Sygn. akt: KIO 3026/21

WYROK

z dnia 9 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 4 listopada 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 października 2021 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane IMBUD J. i J. G. Sp. j., ul. Okrężna 4, 33-100 Tarnów w postępowaniu prowadzonym przez SAMODZIELNY PUBLICZNY ZESPÓŁ OPIEKI ZDROWOTNEJ W BRZESKU, ul. Tadeusza Kościuszki 68, 32-800 Brzesko

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 8 października 2021 r. unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Prawa zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) oraz nakazuje Zamawiającemu wykonanie czynności badania i oceny ofert, z uwagi na potwierdzenie się zarzutów odwołania w tym zakresie.

2. kosztami postępowania obciąża SAMODZIELNY PUBLICZNY ZESPÓŁ OPIEKI ZDROWOTNEJ W BRZESKU, ul. Tadeusza Kościuszki 68, 32-800 Brzesko i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane IMBUD Jerzy i J. G. Sp. j., ul. Okrężna 4, 33-100 Tarnów tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od SAMODZIELNEGO PUBLICZNEGO ZESPOŁU OPIEKI

ZDROWOTNEJ W BRZESKU, ul. Tadeusza Kościuszki 68, 32-800 Brzesko

na rzecz Przedsiębiorstwa Budowlanego IMBUD J. i J. G. Sp. j., ul. Okrężna 4, 33-100 Tarnów kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wpisu i wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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 3026/21

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostępność plus. Poprawa dostępności POZ w SP ZOZ w Brzesku" - Modernizacja pomieszczeń przychodni na parterze oraz I piętrze w bloku „C" zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniem opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 2021/BZP 0017808/01, data zamieszczenia 13.09.2021 r. przez: SAMODZIELNY PUBLICZNY ZESPÓŁ OPIEKI ZDROWOTNEJ W BRZESKU ul. Tadeusza Kościuszki 68 32-800 Brzesko zwany dalej: „Zamawiającym". Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 - zwanej dalej: „NPzp" albo „p.z.p." albo „ustawy Pzp").

W dniu 08.10.2021 r. (droga elektroniczną) Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 NPzp. Stwierdził, że: „(...)

unieważnia się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na realizację robót budowlanych w ramach zadania: „Dostępność Plus. Poprawa dostępności POZ w SP ZOZ w Brzesku" Modernizacja pomieszczeń przychodni na parterze oraz I piętrze w bloku „C" w związku z faktem, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. (...)

W dniu 30.08.2021 r. Zamawiający przekazał do Biuletynu Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamówieniu nr 2021/BZP 00163649/01, na realizację robót budowlanych w ramach zadania: „Dostępność Plus. Poprawa dostępności POZ w SP ZOZ w Brzesku" - Modernizacja pomieszczeń przychodni na parterze oraz I piętrze w bloku „C". Zamawiający ustalił termin składania ofert w nin. postępowaniu, na dzień 15.09.2021 r. W dniu 12.09. 2021 r. do Zamawiającego wpłynęły pytania Oferentów do nin. postępowania. Wobec złożonego charakteru pytań i konieczności udzielenia wyczerpujących odpowiedzi, Zamawiający w dniu 13.09.2021 r. dokonał zmiany SWZ w zakresie terminu składania ofert na dzień 20.09.2021 r., przekazując do BZP stosowne ogłoszenie o zmianie ogłoszenia, nr

2021/BZP 00178081/01.

Zamawiający w dniu 16.09.2021 r. zamieścił na stronie prowadzonego postępowania odpowiedzi na pytania zadane przez Wykonawców wraz ze zmienionym przedmiarem branży budowlanej, nowymi dokumentami w postaci zwymiarowanych rysunków

pomieszczeń, umożliwiającymi Wykonawcom weryfikację danych zawartych w przedmiarach oraz zmienioną SWZ i wzorem umowy, przy czym Zamawiający zaniechał dokonania czynności zmiany terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, pozostawiając go na dzień 20.09.2021 r.

Z porównania danych zawartych w pierwotnie udostępnionym przez Zamawiającego w dniu 30.08.2021 r., przedmiarze branży budowlanej, a dokumentem udostępnionym w dniu 16.09.2021 r., w zmienionym przedmiarze branży budowlanej w dziale 3- Stolarka, dodano pozycję „zabezpieczenie drzwi nakładkami ochronnymi z dwóch stron skrzydeł" w ilości „44,00 szt.", zwiększając tym samym zakres przedmiotu zamówienia. Nadto, dopiero w dniu 16.09.2021 r., Zamawiający wraz z odpowiedziami, zamieścił na stronie prowadzonego postępowania nowe dokumenty w postaci zwymiarowanych rysunków pomieszczeń, które miały umożliwić potencjalnym Wykonawcom weryfikację danych zawartych w przedmiarach. W rezultacie, Zamawiający udostępnił nowe dokumenty, o których mowa w zdaniu poprzedzającym, na jeden dzień roboczy przed terminem składania ofert w nin. postępowaniu, nie gwarantując tym samym potencjalnym Wykonawcom odpowiedniego czasu do zaznajomienia się z przedmiotowymi rysunkami.

Zaniechanie dokonania czynności zmiany terminu składania ofert, którego dopuścił się Zamawiający, w kontekście dokonanej przez niego zmiany SWZ i opisu przedmiotu zamówienia, a także udostępnienia przez Zamawiającego dopiero w dniu 16.09.2021 r. na stronie prowadzonego postępowania, zwymiarowanych rzutów pomieszczeń, umożliwiających potencjalnym Wykonawcom weryfikację danych zawartych w przedmiarach, stanowi naruszenie dyspozycji art. 286 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którą „w przypadku gdy zmiana treści SWZ jest istotna dla sporządzenia oferty lub wymaga od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą treści SWZ i przygotowanie ofert, zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na ich przygotowanie". Wobec powyższego, zaniechanie dokonania czynności zmiany terminu składania ofert, którego dopuścił się Zamawiający w wyraźny i bezzasadny sposób uniemożliwiło potencjalnym Wykonawcom złożenie ofert.

Zaniechanie przez Zamawiającego dokonania czynności zmiany terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, dotyczyło kluczowego etapu nin. postępowania, pozwalającego na ustalenie kręgu potencjalnych Wykonawców. Informacje udostępnione przez Zamawiającego wraz z udzielonymi w dniu 16.09.2021 r. odpowiedziami wymagały szczegółowej analizy ze strony potencjalnych Wykonawców, bowiem miały istotny wpływ na sporządzenie oferty - materiały udostępnione w ww dniu przez Zamawiającego zawierały nowe pozycje w ramach przedmiaru branży budowlanej, które to zmiany determinowały konieczność ponownej wyceny części zamówienia przez Wykonawców, a także rewizji uzgodnień dokonanych z potencjalnymi podwykonawcami. W wyroku z dnia 07.04.2005 r. (sygn. akt II Ca 180/05), Sąd Okręgowy w Zielonej Górze wskazał, że „zamawiający nie powinien dokonywać zmian specyfikacji na krótko przed terminem składania ofert w postępowaniu".

Utrzymanie terminu składania ofert wyznaczonego przez Zamawiającego na dzień 20.09.2021 r., naraziło Wykonawców składających oferty na ryzyko błędnego oszacowania ceny zamówienia i jednocześnie stworzyło wysoce prawdopodobną sytuację, w której szereg potencjalnych wykonawców zrezygnowało z udziału w niniejszym postępowaniu (z uwagi na krótki czas, pomiędzy terminem zamieszczenia nowych dokumentów w dniu 16.09.2021 r., a terminem otwarcia ofert) co przełożyło się na konkurencyjność nin. postępowania i możliwość wyboru wykonawcy, który gwarantowałby prawidłowe i terminowe wykonanie niniejszego zamówienia oraz potencjalnie korzystniejszej ceny.

Utrzymanie terminu składania ofert wyznaczonego przez Zamawiającego na dzień 20.09.2021r., naraziło Wykonawców składających oferty na ryzyko błędnego oszacowania ceny zamówienia i jednocześnie stworzyło wysoce prawdopodobną sytuację, w której szereg potencjalnych wykonawców zrezygnowało z udziału w niniejszym postępowaniu - co przełożyło się na konkurencyjność nin. postępowania i możliwość wyboru wykonawcy, który gwarantowałby prawidłowe i terminowe wykonanie niniejszego zamówienia.

Występującą w nin. postępowaniu wadę można byłoby usunąć poprzez zmianę ogłoszenia o zamówieniu i przedłużenie o odpowiedni czas termin składania ofert. Jednakże przedmiotowe postępowanie jest na etapie, kiedy upłynął już termin składania ofert, zatem nie ma możliwości dokonania ww zmian. Mając na uwadze powyższe, nin. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego zostało obarczone wadą, której nie da się usunąć po

dokonaniu przez Zamawiającego czynności niepowtarzalnych, takich jak czynność otwarcia ofert.

Zamawiający, mając na uwadze zasadę zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców oraz zasadę przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zakwalifikował opisany wyżej stan faktyczny, jako niemożliwą do usunięcia wadę uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu

umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W dniu 13.10.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Przedsiębiorstwo Budowlane IMBUD J. i J. G. Sp.j., ul. Okrężna 4, 33-100 Tarnów zwany

dalej: „Przedsiębiorstwo Budowlane IMBUD J. i J. G. Sp.j." albo „Odwołującym" wniosła odwołanie na czynności z 08.10.2021 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (wpływ bezpośredni do kancelarii Zamawiającego oraz drogą elektroniczną). Zarzucił naruszenie

1) art. 255 pkt. 6 NPzp - polegające na jego błędnym zastosowaniu jako podstawy do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w wyniku błędnego przyjęcia, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji kiedy taka przesłanka nie zaistniała;

2) art. 286 ust. 3 NPzp - błędne uznanie, iż dokonując zmiany w postaci dodania pozycji „zabezpieczenie drzwi nakładkami ochronnymi z dwóch stron skrzydeł" w przedmiarze branży budowlanej, Zamawiający był zobligowany do przedłużenia terminu składania ofert. Dokonana zmiana nie była istotną zmianą wymagająca od wykonawcy dodatkowego czasu na zapoznanie się z nią albowiem dodany tą pozycją zakres prac (i materiałów) od samego początku były już ujęty w dokumentacji projektowej oraz pierwotnym przedmiarze. Czynność dokonana w toku postępowania przez Zamawiającego polegała jedynie na wyodrębnieniu (podzieleniu) z pierwotnej pozycji dot. wyceny drzwi wraz z panelami odrębnej pozycji dot. drzwi oraz odrębnej dot. paneli - co nie miało żadnego znaczenia zarówno dla wykonawcy jak i dla samej oferty, jej wyceny, ustaleń z podwykonawcami, ceny oferty oraz dla prawidłowego jej złożenia.

3) art. 286 ust. 3 NPzp - błędne uznanie, iż ukazanie na rysunkach nr A.pb4-8 projektu technicznego części wymiarów nie zagwarantowano potencjalnym wykonawcom odpowiedniego czasu do zaznajomienia się z nimi, co mogło mieć wpływ na oszacowanie ceny lub też mogło skutkować rezygnacją potencjalnych oferentów z udziału w postępowaniu.

4) art. 239 ust.1 NPzp - polegające na zaniechaniu dokonania weryfikacji złożonych ofert i odstąpieniu od wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentacji zamówienia, w sytuacji, kiedy Zamawiający otrzymał

prawidłowo złożoną ofertę od Odwołującego. Wnosił o:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;

2) nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności oceny złożonych w ramach postępowania ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Wnosił o przeprowadzenie dowodu z dokumentacji przetargowej, a w szczególności:

1) z dokumentu - wzór umowy na okoliczność, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił wynagrodzenie należne wykonawcy jako kosztorysowe obliczone na podstawie kosztorysu powykonawczego;

2) z dokumentu - Specyfikacji Warunków Zamówienia dalej zwana: „SWZ" na okoliczność, iż w cena oferty ma zawierać wszystkie koszty niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia nawet jeżeli nie są ujęte w dokumentacji;

3) z dokumentu - przedmiaru inwestorskiego na okoliczność, iż w cena drzwi ma zostać skalkulowana indywidualnie, tj. zawierać wszystkie koszty ukazane projektem w zakresie drzwi (w tym klamki, szyldy, nakładki ochronne, ościeżnice, itp.)

4) z dokumentu - pisma Zamawiającego z dnia 16.09.2021 r., zawierającego odpowiedzi na pytania zadane przez wykonawcę już po terminie ustawowo przewidzianym, bo w dniu

12.09.2021 r., między innymi na okoliczność, iż Zamawiający w dniu 13.09.2021 r., przedłużył o 5 dni okres składania ofert oraz uznał, iż w wyniku ww. pytań nie zaistniały żadne istotne zmiany w SWZ uzasadniające dalsze przedłużenie okresu składania ofert;

5) z dokumentu - projektu technicznego na okoliczność, iż zabezpieczenie drzwi nakładkami ochronnymi było jednoznacznie ukazane w projekcie technicznym już w dniu ogłoszenia postępowania oraz że pierwotnie zamieszczone rysunki nie różniły się niczym od tych ukazanych 16.09.2021 r. poza uwidocznieniem na kilku z nich niektórych wymiarów, co nie miało wpływu na wcześniejsze określenie rodzaju przewidzianych prac, a ewentualne doszczegółowienie ich ilości - w świetle rozliczenia kosztorysem powykonawczym czy ukazania przedmiotowych wymiarów w innym miejscu projektu - nie było dla złożenia prawidłowej oferty w jakikolwiek sposób istotne, a nawet konieczne. Wnosił o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Pierwotnie Zamawiający ustalił termin składania ofert w nin. postępowaniu, na dzień 15.09.2021 r. W dniu 12.09.2021 r., do Zamawiającego wpłynęły pytania Oferenta. Mimo, że termin na składanie pytań już upłynął Zamawiający w dniu 13.09.2021 r. dokonał zmiany SWZ w zakresie terminu składania ofert na dzień 20.09.202l r., wydłużając termin składania ofert o 5 dni, a następnie w dniu 16.09.2021 r., zamieścił na stronie prowadzonego postępowania odpowiedzi na pytania zadane przez Wykonawcę w dniu 12.09.2021 r.

W dniu 08.10.2021 r., Zamawiający podjął czynność unieważnienia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którą naruszył przepis art. 255 pkt. 6 p.z.p. w zw. z art. 286 ust, 3 p.z.p. W dalszej konsekwencji Zamawiający zaniechał również w postępowaniu podjęcia czynności wyboru wykonawcy czym naruszył przepis art. 239 ust.1 p.z.p. Jak można przeczytać w piśmie informującym o unieważnieniu postępowania, Zamawiający w przedmiarze branży budowlanej, dokonał zmiany w dziale 3-Stolarka, poprzez „dodanie" pozycji „zabezpieczenie drzwi nakładkami ochronnymi z dwóch stron skrzydeł" w ilości „44,00 szt.". Nie stanowiło to jednak - wbrew twierdzeniu Zamawiającego - zwiększenia zakresu przedmiotu zamówienia, a tym bardziej nie stanowiło jakiejkolwiek istotnej zmiany treści SWZ wymagającej przedłużenia terminu składania ofert, albowiem:

1) zabezpieczenia drzwi nakładkami ochronnymi z dwóch stron było jednoznacznie ukazane w projekcie technicznym już w dniu ogłoszenia postępowania (patrz: rys. rozwinięcie ścian nr

A.pb.16 oraz 19 projektu technicznego), a dodatkowo wskazane wprost jako integralna część drzwi w zestawieniu stolarki drzwiowej (patrz rys. A.pb.23 projektu technicznego), ponadto;

2) we wzorze umowy Zamawiający wskazał wynagrodzenie kosztorysowe na podstawie kosztorysu powykonawczego (§ 6 wzoru umowy),

3) w pkt. 3 SWZ wskazano, że przedmiot zamówienia opisany jest również przedmiarem inwestora (str. 3 pkt 3.5),

4) w pkt. 6 SWZ wskazano, że cenę należy określić ściśle na podstawie przedmiaru inwestora, kosztorysem ofertowym, (pkt 6.1, 6.2, 6.4 str. 13), a cena ma zawierać wszelkie koszty niezbędne wynikające z dokumentacji jak i w niej nie ujęte,

5) w poz. 20.d3, 21.d3 oraz 24.d3 pierwotnego przedmiaru inwestorskiego wskazano, by kalkulację dot. drzwi oprzeć na wycenie indywidualnej, co oznacza, że wycena ta ma uwzględniać wszystkie elementy składowe drzwi (nakładki ochronne, klamki, zamki, ościeżnice, zawiasy).

Gdyby jednak niezasadnie przyjąć, że stanowisko Zamawiającego jest słuszne w zakresie wyodrębnienia zabezpieczeń drzwi do odrębnej pozycji, to będąc konsekwentnym dodatkowemu wyodrębnieniu do osobnej pozycji winny podlegać (w przypadku drzwi) np.: klamki, zamki czy ościeżnice, a w innym przypadku (np. dla odbojoporęczy) osobno należałoby kalkulować poręcz prostą, a osobno jej zaokrąglony element końcowy (.) - co nie miało miejsca. Dobitniej przedstawia się tu sposób w jaki Zamawiający opisał kalkulacją indywidualną montaż systemu kolejkowego lub też w przypadku sufitu modułowego (poz. 41.d6 przedmiaru) gdzie wskazał by cenę za sufit podać podobnie jak za drzwi, tj. wg kalkulacji indywidualnej (całościowo za wszystkie niezbędne elementy wchodzące w skład sufitu podwieszanego zadysponowanego projektem technicznym), a nie rozbijać ją np. na osobną cenę rusztu sufitu (kilka elementów składowych) oraz osobną cenę płyt sufitowych. W tym miejscu podkreślił, iż zabezpieczenia drzwi nakładkami ochronnymi z dwóch stron było jednoznacznie ukazane w projekcie technicznym już w dniu ogłoszenia postępowania, a dodatkowo wskazane wprost jako integralna część drzwi w zestawieniu stolarki drzwiowej. Sama zaś czynność techniczna polegająca na wyodrębnieniu zabezpieczeń z pozycji przedmiaru dotyczącego drzwi - do osobnej pozycji niczego dla oferty nie zmieniała, zwłaszcza że drzwi te Zamawiający polecił wyceniać jako „analizę indywidualną") czyli jako

kompletny wyrób widoczny w projekcie i zestawieniu.

Co najistotniejsze, zakres przedmiotu zamówienia w żaden sposób się nie zmienił (nie zwiększył), gdyż sama czynność Zamawiającego miała jedynie charakter porządkowy, choć zdaniem Odwołującego zbędny. Podkreślił, że wprowadzane zmiany, aby skutkowały koniecznością przedłużenia okresu składania ofert, nie mogą mieć jedynie charakteru porządkującego - tak jak w niniejszym przypadku, lecz musiałyby niejako tworzyć nową sytuację w postępowaniu, z czym nie mamy do czynienia.

Nie bez znaczenia jest też fakt, iż wprowadzona porządkowa zmiana, w żaden sposób nie spowodowała nawet najmniejszego ryzyka błędnego oszacowania ceny przez wykonawcę, gdyż jak wskazano, jedynie co uzyskano, to wyłączenie osłon z ogólnej ceny jednostkowej za drzwi do odrębnej pozycji. W konsekwencji nie ma mowy o jakimkolwiek zaniechaniu po stronie Zamawiającego poprzez odstąpienia od kolejnego wydłużenia terminu a już na pewno, wprowadzona porządkowa zmiana nie mogła wpłynąć na ustalenie kręgu potencjalnych wykonawców, albowiem informacje udzielone przez Zamawiającego w dniu 16.09.2021 r„ nie wymagały żadnej szczegółowej analizy oraz nie miały najmniejszego wpływ na sporządzenie oferty i w żaden sposób nie determinowały konieczności ponownej wyceny i rewizji ustaleń np. z podwykonawcami.

Jak można przeczytać w piśmie informującym o unieważnieniu postępowania Zamawiający w korespondencji z 12.09.2021 r., zawierającej pytania został poproszony o przedłużenie terminu składania ofert w związku z brakiem zwymiarowanych rysunków. W odpowiedzi z 16.09.2021 r., Zamawiający odmówił dokonania modyfikacji treści SWZ (patrz odp. nr 5) co było w ocenie odwołującego decyzją trafną.

Zamawiający dokonał już bowiem przedłużenia terminu składania ofert o 5 dni (na 20.09.2021 r.) a dalsze wydłużanie terminu uznał za zbędne, gdyż nie dokonał żadnych istotnych zmian w SWZ. Należy zauważyć bowiem, iż weryfikacja przez oferentów ilości prac ukazanych w przedmiarach inwestorskich w oparciu o uszczegółowione wymiary, ukazane na znanych już wcześniej rysunkach - w świetle wymogu sporządzenia oferty porównywalnej, ściśle, tak jak przedmiar inwestora oraz przy rozliczeniu powykonawczym, którego zasady rozpisano skrupulatnie w 11 pkt. wzoru umowy (par 6.1 - 6.11) nie miała znaczenia zarówno dla sporządzania oferty jak i dla przebiegu samego postępowania.

Co więcej, wymiary dopisane na rysunkach ApbA - Apb8 można było od początku odczytać na rysunkach inwentaryzacji pn. rzut parteru nr i rzut pierwszego piętra nr 4.

Bez znaczenia było zatem zamieszczenie przez Zamawiającego na stronie postępowania niektórych rysunków projektu technicznego z uzupełnionymi dodatkowo wymiarami, a wskazywanie w decyzji o unieważnieniu postępowania konieczności „umożliwienia Wykonawcom weryfikacji danych zawartych w przedmiarach" jest jedynie pozorne. Uzupełnienia wymiarów dokonano wybiórczo, część rysunków pozostawiając bez wymiarów (patrz np.: rys. A.pb2 czy Apb3), podczas gdy na kilku wymiary ukazane były od początku, a rozliczenie zadania ma być kosztorysem powykonawczym. Na marginesie zauważył, że twierdzenie Zamawiającego iż utrzymanie terminu naraziło wykonawców na ryzyko błędnego oszacowania jest całkowicie bezpodstawne a rzekome potencjalne ryzyko rezygnacji z udziału w postępowaniu szeregu potencjalnych wykonawców również jest niczym nieuzasadnione. Na potwierdzenie powyższego wskazał, iż:

1) nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że udostępnił nowe dokumenty, gdyż żadnych nowych dokumentów nie udostępnił a jedynie w kilku istniejących już dokumentach dopisał niektóre wymiary, co i tak na tym etapie dla potencjalnego Wykonawcy nic nie wnosiło i do niczego nie było potrzebne,

2) Zamawiający zagwarantował potencjalnym wykonawcom odpowiedni czasu do zaznajomienia się z rysunkami, gdyż czas ten to kilka minut aby przeczytać kilka wymiarów, które jak wskazano powyżej i tak na etapie ofertowanie były bez znaczenia, a dodatkowo odczytać można było je z innych rysunków.

3) nielogiczną jest też teza, iż w wyniku przedmiotowych czynności Zamawiającego mogło dojść do rezygnacji potencjalnych oferentów z udziału w postępowaniu. W przeciwnym bowiem razie należałoby uznać, iż wykonawca zrezygnował z udziału w postępowaniu przetargowym na roboty budowalne o wartości przekraczającej milion złotych, tylko dlatego, że Zamawiający do odrębnej pozycji wyłączył jeden elementu o wartości ok. 2 tys. zł, wcześniej kalkulowany w innej pozycji łącznie. Oczywistym jest, że z takiego powodu żaden wykonawca nie zrezygnuje, tylko dlatego, że o tym fakcie nie wiedział wcześniej.

4) Z tych samych przyczyn o których mowa w pkt. 3 powyżej nie sposób przyjąć, iż Zamawiający w wyniku swoich działań nawet w najmniejszym stopniu uniemożliwili potencjalnym wykonawcom złożenie ofert. W jaki bowiem sposób czynność o charakterze

porządkowym mogła uniemożliwić złożenie oferty?

W ocenie Odwołującego, czynności podjęte przez Zamawiającego (unieważnienie postępowania) jak i w konsekwencji zaniechanie podjęcia czynności przez Zamawiającego, w zakresie braku wyboru wykonawcy nastąpiło z naruszeniem przepisów wskazanych w komparycji odwołania.

Zgodnie bowiem z zapisem zawartym w art. 286 ust. 3 p.z.p., w przypadku, gdy dokonane modyfikacje są istotne dla sporządzenia ofert, niezbędne jest przedłużenie terminu składania ofert. Dodatkowy czas i nowy termin składania ofert Zamawiający ustala samodzielnie, oceniając zakres zmian i ich wpływ na sporządzenie oferty. Ustawa pozostawia względną swobodę Zamawiającemu co do określenia okresu, o jaki należy przedłużyć termin składania ofert, wymaga jednak dostosowania tego terminu do obiektywnych możliwości zapoznania się z nowymi informacjami, a więc ich obszerności, znaczenia czy nawet sposobu udostępnienia, jeżeli był inny niż publikacja na stronie internetowej, oraz konieczności przygotowania ofert z uwzględnieniem nowych informacji.

Uznał zatem, że okres ten zamawiający będzie wyznaczał z uwzględnieniem liczby dokonywanych modyfikacji i ich znaczenia dla przygotowania ofert. W przypadku, gdy modyfikacja nie powoduje po stronie wykonawców konieczności wprowadzania zmian do przygotowywanych ofert, zamawiający nie ma obowiązku przedłużania terminu składania ofert. Przypomniał, iż Zamawiający najpierw przedłożył czas na składanie ofert o 5 dni a następnie uznał, iż zmiana nie wymaga dalszego wydłużania okresu składania ofert. Następnie po otwarciu złożonych ofert, Zamawiający wbrew wcześniejszemu prawidłowemu stanowisku i całkowicie niekonsekwentne uznał, że jednak powinien wydłużyć ten czas i okoliczność ta stanowi uzasadnienie unieważnienia postępowania.

W niniejszej sprawie zwrócił uwagę na jeszcze jedną okoliczność mianowicie zwrot jaki posłużył się Ustawodawca w przywołanym przepisie dotyczącym „istotności" dokonanej zmiany. Pomijając już okoliczność przywołaną powyżej, że wyodrębnienie pozycji w przedmiarze dotyczącej zabezpieczenia drzwi również nie można uznać za istotną ze względu na wartość tego elementu, albowiem zamawiający wartość zamówienia określił na kwotę 1.265.992,79 zł brutto a wartość 44 szt. zabezpieczeń na drzwiach w kalkulacji odwołującego to około 2.700,- zł, co stanowi zaledwie 0,2% przedsięwzięcia.

Reasumując, nie doszło do zaniechania czynności zmiany terminu składania ofert, skutkującej unieważnieniem postępowania, gdyż Zamawiający nie był zobligowani do zmiany terminu gwarantującego zachowanie 2 dni roboczych (art. 284 ust. 2 p.z.p.), gdyż zadane pytanie było przesłane po terminie na ich zadawanie i Zamawiający nie miał już obowiązku udzielania na nie odpowiedzi a tym samym nie miał obowiązku kolejny raz zmieniać termin składania ofert. Nie doszło również do naruszenia 286 ust. 3 p.z.p., gdyż po pierwsze dokonana zmiana porządkowa z pewnością nie była zmiana istotna a po drugie czas jaki upłynął pomiędzy zmiana a złożeniem ofert był czasem wystarczającym do zapoznania się z tymi zmianami. Jeżeli bowiem ten czas byłby niewystarczający, to z pewnością jakiś wykonawca złożyłby ofertę bez wyszczególnienia dodatkowej pozycji w kosztorysie „zabezpieczenie drzwi", tymczasem wszystkie złożone oferty taką pozycję zawierają a co za tym idzie należy uznać, iż wszyscy wykonawcy mieli wystarczający czas, aby ta zmianę porządkową wprowadzić do swoich ofert. Zmiana ta nie wymagała też przeprowadzania dodatkowych wycen czy prowadzenia ustaleń z podwykonawcami. W świetle podniesionych w niniejszym odwołaniu zarzutów naruszenia przez Zamawiającego oraz powołanych okoliczności nie ulega wątpliwości, iż dokonane naruszenia miały istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający w dniu 14.10.2021 r. (droga elektroniczną) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 28.10.2021 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddala w całości odwołanie, wnosił także w pierwszej kolejności o odrzucenie odwołania. Stwierdził, że w dniu 13.10.2021 r. o godz. 15:24, na elektroniczną pocztę e-mailową Zamawiającego pod adresem:przetargi@spzoz-brzesko.pl, wpłynęło pismo przewodnie Odwołującego wraz z załączonym skanem wniesionego przez niego odwołania oraz załącznikami - odpisem z KRS oraz dowodem uiszczenia opłaty od odwołania w wysokości 10 000,00 zł. Odwołujący kwestionował w swoim piśmie podjętą przez Zamawiającego w dniu 08.10.2021 r., czynność unieważnienia postępowania w przedmiocie realizacji robót budowlanych w ramach zadania pod nazwą: „Dostępność Plus. Poprawa dostępności POZ w SP ZOZ w Brzesku" - Modernizacja pomieszczeń przychodni na parterze oraz I piętrze bloku „C", prowadzonego pod numerem: DZP-271-33/21, w trybie podstawowym bez negocjacji zgodnie z art. 275 pkt 1 ustawy Pzp, o wartości

zamówienia nie równej albo nie przekraczającej progów unijnych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp. Jak stanowi art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. „a" ustawy Pzp, odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Natomiast, zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, Odwołujący przekazuje Zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Zgodnie z treścią SWZ opracowaną przez Zamawiającego dla nin. postępowania, w Rozdz. I, punkt 2.1 ww dokumentu, Zamawiający wskazał adres email do korespondencji w nin. postępowaniu, tj. „przetargi@spzoz-brzesko.pl", a także godziny pracy Zamawiającego, tj. „7°°- 14 35". Wobec tego, że pismo przewodnie wraz ze skanem odwołania wniesionym przez Odwołującego do KIO, wpłynęło na adres e-mailowy Zamawiającego, w ostatnim - piątym dniu, w którym Odwołujący mógł wnieść odwołanie na podjętą przez Zamawiającego czynność unieważnienia postępowania z 08.10.2021 r., po godzinach pracy jego urzędowania, tj. o godz. 15:24, Zamawiający nie mógł zapoznać się z jego treścią przed upływem terminu na wniesienie ww odwołania. Ani sam Zamawiający, ani żaden z jego upoważnionych pracowników posiadających dostęp do skrzynki pocztowej, wskazanej zarówno w SWZ dla nin. postępowania, jak i na który wpłynęło ww odwołanie, tj. , nie miał realnej możliwości odczytania wiadomości nadesłanej przez Odwołującego, z uwagi na wpłynięcie tej wiadomości na serwer dopiero o godz. 15:24, tj. po już po godzinach pracy Zamawiającego. W konsekwencji - upoważnieni pracownicy Zamawiającego, odczytali wiadomość nadesłaną przez Odwołującego dopiero w dniu następnym, tj. 14.10.2021 r., po godz. 7:00. Wobec tak przedstawionego stanu faktycznego, stwierdził, iż Odwołujący nie uczynił zadość obowiązkowi wynikającemu z art. 514 ust. 2 i w rezultacie - nie przekazał Zamawiającemu kopii odwołania w sposób umożliwiający mu zapoznanie się z jego treścią przed upływem terminu, o którym mowa w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. „a" ustawy Pzp. Wobec tego, że Odwołujący naruszył ww przepis prawa, należy uznać, iż zgodnie z art. 528 pkt 6 ustawy Pzp, zachodzą przesłanki odrzucenia odwołania, wobec czego Zamawiający wnosi jak na wstępie.

Ponadto, wskazał, iż zarzuty podniesione przez Odwołującego w treści odwołania są nieuzasadnione, stąd odwołanie powinno zostać w całości oddalone. W postępowaniu prowadzonym w przedmiocie realizacji robót budowlanych w ramach zadania pod nazwą: „Dostępność Plus. Poprawa dostępności POZ w SP ZOZ w Brzesku" - Modernizacja pomieszczeń przychodni na parterze oraz I piętrze bloku „C", prowadzonego pod numerem: DZP-271-33/21, w trybie podstawowym bez negocjacji zgodnie z art. 275 pkt 1 ustawy Pzp, o wartości zamówienia nie równej albo nie przekraczającej progów unijnych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp (ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w BZP pod numerem: 2021/BZP 00163649/01 z 30.08.2021 r.), Zamawiający pierwotnie wyznaczył termin składania ofert na dzień 15.09.2021 r., godz. 10:00. W dniu 12.09.2021 r., na adres skrzynki e-mailowej Zamawiającego, wskazanej w Specyfikacji Warunków Zamówienia, jako adres do korespondencji w nin. postępowaniu, wpłynęły zapytania do nin. postępowania. Zgodnie z art. 284 ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający jest obowiązany udzielić wyjaśnień niezwłocznie, jednak nie później niż na 2 dni przed upływem terminu składania odpowiednio ofert albo ofert podlegających negocjacjom, pod warunkiem że wniosek o wyjaśnienie treści odpowiednio SWZ albo opisu potrzeb i wymagań wpłynął do Zamawiającego nie później niż na 4 dni przed upływem terminu składania odpowiednio ofert albo ofert podlegających negocjacjom. Przekładając tę regulację na terminy wyznaczone w nin. postępowaniu, dniem do którego Wykonawcy mogliby złożyć wnioski o wyjaśnienie treści SWZ, na które Zamawiający miałby obowiązek udzielenia odpowiedzi, byłby dzień 11.09.2021 r., jednakże z uwagi na to że dniem tym była sobota, nie można jednocześnie pominąć regulacji zawartej w art. 115 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli koniec terminu do dokonania czynności przypada na dzień uznany ustawowo za wolny od pracy lub na sobotę, termin upływa następnego dnia, który nie jest dniem wolnym od pracy ani sobotą. W zakresie bowiem odrębnie nieuregulowanym w przepisach Prawa zamówień publicznych do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców należy stosować wprost (a nie jedynie odpowiednio) przepisy Kodeksu cywilnego. Tak wypowiedział się również SW w Warszawie w wyroku z 20.01.2004 r., sygn. akt: V CA 2344/03: „Nie budzi zatem żadnych wątpliwości, że ustawa o zamówieniach publicznych, będąca w przeważającej części aktem funkcjonalnym (proceduralnym) nie tylko nie wyłącza stosowania przepisów kodeksu cywilnego, ale wręcz nakazuje je stosować". Wobec powyższego, regulacja ta w praktyce będzie więc wydłużać termin na wniesienie pytania do SWZ, na które Zamawiający będzie miał obowiązek udzielenia odpowiedzi. W konsekwencji, w nin. postępowaniu należało uznać, iż dniem do którego Wykonawcy mogli składać wnioski o wyjaśnienie treści SWZ, był 13.09.2021 r. Wobec tego stanowisko Odwołującego w nadesłanym przez niego piśmie z 13.10.2021 r., w którym podnosił, że „(...) Zamawiający nie był zobligowany do zmiany terminu gwarantującego zachowanie 2 dni roboczych (art. 284 ust. 2 P.z.p.), gdyż zadane pytanie było przesłane po terminie na ich zadawanie

i Zamawiający nie miał już obowiązku udzielania na nie odpowiedzi, a tym samym nie miał obowiązku kolejny raz zmieniać terminu składania ofert" jest błędne i nie znajduje oparcia w ww przepisach prawa. Mając na względzie złożony charakter nadesłanych w terminie pytań do nin. postępowania oraz konieczność udzielenia wyczerpującej odpowiedzi, Zamawiający w dniu 13.09.2021 r., dokonał zmiany treści SWZ w zakresie terminu składania ofert w nin. postępowaniu, na dzień 20.09.2021 r., przekazując do BZP stosowne ogłoszenie o zmianie ogłoszenia nr BZP/2021 00178081/01 z 13.09.2021 r. W dniu 16.09.2021 r. Zamawiający zamieścił na stronie prowadzonego postępowania odpowiedzi na pytania zadane przez Wykonawców wraz ze zmienionym przedmiarem branży budowlanej, nowymi dokumentami w postaci zwymiarowanych rysunków pomieszczeń, umożliwiającymi Wykonawcom weryfikację danych zawartych w przedmiarach oraz zmienioną SWZ i wzorem umowy, przy czym Zamawiający zaniechał dokonania czynności zmiany terminu składania ofert w nin. postępowaniu, pozostawiając go na dzień 20.09.2021r.

Zmieniony przedmiar branży budowlanej, opublikowany przez Zamawiającego w dniu 16.09.2021 r., na stronie prowadzonego postępowania, zawierał nowo dodane pozycje w dziale 3 przedmiaru - Stolarka, w postaci: „zabezpieczenie drzwi nakładkami ochronnymi z dwóch stron skrzydeł" w ilości „44 sztuk", w stosunku do pierwotnie opublikowanego w dniu 30.08.2021 r. przedmiaru. Nadto, opublikowane dopiero wraz z odpowiedziami w dniu 16.09.2021 r., nowe dokumenty w postaci zwymiarowanych rzutów pomieszczeń, pozwalały na zweryfikowanie potencjalnym Wykonawcom danych zawartych w przedmiarach.

Nie sposób zgodzić się z argumentacją Odwołującego, sprowadzającą się do uznania ww wprowadzonej w dokumentach zamówienia zamiany, jako nieistotnej. W pierwszej kolejności wskazać należy, iż zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzanie oferty. Wymaga zatem podkreślenia, iż podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a więc taki, który zapewnia, że wykonawcy będą w stanie, bez dokonywania dodatkowych interpretacji, stwierdzić, co jest przedmiotem zamówienia oraz że wszystkie elementy istotne dla wykonania zamówienia będą w opisie uwzględnione. Opis przedmiotu zamówienia powinien pozwolić wykonawcom na przygotowanie oferty i obliczenie ceny z uwzględnieniem wszystkich czynników wypływających na nią. SA w Warszawie w wyroku z 03.12.2019 r., sygn. akt I ACa 266/19, uznał, że: „(...) ryzyko niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia obciąża zamawiającego".

Jak stanowi art. 286 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku gdy zmiana treści SWZ jest istotna dla sporządzenia oferty lub wymaga od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą treści SWZ i przygotowanie ofert, zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na ich przygotowanie. Dodatkowy czas i nowy termin składania ofert zamawiający ustala samodzielnie, oceniając zakres zmian i ich wpływ na sporządzenie oferty, przy czym ustawa Pzp pozostawia względną swobodę zamawiającemu co do określenia okresu, o jaki należy przedłużyć termin składania ofert, wymaga jednak dostosowania tego terminu do obiektywnych możliwości zapoznania się z nowymi informacjami, a więc ich obszerności, znaczenia czy nawet sposobu udostępnienia oraz konieczności przygotowania ofert z uwzględnieniem nowych informacji. Wobec tego, w przypadku gdy modyfikacja SWZ powoduje po stronie wykonawców konieczności wprowadzania zmian do przygotowywanych ofert, co niewątpliwie w nin. postępowaniu miało miejsce, ponieważ przedmiar branży budowalnej, opublikowany w dniu 16.09.2021 r., posiadał zmienioną treść w stosunku do jego pierwotnej wersji z 30.08.2021 r. Zamawiający był zobowiązany do przedłużania terminu składania ofert w nin. postępowaniu. Wskazał na wyrok KIO z 30.08.2019 r., sygn. akt: KIO 1599/19.

Nie zgodził, się ze stanowiskiem zaprezentowanym w odwołaniu z 13.10.2021 r., że

„(...) zakres przedmiotu zamówienia w żaden sposób się nie zmienił (nie zwiększył) gdyż sama czynność Zamawiającego miała charakter jedynie porządkowy" oraz „(...) wprowadzane zmiany, aby skutkowały, koniecznością przedłużenia okresu składania ofert, nie mogą mieć jedynie charakteru porządkującego - tak jak w niniejszym przypadku, lecz

musiałyby niejako tworzyć nową sytuację w postępowaniu, z czym nie mamy do czynienia."

Podkreślił, że zmiana wprowadzana przez Zamawiającego w opublikowanym w dniu 16.09.2021 r. przedmiarze branży budowalnej, miała co prawda charakter porządkujący, ale w znaczeniu takim, że nie tworzyła nowej sytuacji w postępowaniu, a uszczegółowiała opis przedmiotu zamówienia w myśl art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, dokonana modyfikacja, wymagała dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmienionymi dokumentami. Dla oceny istotności zmiany wprowadzonej w dokumentach zamówienia należy odnieść się do treści art. 271 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, iż zmianą istotną (poza innymi przypadkami) będzie zmiana dotycząca „określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu

zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania". Wówczas, zgodnie z art. 271 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający obligatoryjnie przedłuża termin składania ofert. Do uznania zamawiającego pozostaje jednak czas, o jaki owo wydłużenie zostanie dokonane. Dla oceny istotności zmiany nie ma znaczenia, czy zamawiający dokonał zaostrzenia wymagań, czy ich poluzowania, nie ma także znaczenia, w jakim zakresie owa zmiana dotyka jednego z wyżej wymienionych elementów - może to być jedynie drobna korekta, o charakterze porządkującym, polegająca na doprecyzowaniu użytego sformułowania bądź opisu. Ponadto, należy zwrócić uwagę, że skoro sam Zamawiający potrzebował kilku dni na udzielenie odpowiedzi dotyczących nin. postępowania, tym bardziej niestosowne było pozostawienie Wykonawcom tylko jednego dnia roboczego na dostosowanie ofert, do zmienionych dokumentów zamówienia, opublikowanych przez Zamawiającego na stronie prowadzonego postępowania dopiero w dniu 16.09.2021 r. Przywołał wyrok KIO z 27.03.2015r., sygn. akt KIO 496/15. Nadto, za nieuzasadnione w świetle zapisów dokumentacji nin. zamówienia, jawią się twierdzenia Odwołującego zawarte w jego odwołaniu z 13.10.2021 r.: „wprowadzona porządkowa

zmiana, w żaden sposób nie spowodowała najmniejszego ryzyka błędnego oszacowania ceny przez Wykonawcę (...)" oraz „Sama zaś czynność techniczna polegająca na

wyodrębnieniu zabezpieczeń z pozycji przedmiaru dotyczącego drzwi - do osobnej pozycji niczego dla oferty nie zmieniała (...)". Zgodnie bowiem z Rozdz. II, pkt 6 ppkt 1 i 2 SWZ, Zamawiający przyjął, że: „1) Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę\y oparciu o kosztorysy ofertowe sporządzone na postawie przedmiarów robót, stanowiących Załącznik nr 1 do SWZ. 2) Kosztorys ofertowy, o którym mowa w ust. 1, należy sporządzić metodą kalkulacji szczegółowej wraz z zestawieniem materiałów. Kosztorys ofertowy sporządzony przez Wykonawcę powinien w swoim zakresie być tożsamy z przedmiarami robót pod względem podstawy wyceny i ilości jednostek przedmiarowych z podaniem cen jednostkowych z narzutami dla poszczególnych pozycji kosztorysu". W myśl zapisów Rozdziału I, pkt 6, ppkt 6.13 SWZ, Wykonawca zobowiązany był złożyć wraz z ofertą m.in. Kosztorys ofertowy, sporządzony wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ. Zatem, nie złożenie bądź złożenie przedmiotowego kosztorysu ofertowego przez potencjalnego Wykonawcę, na zdezaktualizowanym formularzu, mogłoby stanowić podstawę do odrzucenia takiej oferty, zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - co w ocenie Zamawiającego, niezbicie dowodzi, iż przedmiary, stanowiące załącznik do SWZ w niniejszym postępowaniu, stanowiły istotny element składowy oferty, a tym samym zmiana dokonana w ich zakresie, determinowała konieczność zapewnienia niezbędnego czasu potencjalnym wykonawcom [zainteresowanym złożeniem oferty, celem przygotowania oferty. Zamawiający pragnie wskazać, iż mimo że wynagrodzenie kosztorysowe charakteryzuje się tym, iż jego wysokość na dzień zawarcia umowy nie jest możliwa do ustalenia w sposób ostateczny i precyzyjny, nie zwalnia to Wykonawcy z obowiązku dołożenia należytej staranności przy kalkulowaniu ceny oferty.

Kolejno, Zamawiający pragnie wskazać na istniejącą w podnoszonych przez Odwołującego, w piśmie z 13.10.2021 r. zarzutach, sprzeczność, przejawiającą się w tym, że z jednej strony Odwołujący twierdzi, iż „(...) nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że udostępnił nowe dokumenty, gdyż żadnych nowych dokumentów nie udostępnił (...)", a z drugiej strony wskazuje, że Zamawiający zamieścił na stronie postępowania rysunki z uzupełnionymi dodatkowo wymiarami, które zostały opublikowane dopiero w dniu 16.09.2021 r. Podnoszone przez Odwołującego twierdzenia jakoby „(...) informacje udzielone przez Zamawiającego w dniu 16.09.2021 r., nie wymagały żadnej szczegółowej analizy oraz nie miały najmniejszego wpływu na sporządzenie oferty (...)", są jedynie subiektywnymi odczuciami Odwołującego, obiektywnie nie znajdującymi uzasadnienia w świetle przedstawionej powyżej argumentacji.

Jak wskazał Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia nin. postępowania z 08.10.2021 r., zaniechanie przez Zamawiającego dokonania czynności zmiany terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, dotyczyło kluczowego etapu nin. postępowania, pozwalającego na ustalenie kręgu potencjalnych Wykonawców. Informacje udostępnione przez Zamawiającego wraz z udzielonymi w dniu 16.09.2021 r. odpowiedziami wymagały szczegółowej analizy ze strony potencjalnych Wykonawców, bowiem miały istotny wpływ na sporządzenie oferty - zmieniony przedmiar branży budowlanej opublikowany przez Zamawiającego ww dniu, bezsprzecznie zawierał nowe pozycje, co w konsekwencji - determinowało konieczność dokonania ponownej wyceny części zamówienia przez Wykonawców. Utrzymanie terminu składania ofert wyznaczonego przez Zamawiającego na dzień 20.09.2021 r., naraziło Wykonawców składających oferty na ryzyko błędnego oszacowania ceny zamówienia i jednocześnie stworzyło wysoce prawdopodobną sytuację, w której szereg potencjalnych wykonawców zrezygnowało z udziału w niniejszym postępowaniu, co przełożyło się na konkurencyjność nin. postępowania i możliwość wyboru wykonawcy, który gwarantowałby prawidłowe i terminowe wykonanie niniejszego zamówienia oraz potencjalnie korzystniejszej ceny.

Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, iż niniejsze postępowanie prowadzone jest w ramach Programu Operacyjnego Wiedza Edukacja Rozwój 2014-2020 nr WER/MZ/DO/2015, współfinansowanego ze środków Unii Europejskiej, która to informacja została zamieszczone przez Zamawiającego w opublikowanym w dniu 30.08.2021 r. w BZP, ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja II, pkt 2.14 i 2.15), a także pozostałych dokumentach zamówienia, m.in. SWZ. Wobec powyższego, oceniając charakter i wagę ww zaniechania, którego dopuścił się Zamawiający, tj. nie przedłużenia terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, należy mieć na uwadze treść Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) NR 1303/2013 z 17.12.2013 r. ustanawiające wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności, Europejskiego Funduszu Rolnego na rzecz Rozwoju Obszarów Wiejskich oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz ustanawiające przepisy ogólne dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego, Funduszu Spójności i Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego oraz uchylające rozporządzenie Rady (WE) nr 1083/2006 (Dz. U. UE. L. 2013.347.320). Przedmiotową nieprawidłowość, w postaci zaniechania przedłużenia terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, której dopuścił się Zamawiający, należy rozpatrywać w świetle brzmienia art. 2 pkt 36 ww Rozporządzenia, zgodnie z którym "nieprawidłowość" oznacza każde naruszenie prawa unijnego lub prawa krajowego dotyczącego stosowania prawa unijnego, wynikające z działania lub zaniechania podmiotu gospodarczego zaangażowanego we wdrażanie EFSI, które ma lub może mieć szkodliwy wpływ na budżet Unii poprzez obciążenie budżetu Unii nieuzasadnionym wydatkiem. Wskazał na wyrok NSA z 17.04.2013 r., sygn. akt II GSK 159/12 oraz na wyrok NSA z 02.09.2015 r., sygn. akt II GSK 1653/14. Zamawiający wskazał, że naruszenie przepisów ustawy Pzp, którego się dopuścił, poprzez zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, mogło prowadzić do potencjalnej szkody w budżecie Unii Europejskiej. Zamawiający bowiem dokonał modyfikacji SWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia, przy jednoczesnym braku przedłużenia terminu składania ofert. Przedmiotowe zaniechanie, którego dopuścił się Zamawiający doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Sytuacja, w której Zamawiający w dniu 16.09.2021 r., tj. na jeden dzień roboczy przed terminem składania ofert w niniejszym postępowaniu, opublikował na stronie internetowej prowadzonego postępowania, zmieniony przedmiar branży budowlanej oraz nowe dokumenty w postaci zwymiarowanych rysunków, jednocześnie nie przedłużając terminu składania ofert, pozostawiając go na dzień 20.09.2021 r., bezsprzecznie doprowadziło do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także zasady przejrzystości postępowania. Zdaniem Zamawiającego, owo zaniechanie, którego się dopuścił, uniemożliwiło złożenie oferty co najmniej jednemu zainteresowanemu wykonawcy, co w niniejszym postępowaniu stanowiłoby znaczący odsetek ofert. Zaistniałe w niniejszym postępowaniu naruszenie ustawy Pzp, należałoby oceniać jako nieprawidłowość w rozumieniu; przywołanego wyżej art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013. Zaistnienia skutków tego naruszenia w postaci spowodowania lub możności spowodowania szkody w budżecie ogólnym Unii Europejskiej w drodze finansowania nieuzasadnionego wydatku z budżetu ogólnego, należałoby poszukiwać w tym, że gdyby Zamawiający nie dopuścił się przedmiotowego zaniechania i wraz z opublikowaniem w dniu 16.09.2021 r., odpowiedzi i pozostałych zmienionych dokumentów zamówienia, przedłużyłby termin składania ofert w niniejszym postępowaniu o czas niezbędny na ich przygotowanie, o zamówienie publiczne mogłaby ubiegać się większa liczba oferentów, a potencjalnie wybrana oferta mogłaby być korzystniejsza od tych złożonych i w konsekwencji - zadanie współfinansowane ze środków publicznych mogłoby być zrealizowane za niższą kwotę.

W świetle poczynionych wyżej uwag, Zamawiający odnosząc się do zarzutu podniesionego przez Odwołującego w jego piśmie z 13.10.2021 r., tj. twierdzenia, że „(...)

nielogiczną jest teza, iż w wyniku przedmiotowych czynności Zamawiającego mogło dojść do rezygnacji potencjalnych oferentów z udziału w postępowaniu”, a także: „(...) nie sposób

przyjąć, iż Zamawiający w wyniku swoich działań nawet w najmniejszym stopniu uniemożliwił potencjalnym wykonawcom złożenie ofert”, podkreślił, iż pojęcie „potencjalnej szkody w budżecie UE” nie sprowadza się do tego, że powinna ona określać wartościową wysokość możliwego uszczerbku w budżecie UE, gdyż takie ujęcie prowadziłoby niejako do utożsamienia „szkody potencjalnej” ze „szkodą realną”, którą da się zidentyfikować i określić jej rozmiar. Wskazując skutki finansowe szkody potencjalnej, mogącej wyniknąć z występującego w niniejszym postępowaniu naruszenia przez Zamawiającego ustawy Pzp, należy podkreślić, że były one niejako rozproszone, gdyż nie można było ustalić ich kwotowej wartości. Innymi słowy, istniałoby wysokie prawdopodobieństwo, że takie skutki by wystąpiły, ale nie ma realnego sposobu zmierzenia ich rozmiarów. W tym miejscu zasadne jest przywołanie wyroku WSA w Gliwicach, z 15.04.2019 r., sygn. akt III SA/Gl 1176/18, w którym wskazał, że: „nieprawidłowość” ma miejsce w sytuacji, gdy w skutek naruszenia procedur doszło do powstania szkody lub mogłoby dojść do jej powstania w budżecie ogólnym UE. Możliwość powstania szkody należy rozumieć jako możliwość uszczuplenia

środków unijnych. Dla uznania zatem, że doszło do powstania „nieprawidłowości” w rozumieniu art. 2 pkt 36 Rozporządzenia 1303/2013 wystarczy ustalenie, że wskutek naruszenia procedur obowiązujących przy wydatkowaniu środków unijnych powstała hipotetyczna możliwość powstania szkody w budżecie ogólnym UE. Natomiast celem korekt finansowanych jest spowodowanie sytuacji, w której wszystkie wydatki deklarowane do finansowania ze środków unijnych będą wydatkowane zgodnie z prawem i odpowiednimi zasadami i przepisami krajowymi oraz unijnymi. Korekta finansowa jest zatem kwotą nienależnie wypłaconą ze środków budżetu UE. Wysokość korekty finansowej jest determinowana wysokością szkody poniesionej przez dany fundusz w związku z nieprawidłowością, którą z kolei relatywizuje się do charakteru naruszenia i jego wagi”. W zakresie szkody, w przywołanym wyżej orzeczeniu wskazano, że: „(...) szkodą bowiem w interesach finansowych Unii Europejskiej jest finansowanie z funduszy unijnych nieuzasadnionego wydatku, a nieuzasadniony wydatek to taki, który poniesiony został z naruszeniem podstawowych zasad prawa unijnego lub krajowego, w tym zasad określonych w Pzp; wystarczy stwierdzenie możliwości wystąpienia „potencjalnej” szkody w budżecie Unii Europejskiej. Stwierdzenie wystąpienia szkody „rzeczywistej” nie ma podstawowego znaczenia” (wyrok NSA z 10.09.2015 r., sygn. akt II GSK 175/15). Jak wynika z brzmienia przytoczonego wyżej orzeczenia, do nałożenia korekty finansowej wystarczające jest to, że wskutek dokonania naruszenia obowiązujących beneficjenta procedur, powstała hipotetyczna możliwość powstała szkody w budżecie ogólnym UE, nie musi zatem powstać szkoda rzeczywista. Zaniechanie, którego dopuścił się Zamawiający, poprzez nieprzedłużenie terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, uniemożliwiło potencjalnym wykonawcom złożenie oferty, z uwagi na brak niezbędnego czasu na ich przygotowanie w oparciu o zmienione dokumenty zamówienia, opublikowane przez Zamawiającego na stronie prowadzonego postępowania dopiero w dniu 16.09.2021 r. Udzielając zamówienia w takim stanie rzeczy, Zamawiający potencjalnie naraziłby budżet UE na szkody, bowiem poniósłby wydatki, które przy zachowaniu zasad wynikających z przepisów ustawy Pzp, mogłyby być niższe, a tym samym niższy byłby wkład finansowy z budżetu UE. Jednocześnie Zamawiający jest świadomy, iż nie sposób w tym przypadku wycenić o ile korzystniejsze i niższe byłyby oferty wykonawców konkurencyjnych, którzy mogliby przystąpić do postępowania przy zachowaniu zasad konkurencyjności, jednak zachowanie ww zasad dawałoby gwarancie wyłonienia wykonawców oferujących

najkorzystniejsze warunki, w tym najniższa cenę. zaś niezachowanie przez Zamawiającego

tych zasad - takiej gwarancji by nie dawało. Jak wskazał Zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia nin. postępowania z 08.10.2021 r., występującą w nin. postępowaniu wadę można byłoby usunąć poprzez zmianę ogłoszenia o zamówieniu i przedłużenie o czas niezbędny na sporządzenie oferty, terminu składania ofert. Z uwagi na jednak na niemożność usunięcia występującej w nin. postępowaniu wady, po dokonaniu przez Zamawiającego czynności niepowtarzalnych, takich jak otwarcie ofert, zastosowany przez Zamawiającego mechanizm kontrolowania procedury, a w konsekwencji naprawienie popełnionych błędów, w drodze unieważnienia niniejszego postępowania, należy rozpatrywać w kategorii obowiązków, a nie uprawnień zamawiającego. Nadrzędną zasadą dotyczącą wszelkiego rodzaju czynności dokonywanych przez instytucje zamawiające w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem ich zgodność z przepisami ustawy Pzp.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się

z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący zaoferował najkorzystniejszą cenę, a wobec zaoferowania przez obu Wykonawców w ramach drugiego kryterium oceny ofert takiego samego terminu gwarancji, w wypadku więc potwierdzenia zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba oddaliła wniosek o odrzucenie odwołania sformułowany w odpowiedzi na

odwołanie oraz podtrzymamy na rozprawie. Po pierwsze, kopia odwołania została przekazana nie tylko drogą elektroniczną ale w wersji papierowej wpływ bezpośredni do kancelarii Zamawiającego 13.10.2021 r. Po drugie, Izba wskazuje także względem wersji przekazanej drogą elektroniczną, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego odwołanie nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 6 ustawy Pzp, zgodnie którym Izba odrzuca odwołanie, jeśli Odwołujący nie przekazał kopii odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do złożenia odwołania. Zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp Odwołujący przekazuje

Zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej albo postaci elektronicznej albo kopię tego odwołania, jeżeli zostało ono wniesione w formie pisemnej, przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Domniemywa się, że Zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przekazanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (art. 514 ust. 3 ustawy Pzp). Regulujący kwestię sposobu przekazania kopii odwołania przepis art. 514 ust. 2 ustawy Pzp w sposób wyraźny przewiduje, że przekazanie to może się odbyć drogą elektroniczną (nie ogranicza sposobu w jakim odwołanie albo jego kopia mogą być przekazane Zamawiającemu), co więcej zastosowanie drogi elektronicznej (art. 514 ust. 3 ustawy Pzp) rodzi określone skutki prawne, tj. domniemanie że Zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia. W drugiej kolejności Izba zważyła, że Zamawiający nie obalił domniemania wynikającego ze art. 514 ust. 3 ustawy Pzp. Niewątpliwie przesłanie kopii odwołania w dniu 13.10.2021 r. o g. 15.24 nastąpiło przed upływem 5 dniowego terminu do wniesienia odwołania, który upływał w tym dniu o g. 24.00 (art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy

Pzp w zw. z art. 514 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ustawy Pzp w zw. z art. 111 § 1 Kc). Okoliczność, iż nastąpiło to po godzinach urzędowania Zamawiającego nie było wystarczające do obalenie domniemania, iż Zamawiający mógł się zapoznać z treścią przesłanej kopii odwołania. Niewątpliwie potencjalna możliwość odebrania poczty elektronicznej istniała w dniu 13.10.2021 r. po g. 15.24. Obalenie domniemania wynikającego z art. 514 ust. 3 ustawy Pzp wymagałoby wykazania przez Zamawiającego, iż zaistniała taka okoliczność, która uniemożliwiałaby Zamawiającemu nawet potencjalną możliwość zapoznania się z treścią odwołania, a takiego dowodu Zamawiający nie przeprowadził. Powyższe znajduje swoje potwierdzenie także w stanowisku doktryny: „(.) Przekazanie kopii odwołania może nastąpić także przy użyciu środków komunikacji elektronicznej (zdefiniowanych w art. 7 pkt 23 PZP, zatem z wyłączeniem faksu) - w takim przypadku może być dokonane do upływu ostatniego dnia przewidzianego na jego wniesienie, niezależnie od godzin, w jakich pracuje zamawiający. Przepis art. 514 ust. 3 PZP zawiera domniemanie, że zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie odpowiednio odwołania albo jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. (.)" (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 1147).

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności postanowień SWZ z 27.08.2021 r., wzoru umowy, pierwotnych przedmiarów, projektu technicznego, pierwotnych rysunków, wniosku o wyjaśnienie treści SWZ z 12.09.2021 r., przedłużenia terminu składnia ofert przez Zamawiający w dniu 13.09.2021 r., odpowiedzi na pytania - pismo z 16.09.2021 r. wraz z przedmiarami opublikowanymi 16.09.2021 r., jaki i zwymiarowanymi oraz nie

zwymiarowanymi rzutami pomieszczeń opublikowanymi 16.09.2021 r., oferty Odwołującego oraz oferty konkurencyjnego Wykonawcy, jak i unieważnienia postępowania z 08.10.2021 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołania:

1) potwierdzenie otrzymania przez Zamawiającego wiadomości e-mailowej od Odwołującego z 13.10.2021 r., godz. 15:24 wraz z załącznikami - na okoliczność wykazania daty i godziny przekazania Zamawiającemu przez Odwołującego, kopii odwołania;

2) SWZ z 27.08.2021 r. - na okoliczność wykazania godzin pracy Zamawiającego i upoważnionych przez niego pracowników, celem wykazania braku faktycznej możliwości zapoznania się przez Zamawiającego z treścią przesyłanej w ramach nin. postępowania korespondencji przez Wykonawców;

3) wiadomość z 12.09.2021 r. nadesłana na adres e-mailowy Zamawiającego - na okoliczność potwierdzenia, iż wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wpłynął do Zamawiającego w terminie obligującym Zamawiającego do udzielenia odpowiedzi, zgodnie z art. 284 ust. 2 ustawy Pzp;

4) wydruk ze strony prowadzonego postępowania - na okoliczność potwierdzenia dnia opublikowania przez Zamawiającego odpowiedzi wraz z załącznikami oraz zaniechania jednoczesnej zmiany terminu składania ofert w niniejszym postępowaniu, a tym samym niedochowania przez Zamawiającego terminu udzielenia wyjaśnień, wskazanego w art 284 ust 2 ustawy Pzp;

5) zmieniony przedmiar budowlany opublikowany w dniu 16.09.2021 r. oraz przedmiar budowalny opublikowany w dniu 30.08.2021 r. - na okoliczność wykazania zmian wprowadzonych w przedmiotowym dokumencie;

6) wydruk ze strony prowadzonego postępowania oraz opublikowane w dniu 16.09.2021 r. na stronie prowadzonego postępowania, zwymiarowane rzuty pomieszczeń - na okoliczność wprowadzenia nowych danych w ramach opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu, przy jednoczesnym nie przedłużeniu termin składania ofert przez i Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowisko wynikające także z odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, stanowiska i oświadczenia stron oraz złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie podlega uwzględnieniu.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1) art. 255 pkt. 6 NPzp - polegające na jego błędnym zastosowaniu jako podstawy do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w wyniku błędnego przyjęcia, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji kiedy taka przesłanka nie zaistniała;

2) art. 286 ust. 3 NPzp - błędne uznanie, iż dokonując zmiany w postaci dodania pozycji „zabezpieczenie drzwi nakładkami ochronnymi z dwóch stron skrzydeł" w przedmiarze branży budowlanej, Zamawiający był zobligowany do przedłużenia terminu składania ofert. Dokonana zmiana nie była istotną zmianą wymagająca od wykonawcy dodatkowego czasu na zapoznanie się z nią albowiem dodany tą pozycją zakres prac (i materiałów) od samego początku były już ujęty w dokumentacji projektowej oraz pierwotnym przedmiarze. Czynność dokonana w toku postępowania przez Zamawiającego polegała jedynie na wyodrębnieniu (podzieleniu) z pierwotnej pozycji dot. wyceny drzwi wraz z panelami odrębnej pozycji dot. drzwi oraz odrębnej dot. paneli - co nie miało żadnego znaczenia zarówno dla wykonawcy jak i dla samej oferty, jej wyceny, ustaleń z podwykonawcami, ceny oferty oraz dla prawidłowego jej złożenia.

3) art. 286 ust. 3 NPzp - błędne uznanie, iż ukazanie na rysunkach nr A.pb4-8 projektu technicznego części wymiarów nie zagwarantowano potencjalnym wykonawcom odpowiedniego czasu do zaznajomienia się z nimi, co mogło mieć wpływ na oszacowanie ceny lub też mogło skutkować rezygnacją potencjalnych oferentów z udziału w postępowaniu.

4) art. 239 ust.1 NPzp - polegające na zaniechaniu dokonania weryfikacji złożonych ofert i odstąpieniu od wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentacji zamówienia, w sytuacji, kiedy Zamawiający otrzymał prawidłowo złożoną ofertę od Odwołującego.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania,

odpowiedzi na odwołanie, w szczególności postanowienia SIWZ oraz odpowiedzi na pytania udzielone 16.09.2021 r. Zgodnie z tymi ostatnimi:

„(...) Pytanie nr: 1

1. W SWZ w punkcie 6 podpunkt 4) Zamawiający zapisał: "Skutki finansowe jakichkolwiek wad (błędów) w dokumentacji projektowej obciążają wykonawcę zamówienia, a zatem musi on przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia. W związku z powyższym zaleca się szczegółowe sprawdzenie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót jak również przyszłego placu budowy. tł. Prosimy o podanie podstawy prawnej powyżej przytoczonego fragmentu.

2. Zgodnie z PZP do obowiązków wykonawcy nie należy specjalistyczne badanie projektu budowlanego. Wykonawca jest jedynie obowiązany odczytać projekt i wykonać roboty budowlane zgodnie z jego założeniami oraz zasadami sztuki budowlanej. Wykonawca jest wolny od odpowiedzialności za wady robót wynikające z wad projektu, jeżeli o wadach tych

uprzedził inwestora lub też pomimo dołożenia należytej staranności wad nie był w stanie

zauważyć (wyroku z dnia 27 grudnia 2011 r., KIO 2649/11; wyroku z dnia 23 sierpnia 2010 r., KIO/UZP 1698/10). Prosimy zatem o wykreślenie zapisu z SWZ zacytowanego w pytaniu 1

ponieważ nie jest on zgodny z prawem, co dokumentują wyroki KIO przytoczone powyżej. Jeśli jest zgodny z prawem prosimy o podanie podstawy prawnej.

3. Te same pytania zostały zadane Państwu przy innym postępowaniu przetargowy. Odpisali Państwo, że z ostrożności "zaleca się" Wykonawcy sprawdzenie dokumentacji projektowej. Oczywiście wykonawca ma obowiązek informowania o wadach dokumentacji projektowej *ale nie może odpowiadać finansowo za błędy projektanta. * Wnioskujemy zatem jeszcze raz aby zapis "Skutki finansowe jakichkolwiek wad (błędów) w dokumentacji projektowej obciążają wykonawcę zamówienia, a zatem musi on przewidzieć wszystkie okoliczności, które mogą wpłynąć na cenę zamówienia. W związku z powyższym zaleca się szczegółowe sprawdzenie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót jak również przyszłego placu budowy." został wykreślony z SWZ jako niezgodnego z prawem.

Odp: dotyczy pkt.1;2;3 - Zapis ust.6 pkt.4 zdanie trzecie oraz zapis pkt 5 (Rozdział II) SWZ zostaje zmieniony w następujący sposób:

Wykonawcy zamierzający brać udział w postępowaniu zobowiązani są do bardzo starannego zapoznania się z przedmiotem zamówienia, warunkami wykonania i wszystkimi czynnikami mogącymi mieć wpływ na cenę zamówienia. Określona w ofercie cena musi uwzględniać wszystkie wymagania Zamawiającego określone w SWZ oraz obejmować wszystkie elementy konieczne do kompleksowego wykonania zamówienia, w tym wszelkie należne opłaty oraz wszystkie wydatki, jakie poniesie wykonawca z tytułu należytego oraz zgodnego z umową i obowiązującymi przepisami wykonania przedmiotu zamówienia. W tym celu wykonawca powinien uwzględnić w cenie oferty wszystkie koszty ujęte nie tylko w dokumentacji projektowej i STWiOR ale również te niezbędne do realizacji zamówienia m.in. koszty wszelkich robót przygotowawczych (oznakowanie i zabezpieczenie terenu budowy zgodnie z przepisami), robót tymczasowych związanych z dostarczaniem materiałów budowlanych, porządkowych, wykonania dokumentacji powykonawczej w tym kalkulacji powykonawczej w formie szczegółowego kosztorysu.

Pytanie nr:2

W S WZ w punkcie 6 w podpunkcie 1) Zamawiający wskazuje, że cena ma zostać wyliczona w oparciu o kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie przedmiaru robót stanowiących załącznik nr I do SWZ. W podpunkcie 5) Zamawiający pisze, że przedmiar ma jedynie charakter wyłącznie informacyjny i podane w nim wartości są pozycjami sugerowanymi, które wykonawca ma zweryfikować i w podpunkcie. Prosimy zatem o jednoznaczne wskazanie czy rozliczenie za niniejszą inwestycję ma charakter kosztorysowy czy ryczałtowy, ponieważ ujęte w

SWZ zapisy są ze sobą sprzeczne.

Odp: Rozliczenie kosztorysowe.

Pytanie nr:3

Prosimy o udostępnienie zwymiarowanych rysunków, które umożliwią weryfikację udostępnionych przedmiarów. Odp: Zwymiarowane rzuty przedkładamy w załączeniu.

Pytanie nr:4

Prosimy o uzupełnienie dokumentacji projektowej o rysunek "Poziom +1 -rzut sufitu"

Odp: Istniejący sufit podwieszany na „Poziomie +1" nie będzie wymieniany (z tego względu rzut sufitu podwieszanego został ujęty na rzucie „Poziom +1- wykończenie ścian i podłóg".
Pytanie nr:5

W związku z brakiem zwymiarowanych rysunków prosimy o wydłużenie terminu składania ofert aby po uzupełnieniu dokumentacji wykonawca miał możliwość rzetelnej analizy dokumentacji projektowej pod względem ilościowym.

Odp: Zamawiający pozostawia SWZ bez zmian.

Pytanie nr:6

Czy Wykonawca może wprowadzać zmiany ilościowe do udostępnionych przedmiarów, nie

zmieniając podstaw wyceny ilości przedmiarowych?

Odp: Tak.

Pytanie nr: 7

Czy Wykonawca może dokładać pozycję do przedmiaru jeśli zauważy, że nie została ona ujęta w przedmiarze, czy nie spowoduje to odrzucenia jego oferty w związku z zapisem z SWZ punkt 6. podpunkt 1?

Odp: Tak.

Pytanie nr:8

Prosimy o wyjaśnienie czy instalacja c.o. wraz z grzejnikami wchodzi w zakres niniejszego zadania (na rysunkach np. A.pb.4 wskazano grzejniki do przeniesienia). Jeśli tak proszę o udostępnienie dokumentacji projektowej i przedmiarów.

Odp: W zakres robót wchodzi demontaż 2 istniejących grzejników i przesuniecie ich w nowe lokalizacje (na przeciwlegle ściany), łączna długość instalacji jaką należy wykonać przesuwając grzejniki - 6,4 mb.

Pytanie nr:9

Prosimy o wyjaśnienie czy instalacja wod-kan wchodzi w zakres niniejszego zadania. Jeśli tak proszę o udostępnienie dokumentacji projektowej i przedmiarów.

Odp: W projekcie nie zostały ujęte nowe punkty sanitarne. Projekt obejmuje jedynie przesuniecie umywalki na sąsiednią ścianę w toalecie na parterze przy sali izolacji.

Pytanie nr: 10

Porównując rysunki inwentaryzacji z rzutami z projektu modernizacji - parter - na rysunkach inwentaryzacji w pom. wc przy sali izolacji 88c nie ma ustępu WC, a umywalka jest na innej ścianie - piętro - na rysunkach inwentaryzacji w pom. 172 oraz 181 nie występują umywalki, a w projekcie modernizacyjnym są wrysowane Prosimy zatem o udostępnienie opisu i rysunków dla modernizacji instalacji wod-kan oraz przedmiarów.

Odp: Parter- na rysunkach inwentaryzacji w pomieszczeniu wc przy Sali izolacji 88c nie ma ustępu WC, a umywalka jest na innej ścianie;

- na inwentaryzacji jest wrysowany WC, jednak został zasłonięty wymiarem, projektowana jest jedynie umywalka na sąsiadującej ścianie- konieczne jest przesunięcie przyłącza na ścianę obok (odległość o jaką należy przesunąć przyłącze wynosi- 70 cm).

Piętro +1 —w pom. 172 oraz 181. na inwentaryzacji są wrysowane umywalki.

Pytanie nr: 11

Prosimy o wskazanie lokalizacji montażu drzwi o symbolu 002.

Odp: Drzwi oznaczone symbolem 002 są to drzwi wejściowe do budynku, oznaczone na rzucie „Poziom 0”, zaznaczone również nr „10”, prowadzące do pomieszczeń.

Pytanie nr: 12

Prosimy o uzupełnienie przedmiarów o dostawę i montaż osłon na drzwi. Czy osłony mają być montowane po obu stronach skrzydła drzwiowego?

Odp: Osłony na drzwi mają być montowane po obu stronach drzwi.

Pytanie nr: 13

Czy dostawa i montaż "systemu kolejkowego” wchodzą w zakres niniejszej inwestycji? Jeśli tak prosimy o opis. Odp: System kolejkowy nie wchodzi w zakres przedmiotowych robót.
Pytanie nr: 14

Prosimy o podanie minimalnych parametrów dla montowanych rolet.

Odp: Rolety dostosowane do wymiarów okien, w kasecie o konstrukcji aluminiowej w kolorze białym, sterowane ręcznie. Tkanina zaciemniająca, trudnopalna, łatwa w utrzymaniu

czystości, kolor tkaniny do wyboru Zamawiającego. (...)”.

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutów nr 1 - 3, w ocenie Izby podlegają one uwzględnieniu.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że w zakresie unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 NPzp. „(.) przesłanką unieważnienia postępowania jest wystąpienie w nim niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Do jej zastosowania konieczne jest ustalenie, że:

1) w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (wada postępowania), przy czym błędy w postępowaniu o marginalnym znaczeniu, pozostające bez wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu

umowy, nie są wystarczającą podstawą do unieważnienia postępowania - wyr. KIO

z 22.9.2017 r., KIO 1893/17, Legalis);

2) naruszenie to stanowi wadę niemożliwą do usunięcia. Jeśli wada jest usuwalna, konieczne jest jej usunięcie - w takim przypadku nie ma możliwości unieważnienia postępowania. Taką wadą jest np. naruszenie zasady jawności otwarcia ofert poprzez nieotwarcie jednej z nich (zob. wyr. KIO z 12.4.2019 r., KIO 574/19, Legalis), brak możliwości złożenia oferty przez wykonawcę z powodu podania błędnego klucza do szyfrowania ofert przez zamawiającego (zob. wyr. KIO z 10.12.2019 r., KIO 2391/19, Legalis); brak możliwości złożenia oferty przez wykonawcę z powodu wadliwie działającego systemu wykorzystywanego przez zamawiającego do złożenia oferty (wyr. KIO z 22.1.2020 r., KIO 15/20, Legalis);

3) wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy (konieczne jest zatem ustalenie związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady postępowania a brakiem możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu).

2. Ocena wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Ustalenie, czy w danym postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie

niepodlegającej unieważnieniu umowy, powinno być dokonywane przede wszystkim poprzez

odniesienie określonego naruszenia przepisów PZP do przyczyn, z powodu których zawarta

umowa podlega unieważnieniu, określonych w art. 457 ust. 1 PZP. Wady te stanowią konsekwencję znaczących uchybień w stosowaniu przepisów odnoszących się do prowadzenia postępowania, spowodowanych przez zamawiającego. Dostrzec należy, że do zastosowania tego przepisu wystarczające jest ustalenie, że umowa może podlegać unieważnieniu (tzw. nieważność względna umowy). Nie jest wymagane ustalenie, że umowa będzie bezwzględnie nieważna, tj. od momentu jej zawarcia, ale należy brać pod uwagę również przypadki zawarcia umowy obarczonej nieważnością bezwzględną, np. z przyczyn określonych w art. 58 KC. (...)” (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 693-694).

Z kolei, w zakresie art. 286 ust. 3 NPzp oraz obowiązku wydłużenia terminu składania

ofert:

„(.)1. Zmiany istotne dla sporządzenia oferty lub wymagające dodatkowego czasu na zapoznanie się z nimi. W celu zapewnienia wykonawcom możliwości uwzględnienia wprowadzonych do - odpowiednio - SWZ lub opisu potrzeb i wymagań zmian ustawodawca nakazuje zamawiającym odpowiednie wydłużenie terminu składania ofert (lub ofert podlegających negocjacjom). W przypadku gdy zmiany treści dokumentów zamówienia są istotne dla sporządzenia ww. ofert lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się z wprowadzonymi zmianami i przygotowanie takich ofert, zamawiający obligatoryjnie wydłuża termin na ich złożenia.

2. Okres przedłużenia terminu składania ofert lub ofert podlegających negocjacjom. Prawo

zamówień publicznych nie zakreśla minimalnego okresu przedłużenia, jednakże wskazuje (w ust. 3 i 4 komentowanego przepisu), że wydłużenie terminu składania - odpowiednio - ofert lub ofert podlegających negocjacjom powinno nastąpić o czas niezbędny na zapoznanie się z wprowadzoną zmianą i przygotowanie oferty (lub oferty podlegającej negocjacjom). Zamawiający musi zatem samodzielnie ocenić, jaki wpływ na czasochłonność przygotowania ofert ma wprowadzona do dokumentów zamówienia zmiana. Wymaga to

indywidualnej oceny, należy jednak brać pod uwagę realne potrzeby wykonawców. Brak

przedłużenia terminu bądź przedłużenie go o zbyt krótki czas może ograniczyć wykonawcom możliwość złożenia prawidłowej oferty. (...)" (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 745).

Odnośnie, zaś istotnego charakteru zakresu oraz zasad wydłużania terminów składnia ofert stwierdza się, że: „(.)1. Obligatoryjne wydłużenie terminu składania ofert. Aby zapewnić wykonawcom możliwość uwzględnienia wprowadzonych do SWZ zmian, ustawodawca nakazuje zamawiającym odpowiednie wydłużenie terminu składania ofert. Obligatoryjnie zamawiający wydłuża termin składana ofert, gdy zmiany treści SWZ są istotne dla sporządzenia oferty lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie

się ze zmianą SWZ i przygotowanie ofert. Jak wskazano w motywie 81 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, przez istotne zmiany należy rozumieć zmiany w szczególności w specyfikacjach technicznych, w odniesieniu do których wykonawcy potrzebowaliby dodatkowego czasu na

ich zrozumienie i odpowiednią reakcję.

2. Czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ. Wydłużenie terminu składnia ofert powinno nastanie o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ (niejednokrotnie zmiany SWZ wprowadzane są poprzez udostępnienie nowej obszernej dokumentacji technicznej, która wymaga znacznej ilości czasu dla zapoznania się z nią) i przygotowanie oferty Zamawiający musi zatem samodzielnie ocenić, jaki wpływ na czasochłonność

przygotowania ofert ma wprowadzona zmiana SWZ. Wymaga to indywidualnej oceny, należy

jednak brać; pod uwagę realne. potrzeby wykonawców. Brak przedłużenia terminu bądź przedłużenie go o zbyt krótki czas może ograniczyć wykonawcom możliwość złożenia prawidłowej oferty. (.)" (Komentarz Prawo Zamówień Publicznych, pod red. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo C. H. Beck, W-wa 2021, str. 445).

W przedmiotowym stanie faktycznym, Izba uwzględniała odwołanie w zakresie wskazanych wyżej zarzutów, przychylające się do stanowiska wyrażonego w odwołaniu oraz na rozprawie przez Odwołującego. Jedynie kwestia zadania pytania po terminie na ich zadawanie, jak i braku obowiązku z tej przyczyny po stronie Zamawiającego udzielania odpowiedzi na nie, a tym samym braku z uwagi na tą okoliczność obowiązku kolejnego razu zmiany terminu składnia ofert, nie została potwierdzona. W tej kwestii Zamawiający przedstawił w odpowiedzi na odwołanie wyczerpujące stanowisko, które nie było kwestionowane na rozprawie przez Odwołującego. Jednakże, powyższa okoliczność nie ma znaczenia dla przedmiotu sporu, gdyż Odwołujący nie zawarł w petitum odwołania nawet zarzutu naruszenia art. 284 ust. 2 NPzp.

W konsekwencji zarzuty odwołania podlegające rozpoznaniu w tym miejscu uzasadnienia zostały uwzględnione. Zaś, analiza dokumentacji postępowania potwierdziła stanowisko wyrażone przez Odwołującego, że w dokumentacji projektowo - budowlanej, tj. w inwentaryzacji rzutu parteru (rzut parteru arkusz nr 3), tj. dokumencie, który od początku znajdował się w dokumentacji postępowania znajdowały się wymiary, które następnie zostały przepisane w ramach rzutów dołączonych do odpowiedzi na pytania (rzut parteru z naniesionymi wymiarami pomieszczeń - Apb.4). Powyższe generalnie dotyczy wymiarów dopisanych na rysunkach A.pb. 4 do A.pb. 8, gdyż od początku znajdowały się one na rysunkach inwentaryzacji (rzut parteru arkusz nr 3 oraz rzut pierwszego pietra arkusz nr 4). Dodatkowo, pozostałe rzuty - np. A.pb.2, A. pb. 3 były dołączone bez wymiarów.

Jednocześnie, należy potwierdzić, że podstawą wyceny były kosztorysy ofertowe sporządzone na podstawie przedmiarów [Rozdz. II pkt 6.1 do 6.4 SWZ: „1) Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o kosztorysy ofertowe sporządzone na podstawie przedmiarów robót, stanowiących Załącznik nr 1 do SWZ.

2) Kosztorys ofertowy, o którym mowa w ust. 1, należy sporządzić metodą kalkulacji

szczegółowej wraz z zestawieniem materiałów. Kosztorys ofertowy sporządzony przez Wykonawcę powinien w swoim zakresie być tożsamy z przedmiarami robót pod względem

podstawy wyceny i ilości jednostek przedmiarowych z podaniem cen jednostkowych

z narzutami dla poszczególnych pozycji kosztorysu.

3) cenę oferty należy podać w PLN w „FORMULARZU OFERTY OGÓLNYM".

4) Cena oferty musi zawierać wszelkie koszty niezbędne do zrealizowania zamówienia wynikające wprost z dokumentacji projektowej, jak również w niej nie ujęte z powodu wad dokumentacji projektowej wynikających z jej niezgodności z zasadami wiedzy technicznej lub stanem faktycznym, a bez których nie można wykonać zamówienia. Będą to między innymi następujące koszty: podatku VAT, wykonania wszelkich robót budowlanych niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia i uzyskania pozwolenia na użytkowanie (o ile dotyczy), wykonania wszelkich robót przygotowawczych, wykończeniowych i porządkowych, zorganizowania, zagospodarowania i późniejszej likwidacji placu budowy, zabezpieczenia placu budowy, zorganizowania i utrzymania zaplecza budowy koszty wykonania

dokumentacji powykonawczej, koszty związane z odbiorami wykonanych robót, posprzątania terenu budowy po zakończeniu realizacji robót budowlanych i innych czynności wynikających z umowy, jak również koszty wszelkich innych prac niezbędnych do wykonania i prawidłowej eksploatacji przedmiotu zamówienia. (.)"].

Podstawą, zaś wyceny, były wielkości wynikające z przedmiarów (Rozdz. II pkt 6.2 zdanie drugie SWZ), przy czym przy rozliczeniu ostatecznym wiążący będzie kosztorys powykonawcy [§ 6 ust.1 -3 wzoru umowy: „(.)1. Wartość kosztorysową robót Strony ustalają na kwotę:

wartość netto: ..zł; podatek VAT: .... zł; wartość brutto .....zł (słownie:.. /100),

a jej ostateczna wysokość zostanie ustalona na podstawie kosztorysu powykonawczego przedstawionego przez Wykonawcę, oraz sprawdzonych i potwierdzonych przez Inspektora nadzoru inwestorskiego obmiarów rzeczywiście wykonanych robót budowlanych, z zachowaniem cen jednostkowych wskazanych w kosztorysie ofertowym Wykonawcy. (.)

2. Kwota określona w ust. 1 zawiera wszystkie koszty związane z realizacją zadania/zadań, o którym mowa w § 1, wynikające wprost z przedmiaru robót będące podstawą obliczenia wynagrodzenia kosztorysowego oraz następujące koszty, w szczególności:

1) wykonania inwentaryzacji oraz dokumentacji powykonawczej;

2) koszty wszelkich robót przygotowawczych, demontażowych, wyburzeniowych, odtworzeniowych, porządkowych, zagospodarowania terenu budowy, robót związanych z utrudnieniami wynikającymi z realizacji robót bez włączenia z eksploatacji innych pomieszczeń, koszty oznakowania i zabezpieczenia terenu budowy oraz wszystkie inne koszty mające wpływ na wykonanie robót budowlanych.

3. W przypadku, gdy ilość faktycznie wykonanych robót będzie odbiegała od ilości robót

wynikających wprost z przedmiaru robót, będącego podstawą obliczenia wynagrodzenia

kosztorysowego wynagrodzenie określone w ust. 1 zostanie proporcjonalnie zmniejszone lub

zwiększone przy zachowaniu cen jednostkowych zawartych w kosztorysie ofertowym. (...)"].

Zwymiarowanie było wiec irrelewantne.

W zakresie stolarki, należy zauważyć, że od początku w zestawieniu stolarki drzwiowej (A.pb.23) oraz rozwinięciu ścian korytarza (A.pb.16) znajdowały się informacje o tym, że drzwi powinny zawierać takie nakładki ochronne, jak zostało wskazane w ramach zmiany przedmiarów z 16.09.2021 r. Do tego, pokazywały, które z nich miały mieć owe zabezpieczenia (ID: 000,000,001, 004, 004), a które nie (ID: 002, 003). Jednocześnie, kwestia tego rodzaju, że nakładki ochronne kupuje się w komplecie na obie strony (Odwołujący przedstawił powyższą informacje na rozprawie jako rzecz powszechnie znaną, wręcz notoryjną), nie została w żaden wymierny, wiarygodny sposób podważona przez Zamawiającego.

Jednocześnie, ilość drzwi i nakładek wynosi 44 i odpowiada po przeliczeniu ilości ze zmienionych przedmiarów (poz. 19 d.3 - (9+11+2+10+12), a zarazem odpowiada ilości wynikającej z zestawienia stolarki drzwiowej [A.pb.23 - ID: 000 (ilość: 9), ID: 000 (ilość: 11), ID: 001 (ilość: 2), ID: 004 (ilość: 10), ID: 004 (ilość: 12)], które znajdowało się w dokumentacji postępowania od początku. Nadto, sam Zamawiający pierwotne wskazał, w ramach odpowiedzi na pytanie 5 („Pytanie nr: 5 W związku z brakiem zwymiarowanych rysunków prosimy o wydłużenie terminu składania ofert aby po uzupełnieniu dokumentacji wykonawca

miał możliwość rzetelnej analizy dokumentacji projektowej pod względem ilościowym.

Odp: Zamawiający pozostawia SWZ bez zmian.”), że de facto odmawia przesunięcia terminu składnia ofert, uznając, że odpowiedzi udzielone na zadane pytania nie wprowadzają zmian do postanowień SWZ.

Izba podkreśla, że Zamawiający wyraźnie stwierdził, na pytanie zadane na rozprawie, że mimo iż pytania te dotyczyły różnych kwestii, to spośród tych pytań uznał, że najistotniejsze znacznie miały odpowiedzi na nie, dotyczące stolarki oraz owych rzutów, czyli rysunków, które załączył przy odpowiedziach z 16.09.2021 r. Z tych też względów zaakcentował te kwestie w unieważnieniu postępowania, jako najbardziej istotnie. W konsekwencji odwołanie, jak i rozprawa, a wobec tego również uzasadnienie orzeczenia odnosi się tylko do powyższych kwestii. Tak bowiem, jak Odwołujący jest związany zarzutami odwołania, tak Zamawiający podstawą faktyczną czynności unieważnienia z 08.10.2021 r.

Nadto, Izba wskazuję, że pierwotnie, jak i po zmianach pozycję przedmiarów dotyczące stolarki miały być wycenione (kalkulacja) na podstawie „analizy indywidualnej” (poz. 20.d3, 21.d3 oraz 21.d4), czyli wycenie indywidualnej. Istniała więc możliwość wliczenia w kosztorys ofertowy oparty na przedmiarach pierwotnych, w te pozycję, gdzie były drzwi z nakładkami ochronnymi, kosztu z tym związanego. Odwołujący bowiem wskazał na rozprawie, że na podstawie zestawienia stolarki drzwiowej (A.pb.23) można było ustalić na jakich drzwiach i ilu, muszą być nakładki ochronne. Z tych względów, Izba uznała, że zmiany dokonane przez Zamawiającego w ramach odpowiedzi na pytania - pismo z 16.09.2021 r. - i ujęcie dodatkowej oddzielnej pozycji (poz. 19 d.3) dotyczącej nakładek ochronnych miał tylko i wyłącznie charakter porządkowy. Powyższe dotyczy także dołączonych rzutów z uwagi na okoliczności przedstawione na wstępie.

W konsekwencji, zasadnie pierwotnie samodzielnie ocenił Zamawiający, w ramach odpowiedzi na pytanie 5, że brak jest podstaw do przedłużenia terminu składnia ofert. Izba także wzięła pod uwagę, że obaj Wykonawcy, którzy złożyli oferty w postępowaniu

uwzględnili w swoich kosztorysach ofertowych przedmiary po zmianie z 16.09.2021 r., niezaistniała więc okoliczność złożenia oferty na zdezaktualizowanym formularzu. Wykonawcy zastosowali się więc do Rozdziału I, pkt 6, ppkt 6.13 SWZ zgodnie z którym, Wykonawca zobowiązani byli złożyć wraz z ofertą m.in. Kosztorys ofertowy, sporządzony wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SWZ. W konsekwencji, w ocenie Izby, nie zaistniały okoliczności w przedmiotowym stanie faktycznym, aby uznać, że zmiany SWZ były istotne dla sporządzenia oferty, a Wykonawcy potrzebowali dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty. Izba stoi na stanowisku, że w tym wypadku i w tych okolicznościach sprawy Wykonawcy nie potrzebowali dodatkowego czasu na zrozumienie specyfikacji technicznej i odpowiednią reakcję.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Wobec uwzględnienia zarzutów od 1 do 3, Izba uznała również za zasadny, jako konsekwencje powyższego stanu rzeczy, zarzut 4.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

Jednocześnie, obciążając kosztami Zamawiającego i nakazując Zamawiającemu dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty 10 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i złożonego rachunku.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U.

z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: