

Sygn. akt: KIO 2658/24

WYROK

z dnia 5 września 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Ewa Sikorska

Protokolant:

Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 września 2024 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Konserwacji Zabytków „MATEUSZ” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie

Uczestnik postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: wykonawca T. D.

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Marecki Ośrodek Kultury im. Tadeusza Łużyńskiego w Markach

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Konserwacji Zabytków „MATEUSZ” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesione przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Konserwacji Zabytków „MATEUSZ” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie tytułem – odpowiednio – wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Sygn. akt: KIO 2658/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Marecki Ośrodek Kultury im. Tadeusza Łużyńskiego w Markach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest renowacja ceglanej elewacji oraz wykonanie niezbędnych prac zabezpieczających w budynku zlokalizowanym przy ul. Fabrycznej 2 w Markach.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 roku, poz. 1320), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 2 sierpnia 2024 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Konserwacji Zabytków „MATEUSZ” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec zaniechania i czynności zamawiającego z dnia 22 lipca 2024 roku, tj. wobec odrzucenia oferty odwołującego oraz wobec wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu oferty złożonej przez Adver T. D. .

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie pozycji opisanych w pkt 4, 6 i 20 kosztorysu szczegółowego złożonego przez odwołującego, jak i w zakresie sposobu skonstruowania kosztorysu szczegółowego, w szczególności niedołączenia załącznika lub ewentualnie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie jego zastosowania i niedokonanie przez zamawiającego poprawienia w ofercie odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty tj. nieskorygowania oczywistych omyłek w pkt 4, 6 i 20 kosztorysu szczegółowego;
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że oferta ta nie podlegała odrzuceniu, bowiem jej treść była zgodna z warunkami zamówienia i nie zawierała merytorycznych odstępstw od zamierzeń zamawiającego;

3) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Adver T. D. jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że oferta ta nie była najkorzystniejsza i jednocześnie poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, pomimo że była ona najkorzystniejszą w postępowaniu;

4) art. 16 i 17 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez nierówne

traktowanie traktowanie odwołującego prowadzące do naruszenia konkurencyjności a przejawiające się w odrzuceniu oferty odwołującego z powodu niezłączenia tabeli elementów scalonych i załącznika dla cen jednostkowych i analogii, mimo że inni wykonawcy tj. Anpol Inwestycje, FK Grupa Sp. z o.o., Green World R. Z., Adver T. D. oraz ARS MICHAEL M. również nie załączyli tego rodzaju tabeli lub załącznika, a ich oferty nie zostały odrzucone, ale ocenione i sklasyfikowane w rankingu ofert;

5) art. 16 w zw. z art. 85 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez niepodjęcie przez

zamawiającego odpowiednich środków w celu zagwarantowania, że udział wykonawcy Adver T. D. w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności nieprzekazania pozostałym wykonawcom istotnych informacji pozyskanych wskutek zaangażowania wykonawcy Adver T. D. w przygotowanie postępowania poprzez opracowanie przez tegoż wykonawcę na rzecz Zamawiającego kosztorysu inwestorskiego (przedmiaru), będącego następnie podstawą do opracowania kosztorysów przez poszczególnych wykonawców;

6) art. 108 ust. ustawy P.z.p. poprzez niewykluczenie z postępowania

wykonawcy Adver T. D., pomimo że wykonawca ten był wcześniej zaangażowany w przygotowanie postępowania przez zamawiającego w ten sposób, że przygotował kosztorys inwestorski dla zamawiającego, o czym nie byli powiadomieni pozostali wykonawcy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania poprzez:

1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru

najkorzystniejszej oferty,

2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

3) wykluczenie wykonawcy Adver T. D. z postępowania;

4) obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami

zastępstwa w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że ma interes we wniesieniu odwołania, ponieważ bezpodstawne działania i zaniechania zamawiającego uniemożliwiają mu uzyskanie zamówienia, którego dotyczy postępowanie. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu i przysługuje mu status wykonawcy. Odwołujący ubiega się o udzielenie zamówienia będącego przedmiotem postępowania, które wchodzi w zakres ekonomicznego zainteresowania odwołującego. Oferta wykonawcy winna była zostać oceniona jako najkorzystniejsza w postępowaniu i sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert. Nie stało się tak wyłącznie wskutek nieprawidłowości w postępowaniu po stronie

zamawiającego, który błędnie stosując przepisy ustawy P.z.p. odrzucił ofertę odwołującego i dokonał wyboru drugiej w kolejności oferty wykonawcy Adver T. D. . Nadto, w postępowaniu doszło do zaburzenia konkurencyjności, bowiem wykonawca Adver T. D. brał udział w przygotowaniu dokumentów zamówienia (kosztorysu inwestorskiego), o czym zamawiający nie poinformował wykonawców, jak też nie podjął żadnych środków mających zapewnić konkurencyjność.

Odwołujący podniósł, że w przypadku uwzględnienia odwołania dojdzie do ponownej oceny ofert, w efekcie do wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej i odwołującemu zostanie udzielone zamówienie stanowiące przedmiot postępowania. Jednocześnie wybór oferty wykonawcy Adver T. D. oznacza, że odwołujący poniesie szkodę w postaci utraconego zysku z realizacji zamówienia, którego dotyczy postępowanie, bowiem oferta tego wykonawcy jest mniej korzystna niż oferta odwołującego.

Odwołujący wskazał, że zamawiający zaniechał oceny oferty odwołującego i ofertę tę odrzucił, wskazując, że odwołujący nie dołączył do oferty tabeli elementów scalonych oraz załącznika - dla analiz indywidualnych i analogii - kalkulacji szczegółowej cen jednostkowych wraz z uzasadnieniem. W ocenie zamawiającego tego rodzaju „braki” nie podlegają uzupełnieniu, nie mogą być poprawione, w konsekwencji oferta odwołującego nie odpowiada oczekiwaniom odwołującego wskazanym w SWZ.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający wytknął mu również, że niektóre pozycje w kosztorysie nie odpowiadają rzeczywistemu zakresowi prac i oferta odwołującego w warstwie merytorycznej nie odpowiada oczekiwaniom zamawiającego, bowiem:

- w pkt 4 kosztorysu wyceniono „wstępnie oczyszczenie powierzchni - kamień porowaty piaskowiec” podczas gdy należało wycenić „wstępne oczyszczenie powierzchni muru ceglanego”,
- w pkt 6 wyceniono „mycie powierzchni roztworami detergentów bez względu na ilość powtórzeń - kamień

porowaty - piaskowiec" podczas gdy powinno być „Oczyszczanie elewacji ceglanej - bez względu na ilość powtórzeń - metodą nadciśnieniową przy użyciu mączki kwarcowej z dodatkiem wody”,

- w pkt 20 kosztorysu wyceniono demontaż, podczas gdy powinien być wyceniony „ponowny montaż zdemontowanych wcześniej urządzeń”.

W ocenie odwołującego zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu niezastosowania art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie sposobu skonstruowania kosztorysu szczegółowego jak i w zakresie pozycji opisanych w pkt 4, 6 i 20 kosztorysu szczegółowego, odwołujący wskazał:

Błędnym jest uznanie przez zamawiającego, że odwołujący nie zamieścił w kosztorysie szczegółowym tabeli elementów scalonych. Tabela elementów scalonych została zawarta na str. 2 kosztorysu ofertowego odwołującego, czego nie dostrzegł zamawiający.

Podobnie błędnym jest uznanie, że niezłączenie do kosztorysu załącznika dla analiz indywidualnych i analogii - kalkulacja szczegółowa cen jednostkowych wraz z uzasadnieniem stanowi brak oferty skutkujący jej odrzuceniem. Odwołujący wskazał, że zamawiający w treści SWZ nie narzucił żadnego wzoru rzeczzonego załącznika, nie stawiając w tym zakresie żadnych wymagań formalnych dla wykonawców. Z tego względu odwołujący, konstruując kosztorys szczegółowy dla pozycji „z analogii” nie umieścił cen jednostkowych „z analogii” w odrębnym kosztorysie (stanowiącym załącznik do kosztorysu szczegółowego), ale ceny takie podał wprost w kosztorysie szczegółowym, przy konkretnych pozycjach cenowych dodając dopisek „z analogu. Pozycje, których dotyczyła „analogia”, zostały wymienione w poszczególnych punktach kosztorysu szczegółowego odwołującego, co jest całkowicie czytelne i przejrzyste.

Jednocześnie, w sporządzonym przez siebie kosztorysie odwołujący nie przewidział pozycji „dla analiz indywidualnych”, stąd zbędnym było dołączanie do kosztorysu dodatkowego załącznika. Sposób skonstruowania kosztorysu, z podaniem cen z „analogii” nie w odrębnym załączniku, ale w kosztorysie szczegółowym, nie stanowi zatem o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. Sposób prezentacji cen z „analogii” ma wyłącznie charakter techniczno-formalny, a nie merytoryczny, stąd nie może stanowić o braku oferty. Jeżeli zarazem zamawiający miał wątpliwości, które pozycje zostały wycenione na zasadzie „z analogii” lub dlaczego do kosztorysu szczegółowego odwołujący nie załączył załącznika dla analiz indywidualnych, winien był wezwać odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy.

Podobnie, opis pozycji zawartych w pkt 4, 6 i 20 kosztorysu szczegółowego nie stanowił o braku oferty, a wątpliwości co do opisu pozycji zamawiający winien był rozstrzygnąć w drodze wezwania w trybie art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p.

Odwołujący wyjaśnił, błędny opis zamieszczony w rzeczonych pozycjach miał wyłącznie charakter omyłki pisarskiej, o oczywistym charakterze.

Otóż, pozycjom 4, 6 i 20 w przedmiarze inwestorskim przypisano następujące numery KNR: dla pozycji 4.: „TZKNC N-K/VI 1/1b”, dla pozycji 6.: TZKNC N-K/VI 1/2b, a dla pozycji 20.: „TZKNC N-K/XII t.19-a”. Odwołujący, opierając się na przedmiarze inwestorskim, podał takie same symbole KNR dla poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, co widoczne jest w kolumnie „Podstawa” kosztorysu ofertowego. Wyłącznie wskutek błędu technicznego (automatyzacji opracowywania kosztorysu), podanie poprawnego symbolu KNR dla pozycji 4, 6, 20 skutkowało automatycznym rozwinięciem domyślnego słownego opisu danego symbolu KNR, czego nie poprawił „ręcznie” odwołujący. Przykładowo pod pozycją TZKNC N-K/VI 1/1b normy KNR zawarty jest opis „wstępnie oczyszczenie powierzchni - kamień porowaty - piaskowiec”. Odwołujący konstruując kosztorys nie dokonał „ręcznej zmiany” domyślnego (katalogowego) opisu normy na opis wskazany w przedmiarze, co było zwykłym błędem nie wpływającym w jakikolwiek sposób na treść oferty.

Odwołujący dodał, że każdorazowo w pozycjach 4, 6 i 20 zawarto sformułowanie „analogia”, co oznaczało, że dana pozycja została oszacowana analogicznie do podanego symbolu normy (opisu katalogowego). Skoro bowiem KNR nie przewiduje dla symbolu TZKNC N-K/VI 1/1b „czyszczenia cegły”, a najbliższym rodzajowo jest „czyszczenie kamienia/piaskowca”, to dodanie słowa „analogia” świadczy za tym, że zamiarem odwołującego nie było wykonanie robót polegających na czyszczeniu kamienia, ale cegły, co zostało wycenione na zasadzie analogii dla norma dot. czyszczenia kamienia.

Analogiczny błąd techniczny zaistniał przy opisie słownym pozycji 6 i 20, co jakkolwiek nie wpływało na treść oferty. Nadto pozycję „demontaż” odwołujący wycenił w pozycji 2. kosztorysu ofertowego. Pozycjom 2 i 20 odwołujący zatem przez pomyłkę nadał ten sam opis słowny, co winno być zostać wyjaśnione przez zamawiającego bowiem stanowiło o sprzeczności oferty, wymagającej wyjaśnienia.

Tym samym, podanie przez odwołującego błędnego opisu słownego przy jednoczesnym podaniu poprawnego symbolu KNR danej pozycji kosztorysu prowadziło do sprzeczności oferty, która winna była zostać wyjaśniona w trybie art. 223 ustawy P.z.p. O sprzeczności opisów przy pozycjach 4 i 6 świadczy zarazem fakt, że obiekt będący przedmiotem zamówienia jest w całości ceglany i nie ma żadnych elementów kamiennych. Podanie przez odwołującego przy pozycjach 4 i 6, że dane pozycje dotyczą zabiegów konserwatorskich przy budowlach kamiennych, a nie ceglanych, stanowiło o oczywistej pomyłce pisarskiej (wynikłej z pozostawienia katalogowego opisu symbolu KNR), która winna była zostać albo wyjaśniona, albo wręcz poprawiona w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.

Odwołujący wskazał, że z treści oświadczenia zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego wprost wynika, że zamawiający miał świadomość, na czym polegały pomyłki w

pozycjach 4, 6 i 20 kosztorysu ofertowego. Pomyłki te, opisane powyżej, miały zatem charakter innych omyłek i winny były zostać poprawione w trybie art. 233 ust. 2 pkt 3 ustawy, co nie wpłynęłoby na treść oferty.

Odwolujący podniósł, że obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w ofercie innych omyłek o ile nie powodują istotnych zmian w treści oferty. Przyjmuje się, że dopuszczalnym jest poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie, przy czym ustawodawca wprowadził zasadę ostatecznego akceptowania dokonywanych przez zamawiającego poprawek w odniesieniu do tych dokonanych przez siebie zmian, które dotyczą niezgodności oferty ze SWZ.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że oferta ta nie podlegała odrzuceniu, bowiem jej treść była zgodna z warunkami zamówienia i nie zawierała merytorycznych odstępstw od zamierzeń zamawiającego, odwołujący podniósł, że oferta odwołującego była w całości zgodna z treścią SWZ, a jej ewentualne niejasności lub nieścisłości winny były zostać wyjaśnione lub poprawione w trybie art. 233 ustawy P.z.p. Przyczyny odrzucenia oferty wskazane przez zamawiającego nie mogą być zatem kwalifikowane jako te określone w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p.

Odwolujący stwierdził, że aby mówić o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, niezgodność ta musi dotyczyć zapisów specyfikacji, przy czym niezgodność taka winna być oczywista. Zamawiający może więc odrzucić ofertę gdy jej treść z całą pewnością nie odpowiada treści SWZ. Nie może dokonać takiej czynności w sytuacji, gdy treść oferty nie została należycie zbadana, w tym w szczególności wyjaśniona - w przypadku wątpliwości co do jej zgodności z SWZ. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 218/11.

W ocenie odwołującego, w okolicznościach niniejszej sprawy zamawiający, nieprawidłowo zastosował art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p., bowiem przepis ten nie miał zastosowania do oferty odwołującego, która była w całości zgodna z wymaganiami SWZ.

Odnosząc się do zarzutu nierównego traktowania wykonawców i naruszenia konkurencyjności wskutek odrzucenia oferty odwołującego a nie odrzucenia ofert innych wykonawców, które również nie zawierały takich samych elementów w kosztorysie, odwołujący wskazał, że zamawiający nie przeprowadził rzetelnej oceny ofert a dokonana przez niego ocena naruszyła zasadę równego traktowania wykonawców.

Odwolujący wskazał, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego bowiem – w ocenie zamawiającego – nie zawierała elementów istotnych tj. tabeli elementów scalonych oraz załącznika dla analiz indywidualnych i analogii, w sytuacji, gdy:

- 1) tabeli elementów scalonych do swojej oferty oraz załącznika dla analiz indywidualnych i analogii nie załączył również wykonawca Anpol Inwestycje Sp. z o.o., którego oferta nie została odrzucona, ale oceniona i sklasyfikowana na miejscu 6 rankingu ofert.
- 2) tabeli elementów scalonych do swojej oferty oraz załącznika dla analiz indywidualnych i analogii nie załączył także wykonawca FK Grupa Sp. z o.o.

Oferta tego wykonawcy zawierała dodatkowo brak cen jednostkowej w poz. 17 kosztorysu, jak też nie zawierała określenia ceny brutto. Mimo tego oferta tego wykonawcy nie została odrzucona, ale oceniona i sklasyfikowana przez zamawiającego na miejscu 5 rankingu ofert.

- 3) wykonawca Green World R. Z. również nie zawarł w swym kosztorysie tabeli elementów scalonych oraz załącznika dla indywidualnych i analogii, a mimo tego oferta nie została odrzucona przez zamawiającego. Nadto oferta tego wykonawcy zawierała ewidentne inne braki, tj. nie zawierała cen w kwocie brutto jak i w nie określała w kosztorysie cen jednostkowych materiału w pozycji 11 i 17. Nie przeszkodziło to zamawiającemu do dokonania oceny tej oferty i sklasyfikowania na 2 miejscu w rankingu ofert.

- 4) również oferta wybranego wykonawcy, tj. Adver T. D., nie zawiera załącznika w dla analiz indywidualnych i analogii, a mimo tego została oceniona i wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza.

Oferta wybranego wykonawcy nie zawiera również wyceny wszystkich pozycji cen materiału użytego do scalenia kolorystycznego w pozycji 11 i 17, co również nie stanowiło przeciwwskazań do oceny oferty.

- 5) wykonawca ARS MICHAEL M. W. w ogóle natomiast nie załączył kosztorysu ofertowego, co nie przeszkodziło zamawiającemu ocenić jego ofertę i przyznać 29.09 pkt

Dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej, na prośbę odwołującego do przekazania oferty ARS MICHAEL M. W., zamawiający dostrzegł, że wykonawca ten nie załączył kosztorysu i postanowił „sprostować” czynność oceny oferty tego wykonawcy na czynność odrzucenia oferty. Innymi słowy, zamawiający dokonał oceny ofert dwukrotnie, raz 22 lipca 2024 roku a drugi raz w dniu 25 lipca 2024 roku.

W ocenie odwołującego powyższe świadczy za tym, że zamawiający w sposób odmienny potraktował nie załączenie przez odwołującego do kosztorysu tabeli elementów scalonych (która to była w rzeczywistości załączona) oraz załącznika dla analiz indywidualnych i analogii. Niezałączenie tych dokumentów w przypadku odwołującego zamawiający potraktował jako nieusuwalną wadę i brak oferty, skutkującą jej odrzuceniem, a niezałączenie tych samych dokumentów przez innych wykonawców (w tym przez wybranego wykonawcę) nie uznał za jakikolwiek błąd lub brak i dokonał oceny tak złożonych ofert innych wykonawców.

Powyższe świadczy o oczywistym naruszeniu przez zamawiającego względem odwołującego zasady równego traktowania, jak i świadczy o naruszeniu uczciwej konkurencji. Odwołujący, będąc w takiej samej sytuacji formalnej jak pięciu innych wykonawców, nie załączając tego samego rodzaju dokumentów jako jedyny został uznany za niespełniającego warunków zamówienia.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 16 w zw. z art. 85 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez niepodjęcie przez zamawiającego odpowiednich środków w celu zagwarantowania, że udział wykonawcy Adver T. D. w postępowaniu nie zakłóci konkurencji;

Odwołujący wskazał, że przedmiar (kosztorys inwestorski) został sporządzony przez zamawiającego w dniu 18 czerwca 2024 roku przy użyciu oprogramowania do kosztorysowania pod nazwą „Norma EXPERT”, wersja 5.15.200.12 przy użyciu licencji nr seryjny 17255. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 1 lipca 2024 roku pod numerem 2024/BZP 00391059. Kosztorys ofertowy złożony przez wykonawcę Adver T. D. został również sporządzony w dniu 18 czerwca 2024 roku (czyli przed ogłoszeniem przez zamawiającego o postępowaniu) również przy użyciu oprogramowania do kosztorysowania pod nazwą „Norma EXPERT”, wersja 5.15.200.12 i przy użyciu tej samej licencji, której użył zamawiający tj. numer seryjny 17255. Z powyższego wynika zatem wniosek, że wykonawca Adver T. D. brał udział w przygotowaniu kosztorysu inwestorskiego dla zamawiającego. Alternatywny wniosek mogący wynikać ze zbieżności dat sporządzenia obydwu kosztorysów przy użyciu tej samej licencji do oprogramowania „Norma EXPERT” jest taki, że to zamawiający udostępnił wykonawcy Adver T. D. posiadaną przez siebie licencję programu w celu przygotowania przez wykonawcę oferty w postępowaniu i to jeszcze przed publikacją ogłoszenia o postępowaniu. Oba powyższe scenariusze, prowadzą do wniosku, że Adver T. D. w jakiś sposób powiązany jest z zamawiającym i miał wpływ na przygotowanie dokumentacji do zamówienia (sporządził kosztorys inwestorski dla zamawiającego) albo korzystał z oprogramowania zamawiającego w przygotowaniu własnej oferty, zanim doszło do ogłoszenia o postępowaniu. O zaistnieniu którejkolwiek z ww. sytuacji zamawiający nie

poinformował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, co zakłóciło konkurencyjność postępowania.

Odwołujący stwierdził, że w postępowaniu zamawiający ani nie przeprowadził procedury wyjaśnień, czy ewentualny udział Adver T. D. w przygotowaniu kosztorysu inwestorskiego mógłby prowadzić do naruszenia konkurencyjności postępowania, ani nie poinformował wykonawców o wcześniejszym zaangażowaniu tegoż wykonawcy w przygotowanie zamówienia. Zamawiający nie wyjaśnił też, że wykonawca Adver T. D. korzystał z zasobów zamawiającego w celu przygotowania własnej oferty i to jeszcze przed dniem ogłoszenia o zamówieniu (jeżeli taka sytuacja miała miejsce, na co może wskazywać data kosztorysu Adver).

Odwołujący stwierdził, że skoro więc, wykonawca Adver T. D. sporządził kosztorys przed ogłoszeniem o zamówieniu, to o postępowaniu wiedział zanim zostało ono ogłoszone. Nadto, sporządzenie kosztorysu przez Adver T. D. w przy użyciu tej samej licencji, której użył zamawiający do sporządzenia kosztorysu ofertowego świadczy, za tym, że wykonawca ten mógł doradzać zamawiającemu w przygotowaniu postępowania. Wszystkie te okoliczności zostały zatajone w postępowaniu, co skutkowało naruszeniem art. 85 ustawy P.z.p., w konsekwencji naruszeniem art. 16 ustawy P.z.p.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p. poprzez niewykluczenie z postępowania wykonawcy Adver T. D., odwołujący wskazał, że jeżeli Adver T. D. doradzał zamawiającemu w przygotowaniu dokumentów zamówienia, w tym przygotował kosztorys inwestorski, to nawiązał takie relacje z zamawiającym i poznał przedmiot zamówienia, w taki sposób, który powoduje zakłócenie konkurencyjności. Żaden z innych wykonawców nie miał bowiem możliwości dokonać przedmiarów przedmiotu zamówienia i zapoznania się z nim w tak szczegółowy sposób.

W zaistniałej sytuacji, wykonawca Adver T. D. winien być zostać wykluczony z postępowania, a zaniechanie to należy kwalifikować jako naruszenie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 19 sierpnia 2024 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający podniósł, że zamawiający przygotowują opis przedmiotu zamówienia oraz warunki zamówienia zobowiązany był do umieszczenia w SWZ szczegółowych wymagań dotyczących realizacji zamówienia wskazanych w decyzji Mazowieckiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków oraz jednostki udzielającej dotacje na wykonanie renowacji ceglane elewacji. Zgodnie z otrzymanymi wytycznymi zamawiający zobowiązany

był do określenia konkretnych warunków udziału (wiedza i doświadczenie, kadra pracownicza), zastosowanie rozliczenia kosztorysowego (żądanie szczegółowego kosztorysu ofertowego – kosztorys szczegółowy musi zawierać następujące elementy: stronę tytułową, przedmiar robót, kalkulację szczegółową zastosowanych cen jednostkowych, tabelę elementów scalonych oraz w załączniku – dla analiz indywidualnych i analogii – kalkulację szczegółową cen jednostkowych wraz z uzasadnieniem), oraz zastosowanie zaakceptowanej w dniu 19.06.2024r. przez Mazowieckiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków metody czyszczenia elewacji. Wobec powyższego zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia opisał sposób przygotowania oferty w następujący sposób: „Rozdział XIII. Sposób przygotowywania ofert ust. 2 pkt b SWZ do oferty należało dołączyć: „szczegółowy kosztorys ofertowy – kosztorys szczegółowy musi zawierać następujące elementy: stronę tytułową, przedmiar robót, kalkulację szczegółową zastosowanych cen jednostkowych, tabelę elementów scalonych oraz w załączniku – dla analiz indywidualnych i analogii – kalkulację szczegółową cen jednostkowych wraz z uzasadnieniem.”

Odwołujący w ocenie zamawiającego nie dołączył tabeli elementów scalonych oraz załącznika – dla analiz indywidualnych i analogii – kalkulację szczegółową cen jednostkowych wraz z uzasadnieniem.

Zamawiający stwierdził, że nie sposób się zgodzić z odwołującym, że wskazanie na stronie nr 2 kosztorysu ofertowego poniższego zapisu (Tabela nr 1) można uznać za prawidłowe sporządzenie tabeli elementów scalonych.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami tabelę wartości elementów scalonych sporządza się jako sumaryczne zestawienie wartości nakładów rzeczowych oraz pozostałych składników kalkulacyjnych ceny kosztorysowej odniesionych do elementów obiektu lub zbiorczych rodzajów robót. Suma tak ustalonych kwot stanowi wartość kosztorysową robót. Przy obliczaniu ceny kosztorysowej dla całego obiektu tabelę wartości elementów scalonych stanowi jedna pozycja sumarycznego zestawienia składników kalkulacyjnych ceny kosztorysowej. Tabela może zawierać również wskaźniki techniczno-ekonomiczne. W związku z powyższym w ocenie zamawiającego tabela elementów scalonych z kosztorysu odwołującego nie może zostać uznana za prawidłowo sporządzoną oraz za zgodną z przepisami w zakresie metod kosztorysowania obiektów i robót budowlanych. Kosztorys ofertowy stanowi element oświadczenia woli wykonawcy. Brak złożenia z ofertą kosztorysu lub złożenie kosztorysu zawierającego braki, takie jak w niniejszym przypadku, nie podlega uzupełnieniu, ani nie może być samodzielnie poprawione przez zamawiającego. Wykonawca nie dołączył do kosztorysów ofertowych ww. elementów, złożył zatem ofertę niezgodną z

warunkami zamówienia, nie zawierającą wszystkich wymaganych przez zamawiającego danych. Oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w specyfikacji warunków zamówienia. Wykonawca nie podał istotnych informacji wymaganych w SWZ i w konsekwencji oferta odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada warunkom zamówienia.

Zamawiający wskazał, że przedstawione przez odwołującego w przedmiarze, a także kosztorysie, niektóre pozycje ofertowe nie odpowiadają rzeczywistemu zakresowi prac, jaki ma zostać zrealizowany. Są to pozycje o numerach:

- 4 - wyceniono "wstępne oczyszczenie powierzchni - kamień porowaty - piaskowiec", podczas gdy powinno się wycenić "wstępne oczyszczenie powierzchni muru ceglanego"
- 6 - wyceniono "mycie powierzchni roztworami detergentów bez względu na ilość powtórzeń - kamień porowaty - piaskowiec", podczas gdy powinno się wycenić "Oczyszczenie elewacji ceglanej - bez względu na ilość powtórzeń - metodą niskociśnieniową przy użyciu mączki kwarcowej z dodatkiem wody"
- 20 - wyceniono demontaż, podczas gdy powinno się tutaj wycenić ponowny montaż zdemontowanych wcześniej urządzeń.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z decyzją MWKZ z dnia 17 stycznia 2024, wraz z uzupełnieniem z dnia 19 czerwca 2024, przedmiotowe prace należy wykonać metodą niskociśnieniową przy użyciu mączki kwarcowej z dodatkiem wody. Zamawiający zauważył, iż czymś zupełnie innym jest zaoferowanie prac dotyczących materiału jakim jest piaskowiec, zamiast prac prowadzonych na całkiem innej materii, jaką jest cegła.

Biorąc pod uwagę powyższe zamawiający stwierdził, że odwołujący złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia, wskazującą wykonanie innych prac na materiale zupełnie innym niż ten określony przedmiotem zamówienia. Oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w Specyfikacji Warunków Zamówienia wraz z załącznikami.

Zamawiający stwierdził, że po szczegółowej weryfikacji oferty odwołującego najistotniejsze w procesie odrzucenia oferty odwołującego było zidentyfikowanie błędnego merytorycznie przygotowania kluczowego punktu 6., w którym określona jest metoda wykonania prac. W zamówieniu na czyszczenie ceglanej elewacji właśnie punkt 6. jest najważniejszy, bo określa technologicznie proces czyszczenia cegły. W SWZ jasno wskazano uzgodnioną z Mazowieckim Wojewódzkim Konserwatorem Zabytków metodę czyszczenia elewacji: „oczyszczanie elewacji ceglanej metodą niskociśnieniową przy użyciu

mączki kwarcowej z dodatkiem wody”, podczas gdy odwołujący zaproponował „mycie powierzchni roztworami detergentów bez względu na ilość powtórzeń – kamień porowaty – piaskowiec”. Zaproponowanie odmiennej metody nie może być zakwalifikowane jako „oczywista omyłka pisarska”, a art. 223 ust. 1 i art. 187 stanowią, że niedopuszczalne jest dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści oferty.

Metoda czyszczenia została zatwierdzona w decyzji Mazowieckiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków i nie jest możliwa jej zmiana. Oczyszczanie metodą niskociśnieniową przy użyciu mączki kwarcowej z dodatkiem wody jest bardzo łagodną metodą mechaniczną, która nie powoduje naruszenia warstwy spieku cegły, co jest istotne dla jej trwałości. Mamy tu do czynienia z substancją zabytkową, która musi być potraktowana z najwyższą ostrożnością i delikatnością, aby zachować unikalne dziedzictwo lokalne dla przyszłych pokoleń. Cegły na elewacji MOK są tak czułe, że nawet modna obecnie metoda laserowa jest dla nich zbyt inwazyjna i narusza warstwę spieku, co potwierdziły wykonane próby. W takim przypadku zaproponowanie metody chemicznej, niezgodnionej z MWKZ i dodatkowo wysoce inwazyjnej czyli „mycia wodą z detergentem” jest merytoryczną podstawą do odrzucenia tej oferty. W procesie mycia wodą z detergentem, jego substancja czynna może agresywnie penetrować wewnętrzne warstwy cegły, co przyczynia się do jej erozji i degradacji, a w konsekwencji sprzeniewierza się celowi wykonywania prac.

W tabeli „kalkulacja szczegółowa cen jednostkowych” poz. 6. pokazuje, że odwołujący wyliczył tylko robociznę dla zaproponowanej przez siebie metody (nie uwzględniła ani materiałów, ani sprzętu). To błąd merytoryczny, wskazujący na złe przygotowanie kosztorysu. Uzupełnienie tego punktu o materiały i sprzęt byłoby ingerencją merytoryczną w treść oferty i jako takie nie mogło zostać wykonane w trybie art. 223 ustawy P.z.p. Z zestawienia tych informacji wynika, że odwołujący złożył oświadczenie woli wykonania czyszczenia elewacji wodą z detergentem, przy czym jest to nieznanym detergent (o nieznanym składzie chemicznym), dostępny bezpłatnie, a czyszczenie będzie wykonywane bez użycia

sprzętu.

W ocenie zamawiającego nie można tłumaczyć, że omyłką pisarską jest wskazanie innego materiału niż podany w specyfikacji, bo właśnie przy stosowaniu „analogii” należy ją z odpowiednią starannością opisać w przeznaczonym do tego polu tekstowym. „Analogia” jest pojęciem pojemnym i to składający ofertę ma wyraźnie napisać, wykonanie jakich prac i na jakim materiale deklaruje oraz prawidłowo je opisać.

Wskazane przez zamawiającego wady kosztorysu w pkt. 4, 6. i 20. oraz niedołączenie przez odwołującego tabeli elementów scalonych oraz załącznika z UZASADNIENIAMI dla analiz indywidualnych i analogii, stanowią rażące uchybienia,

świadczące o niestarym przygotowaniu oferty. Zamawiający zaznaczył, że „Tabela elementów scalonych” nie jest tożsama z „Podsumowaniem”, które zamieścił odwołujący, a w programach NORMA można ją łatwo wygenerować, z tych samych danych, co podsumowanie. Załącznik z uzasadnieniem dla analiz indywidualnych i analogii nie musiał mieć ustalonej formy graficznej, ale musiał zawierać uzasadnienie dla zastosowanych analogii. Te elementy są od nas wymagane przez Departament Ochrony Zabytków Ministerstwa Kultury i Dziedzictwa Narodowego i bez nich dokumentacja nie zostałaby przyjęta przez grantodawcę.

Zamawiający zauważył, że kluczowym elementem odrzucenia oferty jest niezgodność SWZ w zakresie zaproponowanej metody. W związku z prawidłowym odrzuceniem oferty odwołującego, najkorzystniejsza jest oferta Adver T. D. i ona została wybrana.

Zamawiający poinformował, że Adver T. D. dysponował tymi samymi informacjami, co pozostali oferenci, a termin na składanie ofert był na tyle długi, że każdy z potencjalnych oferentów mógł dokładnie zapoznać się zarówno z dokumentacją, jak i przeprowadzić własną wizję lokalną oraz pomiary (w przypadku wątpliwości co do przedstawionego przedmiaru). Przypominamy, że renowacja dotyczy ELEWACJI budynku publicznego, ogólnodostępnego i czynnego w dniach roboczych przynajmniej w godzinach 8:00-16:00.

Samo sporządzanie przez podmiot komponentów wstępnej dokumentacji nie jest podstawą do wykluczenia z udziału w przetargu. Zamawiający poinformował, że dla dochowania należytej staranności wykonał więcej niż jedną dokumentację wstępną, a budynek był kilkakrotnie oglądany przez przedstawicieli Mazowieckiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków dla dokładnego ustalenia szczegółów wszystkich koniecznych prac. Jedną z wykonanych dokumentacji (kosztorys inwestorski wykonany przez firmę GOOD WOOD) zawierała błędy matematyczne w wyliczeniu powierzchni elewacji, dlatego zamawiający zdecydował się udostępnić przedmiar, który zgadza się z pomiarami budynku.

Odwołujący nie wskazał przy tym, jaką konkretnie przewagę konkurencyjną miał jego konkurent, bo wszyscy korzystali z tych samych dokumentów, a czas na złożenie oferty swobodnie pozwalał na zapoznanie się z nimi oraz dokonanie wizji lokalnej i własną ocenę budynku.

Ponadto zamawiający wskazał, że oferta odwołującego opiewała na niższą kwotę (760 715,32) niż oferta Adver T. D. (763 803,19) więc zarzuty odwołującego o niezachowaniu konkurencji nie znajdują uzasadnienia.

Zamawiający zwrócił uwagę, że kwestie sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia oraz sporządzenia projektu umowy tj. określenie warunków realizacji zamówienia zostało dokonane po analizie rynku i dokonaniu szacowania zamówienia.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca T. D. (przystępujący). Przystępujący w oświadczeniu złożonym na posiedzeniu i rozprawie Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2024 roku poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem XIII. Sposób przygotowywania ofert ust. 2 pkt b SWZ do oferty należało dołączyć szczegółowy kosztorys ofertowy – kosztorys szczegółowy musi zawierać następujące elementy: stronę tytułową, przedmiar robót, kalkulację szczegółową zastosowanych cen jednostkowych, tabelę elementów scalonych oraz w załączniku – dla analiz indywidualnych i analogii – kalkulację szczegółową cen jednostkowych wraz z uzasadnieniem.

Zamawiający udostępnił wykonawcom przedmiar robót. W przedmiarze ujęto m.in. następujące pozycje wraz z ich opisami:

4 - wstępne oczyszczenie powierzchni muru ceglanego,

6 - Oczyszczenie elewacji ceglanej – bez względu na ilość powtórzeń - metodą

niskociśnieniową przy użyciu mączki kwarcowej z dodatkiem wody,

20 - ponowny montaż zdemontowanych wcześniej urządzeń.

W przygotowanie postępowania zaangażowany był wykonawca T. D. (przystępujący). Zgodnie z protokołem postępowania pkt 4:

Wstępne konsultacje rynkowe/wcześniejsze zaangażowanie wykonawcy

(...)

Wskazać środki mające na celu zapobieżeniu zakłócenia uczciwej konkurencji w przypadku, o którym mowa w art. 85 ust. 1 ustawy:

W związku z zaangażowaniem wykonawców firmy Adver T. D. oraz firmy Green World R. Z. w wycenę prac koniecznych do wykonania (przygotowanie kosztorysu inwestorskiego) zamawiający na etapie opracowywania dokumentacji postępowania opisu przedmiotu zamówienia oraz tworzenia projektu umowy nie korzystał z konsultacji z wyżej wymienionymi

firmami oraz nie przekazywał im wcześniej żadnych dodatkowych informacji. Zaangażowanie powyższych firm polegało jedynie na wycenie prac zgodnie z wytycznymi Mazowieckiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków.

Końcowy opis przedmiotu zamówienia oraz projekt umowy został sporządzony w dniu 28.06.2024r. po zatwierdzeniu metod renowacji elewacji przez wytycznymi Mazowieckiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków zgodnie z decyzją z dnia 19.06.2024r. Ponadto dokumentacja postępowania SWZ oraz projekt umowy przygotowany była przez pracownika Urzędu Miasta Marki, który nie miał kontaktu z wykonawcami firmą Adver T. D. oraz firmą Green World R. Z. na etapie przygotowywania dokumentów w tym kosztorysów.

Zamawiający publikując postępowanie przetargowe na stronie internetowej zamieścił wszystkie dokumenty niezbędne do przygotowania oferty a termin na składanie ofert był odpowiedni do zapoznania się z dokumentacją postępowania oraz odpowiedni dla prawidłowej wyceny prac. Ponadto z samego faktu zaangażowania w przygotowanie postępowania wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej nie wynika domniemanie prawne, że wykonawca taki miał przewagę konkurencyjną nad innymi uczestnikami postępowania (nie stanowi to podstawy wykluczenia z postępowania wykonawcy). Sam fakt wcześniejszej znajomości przedmiotu zamówienia może, lecz nie musi zatem utrudniać konkurencji.

W związku z powyższym oraz w związku z faktem, że oferty podmiotów wyceniających przedmiot zamówienia nie były ofertami cenowo najtańszymi należy uznać, że wykonawcy opracowujący kosztorysy mieli większą wiedzę niż reszta uczestników postępowania (dowód: protokół postępowania)

W postępowaniu złożono 7 ofert, zgodnie z poniższym zestawieniem (dowód: informacja z sesji otwarcia ofert z dnia 16 lipca 2024 roku):

Lp.	Nazwa i adres	I Kryterium	II Kryterium
	wykonawcy	Cena brutto	Gwarancja i rękojmia
1	Green World R. Z. ul. Piłska 58 64-810 Żelgiewo	973 498,69 PLN	60 miesięcy
2	Przedsiębiorstwo Konserwacji Zabytków MATEUSZ Sp. z o.o., s.k, ul. Suwalska 36e/32 03-252 Warszawa	760 715,32 PLN	60 miesięcy
3	Adver T. D. ul. Deotymy 43A/51 01-441 Warszawa	763 803,19 PLN	60 miesięcy
4	KATANGA G. K. Sp. z o.o. ul. Żłotoglin 128 27-215 Parszów	1 218 556,03 PLN	60 miesięcy
5	FK GRUPA SP. Z O.O. ul. POLIGONOWA 2/24	1 050 208,76 PLN	60 miesięcy
6	04-051 WARSZAWA Anpol Inwestycje Sp. z o.o. ul. Uroczą 6, 05-500 Stara Iwiczna	1 006 006,27 PLN	60 miesięcy
7	ARS MICHAEL M. W. ul. J. Zaruby 9/171 02-796 Warszawa	1 575 630,00 PLN	36 miesięcy

Odwołujący wraz z ofertą złożył kosztorys ofertowy. W kosztorysie wskazał następujące pozycje wraz z ich opisami:

poz. 4 – wstępne odczyszczenie powierzchni – kamień porowaty – piaskowiec

poz. 6 – mycie powierzchni roztworami detergentów bez względu na ilość powtórzeń – kamień porowaty – piaskowiec

poz. 20 – demontaż obiektów płaskich do konserwacji; obiekt mały, stopień trudności – prosty

Na stronie 2 kosztorysu ofertowego, zatytułowanej „Tabela elementów scalonych” znajduje się następująca treść:

L.p.	Nazwa	RAZEM
	Kosztorys	760 715,32

Słownie: siedemset sześćdziesiąt tysięcy siedemset piętnaście i 32/100 zł

Odwolujący nie złożył wraz z ofertą załącznika – dla analiz indywidualnych i analogii – kalkulacji szczegółowej cen jednostkowych wraz z uzasadnieniem. Odwołujący podał ceny jednostkowe „z analogii” w odrębnym kosztorysie w kosztorysie szczegółowym, przy konkretnych pozycjach cenowych dodając dopisek „analogia” (dot. pozycji 2, 6, 10, 14, 15, 16, 19, 20) – dowód: oferta odwołującego, formularz ofertowy

W ofercie przystępującego na str. 16 kosztorysu znajduje się tabela elementów

scalonych o treści:

Tabela elementów scalonych

Lp.	Nazwa	Uproszcz one	Robocizn a	Materiały	Sprzęt	Kp	Z	Razem	Udział %
1	Roboty przygotowawcze	0,00	16 987,6	24,99	9 242,35	17 572,7	5 256,14	49 083,86	6,43%
			3			5			
2	Konserwacja wątku ceglanego	0,00	201 575,	108 617, 05	46 328,1	165 797,	49 575,6	571 894,34	74,87%
			70		7	81	1		
	Kosztorys netto	0,00	218 563, 33	108 642, 04	55 570,5	183 370, 56	54 831,7	620 978,20	81,30%
					2		5		
	VAT23%							142 824,99	18,70%
	Kosztorys brutto							763 803,19	100,00%

Słownie: siedemset sześćdziesiąt trzy tysiące osiemset trzy i 19/100 zł

W ofercie przystępującego znajduje się „Załącznik do kosztorysu – kalkulacja szczegółowa cen jednostkowych dla analiza indywidualnych i analogii wraz z uzasadnieniem.

Dowód: oferta przystępującego

Pismem z dnia 22 lipca 2024 roku zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego, wskazując, co następuje:

Zamawiający działając na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy z dnia 11.09.2019r.

Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2023 poz. 1605 ze zm.) dokonał odrzucenia Państwa oferty z przedmiotowego postępowania w zakresie części nr 4.

Uzasadnienie prawne

Zgodnie z zapisami art. 226 ust. 1 pkt. 5) ustawy z dnia 11.09.2019r. Prawo zamówień publicznych „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia”.

Uzasadnienie faktyczne

Zgodnie z Rozdziałem XIII. Sposób przygotowywania ofert ust. 2 pkt b SWZ do oferty należało dołączyć: „szczegółowy kosztorys ofertowy – kosztorys szczegółowy musi zawierać następujące elementy: stronę tytułową, przedmiar robót, kalkulację szczegółową zastosowanych cen jednostkowych, tabelę elementów scalonych oraz w załączniku – dla

analiz indywidualnych i analogii – kalkulację szczegółową cen jednostkowych wraz z uzasadnieniem.”

Wykonawca nie dołączył tabeli elementów scalonych oraz załącznika – dla analiz indywidualnych i analogii – kalkulację szczegółową cen jednostkowych wraz z uzasadnieniem.

Kosztorys ofertowy stanowi element oświadczenia woli Wykonawcy. Brak złożenia z ofertą kosztorysu lub złożenie kosztorysu zawierającego braki, takie jak w niniejszym przypadku, nie podlega uzupełnieniu, ani nie może być samodzielnie poprawione przez Zamawiającego. Wykonawca nie dołączył do kosztorysów ofertowych ww. elementów, złożył zatem ofertę niezgodną z warunkami zamówienia, nie zawierającą wszystkich wymaganych przez Zamawiającego danych. Oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom Zamawiającego wyrażonym w specyfikacji warunków zamówienia. Wykonawca nie podał istotnych informacji wymaganych w SWZ i w konsekwencji oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu z uwagi na fakt, iż jej treść nie odpowiada warunkom zamówienia.

Ponadto przedstawione przez Wykonawcę w przedmiarze, a także kosztorysie, niektóre pozycje ofertowe nie odpowiadają rzeczywistemu zakresowi prac, jaki ma zostać zrealizowany. Są to pozycje o numerach:

4 - wyceniono "wstępne oczyszczenie powierzchni - kamień porowaty - piaskowiec", podczas gdy powinno się wycenić "wstępne oczyszczenie powierzchni muru ceglanego"

6 - wyceniono "mycie powierzchni roztworami detergentów bez względu na ilość powtórzeń -kamień porowaty - piaskowiec", podczas gdy powinno się wycenić "Oczyszczenie elewacji ceglanej - bez względu na ilość powtórzeń - metodą niskociśnieniową przy użyciu mączki kwarcowej z dodatkiem wody"

20 - wyceniono demontaż, podczas gdy powinno się tutaj wycenić ponowny montaż zdemontowanych wcześniej urządzeń.

Zgodnie z decyzją MWKZ z dnia 17 stycznia 2024, wraz z uzupełnieniem z dnia 19 czerwca 2024, przedmiotowe prace należy wykonać metodą niskociśnieniową przy użyciu mączki kwarcowej z dodatkiem wody. Trzeba też zauważyć, iż czymś zupełnie innym jest zaoferowanie prac dotyczących materiału jakim jest piaskowiec, zamiast prac prowadzonych na całkiem innej materii, jaką jest cegła.

Biorąc pod uwagę powyższe Wykonawca złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia, wskazującą wykonanie innych prac na materiale zupełnie innym niż ten określony Przedmiotem Zamówienia. Oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom Zamawiającego wyrażonym w Specyfikacji Warunków Zamówienia wraz z załącznikami.

Pismem z dnia 22 lipca 2024 roku zamawiający poinformował o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez przystępującego (dowód: pismo z dnia 22 lipca 2024 roku).

Izba zważyła, co następuje:

Odwolanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba uznała za nieuzasadnione zarzuty naruszenia:

- art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie pozycji opisanych w pkt 4, 6 i 20 kosztorysu szczegółowego złożonego przez odwołującego, jak i w zakresie sposobu skonstruowania kosztorysu szczegółowego, w szczególności niedołączenia załącznika lub ewentualnie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie jego zastosowania i niedokonanie przez zamawiającego poprawienia w ofercie odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty tj. nieskorygowania oczywistych omyłek w pkt 4, 6 i 20 kosztorysu szczegółowego;
- art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że oferta ta nie podlegała odrzuceniu, bowiem jej treść była zgodna z warunkami zamówienia i nie zawierała merytorycznych odstępstw od zamierzeń zamawiającego;

Stosownie do art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Na podstawie przepisu art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. zamawiający może żądać od wykonawców między innymi złożenia wyjaśnień, których celem jest uzyskanie jednoznacznych informacji dotyczących całości lub części oferty, które są nieprecyzyjne, niejasne, dwuznaczne, budzą wątpliwości interpretacyjne, tak aby możliwa była ocena, czy

badana oferta w danym zakresie spełnia wymagania postawione przez zamawiającego. Uruchomienie procedury z art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. oznacza, że zamawiający miał wątpliwości co do jednoznacznego stwierdzenia o zgodności lub niezgodności oferty z warunkami zamówienia, których rozwiązanie może nastąpić wyłącznie przy udziale wykonawcy.

W ocenie Izby w rozpoznawanym przypadku brak jest podstaw do zastosowania art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. w odniesieniu do tych niezgodności treści oferty odwołującego z warunkami zamówienia, które polegają na opisie pozycji 4, 6 i 20 kosztorysu ofertowego, braku tabeli elementów scalonych oraz w załączniku – dla analiz indywidualnych i analogii – kalkulacji szczegółowej cen jednostkowych wraz z uzasadnieniem.

W szczególności stwierdzić należy, że opisy pozycji 4, 6 i 20 kosztorysu ofertowego nie budziły wątpliwości w zakresie ich interpretacji. Opisy te były precyzyjne i jasne i dotyczyły zaoferowanego przez odwołującego sposobu wykonania zamówienia. Opisy te różniły się od tych, które znajdowały się w przedmiarze udostępnionym przez zamawiającego, przy czym różnice te nie były nieznaczne, ale sprowadzały się do wskazania innej metodologii wykonania części zamówienia. Zatem w sytuacji, w której zamawiający zwróciłby się do odwołującego o ich wyjaśnienie, złożone wyjaśnienia musiałyby doprowadzić do diametralnej zmiany treści tych opisów, co byłoby sprzeczne z dyspozycją art.

223 ust. 1 ustawy P.z.p.

W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie nie zaszyły również przesłanki do zastosowania przez zamawiającego art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.

Stosownie do art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., zamawiający poprawia w ofercie wykonawcy inne omyłki (aniżeli oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe) polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Powołany przepis ma charakter wyjątku od zasady, iż złożona oferta od początku powinna odpowiadać w pełni s.w.z. (art. 218 ust. 2 ustawy P.z.p.). Warunkiem skutecznej poprawy omyłki w ofercie odwołującego jest okoliczność, że dokonana poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Ponadto, aby dokonać poprawienia innej omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., zamawiający musi mieć wiedzę w jaki sposób omyłkę poprawić, a wiedza ta musi wynikać z zapisów s.w.z. oraz z treści oferty wykonawcy. Istota omyłki polega na tym, że jej zauważenie i uznanie, że dana treść została błędnie wpisana, możliwe jest bez konieczności występowania do wykonawcy o informacje w tym zakresie. Ponadto musi istnieć wyłącznie jeden możliwy do samodzielnego ustalenia przez zamawiającego sposób poprawienia oferty

(zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 października 2019 roku sygn. akt: KIO 1964/19).

W rozpoznawanej sprawie wskazane wyżej warunki umożliwiające poprawienie oferty odwołującego nie zaistniały. Wskazać należy, że odwołujący w kosztorysie ofertowym w trzech pozycjach wskazał inną metodologię wykonania robót niż wymagane przez zamawiającego. Jednocześnie Izba nie podziela stanowiska odwołującego, iż zamawiający w dokumentach postępowania nie wymagał oczyszczenia elewacji metodą niskociśnieniową przy użyciu mączki kwarcowej z dodatkiem wody. Metoda ta była wskazana w przedmiarze robót (poz. 6), który był udostępniony wykonawcom. Odwołujący wskazał inną metodę czyszczenia, a ponadto zmienił opis pozycji 4 i 20. Ustalenie, czy treść tych pozycji była zgodna z intencjami odwołującego oraz ich ewentualna poprawa nie byłyby możliwe bez uzyskania wyjaśnień od odwołującego. Uzyskanie zaś tego rodzaju informacji od odwołującego wykraczałoby poza dyspozycję art. 223 ust. 1 zdanie drugie ustawy P.z.p., zgodnie z którą niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści. Poprawienie oferty odwołującego po uprzednim złożeniu wyjaśnień przez odwołującego doprowadziłoby do istotnych zmian w jego ofercie.

Izba wskazuje, że dyspozycja art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. nie służy również konwalidacji oferty w zakresie niezłożenia wymaganych dokumentów. Odwołujący nie złożył wraz z ofertą kalkulacji szczegółowej cen jednostkowych wraz z uzasadnieniem dla analiz indywidualnych i analogii, mimo wyraźnego wskazania w ust. 2 pkt b SWZ, że kalkulacja taka winna znaleźć się w osobnym załączniku.

O ile można przychylić się do stanowiska odwołującego, iż informacje w zakresie analogii zawarł w kosztorysie ofertowym, zatem były one możliwe do ustalenia, to nadal w ofercie brak było informacji dotyczących analiz indywidualnych oraz uzasadnienia dla wymaganej kalkulacji szczegółowej. Braki te nie mogą być konwalidowane poprzez zastosowanie art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p.

Nie zasługuje również na uwzględnienie stanowisko odwołującego, jakoby w jego ofercie znalazła się wymagana w ust. 2 pkt b SWZ tabela elementów scalonych. Z ustaleń dokonanych przez Izbę wynika, że na str. 2 kosztorysu ofertowego odwołującego, zatytułowanej „Tabela elementów scalonych” znajduje się tabela, niemniej jednak jej treść nie odpowiada wymogom ustalonym dla tabeli elementów scalonych. W tabeli tej znajduje się wyłącznie informacja „Kosztorys” oraz cena 760 715,32 zł, która to kwota odpowiada cenie wynikającej z kosztorysu ofertowego odwołującego.

Izba nie podziela stanowiska odwołującego wyrażonego na rozprawie w dniu 2 września 2024 roku, iż nie istnieją przepisy prawne regulujące treść tabeli elementów scalonych. Przepis taki znajduje się w rozporządzeniu Ministra Rozwoju i Technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. (Dz. U. poz. 2458) w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym, które w § 7 pkt 5 stanowi, iż tabela wartości elementów skalonych to tabela sporządzona w postaci sumarycznego zestawienia wartości robót określonych przedmiotem robót, łącznie z narzutami kosztów pośrednich i zysku, odniesionych do elementu obiektu lub zbiorczych rodzajów robót. Treść tabeli znajdującej się na str. 2 kosztorysu ofertowego odwołującego nie odpowiada zatem wskazanej wyżej definicji.

Tym samym Izba uznała, że zamawiający, nie żądając od odwołującego wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p., nie dokonując poprawy jego oferty na podstawie art. 223 ust. 3 pkt 3 ustawy P.z.p. oraz odrzucając ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p., nie naruszył wskazanych przepisów ustawy P.z.p.

W tym miejscu wskazać należy, że dokumenty postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, od momentu ich udostępnienia, są wiążące dla zamawiającego – jest on obowiązany do przestrzegania warunków w nich umieszczonych. Jak wskazuje art. 70¹ § 4 Kodeksu cywilnego jest to zobowiązanie, zgodnie z którym organizator od chwili udostępnienia warunków, a oferent od chwili złożenia oferty, zgodnie z ogłoszeniem aukcji albo przetargu są obowiązani postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia, a także warunków aukcji albo przetargu. Z uwagi na to, że – obok ogłoszenia – zamawiający konkretyzuje warunki przetargu zarówno odnośnie do zamówienia (umowy), jak i prowadzenia postępowania w specyfikacji warunków zamówienia, to SWZ oraz załączniki do niej należy uznać za warunki przetargu w rozumieniu K.c. Udostępnienie tych dokumentów jest zatem czynnością prawną powodującą powstanie zobowiązania po stronie zamawiającego, który jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy wymienionych w dokumentach. Zaznaczyć przy tym należy, iż co do zasady, dla oparcia i wyprowadzenia konsekwencji prawnych z norm SWZ, jej postanowienia winny być

sformułowane w sposób precyzyjny i jasny. Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z uwagi na powyższe wskazać należy, że uwzględnienie zarzutów i żądań odwołującego we wskazanym wyżej zakresie doprowadziłoby do tego, że zamawiający

odstąpiłby od przestrzegania warunków zamówienia, które sam określił w przedmiotowym postępowaniu. Tego rodzaju odstępstwa, oprócz naruszenia wskazanych wyżej przepisów ustawy P.z.p., stanowiłyby naruszenie zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 16 i 17 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez nierówne traktowanie odwołującego prowadzące do naruszenia konkurencyjności a przejawiające się w odrzuceniu oferty odwołującego z powodu niezłączenia tabeli elementów scalonych i załącznika dla cen jednostkowych i analogii, mimo że inni wykonawcy tj. Anpol Inwestycje, FK Grupa Sp. z o.o., Green World R. Z., Adver T. D. oraz ARS MICHAEL M. W. również nie załączyli tego rodzaju tabeli lub załącznika, a ich oferty nie zostały odrzucone, ale ocenione i sklasyfikowane w rankingu ofert.

Z ustaleń dokonanych przez Izbę wynika, że do oferty wykonawcy T. D. zostały załączone zarówno tabela elementów scalonych, jak i kalkulacja szczegółowa cen jednostkowych wraz z uzasadnieniem. Tym samym Izba uznała, że podstawa faktyczna zarzutu nie istnieje, co oznacza konieczność jego oddalenia.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących pozostałych ofert Izba wskazuje, że oferty te zostały sklasyfikowane na dalszych miejscach niż oferta najkorzystniejsza. Ewentualne naruszenia przepisów ustawy P.z.p. przez zamawiającego w odniesieniu do tych ofert nie mają zatem wpływu na wynik postępowania, co jest podstawą do odrzucenia zarzutów odwołania podniesionych w tym zakresie. Izba wskazuje na treść art. 554 ust. 1 ustawy P.z.p., zgodnie z którym Izba uwzględni odwołania, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba uznała za nieuzasadnione zarzuty naruszenia:

- art. 16 w zw. z art. 85 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez niepodjęcie przez zamawiającego odpowiednich środków w celu zagwarantowania, że udział wykonawcy Adver T. D. w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności nieprzekazania pozostałym wykonawcom istotnych informacji pozyskanych wskutek zaangażowania wykonawcy Adver T. D. w przygotowanie postępowania poprzez opracowanie przez tegoż wykonawcę na rzecz zamawiającego kosztorysu inwestorskiego (przedmiaru), będącego następnie podstawą do opracowania kosztorysów przez poszczególnych wykonawców;
- art. 108 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez niewykluczenie z postępowania wykonawcy Adver T. D., pomimo że wykonawca ten był wcześniej zaangażowany w przygotowanie postępowania przez zamawiającego w ten sposób, że przygotował kosztorys inwestorski dla zamawiającego, o czym nie byli powiadomieni pozostali wykonawcy.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że zamawiający podjął środki mające zagwarantować, że wcześniejsze zaangażowanie przystępującego w przygotowanie postępowania nie zakłóci konkurencji, czemu wyraz dał w pkt. 4 protokołu postępowania. Zgodnie z jego treścią:

Zaangażowanie powyższych firm (w tym przystępującego – przyp. wł.) polegało jedynie na wycenie prac zgodnie z wytycznymi Mazowieckiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków.

Końcowy opis przedmiotu zamówienia oraz projekt umowy został sporządzony w dniu 28.06.2024r. po zatwierdzeniu metod renowacji elewacji przez wytycznymi Mazowieckiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków zgodnie z decyzją z dnia 19.06.2024r. Ponadto dokumentacja postępowania SWZ oraz projekt umowy przygotowany była przez pracownika Urzędu Miasta Marki, który nie miał kontaktu z wykonawcami firmą Adver T. D. oraz firmą Green World R. Z. na etapie przygotowywania dokumentów w tym kosztorysów.

Zamawiający publikując postępowanie przetargowe na stronie internetowej zamieścił wszystkie dokumenty niezbędne do przygotowania oferty a termin na składanie ofert był odpowiedni do zapoznania się z dokumentacją postępowania oraz odpowiedni dla prawidłowej wyceny prac. Ponadto z samego faktu zaangażowania w przygotowanie postępowania wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej nie wynika domniemanie prawne, że wykonawca taki miał przewagę konkurencyjną nad innymi uczestnikami postępowania (nie stanowi to podstawy wykluczenia z postępowania wykonawcy). Sam fakt wcześniejszej znajomości przedmiotu zamówienia może, lecz nie musi zatem utrudniać konkurencji.

Zgodnie z art. 85 ust. 1 ustawy P.z.p. jeżeli wykonawca lub podmiot, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2024 r. poz. 594), doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie tego zamówienia, zamawiający podejmuje odpowiednie środki w celu zagwarantowania, że udział tego wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji, w szczególności przekazuje pozostałym wykonawcom istotne informacje, które przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni

termin na złożenie ofert. Zamawiający wskazuje w protokole postępowania środki mające na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.

W myśl art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p. z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, jeżeli, w przypadkach, o których mowa w art. 85 ust. 1, doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania tego wykonawcy lub podmiotu, który należy z wykonawcą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, chyba że spowodowane tym zakłócenie konkurencji może być wyeliminowane w inny sposób niż przez wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Z powyższego wynika, że czynność wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy P.z.p. nie ma charakteru bezwzględnie i powinno mieć miejsce dopiero wówczas, gdy zakłócenie konkurencji nie może być wyeliminowane w inny sposób. Rodzi to dla zamawiającego obowiązek poczynienia starań mających na celu zagwarantowanie, że wcześniejszy udział wykonawcy w postępowaniu nie zakłóci konkurencji. Art. 85 ust. 1 ustawy P.z.p. wskazuje na takie czynności zamawiającego, jak przekazanie pozostałym wykonawcom istotnych informacji, które zamawiający przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy lub tego podmiotu w przygotowanie postępowania, oraz wyznacza odpowiedni termin na złożenie ofert. Ponadto zamawiający ma obowiązek wskazania w protokole postępowania środków mających na celu zapobieżenie zakłóceniu konkurencji.

Wskazany w art. 85 ust. 1 ustawy P.z.p. katalog czynności podejmowanych przez zamawiającego w celu wyeliminowania zakłócenia konkurencji nie ma charakteru zamkniętego. Zamawiający może podejmować takie czynności, jakie uzna za stosowne. Czynności te podlegają kontroli ze strony wykonawców, którzy są uprawnieni do ich kwestionowania w drodze wnoszenia środków odwoławczych.

Z treści pkt. 4 protokołu postępowania wynika, że środki, jakie podjął zamawiający polegały na tym, że zamawiający, publikując postępowanie na stronie internetowej zamieścił wszystkie dokumenty niezbędne do przygotowania oferty i wyznaczył termin na składanie ofert, który był odpowiedni do zapoznania się z dokumentacją postępowania oraz dla prawidłowej wyceny prac. Ponadto dokumentacja postępowania SWZ oraz projekt umowy przygotowany był przez pracownika który nie miał kontaktu z przystępującym na etapie przygotowywania dokumentów, w tym kosztorysów. Jednocześnie zamawiający uczynił

zadość obowiązкови wynikającemu z art. 85 ust. 1 zd. drugie i wskazał podjęte w tym zakresie środki w protokole postępowania.

Z powyższego wynika, że zarzut, jakoby zamawiający nie podjął środków w celu wyeliminowania zakłócenia konkurencji nie znajduje podstaw. Zamawiający podjął takie czynności i wskazał je w protokole postępowania. Jeżeli natomiast odwołujący poddawał w wątpliwość skuteczność podjętych przez zamawiającego środków, to takiego zarzutu w odwołaniu nie podniósł. Odwołujący jako uzasadnienie zarzutu stwierdził, że zamawiający nie podjął takich środków w ogóle, co nie znajduje uzasadnienia w świetle ustalonego stanu faktycznego.

Odnosząc się do argumentu odwołującego, iż zamawiający nie poinformował wykonawców o wcześniejszym zaangażowaniu przystępującego w przygotowanie postępowania, Izba wskazuje, że z żadnego przepisu ustawy P.z.p. nie wynika obowiązek przekazywania wykonawcom takiej informacji. Z art. 85 ust. 1 ustawy P.z.p. wynika natomiast obowiązek przekazania wykonawcom istotnych informacji, które zamawiający przekazał lub uzyskał w związku z zaangażowaniem wykonawcy w przygotowanie postępowania. Z treści pkt. 4 protokołu postępowania wynika, że zamawiający tego obowiązku dopełnił.

Oddalenie wskazanych wyżej zarzutów jest równoznaczne z uznaniem za nieuzasadniony zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez dokonanie wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, pomimo że oferta ta nie była najkorzystniejsza i jednocześnie poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, pomimo że była ona najkorzystniejszą w postępowaniu. Izba podtrzymuje w tym zakresie argumentację wskazaną wyżej.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 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).

Przewodniczący: