

WYROK

Warszawa, dnia 26.11.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron i uczestników odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 21 października 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Procad B., S. Sp. j. oraz PGI Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Koluszkach, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Bydgoszczy

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego:

A.Electricon Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie

orzeka:

- 1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu w punkcie 5 i 11.
- 2.Odrzuca odwołanie w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu w punkcie 4 i 10.
- 3.Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
- 4.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) poniesioną przez przystępującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
- 5.Zasądza od odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Procad B., S. Sp. j. oraz PGI Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Koluszkach na rzecz przystępującego Electricon Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy).

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.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 3873/24

Uzasadnienie

Rejonowy Zarząd Infrastruktury w Bydgoszczy, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest modernizacja systemu włamania i napadu w budynkach magazynowych terenu technicznego składu Regny z. 11769, nr sprawy WIB/PO/2/R/2/OiB.

Wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej z dnia 16 lutego 2024 r., pod numerem 97936-2024.

W dniu 21 października do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Procad B., S. Sp. j. oraz PGI Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Koluszkach, dalej jako: „Odwołujący”, wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

zaniechaniu przez Zamawiającego poprawienia omyłek w treści Kosztorysu załączonego do oferty Odwołującego przez wpisanie, zamiast błędnie wpisanych słów znajdujących się w pozycjach wymienionych poniżej:

a. wpisanie w pozycji nr 868 d. 46. 1:

- w kolumnie nr 2: KNR 0-19 1023-0400,

- w kolumnie nr 3: Montaż nowych okien – okno jednoskrzydłowe uchylno – rozwierane z obróbką obsadzenia,

b. wpisanie w pozycji nr 869 d. 46. 1:

- w kolumnie nr 2: KNR 0-19 1023-0400,

- w kolumnie nr 3: Montaż nowych okien – okno jednoskrzydłowe stałe z obróbką obsadzenia,

c. wpisanie w pozycji nr 892 d. 47. 1:

- w kolumnie nr 2: KNR 0-19 1023-0400,
- w kolumnie nr 3: Montaż nowych okien – okno jednoskrzydłowe uchylno – rozwierane z obróbką obsadzenia,
d. wpisanie w pozycji nr 893 d. 47. 1:
- w kolumnie nr 2: KNR 0-19 1023-0800,
- w kolumnie nr 3: Montaż nowych okien – okno dwuskrzydłowe uchylno – rozwierane z obróbką obsadzenia,
e. wpisanie w pozycji nr 894 d. 47. 1:
- w kolumnie nr 2: KNR 0-19 1023-0800,
- w kolumnie nr 3: Montaż nowych okien – czteroskrzydłowe uchylno – rozwierane z obróbką obsadzenia,
f. wpisanie w pozycji nr 895 d. 47. 1:
- w kolumnie nr 2: KNR 0-19 1023-0400,
- w kolumnie nr 3: Montaż nowych okien – okno jednoskrzydłowe stałe z obróbką obsadzenia,
g. wpisanie w pozycji nr 897 d. 47. 1:
- w kolumnie nr 2: KNR 0-19 1023-0800,
- w kolumnie nr 3: Montaż nowych okien – okno czteroskrzydłowe stałe z obróbką obsadzenia,
h. wpisanie w pozycji 6 d.1.1.
- w kolumnie nr 3: Usunięcie z budynku zdemontowanych okien, krat, drzwi,
i. wpisanie w pozycji 16 d.1.1.
- w kolumnie nr 3: Montaż samozamykaczy – analog.

2. zaniechaniu przez Zamawiającego poprawienia w trybie art. 223 ust.2 pkt 3 pzp omyłek w treści oferty Odwołującego, dostrzeżonych przez Zamawiającego i uznanych przez niego za inne omyłki w rozumieniu tego przepisu;

3. odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 226 ust.1 pkt 5 pzp, pomimo że oferta Odwołującego, jest zgodna z warunkami zamówienia, zwłaszcza jeśli zostałaaby poprawiona w trybie art. 223 ust. 2 pkt 1 lub pkt 3 pzp;

4. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Electricron sp. z o.o. pomimo iż spółka ta nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;

5. ewentualnie, zaniechanie wezwania Electricron sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści Listu referencyjnego wydanego w dniu 15 stycznia 2024r. przez Tauron Dystrybucja SA i treści oraz złożenia wyjaśnień dotyczących treści pisma (referencji) PGE Dystrybucja SA z dnia 12 marca 2024r. - obu w części dotyczących ustalenia, czy w zakres prac wykonanych dla tych spółek przez Electricron sp. z o.o. wchodziło wykonanie sygnalizacji włamania i napadu, a jeśli tak, to jaka była wartość tych prac;

6. wyborze jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu przetargowym oferty spółki Electricron sp. z o.o.

Odwołujący postawił następujące zarzuty:

7. co do punktu nr 1 odwołania - naruszenie art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy PZP, względnie art. 223 ust. 2. pkt. 3 ustawy PZP, przez ich niezastosowanie i niepoprawienie innych omyłek w treści oferty Odwołującego, choć obowiązek ich poprawienia wynika wprost z treści tego przepisu;

8. co do punktu nr 2 odwołania - art. 223 ust. 2. pkt 3 ustawy PZP przez jego niezastosowanie i niepoprawienie omyłek w treści oferty Odwołującego, pomimo iż Zamawiający omyłki te dostrzegł;

9. co do punktu nr 3 odwołania - art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP przez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu jej rzekomej niezgodności z warunkami zamówienia, podczas gdy oferta ta jest zgodna z warunkami zamówienia, zwłaszcza jeśli zostałaaby poprawiona w trybie art. 223 ust. 2 pkt 1 lub art. 223 ust. 2. pkt 3 ustawy PZP;

10. art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Electricron sp. z o.o., mimo że spółka ta nie wykazała spełniania warunków udziału w postępowaniu, bowiem w zakresie warunku dotyczącego doświadczenia polegającego na wykonaniu co najmniej dwóch zadań w zakresie przebudowy lub rozbudowy obiektów kubaturowych polegających na wykonaniu robót remontowych, szczególnie zakresie wymiany stolarki okiennej i drzwiowej/ bramowej w zakresie dostosowania i poprawy bezpieczeństwa energetycznego i antywłamaniowego o wartości nie mniejszej niż 1 mln zł. brutto każde wraz z zagospodarowaniem terenu powołała się

na wiedzę i doświadczenie podwykonawcy – Zakładu Ogólnobudowlanego OGBUD Sylwester Nabiałek, Krzysztof Nabiałek s.c., a: - z treści zobowiązania podwykonawcy nie wynika, że wykona on roboty budowlane, do realizacji których udostępnione przez niego zdolności są wymagane, - z treści oferty Electricron sp. z o.o. wynika, że nie jest ona w stanie określić jaki podwykonawca będzie brać udział w wykonaniu przedmiotu zamówienia i jaką część zamówienia wykona;

