji tj. 2.1.4, 2.1.5, 2.1.6, 2.1.7, 2.1.8, 2.6.4, 2.6.5

z załącznika nr 1 do przedmiarów (załącznik nr 8 do SIWZ) w ocenie Izby Odwoławczy

na etapie odwołania nie wyjaśnił w czym tkwi upatrywana przez Odwoławczego niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Dopiero w postępowaniu przed Izba na rozprawie wskazał,

że w zakresie tych 7 pozycji tj. 2.1.4, 2.1.5, 2.1.6, 2.1.7, 2.1.8, 2.6.4, 2.6.5 *Zamawiający określił, że chce nabyć sztuki, natomiast w kosztorysie podanym przez Probud wskazane zostały komplety*. Brak podania uzasadnienia w treści odwołania powoduje, że faktycznie brak jest wykazania przez Odwoławczego podstawy niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Wymaga również w tym miejscu wskazania, że w trakcie rozprawy Odwoławczy podał, w przypadku każdej z siedmiu wskazanych przez Odwoławczego pozycji „komplet” i „sztukę” *co do istoty sprawy komplet i sztuka*, w tym przypadku, podane są w tym samym znaczeniu. W ocenie Izby w tym zakresie Odwoławczy nie wykazał niezgodności treści oferty

z wymaganiami SIWZ

W zakresie zarzutu odnoszącego się do zestawienia materiałów składających się

m. in. na kosztorys ofertowy branży teletechnicznej Probud zaoferował trzy urządzenia

tj. Akumulator 12Ah/12V żywotność projektowana min. 12 lat EPL 12-12 EUROPAUER, Akumulator 4Ah/ 12 V żywotność projektowana min. 9 lat EPL 4-12 EUROPAUER, Akumulator 7Ah/ 12 V żywotność projektowana min. 12 lat EPL 7,2-12 EUROPAUER.

Izba ustaliła, że Zamawiający określił, dla ww. urządzeń żywotności projektowaną odpowiednio na 12 lat, 9 lat i 12 lat zgodnie z Specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót, Instalacje teletechniczne – tabela „Urządzenia i elementy zastosowane w systemie” strona 43, pkt 6 - Akumulator 7Ah/12V, żywotność min. 12 lat – dla kontrolera; pkt 7 – Akumulator 4Ah/12V, żywotność min. 9 lat – dla rygli; oraz tabela „Urządzenia i elementy zastosowane w systemie” strona 57, „Akumulator 12Ah 12V (żywotność min. 12 lat)”.

W zakresie powyższego zarzutu odwołania Odwoławczy nie zawarł żadnej argumentacji odnoszącej się do tego, dlaczego oświadczenie zawarte w ofercie Probud jest niezgodne

z treścią dokumentacji postępowania. Odwoławczy poprzestał na odwołaniu się

do żywotności akumulatorów z dokumentacji postępowania i określonych wymagań Zamawiającego i wskazania zaoferowanych parametrów przez Probud. Izba uznała,

że Odwoławczy nie uzasadnił zarzutu i nie wykazał niezgodności treści oferty z SIWZ. Izba uznała w obliczu powyższego za bezprzedmiotowy dowód zawnioskowany przez Odwoławczego i zaliczony na rozprawie w poczet materiału dowodowego.

Dodatkowo Izba podnosi uzasadniając jeszcze, w odniesieniu do 7 pozycji z załącznika

nr 1 do przedmiarów (załącznik nr 8 do SIWZ) oraz żywotności akumulatorów w trzech pozycjach, że Odwoławczy nie przedstawił żadnej faktycznej argumentacji w uzasadnieniu poczynionym do zarzutu odwołania naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Wymaga podkreślenia, że nie jest zadaniem Izby poszukiwanie argumentacji i faktycznego uzasadnienia w zakresie podniesionego przez Odwoławczego naruszenia. Takie działanie Izby jest niedopuszczalne, bowiem Izba nie zastępuje Odwoławczego w jego argumentacji

i nie ma uprawnienia do zmiany podnoszonej argumentacji faktycznej w zakresie określonych zarzutów odwołania przez jej uzupełnianie w trakcie rozprawy lub w piśmie procesowym złożonym po upływie terminu na wniesienie odwołania.

Nieziemiennie odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności

lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwoławczego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. O treści zarzutu decyduje w szczególności przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego Odwoławczego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, oraz przypisana im kwalifikacja prawna, podkreślić należy, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania. Izba zaznacza, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający

nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można

je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie

w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12. Tym samym Izba nie może poszukiwać uzasadnienia jakiego nie wskazał wykonawca w odwołaniu, nie może zastępować go w argumentacji oraz nie może uwzględniać argumentacji przedstawionej po upływie terminu na wniesienie odwołania.

W podsumowaniu Izba wskazuje, że uznała zarzutu (2) naruszenia art. 7 ust. 1 i 3

w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 82 ust. 3 ustawy

w zakresach wskazanych w powyżej przedstawionym uzasadnieniu.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą

do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu – obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe

i nakładają na podmioty starające się o udzielnie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian

natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych.

Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy – to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWIZ.

a w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego, które to sobie sam Zamawiający zdefiniował w dokumentacji postępowania. To zadaniem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest złożenie oferty zgodnej z wymaganiami SWIZ, natomiast Zamawiający winien jest dokonać oceny złożonej oferty, zgodnie z wymaganiami i w duchu ustawy. Każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu chce wygrać zamówienie, chce zawrzeć kontrakt ale nie jest to wystarczającym uzasadnieniem dla sanowania błędów w ofercie jednego wykonawcy kosztem możliwości uzyskania zamówienia przez innego wykonawcę, bowiem naruszenie zasad określonych w ustawie zawsze należy odnosić do wszystkich podmiotów będących uczestnikami postępowania, bowiem wszystkich zasady te obowiązują.

**W zakresie zarzutu (4)** naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Probud jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej oferty – Izba uznała zarzut za niezasadny.

Izba nie stwierdziła dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1, ust. 3, 5 i 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie *szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania. Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 6 800 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy osiemset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu w kwocie 5 000 zł 00 gr oraz tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 1 800 zł 00 gr stosownie do rozpoznania zarzutów odwołania.

**Przewodniczący:** .....

---