Sygn. akt: KIO 136/23

WYROK

z dnia 31 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Bogusława Tokarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 stycznia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 stycznia 2023 r. przez odwołującego: RAF-MAR sp. z o.o. z siedzibą w Lutczy (Lutcza 194, 38-112 Lutcza) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Bukowsko (Bukowsko 290, 38-505 Bukowsko),

przy udziale wykonawcy: J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Usługi Ogólnobudowlane BUDMAL J. K. (Nadolany 144, 38-505 Bukowsko) zgłaszającego

przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: (1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Usługi Ogólnobudowlane BUDMAL J. K. z siedzibą w Bukowsku i czynności odrzucenia oferty wykonawcy RAF-MAR sp. z o.o. z siedzibą w Lutczy; (2) dokonanie ponownego badania oraz oceny ofert nieodrzuconych z uwzględnieniem oferty odwołującego i z zastosowaniem do tej oferty art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy – Prawo zamówień publicznych;

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Gmina Bukowsko (Bukowsko 290, 38-505 Bukowsko) i odwołującego RAF-MAR sp. z o.o. z siedzibą w Lutczy (Lutcza 194, 38-112 Lutcza) i :

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 5.000 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą 50 % kwoty uiszczonej tytułem wpisu od odwołania;

2.3. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: kwotę 1.999 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc dziewięćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) tytułem zwrotu w 50% poniesionych kosztów obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika i koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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.

Sygn. akt: KIO 136/23

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 16 stycznia 2023 r. przez wykonawcę RAF-MAR sp. z o.o (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gmina Bukowsko na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP], którego przedmiotem jest: „Wykonanie budynku szkoły podstawowej wraz z przedszkolem i żłobkiem oraz wewnętrzną instalacją gazową – etap III", nr ref.: IK.271.20.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 10 listopada 2022 r., nr 2022/BZP 00433566/01. Odwołujący wskazał: (…)

II. Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam naruszenie: ZARZUT#1 - art. 226 ust. 1 pkt 5 w. zw. z art. 16 PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia, która wynikać ma z faktu wprowadzenia przez Odwołującego do kosztorysu ofertowego trzech pozycji (montaż podgrzewacza elektrycznego, kurtyny powietrznej oraz przewodu zasilającego), podczas gdy Zamawiający, udzielając w dniu 24 listopada 2022 r. odpowiedzi na pytania wykonawców zmodyfikował treść SWZ w ten sposób, że nakazał uwzględnić w ofercie urządzenia, jakimi są podgrzewacze wody oraz kurtyny powietrzne zasilane elektrycznie – co Odwołujący uczynił i co świadczy o tym, że oferta Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia;

ZARZUT#2

Zarzut ewentualny do zarzutu nr 1 art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 16 PZP poprzez zaniechanie poprawienia innej omyłki

w ofercie Odwołującego polegającej na wprowadzeniu do kosztorysu ofertowego robót instalacji niskoprądowej trzech pozycji, tj. „Montaż podgrzewacza elektrycznego", „Montaż kurtyny powietrznej", „Montaż przewodu zasilającego rozdzielnice LGY 16 mm2" poprzez usunięcie przywołanych pozycji z kosztorysu ofertowego.

III. Stawiając powyższe zarzuty, wnoszę o merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej jako: „KIO") niniejszego odwołania oraz uwzględnienie go w całości, jak również nakazanie Zamawiającemu:

a. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

b. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

c. dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, d. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w Postępowaniu.

IV. Nadto, wnoszę o:

a. na podst. art. 539 ust. 1 i 2 PZP powołanie biegłego z zakresu budownictwa specjalizującego się w kosztorysowaniu na okoliczność ustalenia, iż w zakres robót budowlanych objętych Postępowaniem wchodzi konieczność wykonania elementów

przewidzianych dodatkowo przez Odwołującego w kosztorysie robót instalacji niskoprądowej, tj. montaż podgrzewacza elektrycznego, kurtyn powietrza oraz instalacji zasilającej powyższe urządzenia,

b. dopuszczenie i przeprowadzenie na okoliczności wskazane w treści odwołania.

V. Wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

VI. Interes i szkoda odwołującego

1. Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania, ponieważ jest wykonawcą, który złożył ofertę w Postępowaniu, która winna zostać sklasyfikowana przez Zamawiającego na pierwszym miejscu w rankingu ofert. Unieważnienie niezgodnych z PZP czynności Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego spowoduje, że Odwołujący uzyska przedmiotowe Zamówienie.

2. Ewentualne nieuwzględnienie niniejszego odwołania pozbawi zaś Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego Zamówienia, czego skutkiem będzie poniesienie przez Odwołującego szkody w postaci utraty korzyści, jakie osiągnąłby uzyskując to Zamówienie.

W uzasadnieniu podnoszonych zarzutów podał:

[Wprowadzenie]

1. Zamawiający prowadzi Postępowanie w trybie podstawowym bez negocjacji pn.

„Wykonanie budynku szkoły podstawowej wraz z przedszkolem i żłobkiem oraz wewnętrzną instalacją gazową – etap III".

2. W dniu 9 stycznia 2023 r. Zamawiający opublikował na swojej stronie internetowej informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy Usługi Ogólnobudowlane „BUDMAL", natomiast odrzucił m. in. ofertę Odwołującego.

3. Było to drugie zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Pierwszy wybór, dokonany w dniu 14 grudnia 2022 r., został zaskarżony przez Odwołującego. Odwołujący zarzucał Zamawiającemu m.in. fakt braku uzasadnienia prawnego i faktycznego decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego oraz niezasadność odrzucenia oferty Odwołującego z racji jej rzekomej niezgodności z warunkami zamówienia. Na skutek wniesionego odwołania Zamawiający przed skierowaniem odwołania na rozprawę unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, w związku z czym Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie odwoławcze. Postępowanie odwoławcze toczyło się pod sygn. KIO 3394/22.

4. Uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego zawarte w informacji z 9 stycznia 2023 r. jest dużo bardziej rozbudowane, niż uzasadnienie z dnia 14 grudnia 2022 r., tym niemniej Odwołujący wywodzi z jej treści, że Zamawiający niezasadnie podjął decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego i prowadzi aktualnie Postępowanie w sposób naruszający podstawowe

zasady PZP, przede wszystkim zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

[ZARZUT#1 – niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia]

5. Jak wynika z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, powodem odrzucenia oferty było uwzględnienie przez Odwołującego w kosztorysie ofertowym na roboty związane z instalacją niskoprądową trzech dodatkowych pozycji, a mianowicie: „montaż podgrzewacza elektrycznego", „montaż kurtyny powietrznej" oraz „montaż

przewodu zasilającego rozdzielnice LGY 16 mm2”.

6. Jak wskazał Zamawiający w uzasadnieniu: „Wykonawca wprowadził zatem do treści oferty [poprzez dodanie dodatkowych pozycji do kosztorysu ofertowego] i wycenił prace, które nie są objęte zamówieniem (nie są wymienione w opisie przedmiotu zamówienia), a co za tym idzie treść oferty Wykonawcy zawiera prace, których realizacji Zamawiający nie przewiduje i nie wymaga w ramach przedsięwzięcia stanowiącego przedmiot zamówienia. Z żadnych postanowień specyfikacji warunków zamówienia, a w szczególności z żadnych postanowień opisu przedmiotu zamówienia, w tym treści dokumentacji technicznej czy specyfikacji technicznych, nie wynika w jakikolwiek sposób, aby Zamawiający wymagał dostawy i/lub montażu podgrzewacza elektrycznego, dostawy i/lub montażu kurtyny powietrznej bądź też dostawy i/lub montażu przewodu zasilającego rozdzielnice LGY 16 mm2 w ramach zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem, zwłaszcza, że Zamawiający nigdzie nie opisał szczegółowych parametrów tychże urządzeń”.

Dowód: Informacja o wyborze oferty z dnia 9 stycznia 2023 r. – załącznik nr 1.

7. Odwołujący całkowicie kwestionuje przedstawione powyżej twierdzenia Zamawiającego. Odwołujący omówi poniżej powody, dla których ujął w kosztorysie ofertowym robót instalacji niskoprądowej trzy sporne, dodatkowe pozycje i które sprawiają, że oferta Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia.

8. Zgodnie z rozdz. V pkt 4 SWZ: „szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera dokumentacja techniczna, przedmiar robót i specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, stanowiące załączniki do SWZ (Uwaga! Przedmiar robót stanowi tylko podstawę informacyjną zgodnie z zapisami rozdziału XIX opis sposobu obliczenia ceny)”.

9. Z powyższego fragmentu wynika, że opis przedmiotu zamówienia (a tym samym zakres świadczenia, do którego zobowiązany jest wykonawca) wyznacza:

a. dokumentacja techniczna,

b. przedmiar robót,

c. STWiORB,

- przy czym przedmiar ma charakter informacyjny.

10. Wynagrodzenie wykonawcy Zamówienia ma charakter kosztorysowy (rozdz. XIX SWZ, § 5 oraz § 11 ust. 1 załącznika nr 7 do SWZ – wzoru umowy).

11. Zgodnie z rozdz. XIX SWZ, „Wykonawca może złożyć jedną ofertę, na realizację zamówienia. Wykonawca określa cenę realizacji zamówienia poprzez wskazanie w formularzu oferty ceny brutto za wykonanie zamówienia. Cenę podaną w formularzu oferty Wykonawca wylicza w oparciu o SWZ wraz z załącznikami. Cena oferty jest ceną kosztorysową stanowiącą wynik kalkulacji własnej Wykonawcy we wszystkich branżach dokonanej na podstawie SWZ i przedmiarów robót. W cenie robocizny, materiałów i sprzętu należy uwzględnić wszystkie koszty narzutów. Cena winna obejmować pełny zakres robót określonych w przedmiarach. Oferta musi zawierać cenę obejmującą wszystkie koszty związane z realizacją zamówienia niezbędne do jego należytego wykonania z uwzględnieniem wszystkich opłat i podatków w szczególności: - koszty związane z realizacją przedmiotu umowy wynikające z postanowień umowy, dokumentacji technicznej, oraz obowiązujących w tym zakresie przepisów, norm, decyzji, warunków technicznych, zasad współczesnej wiedzy technicznej i sztuki budowlanej, a także z technologii wykonania robót, konieczne dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia. […] Niezbędnym elementem oferty jest kosztorys ofertowy sporządzony metodą kalkulacji uproszczonej, który musi być zgodny z przedmiarami robót, bowiem stanowi treść oferty wykonawcy ze względu na przyjęcie wynagrodzenia kosztorysowego. […] Ewentualne uwagi do SWZ należy zgłaszać Zamawiającemu przed terminem składania ofert. Cena ofertowa winna uwzględniać wszystkie wyjaśnienia Zamawiającego udzielone Wykonawcom w związku z ich zapytaniami”. Dowód: Specyfikacja Warunków Zamówienia – załącznik nr 2.

12. Z powyższego fragmentu wynika, że:

a. cena powinna zostać wyliczona w oparciu o SWZ wraz z załącznikami (w tym dokumentacją projektową);

b. cena jest wynikiem kalkulacji własnej wykonawcy w oparciu o SWZ i przedmiary;

c. cena musi uwzględniać pełny zakres robót budowlanych;

d. wykonawca musi złożyć kosztorys zgodny z przedmiarami robót;

e. cena musi uwzględniać wyjaśnienia Zamawiającego udzielone w trakcie Postępowania.

13. Odwołujący oświadcza, że przygotował ofertę z przedstawionymi powyżej wytycznymi. Odwołujący ujął wszystkie pozycje przedmiaru w złożonych kosztorysach ofertowych i je wycenił, a nadto uwzględnił treść odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego w trakcie Postępowania.

14. Rzekoma niezgodność, na którą powołuje się Zamawiający, dotyczy trzech pozycji kosztorysu ofertowego dla

robót związanych z instalacją niskoprądową, które Odwołujący wprowadził do kosztorysów ofertowych w związku z odpowiedziami udzielonymi przez Zamawiającego wykonawcom biorącym udział w Postępowaniu. Odpowiedzi udzielone przez

Zamawiającego zmodyfikowały zakres przedmiotu zamówienia i wprowadziły elementy, które nie były ujęte w przedmiarach opublikowanych przez Zamawiającego. Na marginesie należy zaznaczyć, że po opublikowaniu odpowiedzi Zamawiający nie zaktualizował przedmiarów. Wymuszało to na wykonawcach konieczność ujęcia w kosztorysach ofertowych pozycji, których przedmiotem były prace wprowadzone do zakresu rzeczowego na skutek wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego w trakcie Postępowania.

15. Jeden z wykonawców zadał Zamawiającemu następujące pytania: „W opisie technicznym branży sanitarnej występują podgrzewacze wody – przepływowe czy pojemnościowe- jakiej mocy? - brak instalacji elektrycznej do podgrzewaczy-instalacje i liczbę obwodów trzeba dobrać do mocy urządzeń - proszę o uzupełnienie" oraz „W opisie technicznym branży sanitarnej występują kurtyny powietrzne- brak instalacji do nich- proszę o uzupełnienie".

Zamawiający udzielił odpowiednio następujących odpowiedzi: „Należy przyjąć pojemnościowe podgrzewacze wody o mocy 2 kW" oraz „Należy przyjąć kurtyny powietrzne zasilane elektryczne o mocy 3 kW". Dowód: Wyjaśnienia treści SWZ – załącznik nr 3.

16. Odpowiedzi udzielone przez Zamawiającego oznaczały, że obowiązkiem wybranego wykonawcy będzie wykonanie podgrzewaczy wody oraz kurtyn powietrznych, nieujętych w przedmiarach, i w taki właśnie sposób odpowiedzi udzielone przez Zamawiającego interpretował Odwołujący. W związku z powyższym Odwołujący wprowadził do kosztorysu instalacji niskoprądowej dodatkowe pozycje odzwierciedlające treść odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego, co przedstawia poniższa ilustracja.

Dowód: Wyjaśnienia treści SWZ – załącznik nr 3.

Dowód: Kompletna oferta Odwołującego wraz z załącznikami – załącznik nr 4.

17. W uzasadnieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego znalazło się odniesienie do ujęcia przez Odwołującego w swoim kosztorysie pozycji uwzględniających dodatkowy zakres robót budowlanych wynikłych z odpowiedzi opublikowanych przez Zamawiającego: „Zamawiający udzielając wyjaśnień do treści specyfikacji warunków zamówienia, w odpowiedzi na treść pytania nr 6 oraz treść pytania nr 7, które wpłynęły do Zamawiającego w dniu 21 listopada 2022 r., wskazał, że należy przyjąć urządzenia (tj. odpowiednio podgrzewacz wody oraz kurtynę powietrzną) o wskazanej tamże mocy. Zatem pytanie nr 6 i pytanie nr 7 dotyczyły tego jakiej mocy będą urządzenia tamże przywołane, które będą ewentualnie dostarczane o montowane w ramach dalszych etapów inwestycji, a które to etapy objęte będą kolejnymi postępowaniami o udzielenie zamówienia ogłaszanymi w przyszłości przez Zamawiającego. Natomiast Zamawiający nie wskazywał w jakikolwiek sposób na obowiązek dostarczenia i/lub montażu tychże urządzeń, w ramach przedmiotowego zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający nie dokonywał w ten sposób jakiejkolwiek modyfikacji postanowień

specyfikacji warunków zamówienia, poprzez nałożenie na wykonawców obowiązku wskazania i wyceny dostawy i/lub montażu tychże urządzeń".

18. Okoliczności, które podnosi Zamawiający w uzasadnieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego trudno jest uznać za racjonalne i mające jakiekolwiek podstawy w treści odpowiedzi udzielonych przez samego Zamawiającego.

19. Po pierwsze, dla każdego podmiotu działającego na rynku zamówień publicznych jest oczywistym, że instytucja pozwalająca na zadawanie pytań zamawiającemu (art. 284 ust. 1 PZP) odnosi się do treści SWZ albo opisu potrzeb i wymagań postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którym to pytanie jest zadawane, a nie do jakiegokolwiek, bliżej nieokreślonego, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakie zamawiający ma zamiar wszcząć w przyszłości.

20. Po drugie, literalne brzmienie odpowiedzi pozwala domniemywać, że Zamawiającemu chodzi o konieczność uwzględnienia w kosztorysie określonych elementów w prowadzonym przez Zamawiającego Postępowaniu, a nie w postępowaniu ogłoszonym w przyszłości. Autor pytań chciał bowiem powziąć wiedzę na temat konkretnych okoliczności co do dokumentacji projektowej sporządzonej dla bieżącego Postępowania: „W opisie technicznym branży sanitarnej występują podgrzewacze wody – przepływowe czy pojemnościowe- jakiej mocy? -brak instalacji elektrycznej do podgrzewaczy-instalacje i liczbę obwodów trzeba dobrać do mocy urządzeń - proszę o uzupełnienie". Odpowiedź Zamawiającego jest jednoznaczna: „Należy przyjąć pojemnościowe podgrzewacze wody o mocy 2 kW". Drugie zagadnienie jest równie precyzyjne: „W opisie technicznym branży sanitarnej występują kurtyny powietrzne-brak instalacji do nich- proszę o uzupełnienie", na co Zamawiający mówi wprost: „Należy przyjąć kurtyny powietrzne zasilane elektryczne o mocy 3 kW". Odpowiedzi Zamawiającego nie dają najmniejszego pola do odmiennej interpretacji lub choćby podejrzenia, że intencją Zamawiającego nie jest konieczność uwzględnienia w ofercie kurtyn i podgrzewaczy.

21. Po trzecie, z odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego nie wynika, że – jak stara się obecnie wyjaśnić w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty Odwołującego – że jego intencją jest, aby urządzenia, o których mowa w odpowiedziach, miałyby zostać uwzględnione w kolejnych etapach objętych kolejnymi postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego. Taka informacja po prostu nie istnieje w odpowiedziach udzielonych przez Zamawiającego i nie istnieją żadne okoliczności, które pozwalałyby wykonawcom domyślać się tego stanu rzeczy.

22. Warto w tym kontekście zwrócić uwagę, że Zamawiający odpowiadał w analogiczny sposób na inne pytania (o numerach 3 i 4). Jeden z wykonawców sformułował następującą prośbę: „na rzutach kondygnacji jest 7 tablic rozdzielczych, a na schemacie ideowym dwie – proszę o uzupełnienie". Zamawiający odniósł się do prośby w następujący sposób: „W budynku jest 7 skrzynek rozdzielczych. Tablice nie ujęte na schemacie ideowym należy wykonać analogicznie". Następnie Zamawiającemu zadano kolejne pytanie dotyczące tego

samego zakresu: „W przedmiarze pozycja: wykucie wnęk jest 7 a pozycja skrzynki rozdzielcze jest 1 – proszę o uzupełnienie". Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: „Należy wykuć 7 wnęk i zamontować łącznie 7 skrzynek rozdzielczych". Powyższe odpowiedzi – nie odróżniające się w sposobie ich sformułowania od pytań nr 6 i 7 (którym aktualnie Zamawiający próbuje nadać odmienny sens) doprowadziły do wprowadzenia w kosztorysie ofertowym dla instalacji elektrycznych zmian odpowiadających udzielonym odpowiedziom, tj. Odwołujący zwiększył (w stosunku do przedmiaru) liczbę projektowanych tablic rozdzielczych. Zmiana w kosztorysie ofertowym nie doprowadziła jednak do odrzucenia oferty Odwołującego. Wobec powyższego należy zadać pytanie – w jaki sposób Odwołujący miałby ustalić, które odpowiedzi Zamawiającego mają prowadzić do zmiany kosztorysu ofertowego i uwzględnienia poszczególnych elementów w ofercie, a które nie powinny skutkować takimi zmianami? W szczególności, jeśli weźmie się pod uwagę, że wszystkie odpowiedzi Zamawiającego zostały udzielone w trybie rozkazującym: „należy wykuć 7 wnęk […]", „należy przyjąć" itd. I na odwrót, jeżeli Zamawiający nie życzył sobie, aby jakiś element został uwzględniony w ofercie, to dawał to jasno do zrozumienia w swojej odpowiedzi. Dla przykładu, na pytanie nr 13 („W dokumentacji przetargowej jest opis i rzuty instalacji odgromowej- czy ma być wykonana ta instalacja?") Zamawiający udzielił jednoznacznej odpowiedzi: „Nie – jest zrealizowana". Tymczasem w odpowiedziach nr 6 i 7 – stanowiących podstawę modyfikacji kosztorysu ofertowego – nie było podobnej informacji.

Dowód: Informacja o wyborze oferty z dnia 9 stycznia 2023 r. – załącznik nr 1.

Dowód: Wyjaśnienia treści SWZ – załącznik nr 3.

Dowód: Kompletna oferta Odwołującego wraz z załącznikami – załącznik nr 4.

23. W świetle powyższego oferta Odwołującego jest zgodna z warunkami zamówienia, ponieważ spełnia wszelkie oczekiwania Zamawiającego opisane w rozdz. XIX SWZ, tj.: a. została przygotowana w oparciu o SWZ i jej załączniki;

b. jest wynikiem kalkulacji własnej Odwołującego;

c. uwzględnia pełny zakres robót budowlanych objętych Zamówieniem;

d. jest zgodna z przedmiarami (zamiera wszystkie pozycje i ilości przewidziane przez przedmiary opublikowane przez Zamawiającego);

e. uwzględnia wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego w trakcie Postępowania.

24. Inne podejście Odwołującego do przygotowania oferty – wyrażające się np. w pominięciu robót budowlanych przewidzianych w odpowiedziach udzielonych przez Zamawiającego w dniu 24 listopada 2022 r. – skutkowałyby albo niezgodnością oferty z warunkami zamówienia, albo koniecznością wykonania robót budowlanych niewycenionych w kosztorysie ofertowym, bez stosownego wynagrodzenia.

25. Odwołujący kwestionuje również twierdzenie Zamawiającego, jakoby oferta Odwołującego – z uwagi na rzekomą niezgodność z warunkami zamówienia – nie daje

możliwości porównania z innymi ofertami złożonymi w Postępowaniu. Należy zwrócić uwagę, że Zamawiający sformułował dwa kryteria oceny ofert: cenę (waga 60%) oraz okres gwarancji (40%). Wszyscy wykonawcy biorący udział w Postępowaniu zadeklarowali jednakowy okres gwarancji, wynoszący 60 miesięcy. To zaś oznacza, że wykonawcy efektywnie rywalizowali między sobą wyłącznie w ramach ceny ofertowej. Wprowadzenie do kosztorysu ofertowego trzech dodatkowych pozycji zadziałało wyłącznie na niekorzyść Odwołującego, ponieważ doprowadziło do podwyższenia ceny, co z kolei mogło skutkować uzyskaniem przez Zamawiającego mniejszej liczby punktów w ramach kryterium cenowego. Wprowadzenie dodatkowych pozycji nie wpłynęło natomiast negatywnie na sytuację Zamawiającego, a z całą pewnością nie uniemożliwiło porównania ofert.

26. Ponadto, przypomnieć należy, że wynagrodzenie należne wykonawcy wyłonionemu w ramach Postępowania ma charakter kosztorysowy, co oznacza, że wykonawca otrzyma wynagrodzenie wyłącznie za te prace, które zostaną rzeczywiście zrealizowane. Zgodnie z § 5 ust. 8 wzoru umowy: „Zamawiający może zrezygnować z wykonania niektórych elementów przedmiotu zamówienia o czym zobowiązany jest powiadomić niezwłocznie Wykonawcę, wówczas wynagrodzenie zostanie pomniejszone o wartość tych elementów, przy zastosowaniu cen jednostkowych określonych w kosztorysie ofertowym". Zgodnie zaś z § 5 ust. 10 wzoru umowy: „przypadku realizacji robót w obmiarze lub zakresie mniejszym, niż wynikający z przedmiaru robót i oferty, Wykonawca otrzyma wynagrodzenie odpowiadające zakresowi zrealizowanych robót wg wyceny wynikającej z kosztorysu powykonawczego". Innymi słowy, jeśli na etapie realizacji robót budowlanych Zamawiający dojdzie do wniosku, że nie ma potrzeby wykonania podgrzewacza wody, kurtyn powietrznych i odpowiedniej instalacji zasilającej, to ma prawo – bez ponoszenia jakichkolwiek negatywnych konsekwencji – zmniejszyć zakres rzeczowy umowy i polecić wykonawcy, aby nie wykonywał wspomnianych elementów. Dowód: Wzór umowy – załącznik nr 5.

27. Krajowa Izba Odwoławcza wypowiadała się w sprawach o analogicznym stanie faktycznym:

a. w wyroku z dnia 26 lipca 2021 r., w sprawie o sygn. KIO 1826/21 Izba uwzględniła odwołanie wykonawcy, którego oferta została odrzucona z postępowania o udzielenie zamówienia z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia. Zamawiający uznał, że wykonawca nie uwzględnił w kosztorysie konieczności wykonania robót teletechnicznych, przewidzianych w wyjaśnieniach treści SWZ opublikowanych przez zamawiającego. W omawianej sprawie wyjaśnienia treści SWZ – podobnie jak w Postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – doprowadziły do zmiany zakresu rzeczowego zamówienia, jednakże nie były połączone z aktualizacją treści przedmiarów. W związku z powyższym odwołujący dokonał stosownych modyfikacji kosztorysu ofertowego, polegających na wprowadzeniu do pozycji kosztorysu robót budowlanych przewidzianych w wyjaśnieniach treści SWZ. Jak

stwierdziła Izba: „Zdaniem Izby, wobec braku wytycznych w odpowiedzi z dnia 20.05.2021 r. jak te koszty mają być zaprezentowane, ich uwzględnienie w pozycjach nr 2 i 17 kosztorysu ofertowego znajduje uzasadnienie merytoryczne. Tak jak wskazał wykonawca pozycje to obejmują wykonanie wykopów oraz robót ziemnych. Z kolei roboty teletechniczne polegają -w szczególności - na przekładaniu kabli ujawnionych przez wykonawcę przy wykonywaniu wykopów oraz robót ziemnych, które to kable kolidują z rurami umieszczanymi przez wykonawcę w wykopach. Zatem zasadne było uwzględnienie wykonania robót teletechnicznych właśnie w pozycjach obejmujących wykonanie wykopów oraz robót ziemnych (pozycje nr 2 i 17 kosztorysu ofertowego). Potwierdzenie ujęcia wykonania robót teletechnicznych w pozycjach nr 2 i 17 kosztorysu ofertowego znajduje potwierdzenie w przyjętych tam przez Odwołującego cenach jednostkowych. […] Izba podkreśla, że dodanie do kosztorysu ofertowego nowej pozycji 50, nie wynikało ze wskazań Zamawiającego w ramach wyjaśnień SWZ z dnia 20.05.2021 r.”;

b. w wyroku z dnia 13 stycznia 2020 r. w sprawie o sygn. KIO 2606/16 odwołujący próbował podważyć postanowienia SIWZ, które nakładały na wykonawców obowiązek wycenienia i ujęcia w ofercie robót budowlanych, które nie były ujęte w przedmiarach opublikowanych na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a które wynikałyby np. z dokumentacji projektowej. Jak wskazała Izba: „Oddalając odwołanie Izba uznała, iż zarzut potrzymany przez Odwołującego sprowadzał się do wykazania niespójności postanowień siwz w zakresie związanym ze sposobem wynagrodzenia wykonawcy (kosztorysowym) oraz wskazaniem na konieczność uwzględnienia w pozycjach przedmiarowych kosztów prac, które wynikają z Dokumentacji Projektowej, a nie zostały wprost przypisane przez Zamawiającego do żadnej z pozycji Przedmiaru Robót. Odwołujący powoływał się na subklauzulę 12.3 Warunków Szczególnych Kontraktu sprzed modyfikacji wprowadzonej w dniu 13.12.2019 r., która istotnie zmieniła sens zapisu dotyczącego rozliczenia prac, które zostały ujęte w Dokumentacji Projektowej. Żądanie, jakie ostatecznie sformułował na rozprawie sprowadzać miało się do przyjęcia reguły, zgodnie z którą Wykonawca mógłby żądać dodatkowego wynagrodzenia - ponad przewidziane w ofercie, za roboty opisane Dokumentacją Projektową, na podstawie mechanizmu wprowadzonego przez Zamawiającego na potrzeby zmiany Umowy podyktowanej koniecznością wykonania prac, które nie zostały przewidziane pierwotnie w dokumentacji. Jak ujął to Zamawiający -Odwołujący zmierzał do uznania, iż przedmiar wyceniony w ofercie uwzględnia cenę wyłącznie za pozycje opisane, niezależnie od tego, że przy wycenie należało uwzględnić całość zakresu robót wynikający z Dokumentacji Projektowej. Miałoby to ten skutek, iż Wykonawca byłby zwolniony ze szczegółowej analizy Dokumentacji Projektowej, przyjmując za wystarczający zakres prac opisany Przedmiarem Robót. W ocenie Odwołującego taki sposób wyceny oferty czyniłby przejrzystą ocenę ofert bez konieczności ustalenia, w jaki

sposób poszczególni wykonawcy uwzględniali koszty prac, które nie były opisane w Przedmiarze Robót, a wynikają z Dokumentacji Projektowej. W jego ocenie zamiarem Zamawiającego było, aby ewentualne roboty opisane w Dokumentacji Projektowej, nie znajdujące odzwierciedlenia w żadnej pozycji przedmiarowej, rozliczyć odrębnie (strona 5 odwołania). Oddalając odwołanie, Izba uznała, iż żądanie Odwołującego prowadziłoby do istotnej zmiany koncepcji zamówienia realizowanego w konwencji "buduj", gdzie to Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia, oczekując jego wyceny w całości”.

[ZARZUT#2 – zaniechanie poprawienia kosztorysu ofertowego]

28. Odwołujący jest całkowicie przekonany, że jego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia i nie podlega odrzuceniu. Z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący stawia jednak zarzut naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP. Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP, Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający mógł i – jeżeli argumentacja przy zarzucie nr 1 nie jest zasadna – powinien dokonać poprawienia omyłek w kosztorysie Odwołującego.

29. Jak podkreśla się w piśmiennictwie: „Trzecia grupa omyłek to omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp daje zamawiającemu możliwość poprawiania uchybień w ofertach merytorycznie poprawnych, w celu zapobieżenia ich eliminacji z postępowania z przyczyn wyłącznie formalnych lub niemających istotnego znaczenia w kontekście oferowanego świadczenia. Przepis ten nie stanowi zatem narzędzia do naprawiania błędnie złożonych ofert, lecz jest podstawą poprawienia omyłek, którego może dokonać zamawiający, a znaczenie tych poprawek dla całości złożonego oświadczenia woli (oferty) wykonawcy nie będzie istotne. Proces poprawiania omyłek nie może prowadzić przy tym do konieczności znaczącej ingerencji ze strony zamawiającego w treść oferty. Wystąpienie omyłki nie może też pozostawiać wątpliwości co do zamierzonej treści oświadczenia wykonawcy […] Punktem wyjścia przy ocenie dopuszczalności dokonania poprawy jest jej odniesienie do całości oferowanego przez wykonawcę świadczenia. Okoliczność, że zmiana miałaby dotyczyć elementów przedmiotowo istotnych umowy (essentialia negotii) lub elementów uznanych za istotne przez zamawiającego, a nawet fakt, że skutkiem dokonanej poprawy miałaby być zmiana ceny oferty, nie stanowi okoliczności uniemożliwiającej dokonanie poprawy na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Znaczenie ma bowiem, czy poprawienie omyłki w sposób istotny zmienia

treść oferty w znaczeniu treści oświadczenia woli wykonawcy, a nie czy tkwi w jej istotnych postanowieniach”.

30. Tym samym należy zauważyć, że Zamawiający był uprawniony do poprawienia oferty Odwołującego poprzez usunięcie pozycji trzech spornych pozycji kosztorysowych ujętych w kosztorysie robót odnoszących się do instalacji niskoprądowej. Zmiana ta spowodowałyby

obniżenie ceny ofertowej o kwotę 4.275,00 zł netto, co jest zmianą marginalną w stosunku do ceny ofertowej, która wyniosła 1.417.040,86 zł netto (omyłka to 0,3% ceny ofertowej). Poprawienie omyłki w opisany powyżej sposób nie doprowadziłoby do zmiany kolejności w rankingu ofert, omyłka jest łatwa do wychwycenia z punktu widzenia Zamawiającego i nie doprowadziłaby do istotnej zmiany świadczenia oferowanego przez Odwołującego, ponieważ dotyczyłaby zaledwie 3 pozycji z kilkuset, jakie zostały ujęte w kosztorysach ofertowych. Powyższe okoliczności powodują, że poprawienie oferty Odwołującego byłoby obowiązkiem Zamawiającego, oczywiście zakładając, że treść oferty jest obarczona omyłką.

31. Powyższe zagadnienia były wielokrotnie przedmiotem rozważań Krajowej Izby Odwoławczej. Dla przykładu, w wyroku z dnia 25 kwietnia 2022 r. (sygn. KIO 987/22) Izba, nakazując poprawienie omyłki poprzez dopisanie do kosztorysu ofertowego określonych treści, stwierdziła: „Z art. 223 ust. 1 pzp (poprzednio 87 ust. 1 pzp) wynika, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 2 (oraz dialogu konkurencyjnego), dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Zmiany te sprowadzają się właśnie do wspominanej instytucji poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty. W konsekwencji, co ma kluczowe znaczenie dla tej sprawy, wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, z uwagi na konieczność uprzedniego zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp (poprzednio art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp). Odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż wpierw obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie tych rozbieżności, jeżeli nie mają istotnego charakteru. Warto przypomnieć, że intencją ustawodawcy towarzyszącą wprowadzeniu art. 87 ust. 2 popzp (odpowiednika obowiązującego art. 223 ust. 2 pzp) było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie ustawy popzp, aby umożliwić branie pod uwagę w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Wynika to wprost z uzasadnienia do ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw: W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania

zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. Jest to szczególnie istotne w kontekście zamówień na roboty budowlane, w których oferty wykonawców, niezwykle obszerne i szczegółowe, liczące nieraz po kilkadziesiąt tomów, często podlegają odrzuceniu ze względu na drobne błędy w ich treści. Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory z wykonawcami. W orzecznictwie Izby wielokrotnie podkreślono, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu namówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie) (vide uzasadnienie wyroku Izby z 23 marca 2011 r. sygn. akt KIO 522/11). Jednocześnie czynność poprawienia oferty ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie może uchylić się od jej wykonania. Zaniechanie takiej czynności należy uznać należy za działanie sprzeczne nie tylko z prawem, ale i nieracjonalne, gdyż prowadzi do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty, które nie zapewnia wyboru oferty zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Izba podziela również stanowisko (wyrażone już w uzasadnieniu wyroku Izby z 5 sierpnia 2009 r. sygn. akt. KIO/UZP 959/09}, że rozumienie "innej omyłki" z art. 87 ust. 2 pkt 3 popzp (obecnie art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp) nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażeń lub wartości czy wszelkich innych przeoczeń i braków, które powstały bez świadomości ich wystąpienia po stronie wykonawcy. Słownikowe rozumienie słowa "omyłka" oznacza spostrzeżenie, sąd niezgodny z rzeczywistością, błąd w postępowaniu, rozumowaniu itp. (tak w Słowniku języka polskiego pod red. Witolda Doroszewskiego, Wydawnictwo Naukowe PWN, dostępnym na stronie). Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może zatem również wynikać z jego błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. Wykonawca może więc sporządzić ofertę z pełną świadomością co do celowości i kształtu jej poszczególnych zapisów, jednakże mylnie nie zdaje sobie sprawy ze stanu jej niezgodności z treścią specyfikacji. Tego typu błędy wykonawcy, pod warunkiem ich nieistotności, również

podlegają poprawie. Ostatecznym momentem weryfikacji omyłki, w tym przypadku zmiany przekonania wykonawcy co do poprawności jego oferty, jest wywołujące określone skutki prawne zawiadomienie o dokonanym poprawieniu omyłki i ewentualne jego zakwestionowanie przez wykonawcę (art. 226 ust. 1 pkt 11 pzp; poprzednio w art. 89 ust. 1 pkt 7 popz

mowa była o braku zgody na poprawienie), niezależnie od wcześniej składanych deklaracji w tym przedmiocie. Resumując, jeżeli jakieś konkretne okoliczności nie wskazują co innego - należy przyjąć założenie, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia i na warunkach określonych w specyfikacji. Natomiast jeżeli dojdzie do wystąpienia niezgodności treści oświadczenia woli wyrażonego w ofercie z treścią specyfikacji, choćby z powodu niedołożenia przez wykonawcę należytej staranności przy sporządzaniu oferty, wtedy wpierw zamawiający ma obowiązek rzetelnego rozważenia możliwości zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp. Z przepisu tego wprost wynika, że granicą jego zastosowania jest istotna zmiana treści oferty, o czym każdorazowo decydują okoliczności konkretnej sprawy: na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, gdyż nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. O istotności takiej może zatem decydować skala zmiany wielkości ceny, skala zmiany zakresu przedmiotu świadczenia czy warunków jego realizacji. Dla oceny istotnego charakteru wprowadzanych zmian kluczowe znaczenie ma bowiem ich zakres w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia".

> 32. Na marginesie należy zwrócić uwagę, że Zamawiający w dużo bardziej preferencyjny sposób traktuje innych wykonawców. Od początku Postępowania Zamawiający prowadził korespondencję w zasadzie z jednym wykonawcą (tj. z tym, którego ofertę Zamawiający ostatecznie wybrał, tj. Budmal), i to w sytuacji, w której oferta ta plasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert. I tak, w dniu 6 grudnia 2022 r. Zamawiający poinformował Budmal o poprawieniu omyłki pisarskiej, a następnie w dniu 14 grudnia 2022 r. Zamawiający wezwał Budmal do wyjaśnienia oferty w zakresie zgodności kosztorysu z SWZ. Zamawiający pytał m.in. o kwestie ujęte przez Odwołującego w swoich kosztorysach ofertowych, np. o to, czy Budmal przewidział w swoich ofertach montaż konstrukcji skrzynek i rozdzielni. Budmal pismem z dnia 14 grudnia 2022 r. potwierdził, że ujął w kosztorysie roboty, o które Zamawiający dokładnie dopytywał w wezwaniu. Z niewiadomych powodów Zamawiający prowadzi dialog z wykonawcą Budmal, podczas gdy w stosunku do Odwołującego nie rozważa podjęcia podobnych czynności, a nawet nie wyjaśnia w uzasadnieniu odrzucenia jego oferty, dlaczego – jego zdaniem – w stosunku do niej nie zachodzi podstawa do

poprawienia innej omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP. Ponadto, Odwołujący dokonał porównania rozbieżności pomiędzy przedmiarami a kosztorysem ofertowym wykonawcy Budmal. Porównanie obu dokumentów ujawniło wiele nieścisłości, co jednak nie doprowadziło do odrzucenia oferty Budmal.

Dowód: Zawiadomienie o poprawieniu innej omyłki z dnia 6 grudnia 2022 r. – załącznik nr 6.

Dowód: Wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 14 grudnia 2022 r. – załącznik nr 7.

Dowód: Wyjaśnienia wykonawcy z dnia 14 grudnia 2022 r. – załącznik nr 8.

Dowód: Porównanie zapisów z przedmiaru i kosztorysu – załącznik nr 9.

Do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie (pismo z dnia 13.01.2023) wykonawca: J. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Usługi Ogólnobudowlane BUDMAL J. K. z Nadolan (Przystępujący), który wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 26/01/2023) wniósł o:

1) Oddalenie odwołania w całości z uwagi na jego całkowitą bezzasadność;

2) Utrzymanie w mocy rozstrzygnięcia Zamawiającego z dnia 9 stycznia 2023 r. w przedmiocie odrzucenia oferty spółkę RAF-MAR sp. z o.o. z siedzibą w Lutczy (…) jako niezgodnej z warunkami zamówienia w Postępowaniu oraz w przedmiocie wyboru oferty (…) jako najkorzystniejszej w Postępowaniu; (…).

W uzasadnieniu stanowiska wskazał na następujące okoliczności:

1. BRAK MODYFIKACJI ZAKRESU PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA (…).

Zamawiający zaprzecza aby jego wolą była jakakolwiek modyfikacja zakresu przedmiotu zamówienia w Postępowaniu (dalej: „Przedmiot Zamówienia") i wprowadzenia do niego elementów, które nie były ujęte w przedmiarach opublikowanych przez Zamawiającego, a w szczególności za taką rzekomą modyfikację nie mogą być traktowane wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego do treści specyfikacji warunków zamówienia w Postępowaniu (dalej: „SWZ") w odpowiedzi na pytania wykonawców.

Zamawiający zaprzecza aby udzielone przez niego odpowiedzi miały jakoby zmodyfikować zakres Przedmiotu Zamówienia i wprowadzić do niego elementy, które nie były ujęte w przedmiarach opublikowanych przez Zamawiającego. Odwołujący słusznie zauważa, że po opublikowaniu wyjaśnień przez Zamawiającego, w odpowiedzi na pytania wykonawców, Zamawiający nie zaktualizował przedmiarów w zakresie wskazanym przez Odwołującego.

Powyższe jednoznacznie świadczy o tym, że nie było wolą Zamawiającego dokonywanie jakichkolwiek zmian w opisie Przedmiotu Zamówienia, a ślad za tym również w przedmiarach, w zakresie wskazanym przez Odwołującego. Oczywistym jest, że gdyby wolą Zamawiającego było uwzględnienie w Przedmiocie Zamówienia wymogu dostawy i/lub montażu podgrzewaczy oraz kurtyn, a także instalacji zasilającej, wówczas tak istotna

zmiana opisu Przedmiotu Zamówienia znalazłaby odzwierciedlenie m.in. w modyfikacji wzoru kosztorysu ofertowego.

Jak zatem wynika z powyższego okoliczność, że Zamawiający nie dokonał zmiany przedmiarów była Odwołującemu znana (tj. Odwołujący miał pełną świadomość braku tejże zmiany), a mimo to taka okoliczność nie skłoniła Odwołującego do tego aby zwrócić się w tym zakresie z jakimkolwiek pytaniami do Zamawiającego.

Nie jest prawdą twierdzenie Odwołującego, że wobec treści wyjaśnień SWZ udzielonych przez Zamawiającego, w odpowiedzi na pytania wykonawców, oraz braku aktualizacji przedmiarów, wykonawcy byli jakoby zmuszeni do ujęcia w kosztorysach ofertowych pozycji, których przedmiotem były prace wprowadzone do zakresu rzeczowego na skutek wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego w trakcie Postępowania. Żaden bowiem z pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu. nie dokonał jakiejkolwiek modyfikacji wzoru formularza oferty, a w szczególności z tychże wykonawców nie dokonał modyfikacji wzoru kosztorysu ofertowego. w sposób w jaki dokonał tego Odwołujący.

Powyższe świadczy o tym, że pozostali wykonawcy zrozumieli wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego w taki sam sposób, tj. w ten sposób, że należy przyjąć moc urządzeń (tj. odpowiednio podgrzewacz wody oraz kurtynę powietrzną) o wielkości tamże wskazanej, które będą ewentualnie dostarczane i montowane w ramach dalszych etapów inwestycji, a które to etapy objęte będą kolejnymi postępowaniami o udzielenie zamówienia ogłaszanymi w przyszłości przez Zamawiającego.

Inaczej mówiąc pozostali wykonawcy zrozumieli wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego w ten sposób, że Zamawiający nie oczekiwał dostarczenia i/lub montażu tychże urządzeń, w ramach Przedmiotu Zamówienia, a jedynie wymagał dostosowania (wykonania) instalacji i obwodów, objętych Przedmiotem Zamówienia do wskazanej przez Zamawiającego mocy przyszłych podgrzewaczy i kurtyn powietrznych.

2. RACJONALNOŚĆ ZACHOWANIA ZAMAWIAJACEGO.

Wbrew twierdzeniu Odwołującego, odpowiedź na pytanie nr 6 i 7 zadane przez wykonawcę, była precyzyjna, albowiem stanowiła naturalną i racjonalną konsekwencję istoty tegoż pytania.

Powyższe wynika z faktu, że wykonawca nie pytał Zamawiającego o to czy w ofercie należy uwzględnić, a co za tym idzie również wycenić, dostawę i/lub montaż podgrzewaczy i kurtyn powietrznych, ale tenże wykonawca pytał o moc tego rodzaju urządzeń. Inaczej mówiąc pytanie wykonawcy zmierzało do ustalenia tego jaką moc mają pobierać te urządzenia, albowiem objęte Przedmiotem Zamówienia instalacje i obwody (w tym ich ilość) należy dobrać (ustalić) właśnie w oparciu o wielkość zapotrzebowania na moc przez wskazane tamże urządzenia (tj. przyszłe podgrzewacze i kurtyny powietrzne).

Pytanie wykonawcy, a w ślad za tym odpowiedź Zamawiającego, dotyczyło zatem mocy tychże urządzeń, a nie tego czy Zamawiający wymaga dostawy i/lub montażu tychże urządzeń w ramach realizacji Przedmiotu Zamówienia (stanowiącego przedmiotem Postępowania).

3. BRAK OPISU WYMAGANYCH PARAMETRÓW PODGRZEWACZY 1 KURTYN POWIETRZNYCH ORAZ PRZEWODÓW ZASILAJĄCYCH.

Nie odpowiada prawdzie twierdzenie Odwołującego, z którego wynika, że rzekomo nie istnieją żadne okoliczności, które pozwalałyby wykonawcom domyślać się, że wolą Zamawiającego było to aby podgrzewacze i kurtyny powietrzne, o których mowa w wyjaśnieniach udzielonych przez Zamawiającego, miałyby zostać uwzględnione w kolejnych etapach realizacji inwestycji, objętych kolejnymi postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego, a co najmniej, że dostawa i/lub montaż tychże urządzeń nie jest objęta Przedmiotem Zamówienia (stanowiącego przedmiot Postępowania). Zamawiający podkreśla bowiem, że najważniejszą okolicznością przemawiającą za poprawnością stanowiska Zamawiającego był i jest fakt, że żadne postanowienia SWZ, a w szczególności żadne postanowienia opisu Przedmiotu Zamówienia, nie określają szczegółowo parametrów tychże urządzeń. Oczywistym jest bowiem, że gdyby Zamawiający wymagał, w ramach realizacji Przedmiotu Zamówienia, dostawy i/lub montażu tychże urządzeń wówczas ich szczegółowe parametry zostałaby opisane w postanowieniach SWZ.

W związku z powyższym pojawia się pytanie w jaki sposób Odwołujący dobrał (uwzględnił) przedmiotowe urządzenia oraz przewód zasilający rozdzielnice, w treści własnego formularza cenowego, w sytuacji gdy Odwołującemu była w istocie znana jedynie moc tychże urządzeń, a nie jakiejkolwiek inne parametry tychże urządzeń?

Jak to już bowiem Zamawiający wykazał powyżej, w pytaniach nr 6 i 7, zadanych przez wykonawcę, chodziło o instalację elektryczną jaka musi być niezbędna do montażu kurtyny powietrznej, a instalację elektryczną dobiera się właśnie w odniesieniu do mocy kurtyny, stąd właśnie wzięły się wyjaśnienia Zamawiającego złożone w odpowiedzi na te pytania wykonawcy.

Zamawiający wskazuje, że użycie przez niego, w treści udzielonych wyjaśnień słowa „przyjąć” nie oznaczało obowiązku dostarczenia i zamontowania tychże urządzeń. Gdyby Przedmiot Zamówienia miał obejmować dodatkowo zakup i montaż kurtyny powietrznej, wówczas Zamawiający wprowadziłby taki wymóg do przedmiaru robót, rozszerzając jego zakres o dodatkową pozycję „zakup i montaż kurtyny powietrznej”, określając jednocześnie niezbędne jej parametry, w tym m.in. takie jak;

– sposób w jaki ma być kurtyna uruchamiana (automatycznie czy na czujnik ruchu) -wydajność kurtyny,

– maksymalny, dopuszczalny poziom hałasu,

– maksymalna moc grzewcza,

– sposób mocowania (montaż albo na suficie, albo na ścianie, albo też w posadzce), – typ nawiewu.

Tymczasem Odwołujący dokonał wyceny „montaż kurtyny powietrznej komplet" czyli rozumując razem z kupnem odpowiedniej kurtyny, nie mając szczegółowej wiedzy jaka kurtyna (tj. o jakich parametrach i sposobie montażu) jest wymagana przez Zamawiającego. Ceny kurtyn powietrznych są różne i są uzależnione od opisanych powyżej parametrów. Bez posiadania wiedzy o tychże parametrach Odwołujący nie mógł w sposób prawidłowy właściwie wycenić danej roboty, gdyż są duże rozbieżności cenowe (od 200 do nawet ponad 2000 zł).

Analogiczna argumentacja odnosi się do elektrycznego podgrzewacza wody. Pytanie wykonawcy dotyczyło tego czy Zamawiający będzie wymagał podgrzewaczy przepływowych czy też pojemnościowych, ponieważ od takiej właściwości podgrzewacza, zależy jego moc (jako urządzenia), ponieważ określona moc tegoż urządzenia wymaga (warunkuje) odpowiedniego zasilania. Wykonawca, zadając pytanie, wskazał, że liczbę obwodów należy dobrać do mocy urządzenia, a więc stąd właśnie odpowiedź Zamawiającego, że „należy przyjąć pojemnościowe podgrzewacze wody o mocy 2 kW'. Wynika to z faktu, że podgrzewacze o małej mocy są zasilane jednofazowo. Większość z nich o poborze prądu do 16 A posiada wtyczkę dzięki której podłączone jest praktycznie bezproblemowo i dotyczy to urządzeń o mocy do 3,5 kW. Natomiast podgrzewacze o większej mocy, zasilane są jednofazowo 230 V, ale wymagają większego bezpiecznika (dobór w skrzynce rozdzielczej) i przewodu (większy przekrój) lub trójfazowy 400 V a to oznacza ingerencję w instalację elektryczną.

Przyjąć to nie znaczy zamontować. Gdyby Zamawiający chciał dodatkowo zamówić dostawę i montaż podgrzewacza wody wówczas uzupełniłby by przedmiar robót o dodatkową pozycję „zakup i montaż przepływowego podgrzewacza wody" określając niezbędne parametry, m.in. takie jak; - czy to mają być np. kranowe, pod umywalkowe czy nad umywalkowe

- do jakiego ciśnienia wody ma być dobrany,
- jaka ma być wydajność podgrzewacza,
- jaka jego regulacja (elektryczna czy hydrauliczna).

Natomiast Odwołujący wycenia „montaż podgrzewacza elektrycznego - komplet" czyli rozumując razem z kupnem odpowiedniego podgrzewacza, nie mając wiedzy jaki o tym jakie konkretnie parametry ma spełniać tenże podgrzewacz. Ceny zakupu podgrzewaczy są różne i uzależniona są od opisanych powyżej parametrów. Bez posiadania właściwej wiedzy o tychże konkretnych parametrach tegoż podgrzewacza nie można właściwie wycenić danej roboty, gdyż istnieją w tym zakresie duże rozbieżności cenowe (sama cena zakupu podgrzewacza waha się od 200 zł. w górę).

Zamawiający zwraca uwagę na fakt, że podgrzewacze montowane są do baterii umywalkowych lub do blatu umywalek bądź też są montowane na ścianie. Tymczasem opis Przedmiotu Zamówienia nie uwzględnia montażu tych urządzeń. Natomiast w przypadku podgrzewaczy ściennych, mając na uwadze fakt, że dopiero w ramach realizacji kolejnych zamówień, będzie miało miejsce ułożenie płytek na ścianach w pomieszczeniach gdzie będą w przyszłości montowane podgrzewacze, wówczas montaż tychże podgrzewaczy w ramach realizacji Przedmiotu Zamówienia, spowodowałoby, że Zamawiający musiałby ponieść, w późniejszym okresie, dodatkowy koszt demontażu tychże podgrzewaczy w celu ułożenia płytek, a następnie ponieść koszt ponownego montażu tychże podgrzewaczy.

W przypadku kurtyny powietrznej opis Przedmiotu Zamówienia nie uwzględnia malowania ścian, jak również terrakoty na posadzce, a Zamawiający musiałby ponieść, w późniejszym okresie, dodatkowe koszty z tym związane.

Z kolei Zamawiający, odpowiadając na pytanie „brak w opisie i schematach typu przewodu zasilającego rozdzielnie — proszę o uzupełnienie" Zamawiający udzielił wyjaśnień o następującym brzmieniu „typ przewodu zasilającego rozdzielnice LGY 16mm2". Jak zatem wynika z powyższego, treść tychże wyjaśnień nie zawiera żadnej informacji, z której wynikałoby, że należy jakoby dodatkowo wycenić 1mb montażu przewodu zasilającego rozdzielnice LGY 16 mm2. Gdyby Zamawiający oczekiwał wyceny tychże robót wówczas uzupełniłby przedmiar robót o dodatkowe pozycje, używając odpowiednich Katalogów Nakładów Rzeczowych, m.in. takie jak układanie rur, wciąganie przewodów, podłączenie czy ich wpięcie. Ponadto opis Przedmiotu Zamówienia nie określa tak istotnych informacji jak przebieg tychże przewodów zasilających tj. brak informacji określających czy przewody mają biec pod tynkiem, czy też nad tynkiem, bądź też czy mają biec w korytkach. Wobec braku tychże informacji trudno wyjaśnić czym kierował się Odwołujący dokonując ustalenia i wyceny tychże elementów w formularzu cenowym.

Podsumowując, gdyby Odwołujący działał z należytą staranności i dokonał prawidłowego oraz rzetelnego zbadania postanowień SWZ, a szczególności opisu Przedmiotu Zamówienia, wówczas w sposób, nie budzący wątpliwości doszedłby do wniosku, że nie jest wymogiem Zamawiającego realizacja, w ramach Przedmiotu Zamówienia, dostawy i montażu podgrzewacza oraz kurtyny powietrznej, jak również przewodu zasilającego rozdzielnice.

4. SPOSÓB FORMUŁOWANIA TREŚCI WYJAŚNIEŃ PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO.

Odnosząc się do argumentacji zawartej w pkt 22 uzasadnienia Odwołania, tj. do treści wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytania nr 3 i 4 zadane przez wykonawcę, to wbrew twierdzeniu Odwołującego, treść tychże wyjaśnień potwierdza poprawne i konsekwentne zachowanie Zamawiającego w ramach udzielanych wyjaśnień.

Tam bowiem gdzie Przedmiot Zamówienia wymagał wykonania określonych prac, w tym dostawy i montażu określonych

urządzeń czy instalacji, wówczas Zamawiający, w

odpowiedzi na ewentualne, sygnalizowane przez wykonawców w treści pytań wątpliwości odnoszące się do tego zakresu Przedmiotu Zamówienia, wskazał to wprost w treści udzielonych wyjaśnień.

Zamawiający, udzielając wyjaśnień w odpowiedzi odpowiednio na pytanie nr 3 i 4, wskazał bowiem, że: „Tablice nie ujęte na schemacie ideowym należy wykonać analogicznie" oraz, że „Należy wykuć 7 wnęk i zamontować łącznie 7 skrzynek rozdzielczych".

Zamawiający zatem wprost, w sposób nie budzący wątpliwości, potwierdził, które prace należy wykonać w ramach realizacji zamówienia objętego przedmiotem Postępowania, używając takich zwrotów jak „należy wykonać", „należy wykuć" czy „należy zamontować".

Wbrew zatem twierdzeniom Odwołującego, treść wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytanie nr 3 i 4 w sposób istotny (tj. co do sposobu ich sformułowania) różni się istotnie od wyjaśnień Zamawiającego udzielonych w odpowiedzi na pytanie nr 6 i 7.

5. WYNAGRODZENIE KOSZTORYSOWE.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że jeśli na etapie realizacji robót budowlanych Zamawiający dojdzie do wniosku, że nie ma potrzeby wykonania podgrzewacza wody, kurtyn powietrznych i odpowiedniej instalacji zasilającej, to ma prawo — bez ponoszenia jakichkolwiek negatywnych konsekwencji — zmniejszyć zakres rzeczowy umowy i polecić wykonawcy, aby nie wykonywał wspomnianych elementów. Wbrew bowiem twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający będzie mógł skorzystać z uprawnienia do rezygnacji z wykonania niektórych elementów, na etapie realizacji robót wchodzących w zakres Przedmiotu Zamówienia, ale wyłącznie tych, które były objęte zakresem Przedmiotu Zamówienia. Tymczasem, jak to już wykazał powyżej Zamawiający, z żadnych postanowień opisu Przedmiotu Zamówienia nie wynika aby w jego zakres wchodziła dostawa i/lub montaż podgrzewacza wody, kurtyn powietrznych oraz odpowiedniej instalacji zasilającej.

Uznanie zatem takiego stanowiska Odwołującego za uzasadnione, w odniesieniu do podgrzewaczy, kurtyn powietrznych i przewodów zasilających oznaczałoby, że Odwołujący musiałby dokonać zakupu określonej ilości podgrzewaczy, kurtyn powietrznych oraz przewodów zasilających (abstrahując od faktu, że Odwołujący, w ujęcie obiektywnym, nie znał, bo nie mógł znać, pozostałych, istotnych parametrów tychże produktów), na etapie realizacji Przedmiotu Zamówienia. Następnie w momencie powzięcia wiedzy o tym, że Zamawiający nie zaakceptuje faktu zakupu i/lub montażu tychże urządzeń oraz przewodów zasilających, jako nie objętych zakresem Przedmiotu Zamówienia, wówczas Odwołujący wystąpiłby z roszczeniem do Zamawiającego o zwrot poniesionych już kosztów zakupu i/lub montażu tychże produktów, powołując się jednocześnie wyłącznie na własną, odosobnioną, czysto subiektywną, a jednocześnie nie mającą oparcia w opisie Przedmiotu Zamówienia, interpretację treści wyjaśniań udzielonych przez Zamawiającego, w odpowiedzi na pytania nr

6 i 7 do SWZ. Takie stanowisko Odwołującego nie znajduje odzwierciedlenia w postanowieniach SWZ, a w szczególności w treści opisu Przedmiotu Zamówienia, a co za tym idzie należy je uznać za nieuzasadnione.

6. BRAK INNEJ OMYŁKI W OFERCIE ODWOŁUJĄCEGO.

Odnosząc się do zarzutu ewentualnego, tj. co do rzekomej możliwości poprawienia przez Zamawiającego innej omyłki (tj. w oparciu o dyspozycję art. 223 ust. 2 pkt 3) PZP) to należy wskazać, że Zamawiający nie mógł dokonać takiego poprawienia treści oferty, albowiem prowadziłoby to do niedozwolonej modyfikacji oferty rozumianej sensu stricte.

Zgodnie bowiem z dyspozycją art. 223 ust. 2 pkt 3) PZP zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Inaczej mówiąc poprawianie omyłki, w trybie przewidzianym w art. 223 ust. 2 pkt 3) PZP, nie może prowadzić do zmiany treści oferty w zakresie merytorycznym, a takową byłaby zmiana żądana przez Odwołującego. Gdyby słuszne było stanowisko Odwołującego, w omawianym zakresie, wówczas Zamawiający musiałby dokonać usunięcia z treści oferty Odwołującego tych postanowienia, które w sposób oczywisty świadczyły o niezgodności treści tejże oferty z warunkami zamówienia w Postępowaniu. Ponadto pamiętać należy, że poprawienie omyłki na zasadach określonych w art. 223 ust. 2 pkt 3) PZP może nastąpić w sytuacji, gdy z treści oferty można wywieść fakt istnienia omyłki, a przede wszystkim powziąć wiedzę o charakterze pomyłki i sposobie jej poprawienia w celu doprowadzenia do zgodności treści oferty z SWZ. Inaczej mówiąc zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę, o której mowa w dyspozycji art. 223 ust. 2 pkt 3) PZP, w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów składających się na ofertę. Zatem omyłka, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3) PZP, musi mieć taki charakter, aby jej poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Tymczasem Zamawiający, w analizowanym stanie faktycznym, nie mógłby dokonać samodzielnej poprawy treści formularza cenowego Odwołującego, albowiem sporne pozycje tegoż formularza obejmują zakres nie ujęty w opisie Przedmiotu Zamówienia, a w szczególności brak w jakichkolwiek postanowieniach SWZ niezbędnych (tj. minimalnych lub granicznych) parametrów urządzeń i przewodów zasilający rozdzielnice.

Co więcej, ze stanowiska wyrażonego w sposób wyraźny przez Odwołującego wynika, że zmiana wzoru formularza cenowego dokonana przez Odwołującego nie miała charakteru omyłkowego. Odwołujący bowiem działał z pełną świadomością faktu, że samodzielnie dokonuje ingerencji w treść formularza cenowego, poprzez dopisanie kolejnych pozycji, dotyczących dostawy i montażu urządzeń oraz instalacji zasilającej, a które nie były wymagane przez Zamawiającego w opisie Przedmiotu Zamówienia. Tymczasem warunkiem

skorzystania przez Zamawiającego z dyspozycji art. 223 ust. 2 pkt 3) PZP, tj. umożliwiającym dokonanie poprawienia treści oferty, jest stwierdzenie, że niezgodność oferty z wymaganiami zamawiającego nastąpiła w sposób niezamierzony przez wykonawcę. Ponadto oczywistym był i jest dla Zamawiającego fakt nieusuwalnej niezgodności treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia w Postępowaniu, a co za tym idzie Zamawiający nie był w żadnej mierze zobowiązany do wyjaśniania dlaczego w stosunku do oferty Odwołującego nie zachodzi podstawa do poprawienia innej omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3) PZP.

7. OFERTA BUDMAL.

Jeżeli w ocenie Odwołującego w ofercie Pana J. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Ogólnobudowlane BUDMAL J. K. Budmal (dalej: „Budmal"), a dokładnie w treści formularza kosztorysu ofertowego są zawarte nieścisłości, które w ocenie Odwołującego stanowią podstawę do odrzucenia oferty Budmal, zatem Odwołujący mógł taki stan faktyczny objąć również zarzutami wniesionego odwołania. Ponadto w żadnej mierze rzekome nieścisłości zawarte formularzu kosztorysu ofertowego Budmal nie stanowią odpowiednika naruszeń Odwołującego, albowiem Budmal w żadnym miejscu swojego formularza kosztorysu ofertowego nie dokonał jego zmiany względem postanowień SWZ, a w szczególności względem opisu Przedmiotu Zamówienia, poprzez wprowadzenie pozycji obejmujących dostawy i montaż urządzeń oraz instalacji zasilającej, nie objętych Przedmiotem Zamówienia, a więc niewymaganych przez Zamawiającego. Ponadto opisane przez Odwołującego rzekome nieścisłości w treści formularza kosztorysu ofertowego Budmal nie wpływają w żaden sposób na zgodność treści oferty Budmal z warunkami zamówienia w Postępowaniu. Tym samym zestawienie ewentualnych nieścisłości w treści formularza kosztorysu ofertowego Budmal ze spornymi zapisami formularza kosztorysu ofertowego Odwołującego pozostaje bez związku z zarzutami

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący w odwołaniu podniósł dwa zarzuty:

a) Zarzut 1 - art. 226 ust. 1 pkt 5 w. zw. z art. 16 Pzp kwestionując ustalenia Zamawiającego, co do niezgodności jego oferty z warunkami zamówienia, która wynikać ma z faktu wprowadzenia przez Odwołującego do kosztorysu ofertowego trzech dodatkowych pozycji: Montaż podgrzewacza elektrycznego", „Montaż kurtyny powietrznej", „Montaż przewodu zasilającego rozdzielnice LGY 16 mm2 nie ujętych w przedmiarze;

b) Zarzut 2 - art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 16 Pzp wskazując na zaniechanie poprawienia innej omyłki w ofercie Odwołującego dotyczącej wprowadzenia do kosztorysu ofertowego robót instalacji niskoprądowej trzech dodatkowych wskazanych pozycji (montaż

podgrzewacza elektrycznego, kurtyny powietrznej oraz przewodu zasilającego), poprzez ich usunięcie z kosztorysu ofertowego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w zakresie pierwszego zarzutu podał, że nie oczekiwał dostarczenia i/lub montażu spornych urządzeń, w ramach Przedmiotu Zamówienia, a jedynie wymagał dostosowania (wykonania) instalacji i obwodów, objętych Przedmiotem Zamówienia do wskazanej przez Zamawiającego mocy przyszłych podgrzewaczy i kurtyn powietrznych. Także podał, że (…) Odwołujący dokonał wyceny „montaż kurtyny powietrznej komplet" czyli rozumując razem z kupnem odpowiedniej kurtyny, nie mając szczegółowej wiedzy jaka kurtyna (tj. o jakich parametrach i sposobie montażu) jest wymagana przez Zamawiającego. Argumentacja braku znajomości parametrów została również przytoczona, co do spornego podgrzewacza".

Odnośnie drugiego zarzutu Zamawiający stwierdził, że w analizowanym stanie faktycznym, nie mógłby dokonać samodzielnej poprawy treści formularza cenowego Odwołującego, albowiem sporne pozycje tegoż formularza obejmują zakres nie ujęty w opisie Przedmiotu Zamówienia, a w szczególności brak w jakichkolwiek postanowieniach SWZ niezbędnych (tj. minimalnych lub granicznych) parametrów urządzeń i przewodów zasilający rozdzielnice.

Informując wykonawcę o odrzuceniu oferty podał:

„Wykonawca w treści Oferty nr , tj. w kosztorysie Ofertowym dotyczącym zakresu robót instalacji niskoprądowej, zawarł postanowienia niezgodne z treścią specyfikacji warunków zamówienia, mianowicie dopisał dodatkowo trzy nowe pozycje, niewymagane treścią specyfikacji warunków zamówienia, (…) Wymienił w tabeli te trzy dodane pozycje i wskazał za Kosztorysem wartości, co do jednostek i co do cen.

Dalej podał:

„Wykonawca wprowadził zatem do treści oferty i wycenił prace, które nie są objęte zamówieniem (nie są wymienione w opisie przedmiotu zamówienia), a co za tym idzie treść oferty Wykonawcy zawiera prace, których realizacji Zamawiający nie przewiduje i nie wymaga w ramach przedsięwzięcia stanowiącego przedmiot zamówienia. Z żadnych bowiem postanowień specyfikacji warunków zamówienia, a w szczególności z żadnych z postanowień opisu przedmiotu zamówienia, w tym z treści dokumentacji technicznej czy specyfikacji technicznych, nie wnika w jakikolwiek sposób aby Zamawiający wymagał dostawy i/lub montażu podgrzewacza elektrycznego. dostawy i/lub montażu kurtyny powietrznej bądź też dostawy i/lub montażu zasilającego rozdzielnice LGY 16 mm2 w ramach zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem, zwłaszcza, że Zamawiający nigdzie nie opisał szczegółowo wymaganych parametrów tychże urządzeń. Zamawiający udzielając wyjaśnień do treści specyfikacji warunków zamówienia, w odpowiedzi na treść

pytania nr 6 oraz treść pytania nr 7, które wpłynęły do Zamawiającego w dniu 21 listopada 2022 wskazał, że należy przyjąć urządzenia (tj. odpowiednio podgrzewacz wody oraz kurtynę powietrzną) o wskazanej tamże mocy. Zatem pytanie nr 6 i pytanie nr 7 dotyczyły tego jakiej mocy będą urządzenia tamże przywołane. które będą ewentualnie dostarczane i montowane w ramach dalszych etapów inwestycji, a które to etapy objęte będą kolejnymi postępowaniami o udzielenie zamówienia ogłaszanymi w przyszłości przez Zamawiającego. Natomiast Zamawiający nie wskazywał w jakikolwiek sposób na dostarczenia i/lub montażu tychże uradzeń, w ramach przedmiotowego zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający me dokonywał w ten sposób jakiejkolwiek modyfikacji postanowień specyfikacji warunków poprzez nałożenie na wykonawców obowiązku wskazania i wyceny dostawy i/lub montażu tychże urządzeń.

Niezależnie Od powyższego niezastosowanie się przez Wykonawcę, przy formułowaniu treści oferty nr 1, do wymogów zawartych w specyfikacji warunków zamówienia nie daje Zamawiającemu możliwości porównania oferty nr 1 z innymi ofertami złożonymi w przedmiotowym postępowaniu. Wszyscy bowiem pozostali wykonawcy, którzy złożyli prawidłowe oferty w przedmiotowym postępowaniu, nie wprowadzili do treści tychże ofert, a w szczególności do treści kosztorysów ofertowych, prac. które nie były wymagane przez Zamawiającego w treści specyfikacji warunków zamówienia.

W związku z powyższym oferta nr 1 nie odpowiada postanowieniom specyfikacji warunków zamówienia, a w konsekwencji treść Oferty nr I jest niezgodna z warunkami zamówienia w postępowaniu. Powyższe stanowi podstawę do odrzucenia oferty nr 1 w oparciu o dyspozycję art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy (…) Prawo zamówień publicznych".

Rozpoznając pierwszy z zarzutów Izba, zgodziła się z twierdzeniami Zamawiającego, że udzielając w dniu 24 listopada 2022 r. odpowiedzi na pytania wykonawców (pyt. 6 i pyt.7) nie zmodyfikował treści SWZ w ten sposób, że nakazał uwzględnić w ofercie urządzenia, ich dostawę i montaż jakimi są podgrzewacze wody oraz kurtyny powietrzne zasilane elektrycznie, czy też dostawę i montaż przewodów zasilających.

To oznacza, że twierdzenia Odwołującego podnoszone w zakresie pierwszego zarzutu, że był on zobowiązany uwzględniać w Kosztorysie NN te trzy elementy (wycenić montaż i dostawę) nie są zasadne. Zatem gdyby uznać, że z tego powodu treść oferty wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, to tak sformułowany zarzut podlega oddaleniu, a zgodnie z art. 226 pkt 5 ustawy Pzp: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (…) 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;"

Izba nie uwzględniła wniosku Odwołującego (…) o powołanie biegłego z zakresu budownictwa specjalizującego się w kosztorysowaniu na okoliczność ustalenia, iż w zakres

robót budowlanych objętych Postępowaniem wchodzi konieczność wykonania elementów przewidzianych dodatkowo przez Odwołującego w kosztorysie robót instalacji niskoprądowej, tj. montaż podgrzewacza elektrycznego, kurtyn powietrza oraz instalacji zasilającej powyższe urządzenia". W tym przypadku miała na uwadze art. 541 Pzp w myśl którego: „Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki".

Z ustaleń Izby wynika bowiem, że odpowiedzi na pytanie 6 i 7 (z użyciem wyrażenia „przyjąć" jak wskazywał Zamawiający) nie oznaczały obowiązku dostarczenia i zamontowania spornych urządzeń wraz z ich zakupem, a dotyczyły wymaganego dostosowania (wykonania) instalacji i obwodów, objętych Przedmiotem Zamówienia do wskazanej przez Zamawiającego mocy przyszłych podgrzewaczy i kurtyn powietrznych.

Natomiast w tej sprawie kluczowe znaczenie miało rozstrzygnięcie, co do drugiego zarzutu dotyczącego możliwości zastosowania procedury opisanej w art. 223 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z tym przepisem: „2. Zamawiający poprawia w ofercie: (…)

3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

– niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona".

Izba stwierdziła, że było możliwe zastosowanie tej procedury, albowiem wprowadzenie tych trzech spornych elementów – w stanie faktycznym tej sprawy - świadczy o tym, że oferta Odwołującego nie tyle jest niezgodna z warunkami zamówienia, o czym stanowi art. 226 pkt 5) Pzp, ale nie jest zgodna z dokumentami zamówienia, o czym mowa w art. 223 ust.2 pkt 3 Pzp;

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożyło 5 wykonawców, z których cztery zostały odrzucone i za najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy „BUDMAL" z ceną 1.867.197,92 zł oraz okresem gwarancji – 60 miesięcy. W przedmiotowym

postępowaniu zgodnie z punktem XX SWZ określono dwa kryteria oceny ofert: cena i długość okresu gwarancji.

W Formularzu oferty Odwołującego w punkcie 2 wykonawca podał:

„2. OFERU'EMY wykonanie przedmiotu zamówienia objętego przetargiem

za całkowitą cenę ofertową netto 1.417.040,86 PLN

Podatek VAT 23 % 325.919,40 PLN

Ogółem cena z podatkiem VAT 1.742.960,26 PLN”

Z kolei w punkcie 3 wskazał na okres gwarancji 60 miesięcy (jak w ofercie najkorzystniejszej).

Do formularza załączył Kosztorysy odpowiednio dla branż: sanitarnej, budowlanej, instalacji NN, elektrycznej. Spór dotyczy „Instalacji NN”. W tym kosztorysie wskazano na 22 pozycje jak podano w przedmiarach (nie jest to kwestionowane), dodano następujące trzy pozycje:

Instalacja NN bem

BMestiMale3 (O Datacomp 1994*2018 (R 000580*0 strono nr 2

Kosztorys ofertowy

Nr	Podstawa	Opis robót	Jm	Ilość	Cena jedn.	Wartość netto
	Kosztorys	Budowa budynku szkoły wraz z przedszkolem i żłobkiem w Bukowska				
	Bmtm Instalacja niskoprądowa - projekt					
	Kalkulacja indywidua[1]^	Opracowany kompleksowe; dokumentacji wykonawczy instalacji niskiego nep^oa w nowobudowanym budynku szkoły wraz z przedszkolem i 2k>ok«m (instalacja tee.r tematyczna alarmowa ▌dostępność). Przed rozpoczęc»er- -obót projekt do zaakceptowania przez Inwestora.	kpi	1.000	2 560.00	2 580.00
		Razom Instalacja			niskoprądowa - projekt	2 560.00
2	Element	Przewidywany zakres robót instalacji niskopradowej objęty do realizacji Nr ST: STWiOR_01 Kod CPV: 45311100-1				
2	KNNR 57120714	Wykucie 5'uzc dla rur RKLG18. RS22 w podłożu gipsowym, tynku gazobetonte	m	1 500.000	292	4 380.00
3	KNNR 5/1207/7	Wykuae bruzd dla rur RKLG'8. RS22 w betonie	m	1 500,000	8.22	12 330.00
<	KNNR 5/1207/14	Wykucie bruzd dla rur RS47 w podłożu gipsowym, ty-w. gazobetonie	<r	250.000	5.60	1 400.00
•s	KNNR 5/1207/16	Wykucie bruzd dla ruf R$47 w betonie	m	250.000	21.72	5 430.00
6	KNNR 5/1209/2	Przebijanie otworów długość do 30cm i średnicy 25mm w sosnach lub stropach gazobetonowych	Otwór	35.000	5.08	1Ham|
7	KNNR 5/1209/10(1)	Przebijanie otworów długość do 20cm i średnicy 25mm w ścianach lub stropach betonowych	otwór	20.000	24.48	489.60;
'	KNNR 5/133/50)	Układani* rur wiriidurowych o średnicy cc 20mm na tynku na podłożu innym niż betonowe	m	1 700.000	17,07	29019.001
9	KNNR 5/103/1 W	Układanie rur wimdurowyęn o średnicy co 20mm na tynku na podłożu betonowym	m	1 700.000	19.24	32 708.00
W	KNNR 5/103/2 O	Ujadanie rur wmdurowycn o średnicy do 28mm na tynku na podłożu betonowym	m	250,000	22,93	5 732.50
11	KNNR 5/* 03/6 W	Układani® rur w r durowych o średnicy do 28mm na tynku na podłożu r rym niż betonowe	m	250.000	20.75	5187.50
•2	KNNR 5/103/4	Układan e rur wmidurowych o średnicy do 47mm na tynku na podłożu betonowym		250,000	30,87	7 717.50
r	KNNR 5/* 03/8	Układanie rur wnidufowych o średnicy do 47mm na tynku na podłożu innym niż betonowe	m	250.000	28.70	7175.00
	KNNR M03/1	Wciągani© przewodów kapokowych o łącznym przekroju żył do 7.5mm2 do rur -Pwwód - UTP kat 5e zewnętrzny linka nośna	m	50.0CC	4.73	236.50
15	KNNR 5/203/1	Wciąganie przewodów kabelkowych o łącznym przekroju żył do 7.5mm2 do rur > Przewód OMY 3X1.5 mm2	m	250.000	4.83	1 207,50
	KNNR 5/203/1	Wc ąganie przewodów kabelkowych o łącznym przekroju żył do 7,5mm2 do rur • Przewód • "TDY 6x0.5 mm		900.000	2.11	2611.00
117	KNNR 5/203/1	Wciąganie przewodów kaboikowych o łącznym przekroju żył do 7,5mm2 do rur« Przewód - gotowy kabel optyczny audio SPÓIF Tostink	m	500.000	17,62	8 810 [1]
-	KNNR 520311	Wciąganie przewodów kabelkowych o łącznym przekroju żył do 7,5mm2 do rur * kabel MDM!	m	500,000	T.22	$610.00
I"	KNNR 5/203/1	Wciągana przewodów kabelkowych o łącznym orzekroju żył do 7.5mm2 do rur -Przewóo miedziany głosnkowy 2x1mm	Fl	150,000	3.86	579.00'
20	KNNR 5/203/1	Wciąganie przewodów kabelkowych o łącznym przekroju żył do 7,5mm2 do rur -Przewód - U/UTP kat. 6e. 4x2*23AWG	m	2 500,000	3.66	9 150.00
2'	KNNR 520311	wę.ggan e przewodów nabojowych O łącznym przekroju żył do 7.5mm2 do njr • Przewód - U/UTP kat Se. 4x2x0.5 mm2	m	1 350.000	3J3	4 225.50
22	KNNR 5/302/5 Montaż puszek instalacyjnych 3-wytocowye*i podty^kowych o średnicy dc 80mm (1)_____' ___ szt 5co?:				___21.01	1 050.50
Element Pozycje do odpowiedzi na pytania z dnia 24.11.2022r.						
KMacp i i^dywiduain*		Montaż podgrzewacza eekfycznego	w	1.00C	200.00	200.00
	Ka-uMacja *KJywxJuaina	Montaż kurtywy powietrzne	kpi	2.00C	1850.00	3 700.00
Ka-kutacp moywdualna		Montaż przewodu zaś ^acego 'ozdz^ ce LGY '6 mm2	mo	25.000	■5.00	i 375.00
		Razem Pozycje do odpowiedz	ru pytam* i dnia 24.11.M22r.			4 275.00
Razem Budowa budynku szkoły wraz z przedszkolem i Żłobkiem w Bukowska netto						152 069,90
VAT						34 976 08
Wartość kosztorysu brutto						197 045.M

Budowa budynku szkoły wraz z przedszkolem <

Z*ot>k«m w Bukowsko

Izba zgodziła się z Odwołującym, że Zamawiający był uprawniony do poprawienia oferty wykonawcy poprzez usunięcie pozycji trzech spornych pozycji kosztorysowych ujętych

w kosztorysie robót odnoszących się do instalacji niskoprądowej. Przede wszystkim sporna niezgodność dotyczyła dokumentów zamówienia. Ponadto usunięcie tych trzech pozycji – jednoznacznie wyodrębnionych w kosztorysie – nie wymagało żądnych uzgodnień z wykonawcą. Nie powodowało też istotnych zmian w treści oferty. Zmiana ta spowodowałyby – jak wskazywał wykonawca - obniżenie ceny ofertowej o kwotę 4.275,00 zł netto, co jest zmianą marginalną w stosunku do ceny ofertowej, która wyniosła 1.417.040,86 zł netto (omyłka to 0,3% ceny ofertowej).

Poprawienie omyłki w opisany powyżej sposób nie doprowadziłoby do zmiany kolejności w rankingu ofert, (druga w kolejności oferta z ceną 1.867 197,92 zł) omyłka jest łatwa do wychwycenia z punktu widzenia Zamawiającego i nie doprowadziłaby do istotnej zmiany świadczenia oferowanego przez Odwołującego, ponieważ dotyczyłaby zaledwie 3 pozycji z kilkuset, jakie zostały ujęte w kosztorysach ofertowych.

Tym samym nie zgodziła się z twierdzeniami Zamawiającego, że w analizowanym stanie faktycznym, nie mógł dokonać samodzielnej poprawy treści formularza cenowego Odwołującego, tylko dlatego, że sporne pozycje tegoż formularza obejmują zakres nie ujęty w opisie Przedmiotu Zamówienia, a w szczególności brak w jakichkolwiek postanowieniach SWZ niezbędnych (tj. minimalnych lub granicznych) parametrów urządzeń i przewodów zasilający rozdzielnice. Parametry do poprawienia tych omyłek są bezprzedmiotowe, omyłki nie dotyczą bowiem parametrów tych urządzeń, ale omyłkowego ich uwzględnienia w Kosztorysie NN z uwagi na błędną interpretację odpowiedzi udzielonej w dniu 24 listopada 2022 r.

W konkluzji Izba stwierdza, że niezgodności treści oświadczenia woli z dokumentami wyrażonego w ofercie, w tym przypadku wyjaśnieniami (choćby z powodu niedołożenia przez wykonawcę należytej staranności przy opracowaniu oferty wywołanej brakiem zapytania) także wymagają od zamawiającego rzetelnego rozważenia możliwości zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Granicą jego zastosowania jest bowiem istotna zmiana treści oferty, o czym niewątpliwie każdorazowo decydują okoliczności konkretnej sprawy, a w szczególności na ile taka zmiana stanowi wytworzenie całkowicie odmiennego oświadczenia od złożonego przez wykonawcę w ofercie. O istotności takiej może także decydować skala zmiany w stosunku do całości treści oferty i przedmiotu zamówienia m.in. co do wielkości ceny. W tej sprawie zmiana jest zmianą marginalną w stosunku do ceny ofertowej. Omyłka to 0,3% ceny ofertowej nie wpływająca na ranking niepodlegających odrzuceniu ofert.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba miała na uwadze art. 557 nPzp z dnia 11 września 2019 r. oraz § 7 ust. 2 pkt 3 oraz ust.4 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) [dalej: rozporządzenie].

Zgodnie z dyspozycją wskazanego art. 557 w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z kolei z § 7 ust. 2 pkt 3 rozporządzenia:

„2. W przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą: (…)

3) odwołujący i zamawiający (…).”

W myśl natomiast § 7 ust. 4: „W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, Izba

rozdziela:

1) wpis stosunkowo, zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego (…) kwotę, której wysokość ustali przez obliczenie proporcji liczby zarzutów uwzględnionych przez Izbę do liczby zarzutów, których Izba nie uwzględniła, mając na względzie, ile spośród tych zarzutów było objętych sprzeciwem uczestnika wnoszącego sprzeciw;

2) koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, w sposób określony w pkt 1 lub znosi te koszty wzajemnie między odwołującym i zamawiającym (…).”

W niniejszej sprawie jako podstawę podziału rozstrzygnięcia o kosztach i obciążenie Odwołującego oraz Zamawiającego kosztami po 50 % Izba przyjęła, że zarzuty dotyczyły dwóch zarzutów, z których drugi zarzut Izba uznała bezspornie za zasadny i z tego powodu nakazała „(2) dokonanie ponownego badania oraz oceny ofert nieodrzuconych z uwzględnieniem oferty odwołującego i z zastosowaniem do tej oferty art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy (…).

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.