11. art. 28 ust. 4 ustawy PZP w zw. z art. art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b ustawy PZP przez zaniechanie wezwania Electricron sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących referencji udzielonych tej spółce przez Tauron Dystrybucja SA i PGE Dystrybucja SA, pomimo że z treści tych referencji nie wynika, aby Electricron sp. z o.o. spełniał warunek wiedzy i doświadczenia co do prawidłowego zrealizowania co najmniej dwóch zadań w zakresie wykonania sygnalizacji włamania i napadu o wartości nie mniejszej niż 500 tys. zł. brutto każde.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny oferta, a także odrzucenia oferty Electricron sp. z o.o., unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, poprawienia oferty Odwołującego w sposób opisany w punkcie nr 1 Odwołania.

Stanowisko Odwołującego:

W ramach szczegółowego uzasadnienia zarzutów Odwołujący odniósł się do każdej z przyczyn wskazanych przez Zamawiającego w informacji o odrzuceniu jego oferty. W odniesieniu do przyczyn wskazanych w punktach od 1a do 1g wskazywał na tabele swojego kosztorysu i przedmiaru konkludując, że z ich porównania wprost wynika, że w kosztorysie popełniono oczywistą omyłkę pisarską w treści numeru KNR i omyłkę co do treści kolumny nr 3, którą można traktować także jako oczywistą omyłkę pisarską, względnie jako inną omyłkę, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP. Błąd ten jest od razu widoczny jeśli spojrzeć na treść kolumny nr 2, w której Odwołujący wpisał, że dotyczy ona okien oraz treść kolumny nr 6, w której podano wymiary zgodne z przedmiarem. Jest nie do pomyślenia, aby wykonawca celowo w miejsce wykonania okien zaproponował wykonanie drzwi.

Tożsama argumentacja jest podnoszona do każdej z przyczyn wskazanych w punktach od 1a do 1g.

W zakresie przyczyny wskazanej w pkt 2a i 2b Odwołujący ponownie wskazał na porównanie tabel z jego kosztorysu z tabelami przedmiaru Zamawiającego. W zakresie punktu 2a podkreślił, że z porównania powyższych tabel wprost wynika, że w treści opisu kolumny nr 3 popełniono oczywistą omyłkę pisarską, którą można potraktować ewentualnie także jako inną omyłkę w rozumieniu art. 223 ust. 2. pkt 3 ustawy PZP. Błąd ten jest od razu widoczny jeśli spojrzeć na treść kolumny nr 2, w której Odwołujący wpisał prawidłowy nr KNR oraz treść pozostałych kolumn, w których podano wymiary zgodne z przedmiarem. Nadto, budynek którego dotyczy ta pozycja jest parterowy. Jest nie do pomyślenia, aby wykonawca celowo w miejsce usunięcia zdemontowanych okien, krat i drzwi wpisał usunięcie gruzu i ziemi. Nadto, błąd w opisie w ogóle nie rzutuje na wycenę prac – nadal jest to wywiezienie pozostałości budowlanych.

W zakresie punktu 2b wskazał, że z porównania powyższych tabel wprost wynika, że w Kosztorysie popełniono oczywistą omyłkę pisarską w treści opisu kolumny nr 3, którą ewentualnie można traktować jako inną omyłkę w rozumieniu art. 233 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, Błąd ten jest od razu widoczny jeśli spojrzeć na treść kolumny nr 2, w której Odwołujący wpisał prawidłowy nr KNR oraz treść pozostałych kolumn, w których podano ilości zgodne z przedmiarem. Jest nie do pomyślenia, aby wykonawca celowo w miejsce montażu samozamykaczy zaproponował zasuwę drzwiowe. Nadto, błąd w opisie w ogóle nie rzutuje na wycenę prac, gdyż wycena dotyczyła montażu samozamykaczy.

Jeśli chodzi o punkt 3a i 3b Odwołujący wskazał, że Zamawiający zarzuca błędny opis pozycji kosztorysowej. Zarzut ten różni się od poprzednich tym, że błąd Zamawiającego nie polega na niepoprawieniu omyłki, ale na niedoczytaniu Kosztorysu. Zamawiający nie zwraca bowiem uwagi, że w opisie pozycji kosztorysowych są adnotacje o treści:

„+ Dodatkowe lustro dalekiego zasięgu do czujek Viewguard, regulowany zasięg 29/35/42/50 metrów”. Problem zasięgu czujek Odwołujący wyjaśnił już w toku rozprawy przed KIO w dniu 5 września 2024r. Przede wszystkim jednak Zamawiający winien był wezwać wykonawcę do wyjaśnień, jeśli nabrał wątpliwości co do treści oferty.

Z kolei w zakresie punktu 4a i 4b Odwołujący wskazał, że zarzut ten także różni się od opisanych w punktach nr 1 i nr 2, a błąd Zamawiającego nie polega na niepoprawieniu omyłki, ale na niezrozumieniu Kosztorysu. Odwołujący zaoferował „Zainstalowanie oprogramowania zarządzającego systemami alarmowymi o pojemności od 15 do 20 MB”. W ramach zainstalowania tego oprogramowania mieszczą się wszystkie czynności szczegółowo wymienione w Przedmiarze. Nie sposób sobie wyobrazić, że prawidłowe zainstalowanie oprogramowania nie będzie polegać np. na jego konfiguracji, czy też na wykonaniu testów i prób.

Zamawiający winien był wezwać wykonawcę do wyjaśnień, jeśli nabrał wątpliwości co do treści oferty.

Odwołujący wniósł również dodatkowe pismo procesowe z dnia 18 listopada 2024 r., w którym odniósł się do twierdzeń

podniesionych przez Przystępującego.

Dokładna treść odwołania oraz dodatkowego stanowiska procesowego Odwołującego znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

Stanowisko Zamawiającego:

W piśmie z dnia 5 listopada 2024 r. Zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzuty podniesione w pkt 1, 2 i 3 odwołania oraz pkt 7, 8 i 9.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania w części dotyczącej zarzutów nr 4, 5 i 6 oraz 10 i 11.

Jak argumentował Zamawiający dla poparcia wniosku o odrzucenie odwołania, postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego. Informacja o wynikach spełniania warunków udziału w postępowaniu została przekazana wykonawcom w dniu 18 kwietnia 2024 r. Teoretycznie więc, 10 dniowy termin na złożenie odwołania upłynął 29 kwietnia. Nawet gdyby z ostrożności przyjąć, że w dniu 1 sierpnia Odwołujący powziął informację o czynnościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania (tego dnia Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej), to i tak termin ten upłynął w dniu 12 sierpnia.

Zamawiający nie przedstawił jakiejkolwiek argumentacji w związku z uwzględnieniem części z zarzutów.

Dokładna treść odpowiedzi na odwołanie znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

Stanowisko Przystępującego:

Stanowisko w sprawie zajął również wykonawca Electricon Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, dalej jako: „Przystępujący”, wnosząc o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutów oznaczonych w pkt 4-6 oraz 10-11, a w pozostałym zakresie o jego oddalenie.

Zgodnie ze stanowiskiem Przystępującego, dla poparcia wniosku o odrzucenie odwołania powołał się na tożsame argumenty jak Zamawiający.

Z kolei jeśli chodzi o pozostałe zarzuty, Przystępujący odniósł się do nich zgodnie z chronologią zastosowaną w odwołaniu:

Punkt 1a – 1g: Przystępujący wskazał, że przy wycenie kosztorysowej zastosowanie innego numeru KNR oraz innego opisu pozycji oznacza wycenę innej pozycji robót. Odwołujący wycenił inną pozycję robót w siedmiu pozycjach. Przystępujący zaznaczył również, że w całym kosztorysie złożonym przez Odwołującego nie ma pozycji analogicznej zawierającej wycenę dotyczącą okien. W związku z tym Zamawiający nie mógł odnaleźć pozycji analogicznych oraz określić ich ceny jednostkowej, a co za tym idzie - dokonać poprawy nieprawidłowości.

Przystępujący dodał, że nieprawdą jest, jakoby kosztorys ofertowy branży budowlanej Odwołującego zawierał w pozycji 868d. 46.1 na stronie 401 komentarz w kolumnie 2 „okno 022o”. Co więcej, zmiana numeru KNR wraz ze zmianą opisu, wiąże się ze zmianą ilości nakładów rzeczowych - liczby roboczogodzin dla danej pozycji oraz ilości materiałów. Fakt ten również potwierdza, że wycenione przez Odwołującego pozycje nie są pozycjami, które odpowiadają pozycjom przedmiaru Zamawiającego.

W zakresie punktu 2a i 2b Przystępujący wskazał, że usunięcie z budynku zdemontowanych okien, krat i drzwi nie jest tożsame z usunięciem z parteru budynku gruzu i ziemi. Można sobie łatwo wyobrazić usunięcie z remontowanych budynków gruzu powstałego przy wykonywanych pracach, dotyczących demontażu okien i drzwi. Niemniej jednak w kosztorysie Odwołującego nie ma ustalonej ceny jednostkowej za pozycję kosztorysową dotyczącą usuwania zdemontowanych krat, okien i drzwi. W przypadku wykonywania tych prac Odwołujący może wystąpić o zapłatę wynagrodzenia za roboty dodatkowe, których cena ze względu na analogiczną sytuację w 52 pozycjach, może wpłynąć znacząco na całkowitą wartość oferty.

Dodał, że Zamawiający w odniesieniu do pozycji dot. samozamykacza, nie bez powodu zawarł w opisie „analog” tak aby wiadomym było, że nie potrzebuje wyceny zasuw, tylko samozamykacza. Potwierdzeniem wyceny innego elementu przez Odwołującego jest zawarty przez niego w tych pozycjach materiał. Do okuć stolarskich można zaliczyć: zamki, zawiasy, zaczepy oraz właśnie zasuw.

Przystępujący podkreślił również, że w ofercie Odwołującego brak jest analogicznej pozycji w innych pozycjach kosztorysowych, co wyklucza możliwość poprawy przez Zamawiającego tych pozycji jako omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Niespójność w zakresie opisów pomiędzy przedmiarem Zamawiającego oraz kosztorysu Odwołującego oznacza

wycenę prac innych niż zostały określone w SWZ, co uniemożliwia jej wiarygodną ocenę, a także stanowi podstawę odrzucenia oferty, jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

W zakresie punktu 3 Przystępujący wskazał, że w przedmiarze Zamawiającego występują dwa rodzaje czujek ruchu mikrofalowych: 12m oraz 24m. Żadna pozycja nie wymagała wyceny czujki o zasięgu 15m. Prawdą jest, tak jak Odwołujący wskazuje w odwołaniu, że Odwołujący do każdej z tych czujek dołącza „Dodatkowe lustro dalekiego zasięgu” umożliwiającego regulację zasięgu na 29/35/42/50. Żaden z tych zasięgów nie jest nadal równy dokładnie 24m.

Przystępujący wskazał również, że jego zdaniem nie ulega wątpliwości, że wyceniona czujka PIR przez Konsorcjum PROCAD/PGL nie jest wymagana przez Zamawiającego czujką mikrofalową, a czujką pasywną podczerwieni.

W zakresie punktów 4a i 4b Przystępujący podkreślił, że w pozycjach przedmiaru 5.2 i 5.3 Zamawiający wskazał dwie różne roboty, które różnią się zakresem, ilością nakładu pracy oraz sposobem wykonania. W przypadku przytoczonych pozycji 5.2 i 5.3 przedmiaru Zamawiającego oraz 3058 d.5 3059 d.5 Kosztorysu Konsorcjum PROCAD/PGL zgodnie z zawartymi w nich opisami można stwierdzić, że Zamawiający w swoich pozycjach wskazał różne roboty, a konsorcjum PROCAD/PGL wyceniło dwa razy tę samą pozycję, która zawiera zgodnie z swoim opisem roboty inne niż te które były wymagane.

Dokładna treść pisma procesowego Przystępującego znajduje się w aktach niniejszej sprawy odwoławczej.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie materialnoprawnych przesłanek do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę Electricron Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. Wszystkie wymogi formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Wobec oświadczenia Odwołującego złożonego w trakcie posiedzenia o cofnięciu odwołania w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu pkt 5 i 11, Izba stwierdziła podstawy do umorzenia postępowania w ww. zakresie, na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy PZP.

Izba stwierdziła również, że w stosunku do zarzutów oznaczonych w odwołaniu pkt 4 i 10 istnieją podstawy do jego odrzucenia w oparciu o art. 528 pkt 3 ustawy PZP, tj. jako wniesionych po upływie terminu określonego w ustawie. Wskazać należy, że niniejsze postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego. Zgodnie z art. 146 ust. 2 lit. b) ustawy PZP Zamawiający odrzuca wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, jeżeli został złożony przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Z kolei zgodnie z art. 147 ustawy PZP o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

W niniejszej sprawie informacja, o której mowa w art. 147 ustawy PZP, została przez Zamawiającego przesłana wykonawcom w dniu 18 kwietnia 2024 r.. Zamawiający wskazał w niej, że „w wyniku oceny wniosków wszyscy wykonawcy spełniają warunki udziału w postępowaniu i nie podlegają wykluczeniu”.

Tym samym należy uznać, że czynność Zamawiającego polegająca na pozytywnej weryfikacji spełniania przez poszczególnych wykonawców warunków udziału w postępowaniu uprawomocniła się wraz z upływem 10-dniowego terminu, od dnia w którym Zamawiający poinformował o ww. czynności, co skutkuje uznaniem odwołania wniesionego w dniu 21 października 2024 r. za spóźnione w ww. zakresie.

Należy również podkreślić, że wobec uwzględnienia części z zarzutów przez Zamawiającego, Przystępujący wniósł sprzeciw, co z kolei przesądza o braku podstaw do umorzenia postępowania odwoławczego w oparciu o art. 568 pkt 3 ustawy PZP.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Dodatkowo strony oraz uczestnicy zgłaszali wnioski dowodowe o przeprowadzenie dowodów z dokumentów na okoliczności wskazywane przy ich składaniu. Izba postanowiła dopuścić wszystkie ww. wnioskowane dowody w poczet materiału dowodowego i przeprowadzić na ich podstawie dowody z wyjątkiem karty katalogowej „Honeywell” złożonej przez Odwołującego w całości w języku angielskim bez tłumaczenia na język polski, a więc niezgodnie z dyspozycją art. 506 ust. 2 ustawy PZP.

W sytuacji, w której Izba opierała się przy wydawaniu rozstrzygnięcia na konkretnym dowodzie, znajdzie to wyraz w treści uzasadnienia.

Okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia sprawy:

W dniu 1 sierpnia 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP.

Na powyższą czynność zostało wniesione odwołanie – postępowanie odwoławcze prowadzone było pod sygn. akt KIO 2849/24.

Zamawiający w dniu 11 października 2024 r. dokonał ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP. Zgodnie z uzasadnieniem:

„1) W kosztorysie ofertowym branży budowlanej dokonano zmiany numeru KNR oraz opisów pozycji w wyniku czego wyceniono inną pozycję robót:

a) Poz. 868 d. 46.1 KNR 0-19 1023-12 Montaż drzwi balkonowych z PCV z obróbką obsadzenia (zgodnie z przedmiarem powinno być: poz. 869 d. 46.1 KNR 0-19 10230400 Montaż nowych okien — okno jednoskrzydłowe uchylno-rozwierane z obróbką obsadzenia).

b) Poz. 869 d. 46.1 KNR 0-19 1023-12 Montaż drzwi balkonowych z PCV z obróbką obsadzenia (zgodnie z przedmiarem powinno być: poz. 870 d. 46.1 KNR 0-19 10230400 Montaż nowych okien — okno jednoskrzydłowe stałe z obróbką obsadzenia).

c) Poz. 892 d. 47.1 KNR 0-19 1023-12 Montaż drzwi balkonowych z PCV z obróbką obsadzenia (zgodnie z przedmiarem powinno być: poz. 894 d. 47.1 KNR 0-19 10230400 Montaż nowych okien — okno jednoskrzydłowe uchylno-rozwierane z obróbką obsadzenia).

d) Poz. 893 d. 47.1 KNR 0-19 1023-12 Montaż drzwi balkonowych z pcv z obróbką obsadzenia (zgodnie z przedmiarem powinno być: poz. 895 d. 47.1 KNR 0-19 10230800 Montaż nowych okien — dwuskrzydłowe uchylno-rozwierane z obróbką obsadzenia).

e) Poz. 894 d. 47.1 KNR 0-19 1023-12 Montaż drzwi balkonowych z PCV z obróbką obsadzenia (zgodnie z przedmiarem powinno być: poz. 896 d. 47.1 KNR 0-19 10230800 Montaż nowych okien-czteroskrzydłowe uchylno-rozwierane z obróbką obsadzenia).

f) Poz. 895 d. 47.1 KNR 0-19 1023-12 Montaż drzwi balkonowych z PCV z obróbką obsadzenia (zgodnie z przedmiarem powinno być: poz. 897 d. 47.1 KNR 0-19 10230400 Montaż nowych okien — okno jednoskrzydłowe stałe z obróbką obsadzenia).

g) Poz. 897 d. 47.1 KNR 0-19 1023-12 Montaż drzwi balkonowych z PCV z obróbką obsadzenia (zgodnie z przedmiarem powinno być: poz. 899 d. 47.1 KNR 0-19 10230800 Montaż nowych okien — czteroskrzydłowe stałe z obróbką obsadzenia).

W w/w pozycjach zmieniono zarówno nr KNR jak i opis pozycji, w związku z tym wyceniono zupełnie inny zakres prac niż wymieniony w przedmiarze. Nie ma możliwości potraktowania ich jako omyłki i poprawy na podst. art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP przez Zamawiającego.

2) W kosztorysie ofertowych branży budowlanej wyceniono:

a) W poz. 6 d. 1.1 Wykopy nieumocnione o ścianach pionowych wykonywane wewnątrz budynku — usunięcie z parteru budynku gruzu i ziemi (zgodnie z przedmiarem powinno być: poz. 6 d. 1.1 Usunięcie z budynku zdemontowanych okien, krat, drzwi).

b) W poz. 16 d. 1.1 Założenie na nowym miejscu zasuw drzwiowych przykręcanych (zgodnie z przedmiarem powinno być: poz. 16 d. 1.1 Montaż samozamykaczy analog).

W w/w pozycjach wyceniono zupełnie inny zakres prac niż wymieniony w przedmiarze. Nadmienić należy, że błędy wskazane w pkt a) i b) dotyczą budynku nr I, natomiast analogiczne błędy występują w pozostałych budynkach (przedmiar dotyczy 52 budynków). Rzutuje to znacznie na wycenę tych prac. W związku z powyższym nie ma możliwości potraktowania ich jako omyłki i poprawy na podst. art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP przez Zamawiającego.

3) W kosztorysie ofertowym branży teletechnicznej wyceniono:

a) Poz. 387 d. 4.1. Montaż czujki ruchu — pasywna zasięg 15m (zgodnie z przedmiarem powinno być poz. 4.1.7 Montaż czujki ruchu — pasywna podczerwień kurtynowa 35m).

b) Poz. 2554 d.4.79 KNR AL.-01 0201-03 Montaż czujki ruchu-mikrofalowa zasięg 15m. (zgodnie z przedmiarem powinno być: poz. 4.80.7, 4.81.7, 4.91.7 KNR AL-01 0201-03 Montaż czujki ruchu — mikrofalowa 24m).

W ww pozycjach wyceniono czujki niezgodne z wymaganymi przez Zamawiającego i nie ma możliwości potraktowania ich jako omyłki i poprawy na podst. art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

4) W kosztorysie ofertowym branży teletechnicznej (integracja systemów ochrony technicznej) wyceniono:

a) Poz. 3058 d.5. Zainstalowanie oprogramowania zarządzającego systemami alarmowymi o pojemności od 15 do 20MB (zgodnie z przedmiarem powinno być poz. 5.2 Opracowanie konfiguracji oprogramowania, konfiguracja serwerów, konfiguracja stacji roboczych, wykonanie map, zainstalowanie systemu, testy i próby funkcjonalne)

b) Poz. 3059 d.5. Zainstalowanie oprogramowania zarządzającego systemami alarmowymi o pojemności od 15 do 20MB (zgodnie z przedmiarem powinno być: poz. 5.3 Testy i próby funkcjonalne systemu integrującego).

W ww pozycjach wyceniono inny zakres prac niż ten wymagany przez Zamawiającego, co znacznie rzutuje na wartość tych prac. Potwierdzeniem na to jest również porównanie zaproponowanych cen za ten zakres w ofertach, które zostały złożone w postępowaniu. W związku z powyższym nie ma możliwości potraktowania ich jako omyłki i poprawy na podst. art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Ponadto Zamawiający podkreśla, że w kosztorysie ofertowym Wykonawcy: Konsorcjum firm: PROCAD B., S. sp.j PG Sp. z o.o. ul. Maczka 1 1, 95-040 Koluszki są błędy, które kwalifikują się do poprawy w myśl art. 223 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, natomiast odstępuje od tego, ponieważ oferta podlega odrzuceniu na podst. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.”

Uzasadnienie prawne:

W pierwszej kolejności Izba pragnie podkreślić, że w postępowaniu odwoławczym badane są czynności zamawiającego w obrębie podstaw ich dokonania wyartykułowanych w uzasadnieniu, tj. w niniejszej sprawie chodzi o czynność odrzucenia oferty odwołującego z dnia 11 października oraz przyczyny wskazane w treści tego pisma. Rolą Krajowej Izby Odwoławczej w postępowaniu odwoławczym jest zbadanie czynności Zamawiającego każdorazowo tylko i wyłącznie przez pryzmat powodów dokonania tejże czynności wyartykułowanych wprost w uzasadnieniu jej dokonania. Za spóźnione i niemogące mieć wpływu na rozstrzygnięcie sprawy należy uznać takie okoliczności mające uzasadniać odrzucenie oferty czy też inne czynności zamawiającego, które zostały przez niego przedstawione dopiero w toku postępowania odwoławczego. Ocena dokonywana przez Krajową Izbę Odwoławczą w tym zakresie nie może wykraczać poza uzasadnienie przedstawione przez zamawiającego, nie może polegać na badaniu istnienia powodów dokonania określonej czynności w szerszym aspekcie. Stanowisko to jest jednolicie prezentowane w orzecznictwie (np. wyrok KIO z dnia 15 maja 2023 r., KIO 1215/23, wyrok KIO z dnia 16 marca 2023 r., KIO 593/23, wyrok KIO z dnia 15 grudnia 2022 r., KIO 3248/22).

Oczywiście badanie to odbywa się przez pryzmat treści wniesionego odwołania, w którym odwołujący musi podważyć konkretne argumenty zamawiającego leżące u podstaw danej czynności. Tym samym ocena czynności lub zaniechania Zamawiającego przez Izbę odbywa się tylko i wyłącznie w obrębie wyznaczonym treścią odwołania. Izba nie może wychodzić poza okoliczności wskazywane w środku ochrony prawnej.

Obowiązek poruszania się przy wydawaniu rozstrzygnięcia jedynie w ramach podnoszonych zarzutów podkreślany jest również w orzecznictwie Sądu Zamówień Publicznych. Tytułem przykładu można wskazać na wyrok z dnia 09.05.2024 r. XXIII Zs 16/24, w którym SO wskazał, że zarówno Krajowa Izba Odwoławcza nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, jak i Sąd Zamówień Publicznych nie może orzekać co do zarzutów, które nie były przedmiotem odwołania (art. 555 ustawy PZP oraz art. 583 ustawy PZP). Dodatkowo w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi nie można rozszerzyć żądania odwołania ani występować z nowymi żądaniami (art. 582 ustawy PZP). Powyższe przepisy Ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią wyraz konsekwencji ustawodawcy, aby organy orzecznicze (Krajowa Izba Odwoławcza i Sąd Okręgowy – Sąd Zamówień Publicznych) orzekały wyłącznie w zakresie zarzutów, które sformułowane zostały pierwotnie w odwołaniu. Izba jest związana zarzutami odwołania i nie może wyjść poza ich zakres. Jednoznacznie wskazuje to zatem na konieczność ich przemyślanego i precyzyjnego formułowania przez odwołującego. Możliwość stawiania zarzutów upływa z terminem na wniesienie odwołania. Jeżeli więc odwołujący na późniejszym etapie postępowania odwoławczego podnosi okoliczności, które nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich spóźnione wskazywanie nie może być brane przez Izbę pod uwagę. Nawet jeżeli odwołujący próbowałby powiązać nowe zarzuty z ogólnie zakreślonymi okolicznościami faktycznymi wskazanymi w odwołaniu. Brak precyzyjnego przywołania podstawy prawnej i uzasadnienia zarzutu prowadzi do braku możliwości rozpatrzenia tego zarzutu przez Izbę”.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba zbadała argumenty podniesione przez zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego z uwzględnieniem zarzutów odwołania uznając, że podlega ono oddaleniu.

Odnosząc się do poszczególnych przyczyn uzasadniających odrzucenie oferty Odwołującego Izba pragnie wskazać, że:

1)Przyczyny wskazane w punkcie od 1a do 1g:

Argumentacja odwołania w tym zakresie polega na porównaniu przedmiaru Zamawiającego z kosztorysem Odwołującego, sprowadzając się do konkluzji, że na podstawie poszczególnych kolumn kosztorysu ustalić można rzeczywistą treść oferty, a tym samym Zamawiający miał obowiązek poprawienia spornych pozycji w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 1 lub 3 ustawy PZP.

W zasadzie jedynym argumentem Odwołującego jest to, że: *„Błąd ten jest od razu widoczny jeśli spojrzeć na treść kolumny nr 2, w której Odwołujący wpisał, że dotyczy ona okien oraz treść pozostałych kolumn, w których podano wymiary zgodne z przedmiarem. Jest nie do pomyślenia, aby wykonawca celowo w miejsce wykonania okien zaproponował wykonanie drzwi. Przede wszystkim jednak błąd ten nie powtarza się w pozycjach kosztorysowych innych budynków.”*

Wskazać jednak należy, że Odwołujący mija się z prawdą. W złożonym przez niego kosztorysie nie ma bowiem jakiegokolwiek uwagi, że dana pozycja odnosi się do okien. Uwaga taka znajduje się w treści przedmiaru, który Odwołujący również złożył wraz z ofertą (przedmiary znajdują się w tych samych plikach, w których znajdują się kosztorysy: w przypadku kosztorysu branży budowlanej przedmiar rozpoczyna się na str. 5 i kończy na str. 98, w przypadku kosztorysu branży teletechnicznej przedmiar rozpoczyna się na str. 4 i kończy na str. 246). Ocenie Zamawiającego nie podlegał jednak przedmiar, a kosztorysy. Odwołujący nie miał obowiązku złożenia przedmiaru wraz z ofertą. Z kolei w treści kosztorysu nie ma żadnej uwagi, że pozycje te odnoszą się do okien.

Zgodnie z częścią VII punkt 1 SWZ wraz z ofertą wykonawca obowiązany był złożyć m. in.: formularz oferty (a), formularz cenowy (e), kosztorys ofertowy (f).

Co więcej, Zamawiający nadał kosztorysowi składanemu wraz z ofertą szczególnie istotną rolę. Potwierdzają to poszczególne postanowienia SWZ, w których Zamawiający wskazał, że: „Brak kosztorysu ofertowego skutkować będzie odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp” – Uwaga zamieszczona pod Część VII pkt 1 lit. f) SWZ.

Z kolei zgodnie z Częścią X punkt 4 lit. b) SWZ wskazano, że: *„każda pozycja kosztorysu ofertowego winna zawierać:*

- *numer pozycji odpowiadający numerowi pozycji przedmiaru,*
- *podstawę (nr katalogu lub nazwę przyjętą w przedmiarze, np. kalkulacja własna, analiza własna, analogia, itp.),*
- *opis pozycji,*
- *jednostkę miary i ilość jednostek miary,*
- *cenę jedn. obejmującą narzuty zysku, kosztów pośrednich oraz kosztów zakupu,*
- *wartość pozycji (bez podatku VAT).*

UWAGA! Nie uwzględnienie w wycenie chociażby jednej pozycji robót będzie przyczyną odrzucenia oferty. Zamawiający nie wyraża zgody na scalanie kilku pozycji z wykazu robót w jedną pozycję kosztorysu ofertowego.”

Biorąc powyższe pod uwagę, Odwołujący chciałby doprowadzić do sytuacji, w której Zamawiający poprawi jego ofertę w oparciu o dane, które wprost z oferty nie wynikają – w treści odwołania powołuje bowiem jako główny argument to, że przy ww. pozycjach znajduje się uwaga, iż dotyczą one okien – tymczasem uwaga taka znajduje się nie w kosztorysie, a w przedmiarze, który był bez znaczenia z punktu widzenia oceny oferty Odwołującego.

Taka sytuacja niedopuszczalna jest zarówno na gruncie art. 223 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy PZP.

Wskazać należy, że cechą omyłki pisarskiej podlegającej poprawieniu jest jej oczywistość. Omyłka oczywista musi być widoczna „na pierwszy rzut oka”, nie budząc wątpliwości, bez konieczności dokonywania dodatkowych ustaleń (tak też KIO w wyr. z 2.5.2022 r., KIO 949/22, Legalis). Zamawiający powinien wiedzieć w sposób niebudzący wątpliwości, jak należy poprawić omyłkę. Dlatego poprawienie nie może nastąpić w wyniku wyjaśnień czy pozyskania przez zamawiającego wiedzy na temat oferty z innych źródeł (wyr. KIO z 15.6.2015 r., KIO 1169/15, KIO 1170/15, Legalis).

To samo dotyczy innej omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP. Poprawienie omyłek w rozumieniu tego przepisu, nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści specyfikacji, czyli do rekonstrukcji oświadczeń woli wykonawcy. Zamawiający musi mieć wiedzę w jaki sposób omyłkę poprawić bez konieczności występowania do wykonawcy o informacje w tym zakresie. Ponadto musi istnieć wyłącznie jeden możliwy do samodzielnego ustalenia przez zamawiającego sposób poprawienia oferty (tak: KIO w wyroku z dnia 2 maja 2022 r., KIO 949/22).

Tymczasem w niniejszym stanie faktycznym, w pozycjach wskazanych w punkcie od 1a do 1g Odwołujący zmienił zarówno numery KNR, jak też opisy tych pozycji. Wskazuje to jednoznacznie, że wycenione w nich zostały pozycje inne, niż chciałby Zamawiający. Zgodnie z przytoczonymi wcześniej postanowieniami SWZ *nie uwzględnienie w wycenie chociażby jednej pozycji robót będzie przyczyną odrzucenia oferty*. Co więcej, nie można mieć pewności, że gdyby Odwołujący wycenił pozycje prawidłowe, to cena ofertowa nie uległaby zmianie. Ustalenie tych okoliczności wymagałoby od Zamawiającego de facto przeprowadzenia negocjacji z Odwołującym, co niedopuszczalne jest z punktu widzenia art. 223. Brak jest w kosztorysie Odwołującego analogicznych pozycji, na podstawie których można byłoby ustalić rzeczywistą treść oświadczenia woli.

Przystępujący wykazał, że w przypadku zmiany numeru KNR z numeru dotyczącego okien na numer dotyczący drzwi, zmienia się również ilość nakładów rzeczowych składających się na daną pozycję. Potwierdza to jedynie, że wycenione pozycje nie są pozycjami, które odpowiadają przedmiarom Zamawiającego, a ostateczna cena uległaby zmianie w razie wycenienia pozycji prawidłowych.

Odwołujący nie wyjaśnił na czym polega argument, że *„błąd ten nie powtarza się w pozycjach kosztorysowych innych budynków”* i jak ma się on do zakwestionowania czynności Zamawiającego, a więc de facto nie mógł być on oceniony przez Izbę.

2)Przyczyny wskazane w punkcie od 2a i 2b:

W tym przypadku argumentacja odwołania ponownie opiera się nie na treści kosztorysu Odwołującego, a na treści przedmiaru, który nie podlegał ocenie. Niedopuszczalna jest sytuacja, w której Zamawiający poprawi ofertę wykonawcy w oparciu o dane, które z tej oferty nie wynikają, a do tego zdaje się dążyć Odwołujący w taki, a nie inny sposób formułując swoją argumentację.

Niezależnie od powyższego, zdaniem Izby kluczowe w tym względzie są zapisy SWZ, które powoływane były również wcześniej, a które świadczą o kluczowej roli kosztorysu, jaka została nadana temu dokumentowi przez Zamawiającego.

Zamawiający bezwzględnie wymagał by każda z pozycji była wyceniona, zawierała odpowiedni opis oraz podstawę. Izba zgadza się z Przystępującym, że obowiązkiem wykonawców było dopilnowanie, aby opis pozycji kosztorysu był dostosowany do opisu przedstawionego w przedmiarze sporządzonym przez Zamawiającego oraz by taki zakres został przez nich wyceniony. Zasadnie Przystępujący przytoczył wyrok KIO z dnia 14 maja 2021 r., sygn. akt: KIO 865/21, w którym wskazano, że zarówno dla samego Zamawiającego jak i dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia kluczowe znaczenie mają postanowienia SIWZ. Z nich zaś wynika jakie prace i w jaki sposób wykonawcy mieli wycenić w kosztorysie ofertowym. Przedmiar sporządzony przez Zamawiającego umożliwił porównywanie ofert w warunkach uczciwej konkurencji i gwarantował, że wykonawcy wyceniali podobny zakres prac do wykonania.

W niniejszej sprawie Odwołujący samodzielnie określił odmienny zakres prac, które wycenił, co skutkuje niezgodnością jego oferty z SWZ. Co więcej, Zamawiający nie miał żadnych podstaw do przyjęcia, iż wycena prac samodzielnie określonych przez Przystępującego w kosztorysie ofertowym będzie taka sama jak w przypadku prac określonych przez Zamawiającego w przedmiarze. Zakres tych prac – co wynika z opisu pozycji, był inny niż wskazany przez Zamawiającego w przedmiarze robót. To, iż na etapie postępowania odwoławczego Odwołujący twierdzi, że wycenił prace zawarte w przedmiarze Zamawiającego, a błędnie określił je w kosztorysie nie może decydować o zgodności oferty z SWZ. Ocenie podlega oświadczenie woli złożone przez wykonawcę w ofercie, jego zmiana na etapie badania i oceny ofert stanowiłaby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Pomimo wskazania prawidłowego numeru KNR, brak jest w kosztorysie Odwołującego innych analogicznych pozycji, na podstawie których dałoby się poprawić jego ofertę w pełnym zakresie, tj. również w zakresie wyceny spornej pozycji. Doprowadzenie oferty do kształtu zgodnego z obecnym stanowiskiem Zamawiającego wymagałoby więc uzyskania informacji nie wynikających wprost z oferty, a co sprzeczne jest z przytaczanym wcześniej orzecznictwem dotyczącym omyłek.

Ponownie należy podkreślić, że poprawieniu jako omyłka pisarska lub inna omyłka podlegają błędy w ofertach, które możliwe są do poprawy samodzielnie przez Zamawiającego. Zamawiający nie może pozyskiwać od wykonawcy informacji, które w ofercie się nie znalazły, a następnie na ich podstawie uzupełniać treści oferty. Działanie takie byłoby sprzeczne z naczelnymi zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Poprawa omyłki w ww. trybie jest wyjątkiem od ogólnej zasady niezmienności treści oferty po jej złożeniu, wynikającej z art. 223 ust. 1 Pzp, a także z zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 16 Pzp. Warunkiem bowiem zachowania zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji jest to, że wszyscy wykonawcy składają oferty w warunkach, w których nie znają treści ofert swych konkurentów. Jako wyjątek od tej zasady poprawienie omyłek w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp musi być stosowane ostrożnie i z uwzględnieniem wyjątkowego charakteru tej instytucji. Dostrzeżenia wymaga także, że konieczność poprawienia omyłek na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp nie uchyla wynikającego z art. 223 ust. 1 zd. pierwsze Pzp zakazu negocjacji między zamawiającym a wykonawcą dotyczących treści złożonej oferty. Z ww. powodów w orzecznictwie Izby, wskazuje się, że poprawienie omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp powinno być dokonywane w sytuacji, gdy nie skutkuje to koniecznością prowadzenia takich negocjacji. Innymi słowy, jako warunek dokonania poprawy uznaje się konieczność dokonania jej przez samego zamawiającego, w oparciu o dane dające się wyinterpretować z samej oferty (tak: KIO w wyroku z dnia 11 stycznia 2023 r., KIO 3458/22).

W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający nie dysponował informacjami, które umożliwiałyby poprawienie oferty Odwołującego, a co za tym idzie, odrzucenie jego oferty było zasadne.

3)Przyczyny wskazane w punkcie od 3a i 3b:

Jedynym argumentem powołanym w treści odwołania w ww. zakresie jest, to że zdaniem Odwołującego „*błąd Zamawiającego nie polega na niepoprawieniu omyłki, ale na niedoczytaniu Kosztorysu. Zamawiający nie zwraca bowiem uwagi, że w opisie pozycji kosztorysowych są adnotacje o treści: „+ Dodatkowe lustro dalekiego zasięgu do czujek Viewguard, regulowany zasięg 29/35/42/50 metrów*”.

Z uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego nie wynika, by Zamawiający miał jakieś inne uwagi do czujek zaoferowanych przez Odwołującego niż ich zasięg. Jeśli było inaczej, to Zamawiający nie wyartykułował tego w wystarczający sposób, a jak zostało to wspomniane wcześniej – przyczyn odrzucenia oferty nie można domniemywać, a opierać się jedynie na tych wprost wskazanych w treści czynności.

Mając powyższe na uwadze należy stwierdzić, że:

- w przypadku pozycji 387.d.4.1 Zamawiający wymagał czujki o zasięgu 35m. Faktycznie w treści kosztorysu Odwołującego jest dopisek, że oferowana czujka ma regulowany zasięg, w tym wynoszący 35m. Tym samym argumentację odwołania należy uznać za słuszną;

- z kolei w przypadku pozycji 2554.d.4.79 Zamawiający wymagał czujki o zasięgu 24m. W kosztorysie Odwołującego znajduje się informacja, że zaoferowana przez niego czujka ma zasięg 15m oraz dodatkowe lustro dalekiego zasięgu w następujących zakresach regulacji: 29, 35, 42 i 50m. Z powyższego wynika więc, że zasięg zaoferowanej przez Odwołującego czujki nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego. Nie można przy tym uznać, że zaoferowanie czujki o parametrach lepszych (jak twierdzi Odwołujący) niż wymagane przez Zamawiającego nie stanowi o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. Skoro Zamawiający wymagał czujki o określonym zasięgu to obowiązkiem wykonawcy było zaoferowanie właśnie takiej czujki, czego odwołujący nie uczynił.

Warto w tym kontekście zwrócić uwagę na wyrok KIO z dnia 2 czerwca 2021 r., sygn. akt: KIO 1313/21, w którym Izba rozważała podobny problem i wskazała, że „*Zamawiający w sposób jednoznaczny określił parametr - oczyszczalnia biologiczna o przepustowości 0,9 m³/d. Oznacza to, że Zamawiający nie dopuścił żadnego odstępstwa od tej wartości. (...) W ocenie Izby opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie był jednoznaczny i jasny, niedający się w żaden sposób zmienić zgodnie z wymaganiami SWZ ani przez jego zmniejszenie ale również i przez jego zwiększenie. (...) Każdy z wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie obowiązany był, dla skuteczności złożenia oferty w postępowaniu, zaoferować oczyszczalnię biologiczną o przepustowości 0,9 m³/d (900 l), co pozwalało Zamawiającemu na dokonanie oceny złożonych oferty i ich porównanie. Zaoferowanie przedmiotu zamówienia niezgodnego z wymaganiami Zamawiającego, nawet w przypadku gdy parametry oczyszczalni biologicznej są większe i zawierają w sobie te wymagane przez Zamawiającego musiało skutkować odrzuceniem oferty. Gdyby Zamawiający w dokumentacji SWZ dopuścił odstępstwa od tego jednoznacznego wymagania przez podanie np. dopuszczalnej różnicy procentowej, czy też zakresu*

przepustowości w formule „od - do”, albo określił parametr jako minimum, to wykonawcy mieliby możliwość oferowania przedmiotu zamówienia z uwzględnieniem tych dopuszczalnych zmian. W tym przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający określił wymaganie dotyczące przepustowości w sposób sztywny, podając dokładnie jaką ma ona mieć wartość i nie dopuścił żadnej formy odstępstwa.”

Jak dalej wskazała Izba w ww. orzeczeniu „Izba podkreśla, że w zakresie niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia pozostaje aktualne dotychczasowe orzecznictwo oraz doktryna odnoszące się do niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Niezmiennie obowiązkiem wykonawcy przystępującego do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest złożenie oferty zgodnej z postanowieniami SWZ (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 lipca 2008 roku, sygn. akt V Ca 1109/08). Natomiast obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie oceny złożonej oferty w świetle postanowień SWZ, które sam kształtuje oraz upublicznia przez ogłoszenie postępowania. Zamawiający nie jest uprawniony do odstępowania od ukształtowanych przez siebie wymagań i dokonywania jakichkolwiek zmian na etapie badania i oceny ofert. Tym samym Zamawiający nie mógł inaczej ocenić oferty Odwołującego jak jedynie w świetle postanowień SWZ”. (...) Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy - to odstępianie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWZ, a w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego, które to sobie sam Zamawiający zdefiniował w dokumentacji postępowania. To zadaniem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu jest złożenie oferty zgodnej z wymaganiami Zamawiającego, natomiast Zamawiający winien jest dokonać oceny złożonej oferty, zgodnie z wymaganiami i w duchu ustawy.”

Odwołujący w tym przypadku przyznał, że zaoferował czujkę taką, jak opisana w treści kosztorysu. Wynika to zarówno z treści odwołania, pisma procesowego jak też wypowiedzi ustnej na rozprawie.

Tym samym Odwołujący przyznał, że zachodzi niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia – Odwołujący nie wycenił czujki zgodnej z wymaganiami Zamawiającego. Biorąc pod uwagę powyższe, jak też przytaczane we wcześniejszej części uzasadnienia postanowienia SWZ, Zamawiający słusznie odrzucił ofertę Odwołującego. W takiej sytuacji nie ma bowiem mowy o omyłce – Odwołujący świadomie zaoferował czujkę taką, jak wskazana w treści kosztorysu – ta z kolei nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego. Nie ma więc możliwości poprawy treści oferty Odwołującego, gdyż zaoferowanie takiej czujki nie stanowi omyłki, a jest efektem świadomego działania Odwołującego. Stanowisko Zamawiającego było więc prawidłowe.

Biorąc powyższe pod uwagę należy uznać, że wskazane w pkt 3 uzasadnienia przyczyny odrzucenia oferty Odwołującego również okazały się zasadne (choćby tylko częściowo).

4)Przyczyny wskazane w punkcie od 4a i 4b:

Całość argumentacji odwołania sprowadza się w zasadzie do następującego twierdzenia:

„W ramach zainstalowania tego oprogramowania mieszczą się wszystkie czynności szczegółowo wymienione w Przedmiarze. Nie sposób sobie wyobrazić, że prawidłowe zainstalowanie oprogramowania nie będzie polegać np. na jego konfiguracji, czy też na wykonaniu testów i prób.”

Ponownie należy wskazać, że w omawianym przypadku Odwołujący po raz kolejny samodzielnie określił odmienny zakres prac, które wycenił, co skutkuje niezgodnością jego oferty z SWZ. To, że jego oferta obejmuje zakres prac wskazany w przedmiarze wynika tylko i wyłącznie z jego twierdzenia zawartego w odwołaniu. Nie sposób jednak odczytać takiego właśnie oświadczenia woli posiłkując się treścią złożonej oferty – a to właśnie ze złożonej oferty powinien wynikać zaoferowany przedmiot zamówienia.

W spornych pozycjach Zamawiający wskazał dwa różne zakresy świadczenia. Tymczasem Odwołujący w obu tych pozycjach zaoferował to samo.

Za słuszny należy również uznać argument podnoszony przez Przystępującego, że potwierdzeniem wyceny w obu pozycjach tego samego zakresu prac jest taka sama cena obu pozycji zaoferowana przez Odwołującego, w sytuacji gdy pozostali wykonawcy wycenili je w sposób odmienny – cena za opracowanie konfiguracji oprogramowania (...) jest dużo wyższa.

Nie sposób uznać, że dopuszczalnym w tej sytuacji byłoby ustalanie treści oświadczenia woli Odwołującego przez

wezwanie go do złożenia wyjaśnień. Oświadczenie zawarcie w ofercie jest jasne i nie wymaga wyjaśnienia – Odwołujący zaoferował przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami Zamawiającego. Tym samym podstawa do odrzucenia jego oferty została słusznie wskazana.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 ustawy PZP i art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepis § 9 ust. 2 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: