

Sygn. akt: KIO 4484/24

## WYROK

Warszawa, dnia 19 grudnia 2024 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodnicząca: Luiza Łamejko**

Protokolantka: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 listopada 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alstal Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy i Alstal Development sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Mikołów

uczestnik po stronie zamawiającego - Milimex S.A. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich

### orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alstal Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy i Alstal Development sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alstal Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy i Alstal Development sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alstal Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy i Alstal Development sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, oraz kwotę 4 326 zł 65 gr (słownie: cztery tysiące trzysta dwadzieścia sześć złotych sześćdziesiąt pięć groszy) poniesioną przez Gminę Mikołów tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby.

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Alstal Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy i Alstal Development sp. z o.o.

z siedzibą w Bydgoszczy na rzecz Gminy Mikołów kwotę 4 326 zł 65 gr (słownie: cztery tysiące trzysta dwadzieścia sześć złotych sześćdziesiąt pięć groszy) stanowiącą kosztów postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 4484/24

## Uzasadnienie

Gmina Mikołów (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa hali sportowej przy Szkole Podstawowej nr 4 w Mikołowie wraz z dostosowaniem obiektu dla osób z niepełnosprawnościami oraz rozbudową segmentu szkoły”. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320), zwanej dalej: „ustawy Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 czerwca 2024 r. pod numerem 360548-2024.

W dniu 29 listopada 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Alstal Grupa Budowlana sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Bydgoszczy i Alstal Development sp. z o.o. z siedzibą w Bydgoszczy (dalej: „Odwołujący”) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. wyborze oferty złożonej przez wykonawcę: Milimex S.A. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich (dalej: „Wykonawca” lub „Milimex”) jako najkorzystniejszej,

2. nieuprawnionym dokonaniu przez Zamawiającego poprawienia oferty Wykonawcy w zakresie pozycji nr 32 i 224-226 kosztorysu ofertowego powodującym zmianę treści oferty;

3. zaniechaniu odrzucenia oferty Wykonawcy pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,
4. zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej spośród pozostałych ofert.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 i/lub 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, i/lub zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu, a przedłożony kosztorys ofertowy stanowiący integralną i istotną część treści oferty Wykonawcy nie uwzględnia lub nie wycenia wszystkich pozycji z przedmiaru robót, część z nich wycenia w zmodyfikowanej postaci, a także uwzględnia pozycje nieprzewidziane w przedmiarze robót;
2. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 i/lub 10 ustawy Pzp oraz 223 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, a ponadto w wyniku wyjaśnień prowadzonych pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą doszło do niedopuszczalnych negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz zmiany treści oferty Wykonawcy po upływie terminu składania ofert; a ponadto, że Zamawiający pod pozorem dokonywania poprawy oczywistych omyłek pisarskich doprowadził do zmiany treści oferty Wykonawcy;
3. art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty Wykonawcy, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu, aby:

1. unieważnił czynność wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę, jako oferty najkorzystniejszej,
2. dokonał ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty Wykonawcy,
3. dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert pozostałych.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5 i/lub 10 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia i/lub zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu Odwołujący wskazał na następujące nieprawidłowości w treści złożonej oferty, które

w jego ocenie nie podlegają uzupełnieniom ani poprawkom, a obligują Zamawiającego, w świetle art. 225 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, do odrzucenia ww. oferty:

I.Milimex S.A., wbrew warunkom zamówienia, nie przedłożył zestawienia roboczogodzin (R) i sprzętu (S) – w szczególności brak ilości i cen jednostkowych.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał dołączenia do kosztorysów zestawienia R, M, S (Robocizna, Sprzęt, Materiały). Wynika to z niżej wskazanych wymogów SWZ:

- a)strony 6-7, punkt 11.1 SWZ
- b)Zgodnie z odpowiedziami: plik „Odp. Na pyt. 33-40.7” z dnia 11.07.2024, Pytanie 35.4, strona 3
- c)Pytanie nr 35.5, strona 3
- d)Pytanie nr 35.9, strona 4
- e)Pytanie nr 35.16, strona 5-6
- f)Pytanie nr 35.18, strona 6
- g)Pytanie nr 39, strona 12.

Odwołujący podniósł, że Wykonawca Milimex S.A., w przedłożonych kosztorysach nie przedstawił zarówno ilości, jak i cen jednostkowych, pomimo oczywistego i jednoznacznego wymogu Zamawiającego w tym zakresie. Wykonawca przedłożył puste wydruki. Milimex S.A. w swoich 4 kosztorysach dotyczących wyposażenia pomieszczeń, urządzeń kuchennych, sprzętu sportowego oraz instalacji sanitarnych nie przedstawiła zestawienia Robocizny (R) i zestawienia Sprzętu (S), w szczególności brak ilości i cen jednostkowych:

1.1.1.

„D05.Kosztorys\_ofertowy\_\_ZESTAWIENIE\_DODATKOWEGO\_WYPOSAŻENIA\_POMIESZCZEŃ\_WRAZ\_Z\_MONTAŻEM\_25-

07-2024\_14.59.14" – strona 19 nieuzupełnione zestawienie Robocizny i strona 26 nieuzupełnione zestawienie Sprzętu

1.1.2.,,D06.\_Kosztorys\_ofertowy\_-\_ZESTAWIENIE\_URZĄDZEŃ\_KUCHENNYCH\_25-07-2024\_14.59.14" – strona 4 nieuzupełnione zestawienie Robocizny i strona 5 nieuzupełnione zestawienie Sprzętu

1.1.3.,,D07.\_Kosztorys\_ofertowy\_-\_ZESTAWIENIE\_SPRZĘTU\_SPORTOWEGO\_25-07-2024\_14.59.14" – strona 7 nieuzupełnione zestawienie Robocizny i strona 8 nieuzupełnione zestawienie Sprzętu

1.1.4.,,D08.\_Kosztorys\_ofertowy-\_San\_-\_uzupełnienie\_przedmiar\_25-07-2024\_14.59.14" – strona 6 nieuzupełnione zestawienie Sprzętu.

Jak zaznaczył Odwołujący, wykonawcy ubiegający się o przedmiotowe zamówienie składali ww. zestawienia (osobno na Robociznę, Materiały i Sprzęt), nie było zatem wątpliwości co do obowiązku ich złożenia.

W tej sytuacji, zdaniem Odwołującego, niezgodność oferty Milimex z warunkami zamówienia jest jednoznaczna i niewątpliwa.

II.Wykonawca Milimex S.A. przyjął błędne, niezgodne z warunkami zamówienia, materiały:

a)Milimex S.A. wycenił słupy stalowe zamiast słupów aluminiowych.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał zastosowania słupów aluminiowych w dokumencie „branża elektryczna przedmiar”, str. 4 pozycja 27, 29 i 31.

W przedłożonym przez Milimex S.A. kosztorysie: D03.Kosztorys\_ofertowy\_-\_branża\_elektryczna\_25-07-2024\_14.59.14" – strona 3, pozycje 27, 29, 31 – nazwa pozycji brzmi tak samo jak w przedmiarze Zamawiającego. Natomiast w zestawieniu materiałów strona 29 kosztorysu, pozycje 224-226 wykonawca Milimex S.A. wycenił słupy stalowe. Odwołujący podkreślił, że słupy aluminiowe w zestawieniu materiałowym Milimex S.A. nie występują. Oznacza to, że wycenione zostały słupy stalowe zamiast aluminiowych.

b)Milimex S.A. wycenił transformator o innej mocy niż tego wymagał Zamawiający

Jak wskazał Odwołujący, Zamawiający wymagał w dokumencie pn. „branża elektryczna przedmiar” strona 2, pozycja 8 transformatora o mocy 400 kVA.

Odwołujący zauważył, że w przedłożonym przez Milimex S.A. kosztorysie: D03.Kosztorys\_ofertowy\_-\_branża\_elektryczna\_25-07-2024\_14.59.14" – strona 2, pozycja 8 – widnieje nazwa zgodna z przedmiarem Zamawiającego, natomiast w zestawieniu materiałów strona 25 kosztorysu, pozycja 32 Milimex S.A. wyceniła transformator o mocy 630 kVA.

Odwołujący podkreślił, że transformator o wymaganej mocy 400 kVA nie występuje w zestawieniu materiałowym firmy Milimex S.A., co oznacza, zdaniem Odwołującego, że wyceniony został transformator o mocy 630 kVA, podczas gdy Zamawiający wymagał transformatora o mocy 400 kVA.

III.Brak możliwości zidentyfikowania/przyporządkowania ceny materiału/wyposażenia z uwagi na brak w opisach pozycji istotnych wymiarów:

D05.Kosztorys\_ofertowy\_-\_ZESTAWIENIE\_DODATKOWEGO\_WYPOSAŻENIA  
POMIESZCZEŃ\_WRAZ\_Z\_MONTAŻEM\_25-07-2024\_14.59.14.pdf

a)W pozycjach 113 i 114 (str. 4 dokumentu) Milimex S.A. wycenił „Ławki stalowe z siedziskiem drewnianym szt.1". Ławki mają stanowić wyposażenie pomieszczenia D.-1.09 i według Przedmiaru robót powinny mieć wymiary 210x30 cm, 245x30 cm (str. 4). Odwołujący wskazał, że Milimex S.A. nie podała wymaganych wymiarów ławek zarówno w pozycji kosztorysowej, jak również w zestawieniu materiałów. Nie ma zatem możliwości przyporządkowania odpowiedniej ceny do ławki o danych parametrach.

b)W pozycjach 116 i 117 (str. 4, 5 dokumentu) Milimex S.A. wycenił „Lustro klejone do ściany między płytkami, ze szkła bezpiecznego - szt.1". Lustra mają stanowić wyposażenie pomieszczenia D.-1.10 i według Przedmiaru robót powinny mieć wymiary 167x100 cm, 187x100 cm (str. 4). Jak zauważył Odwołujący, Milimex S.A. nie podała wymaganych wymiarów lusterek zarówno w pozycji kosztorysowej, jak również w zestawieniu Materiałów. Nie ma zatem możliwości przyporządkowania odpowiedniej ceny do lustra o danych parametrach.

c)W pozycjach 179 i 180 (str. 7 dokumentu) Milimex S.A. wyceniła „Szafkę niską na zabawki - szt.1". Szafki mają stanowić

wyposażenie pomieszczenia A.0.10 i według Przedmiaru robót powinny mieć wymiary 430x45 cm i 240x45 cm (str. 5). Odwołujący zwrócił uwagę, że Milimex S.A. nie podała wymaganych wymiarów szafek zarówno w pozycji kosztorysowej, jak również w zestawieniu Materiałów. Nie ma zatem możliwości przyporządkowania odpowiedniej ceny do szafki o danych parametrach.

d)W pozycjach 307 i 308 (str. 11 dokumentu) Milimex S.A. wyceniła „Sofę, wykonaną z materiałów niepalnych - szt.1”. Sofy mają stanowić wyposażenie Strefy Relaksu pomieszczenia A.1.03 i według Przedmiaru robót powinny mieć wymiary 150x60 cm i 210x60 cm (str. 8). Odwołujący wskazał, że Milimex S.A. nie podała wymaganych wymiarów sofy zarówno w pozycji kosztorysowej, jak również w zestawieniu Materiałów. Nie ma zatem możliwości przyporządkowania odpowiedniej ceny do sofy o danych parametrach.

e)W pozycjach 313 i 314 (str. 11 pliku) Milimex S.A. wyceniła „Lustro klejone do ściany między płytkami, ze szkła bezpiecznego - szt.1”. Lustra mają stanowić wyposażenie pomieszczenia A.1.04 i według Przedmiaru robót powinny mieć wymiary 160x100 cm, 140x100 cm (str. 9). Odwołujący podniósł, że Milimex S.A. nie podała wymaganych wymiarów luster zarówno w pozycji kosztorysowej, jak również w zestawieniu Materiałów. Nie ma zatem możliwości przyporządkowania odpowiedniej ceny do lustra o danych parametrach.

f)W pozycjach 434 i 435 (str. 15 pliku) Milimex S.A. wyceniła „Lustro klejone do ściany między płytkami, ze szkła bezpiecznego - szt.1”. Lustra mają stanowić wyposażenie pomieszczenia A.2.04 i według Przedmiaru robót powinny mieć wymiary 160x100 cm, 140x100 cm (str. 11). Odwołujący zwrócił uwagę, że Milimex S.A. nie podała wymaganych wymiarów luster zarówno w pozycji kosztorysowej, jak również w zestawieniu Materiałów. Nie ma zatem możliwości przyporządkowania odpowiedniej ceny do lustra o danych parametrach.

W ocenie Odwołującego, brak podania podstawowych parametrów oferowanego wyposażenia powoduje, że nie ma możliwości potwierdzenia czy materiały oferowane przez Wykonawcę w wyżej wymienionych pozycjach są zgodne z wymaganiami Zamawiającego

i SWZ. Dodatkowo, jak wskazał Odwołujący, z uwagi na kosztorysowe rozliczenie Zamawiający oczekiwał podania cen wszystkich elementów, ceny te mają znaczenie również z uwagi na możliwość wystąpienia robót dodatkowych, zamiennych, czy możliwość rezygnacji Zamawiającego z pewnych zakresów prac.

IV.Niezgodne z warunkami zamówienia połączenie materiału, dostawy i montażu w zestawieniu Materiałów w jedną pozycję.

Odwołujący podniósł, że Milimex S.A. w zestawieniu M (materiałów) branży budowlanej i branży sanitarnej wpisała pozycje zbiorcze obejmujące łącznie materiał, dostawę i montaż. W takim przypadku, jak zauważył Odwołujący, nie ma możliwości wyodrębnienia poszczególnych cen za R (Robociznę), M (Materiał) i S (Sprzęt). Zgodnie z wymaganiami SWZ oraz odpowiedziami Zamawiającego na pytania, Zamawiający wymagał przedstawienia oddzielnie ceny za Robociznę, Materiał i Sprzęt dla każdej pozycji przedmiarowej, ofertowanej przez Wykonawcę. Zatem, zdaniem Odwołującego, pozycje dotyczące dostawy i montażu powinny znajdować się osobno w Zestawieniu S (sprzętu) i Zestawieniu R (robocizny). Odwołujący stwierdził, że dla poniżej wymienionych pozycji Milimex S.A. nie spełniła tego wymagania.

a)4.1 „D.01.\_Kosztorys\_ofertowy\_-\_branza\_budowlana\_25-07-2024\_14.59.14”: zestawienie M, od strony nr 24, pozycje: 261, 265, 274, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 303, 304, 305, 306, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 326, 327

b)4.2 W kosztorysie Milimex „D.04.\_Kosztorys\_ofertowy\_-\_branza\_sanitarna\_25-07-2024\_14.59.14”: zestawienie M, od strony nr 36, pozycje: od 60 do 79

V.Milimex S.A. złożył ofertę nieodpowiadającą wymogom SWZ zmienionym odpowiedziami na pytania do SWZ w odniesieniu do „świetlika dachowego”

Odwołujący wskazał, że Milimex S.A. nie wpisała w nazwie pozycji kosztorysu zmian, które Zamawiający wprowadził odpowiedziami nr 23.2 i 24.1.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w sposób nieuprawniony działając w trybie art. 223 ust. 2 pkt. 1 ustawy Pzp dokonał poprawy oferty Wykonawcy w zakresie:

1) Zestawienia materiałów – pozycja 32 - str. 25 kosztorysu ofertowego: Zgodnie z treścią pozycji 8d1.1 kosztorysu ofertowego opis transformatora w zestawieniu materiałów winien brzmieć: Transformator 400kVA, 21/0, 42 AL/AL a nie Transformator 630 kVA 15/0,42 kV;

2) Zestawienia materiałów – pozycje 224-226 - str. 29 kosztorysu ofertowego. Zgodnie z treścią pozycji 27d1.3, 29d1., 31d1.3 kosztorysu ofertowego rodzaj słupa w zestawieniu materiałów to: słup aluminiowy a

nie stalowy;

wskazując jednocześnie, że stanowi to poprawę oczywistych omyłek pisarskich.

Odwołujący nie zgodził się z takim działaniem Zamawiającego. Odwołujący wskazał, że zgodnie z dyspozycją art. 223 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp, wskutek udzielenia wyjaśnień przez wykonawcę nie jest możliwe dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści oferty, z zastrzeżeniem ust. 2. Możliwa jest zmiana treści oferty (w sensie technicznym) jedynie będąca skutkiem poprawienia w tekście oferty oczywistej omyłki pisarskiej albo omyłki rachunkowej w obliczeniu ceny, przy czym istotą oczywistej omyłki pisarskiej jest to, że nie budzi wątpliwości, na czym polegała i w jaki sposób należy ją poprawić. Odwołujący podkreślił, że poprawienie oczywistej omyłki nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli. Odwołujący zauważył, że co do zasady, poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej winno skutkować zmianą treści oferty jedynie w zakresie technicznym. W przedmiotowej natomiast sprawie, zdaniem Odwołującego, wprowadzone przez Zamawiającego poprawki pod pozorem poprawy oczywistych omyłek pisarskich w istocie skutkują zmianą merytoryczną treści oferty Wykonawcy poprzez jej dostosowanie do aktualnych wymogów SWZ. Odwołujący wskazał, że skoro Wykonawca w swojej ofercie zawarł oświetleniowe słupy stalowe, Zamawiający nie może domniemywać, że zabudowane zostaną słupy aluminiowe. A jeśli Wykonawca w swojej ofercie świadomie wycenił aż w trzech pozycjach kosztorysowych oświetleniowe słupy stalowe, to należy przyjąć, że nie była to wycena przypadkowa, wynikająca z omyłki technicznej, tylko jego zamierzone (intencyjne) działanie. Co za tym idzie, zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie może domniemywać, że jest to oczywista omyłka pisarska. Analogicznie, w ocenie Odwołującego, nie można utożsamiać poprawy zwrotu: „Transformator 630kVA, 15/0,42kV” na: „Transformator 400kVA, 21/0, 42/AL./AL.”. Odwołujący stwierdził, że wprowadzając te zmiany Zamawiający w istocie zmienił treść oferty Wykonawcy.

Odwołujący zwrócił uwagę na postanowienia pkt. 11 SWZ Opis sposobu przygotowania oferty, gdzie Zamawiający wskazał, że: „Dopuszcza się opracowanie kosztorysu ofertowego z zastosowaniem dowolnych norm, katalogów (w tym również norm własnych), pod warunkiem zachowania wymaganego zakresu rzeczowego zadania jak i jakości materiałów.

W kosztorysie ofertowym winny znaleźć się wszystkie pozycje przedmiarów robót, pod rygorem odrzucenia oferty, w razie wątpliwości wykonawca jest zobowiązany zwrócić się do zamawiającego z żądaniem wyjaśnienia treści swz. Wykonawca nie może pominąć żadnych pozycji przedmiaru lub dopisać nowych. Zamawiający będzie traktował treść kosztorysu ofertowego jako treść oferty, co pociąga za sobą konsekwencje, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy. Za inne omyłki polegające na niezgodności treści oferty z swz, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty zamawiający uzna tylko takie omyłki, które jest w stanie poprawić w oparciu o informacje przedstawione w ofercie. Jako omyłki nieistotne będą uznane opisy robót inne niż w przedmiarze, które będą tożsame z charakterem robót, opisanych w tych pozycjach.”. Odwołujący podniósł, że tak kategorycznie sformułowane wytyczne dotyczące sposobu sporządzenia kosztorysu ofertowego znacząco zawężyły możliwość skorzystania z uprawnień poprawy innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, w szczególności gdy Zamawiający jednoznacznie wskazał, że: „Zamawiający uprzedza, że treść kosztorysu ofertowego stanowi istotną treść oferty.”. W świetle powyższych wymogów co do treści kosztorysu ofertowego nie mogą, w ocenie Odwołującego, znaleźć akceptacji Zamawiającego błędy w kosztorysie ofertowym Wykonawcy. Ponadto, jak zauważył Odwołujący, w oparciu o błędy w kosztorysach ofertowych Zamawiający pismem z dnia 8 listopada 2024 r. odrzucił oferty innych wykonawców.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości Odwołujący wskazał, że zgodnie z poglądem wyrażanym w orzecznictwie, zarzut naruszenia art. 16 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter niesamoistny, gdyż sprowadza się do wskazania, że do naruszenia tych przepisów doszło w związku z innymi podniesionymi zarzutami. Oznacza to, że zarzuty te nie wymagały odrębnego rozpoznania, gdyż nie wskazują żadnych odrębnych okoliczności. Z kolei zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, w okolicznościach niniejszej sprawy, również nie ma charakteru samoistnego, lecz wynika z faktu konieczności przeprowadzenia powtórnego badania i oceny ofert.

Odwołujący stwierdził, że uchybienia przedstawione powyżej oraz zasadność wskazanego uzasadnienia do podniesionych zarzutów determinują konieczność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz – po przeprowadzeniu ponownego badania, uwzględniającego ww. czynności – dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. Tym samym, zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp nie wymaga odrębnego uzasadnienia, lecz jego zasadność wynika z potwierdzenia przez Izbę co najmniej jednej okoliczności spornej, rozstrzyganej w toku postępowania odwoławczego.

Odnosząc się do wyrażonych w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp zasad prowadzenia przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz przejrzysty, Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu zasady te doznały poważnego ograniczenia. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający nie zauważył, bądź celowo pominął, szereg uchybień, błędów i rozbieżności występujących w ofercie Wykonawcy, a wymaganiami samego Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, brak odrzucenia oferty Wykonawcy, a także wprowadzenie przez Zamawiającego zmian w merytorycznej treści jego oferty pod pozorem poprawy oczywistych omyłek pisarskich i wybór tej oferty jako oferty najkorzystniejszej, stanowi rażące naruszenie przepisów art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Milimex S.A.

W dniu 12 grudnia 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Na posiedzeniu Odwołujący złożył oświadczenie, że wycofuje zarzut dotyczący niezgodności oferty Milimex S.A. z treścią SWZ w zakresie świetlika dachowego.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestnika postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy zważyła, co następuje.**

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Za niezasadny Izba uznała zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 i 10 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Milimex S.A., mimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia i/lub zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

Izba stwierdziła, że podstawy odrzucenia oferty Milimex S.A. nie może stanowić wskazany przez Odwołującego brak złożenia przez Milimex S.A. zestawienia roboczogodzin i sprzętu w czterech kosztorysach wskazanych przez Odwołującego.

Izba miała na uwadze wymogi SWZ, w których Zamawiający z jednej strony przewiduje przygotowanie kosztorysu metodą uproszczoną, z drugiej zaś wymaga złożenia zestawienia roboczogodzin, materiału i sprzętu. Izba, nie kwestionując wymagania Zamawiającego do złożenia zestawienia roboczogodzin, materiału i sprzętu stwierdziła, że wymóg ten nie może przysłaniać racjonalnego działania.

Izba uznała, że elementy zamówienia, których dotyczy przedmiotowy zarzut nie wymagały zastosowania dodatkowych pozycji sprzętu czy robocizny. Pozycje te nie stanowią klasycznych robót budowlanych, a dostawę sprzętu, wyposażenia, mebli, które w zasadniczej mierze wymagają jedynie wniesienia do budynku lub niewielkich prac montażowych, które wykonywane są w ramach usługi dostawy z montażem. Wyodrębnienie takich stawek byłoby sztuczne. Logicznym jest przyjęcie, że ewentualne nakłady na robocizną czy sprzęt będą ponoszone w ramach ceny zakupu.

Izba miała przy tym na względzie, to podstawą rozliczeń pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą jest kosztorys ofertowy, nie zaś sporne zestawienie.

W tych okolicznościach, złożenie w 4 kosztorysach zestawień, w których nie wyodrębniono robocizny i sprzętu, nie stanowi podstawy do odrzucenia oferty Milimex S.A.

Podstawy odrzucenia oferty Milimex S.A. nie może stanowić również powstała w ofercie tego wykonawcy rozbieżność pomiędzy treścią kosztorysu ofertowego a zestawieniem materiałów.

Izba stwierdziła, że w sytuacji, w której w kosztorysie ofertowym, który stanowi podstawę rozliczeń pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą, Milimex S.A. wyceniła słupy aluminiowe oraz transformator o mocy zgodnej z wymaganiami Zamawiającego, zaś błędne opisy pozostały w zestawieniu robocizny, materiałów i sprzętu, zaistniały podstawy do poprawienia oferty.

Izba stoi na stanowisku, że tego rodzaju omyłki wykonawcy mają charakter nieistotny, nie zmieniają treści oferty.

Nie stanowią one jednak oczywistych omyłek pisarskich. Powinny były one zostać poprawione przez Zamawiającego w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jednak unieważnienie czynności Zamawiającego z uwagi na powołanie niewłaściwej podstawy poprawienia omyłki byłoby bezcelowe. Zmiana podstawy poprawienia omyłek pozostaje bez wpływu na wynik postępowania.

Zaznaczenia przy tym wymaga, że dokonana przez Zamawiającego poprawa treści oferty Milimex S.A., bez względu na powołaną podstawę prawną, nie stanowiła negocjacji pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą, nie skutkowała ukształtowaniem nowej treści oferty, nie doszło zatem do naruszenia art. 223 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. W stanie faktycznym przedmiotowej sprawy kosztorys ofertowy złożony przez Milimex S.A., stanowiący podstawę rozliczeń, zawierał wycenę pozycji w pełni zgodnych z wymaganiami Zamawiającego. Zniwelowania wymagała jedynie nieścisłość oferty wynikająca z braku właściwego edytowania zestawienia materiałów.

Potwierdzenia zarzutu postawionego przez Odwołującego nie stanowi również zaniechanie przez Milimex S.A. podania w kosztorysach wymiarów wyposażenia w zakresie wskazanym w odwołaniu. W ocenie Izby, nie ulega wątpliwości, że Milimex S.A. wyceniła wszystkie elementy zamówienia. Zarówno przedmiary Zamawiającego, jak i kosztorys ofertowy Odwołującego zawierają o.dniesienia do numerów pomieszczeń, w których mają znajdować się dane elementy zamówienia, w każdym spornym przypadku ilość pozycji i opis pozycji w kosztorysie są takie same, jak w przedmiarach, a poszczególne elementy zostały wymienione w takiej samej kolejności, w jakiej uporządkował je Zamawiający. Wobec powyższego, brak jest podstaw do twierdzenia, że nie ma możliwości przyporządkowania ceny do danego elementu zamówienia.

Nie potwierdził się również zarzut dotyczący niezgodności oferty Milimex S.A. z warunkami zamówienia przez połączenie materiału, dostawy i montażu w zestawieniu materiałów w jedną pozycję. Izba stwierdziła, że wszystkie pozycje zostały wycenione. Izba przyjęła przy tym wyjaśnienia Milimex S.A. dotyczące przypadkowego przekopiowania analogicznie brzmiących pozycji z kosztorysu i przedmiaru. Wyjaśnienia te potwierdzają prawidłowość oferty.

W konsekwencji, zarzuty naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 239 ustawy Pzp, okazały się niezasadne. Izba nie stwierdziła podstaw do uchylenia decyzji Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 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, dalej jako „rozporządzenie”).

Jak stanowi art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak stanowi § 8 ust. 2 pkt rozporządzenia, w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. W takiej sytuacji Izba zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia.

W świetle powyższych regulacji, Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego.

Przewodnicząca:.....