

WYROK

Warszawa, dnia 28 sierpnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Kot

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę MISZ-BUD sp. z o.o. z siedzibą w Ruszkowie Pierwszym (dalej: „Odwołujący”) w postępowaniu prowadzonym przez Państwowe Liceum Sztuk Plastycznych w Kościelcu z siedzibą w Kościelcu (dalej: „Zamawiający”), przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy METROTECH sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Przystępujący”)

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu:

- 1.1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 1.2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.)

2. Kosztami postępowania obciążyć Przystępującego i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000,00 zł (słownie: dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) poniesioną przez Przystępującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
- 2.2. zasądza od Przystępującego na rzecz Odwołującego kwotę 13 600,00 zł (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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:

Uzasadnienie

Państwowe Liceum Sztuk Plastycznych w Kościelcu z siedzibą w Kościelcu (dalej: „Zamawiający” lub „Liceum”) prowadzi na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu podstawowym bez negocjacji pod nazwą: „Budowa budynku pracowni plastycznych wraz z zagospodarowaniem terenu i infrastrukturą techniczną uzbrojenia terenu wraz uprzednią rozbiórką budynku magazynowo-wystawienniczego” (Nr referencyjny: SK.26.4.2024, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 7 czerwca 2024 r. pod numerem: 2024/BZP 00356034/01.

5 sierpnia 2024 r. wykonawca MISZ-BUD sp. z o.o. z siedzibą w Ruszkowie Pierwszym (dalej: „Odwołujący” lub „MISZ-BUD”) wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w Postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Liceum jest zobowiązane na podstawie ustawy Pzp tj.:

- 1) wyboru oferty złożonej przez wykonawcę METROTECH sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „METROTECH”) jako najkorzystniejszej;
- 2) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy METROTECH, w sytuacji gdy jest ona niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez METROTECH, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem METROTECH zaoferował w pozycji 33 d.1.4 oraz w pozycji 34 d.1.4 kosztorysu 13,5 ton konstrukcji stalowych, podczas gdy z przedmiaru jak i z dokumentacji projektowej wynika, że Zamawiający wymagał 40,269 ton, co potwierdzają także wyjaśnienia wykonawcy METROTECH, które zostały przez Liceum ocenione w sposób nieprawidłowy, a Liceum przyjęło wyjaśnienia wykonawcy, które

pozostają w sprzeczności z ofertą, co doprowadziło do naruszenia zasad przejrzystości oraz zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

- 2) ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1 – zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie zbadania przez Zamawiającego spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale § 7 pkt 1 ppkt 4) (litera A) SWZ, mimo że z wykazu robót oraz przedłożonych przez METROTECH dowodów należytego wykonania robót, nie wynika spełnianie warunków udziału w postępowaniu postawionych przez Liceum;
- 3) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z naruszeniem art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp przez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty wykonawcy METROTECH, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu, aby:

- 1) unieważnił czynność wyboru oferty złożonej przez METROTECH jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonał ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty METROTECH;
- 3) ewentualnie, z daleko idącej ostrożności, dokonał wezwania do wyjaśnień wykazu robót;
- 4) dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu zarzutu nr 1 petitum odwołania MISZ-BUD podniósł, że generalną zasadą prawa zamówień publicznych jest to, że treść oferty, w odróżnieniu od podmiotowych środków dowodowych, nie może ulec zmianie w toku wyjaśnień. Ustawodawca dopuszcza jedynie poprawienie drobnych (oczywistych) omyłek niewpływających na merytoryczną treść oferty, bądź na wyjaśnienie jej treści (przy czym chodzi o już istniejącą treść). Odwołujący podkreślił, że okolicznością bezsporną jest to, iż ilości materiałów wskazanych w pozycji 33 d.1.4 oraz 34 d.1.4 kosztorysu ofertowego METROTECH nie odpowiadają tym, jakie Zamawiający podał w załączniku nr 10 SWZ – przedmiar oraz jakie wskazane są w dokumentacji projektowej (w pozycji 33 d.1.4 – 40,269 ton, w pozycji 34 d.1.4 – 80,538 ton). MISZ-BUD zauważył, że METROTECH w wyjaśnieniach z dnia 12 lipca 2024 r. nie zaprzecza wyżej wymienionej niezgodności, potwierdza jej zaistnienie i wskazuje, że jest to „omyłka”. Odwołujący zaznaczył, że ustawa Pzp pozwala na poprawianie w ofercie wyłącznie „oczywistych omyłek”. Oczywiście omyłką jest określona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez potrzeby przeprowadzenia dodatkowych badań czy ustaleń. W ocenie MISZ-BUD w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia z celowym i świadomym działaniem METROTECH przy ustalaniu ilości materiałów w pozycji 33 d.1.4 oraz 34 d.1.4 kosztorysu. Świadczy o tym wskazanie przez tego wykonawcę w jego kosztorysie, że przyjęte założenia stanowią „kalkulację własną” oraz fakt, że wskazana przez niego ilość jest wynikiem określonego działania matematycznego, procesu myślowego („ $13500/1000=13,5$ ”). Dodatkowo taka sama ilość została przyjęta w pozycji 34 d.1.4. Odwołujący podkreślił, że w tej sytuacji nie sposób uznać, jakoby mogła to być „oczywista omyłka” (a tylko taka może być poprawiona w świetle ustawy Pzp). Ustalenie przez METROTECH ilości materiałów w kwestionowanych pozycjach było więc działaniem przemyślanym, zamierzonym i świadomym. Ponadto MISZ-BUD nadmienił, że nie sposób także ustalić „na pierwszy rzut oka” na czym „omyłka” miałaby polegać w przedmiotowym kosztorysie oraz jak ją naprawić. Odwołujący wskazał, że w stanie faktycznym sprawy nie mamy do czynienia z „oczywistą omyłką”. Zresztą Zamawiający nie poprawiał oferty w trybie art. 223 ust. 2 ustawy Pzp. Zatem – jak podkreślił MISZ-BUD – zaistniałe niezgodności w ogóle nie możemy rozpatrywać jako „omyłki” (ani tym bardziej „oczywistej omyłki”), na którą powołał się METROTECH w wyjaśnieniach treści oferty. Nadto Odwołujący podniósł, że METROTECH w wyjaśnieniach wskazuje, „Wykonawca omyłkowo podał tam inną ilość (...)”. Z rzeczonych wyjaśnień nie sposób ustalić jednak jaką ostatecznie ilość wykonawca uznaje za prawidłową, na czym dokładnie polegała jego „omyłka” i czy rzeczywiście finalnie przyjmuje on ilość materiałów w pozycji 33 d.1.4 oraz 34 d.1.4 kosztorysu jako 40,269 ton konstrukcji stalowej zamiast jak wskazał w swojej ofercie 13,5 tony. Zdaniem MISZ-BUD oświadczenie, że „podał tam inną ilość” jest dalece niewystarczające dla uznania w sposób pewny, iż METROTECH przyjął i wkalkulował prawidłową ilość materiałów, tj. 40,269 ton konstrukcji stalowej. Odwołujący podkreślił, że Liceum wciąż nie wie ile ton (konkretna liczba) konstrukcji stalowej METROTECH dostarczy i 2-krotnie pomaluje ani też ile ton konstrukcji stalowej i kosztów dwukrotnego jej malowania wkalkulował. MISZ-BUD wskazał, że nie wie na jakiej podstawie Zamawiający ustalił, że METROTECH przyjął prawidłowe ilości materiałów w pozycji 33 d.1.4 oraz 34 d.1.4 kosztorysu wykonawcy, skoro: nie wynika to z treści jego oferty, nie mamy tutaj do czynienia z „oczywistą omyłką”, ani też nie mamy podanej ilości ton (konkretniej liczby) w wyjaśnieniach treści oferty. W opinii MISZ-BUD Liceum ustaliło to wyłącznie na podstawie ogólnego oświadczenia METROTECH złożonego po terminie składania ofert w dniu 12 lipca 2024 r., w którym wyżej wymieniony wykonawca wbrew temu, co widnieje w treści jego oferty, podnosi, że „uwzględnił ilości wskazane przez Zamawiającego w przedmiarze” oraz że podane przez niego w ofercie ilości materiałów (diametralnie zaniżone) są „omyłką”. Zdaniem Odwołującego w przedmiotowym przypadku w wyniku wyjaśnień METROTECH doszło do zmiany treści jego oferty, co jest wprost sprzeczne z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i stanowi niedozwolone negocjacje. Kolejno MISZ-BUD podniósł, że wykonawca METROTECH w wyjaśnieniach

dnia 12 lipca 2024 r. wskazuje, iż „wykonawca omyłkowo podał tam inną ilość, przy czym kwota globalna dla tych pozycji została podana prawidłowo”. Odwołujący podkreślił, że wykonawcy zobowiązani byli podać w kosztorysie ilość, cenę jednostkową oraz cenę całkowitą za daną pozycję. W przypadku oferty METROTECH mamy wyłącznie zapewnienie, że cena globalna się nie zmieni, nie mamy jednak podanej przez wykonawcę ilości materiałów w kwestionowanych pozycjach kosztorysu ani ceny jednostkowej po zmianie spowodowanej tym oświadczeniem. MISZ-BUD wskazał, że wykonanie konstrukcji stalowej jest kluczowym elementem dla prawidłowej realizacji zamówienia i stanowi znaczącą wartość całej oferty. U wszystkich wykonawców, którzy zaoferowali prawidłową ilość konstrukcji stalowej do wykonania te dwie pozycje kosztorysowe, a więc wykonanie konstrukcji i jej zabezpieczenie do odporności ogniowej REI30 stanowią pomiędzy 11 a 16 % wartości całej oferty. U METROTECH wartość tych pozycji to zaledwie 6 % całej oferty wykonawcy co musi budzić uzasadnione wątpliwości co do prawidłowości określenia wartości tych robót. Odwołujący zaznaczył, że prawidłowe określenie ilości ma zatem istotny wpływ na wartość oferty i zmienia ją w sposób znaczący. Cena jednostkowa zastosowana w kosztorysie przez METROTECH w zakresie wykonania konstrukcji stalowych nie odbiega od pozostałych oferentów. Średnia arytmetyczna ceny jednostkowej za wykonanie 1 tony konstrukcji dla wszystkich złożonych ofert wynosi 15 574,79 zł, a u METROTECH jest to 17 142,30 zł. MISZ-BUD nadmieniał, że jeżeli by uznać, iż METROTECH wpisał ilość 13,5 ton, ale w rzeczywistości za podaną wartość w kosztorysie ofertowym zamierza wykonać 40,269 ton, to wówczas cena jednostkowa za wykonanie 1 tony konstrukcji spadłaby z 17 142,30 zł do 5 746,88 zł. Odbiegałaby więc w sposób znaczący od średniej cen wszystkich ofert i byłaby od niej niższa aż o 63 %. W ocenie Odwołującego za podaną przez METROTECH wartość 231 421,05 zł dla wykonania 13,5 ton konstrukcji stalowych nie da się wykonać 40,269 ton, gdyż wartość ta byłaby poniżej kosztów wytworzenia. Ponadto z samej formy kosztorysu wynika, że nie ma możliwości, aby wykonawca podał prawidłową wartość wykonania robót przy błędnie określonej ilości obmiarowej. MISZ-BUD wskazał, że wartość całego kosztorysu jak i wartość poszczególnych pozycji robót jest działaniem matematycznym, u którego podstaw leży prawidłowe określenie ilości przedmiarowej i prawidłowe określenie ceny jednostkowej jako sumy wszystkich kosztów dla wykonania pojedynczej jednostki obmiarowej. Odwołujący podkreślił, że wartość kosztorysu wynika wprost z iloczynu ilości i ceny jednostkowej i jest ona obliczana przez wszystkie programy komputerowe przeznaczone do sporządzania kosztorysów. Nie ma zatem możliwości prawidłowego ustalenia wartości kosztorysu ofertowego przy błędnym określeniu ilości obmiarowej. MISZ-BUD podniósł, że gdyby więc METROTECH prawidłowo określił ilość obmiarową cena jego oferty zmieniałaby się w sposób znaczący i zwiększyła się aż o 11 %. Byłaby wówczas zbliżona do wartości pozostałych ofert i nie odbiegała od nich tak znacząco. Odwołujący zaznaczył, że oferta METROTECH jest niższa od średniej arytmetycznej wszystkich pozostałych ofert aż o 19 % i ta znacząca rozbieżność nie wynika z niższych kosztów wytworzenia czy też z posiadania przez METROTECH bardziej wydajnych metod prowadzenia robót. Zdaniem MISZ-BUD ta rozbieżność wynika z tego, iż METROTECH zaoferował mniejszą ilość konstrukcji stalowych do wykonania.

Następnie Odwołujący zaznaczył, że powołanie się przez METROTECH w wyjaśnieniach na cenę ryczałtową pomocniczy charakter przedmiaru czy też uprawnienie wykonawcy do samodzielnej modyfikacji przedmiaru wydaje się być pozbawione sensu w sytuacji, gdy: - METROTECH wprost wskazuje w wyjaśnieniach, że przyjęte przez niego ilości są nieprawidłowe (są „omyłką”), - przyjęte przez tego wykonawcę w kosztorysie ilości są wprost niezgodne nie tylko z przedmiarem, ale też z dokumentacją projektową, której w żadnym wypadku nie można było modyfikować, - METROTECH nawet nie próbuje w wyjaśnieniach treści oferty tłumaczyć czy i dlaczego miałby modyfikować przedmiar. MISZ-BUD wskazał, że o tym, iż przyjęcie w kosztorysie oferenta niezgodnych z dokumentacją postępowania ilości konstrukcji stalowej było działaniem oczywiście błędnym i w żaden sposób nieuprawnionym dobitnie świadczy stanowisko Zamawiającego znajdujące się z wezwaniu do wyjaśnień METROTECH z dnia 10 lipca 2024 r. Odwołujący nadmieniał, że przyjęte w kosztorysie założenia bezwzględnie musiały odpowiadać dokumentacji projektowej. Liceum nie dopuszczało przyjęcia jakichkolwiek ilości w kosztorysie, lecz takich, które wprost korelują z zakresem dokumentacji projektowej. Zaoferowanie 13,5 ton zamiast 40,269 jest wprost sprzeczne nie tylko z przedmiarem, ale także z dokumentacją projektową. Nadto MISZ-BUD podniósł, że zgodnie z postanowieniami § 3 ust. 2 SWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załączniku nr 7 do SWZ”, a jak wskazano w rzeczonym załączniku zakres prac „szczegółowo określa dokumentacja projektowa – kosztorysowa, na którą składają się: a) dokumentacja techniczna – załącznik nr 8 do specyfikacji warunków zamówienia, b) specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych – załącznik nr 9 do specyfikacji warunków zamówienia, c) przedmiar robót - załącznik nr 10 do specyfikacji warunków zamówienia.” Natomiast w § 14 ust. 1 SWZ Liceum określiło sposób obliczenia ceny odnosząc się wprost do przedmiarów robót stwierdzając, że „w celu obliczenia ceny oferty, Wykonawca sporządza, na podstawie przekazanych przez Zamawiającego przedmiarów robót, kosztorys ofertowy uwzględniający cały objęty przedmiotem zamówienia zakres prac. (...) W przypadku nie ujęcia w kosztorysie ofertowym wszystkich robót wynikających z przedmiaru robót, Zamawiający uzna, że Wykonawca ujął je w ogólnej cenie ofertowej.” Odwołujący zauważył, że w toku pytań i odpowiedzi Liceum modyfikowało nieznacznie swoje stanowisko stwierdzając, że przedmiar pełni funkcję pomocniczą, a kosztorys

ofertowy należy sporządzić na podstawie dokumentacji projektowej, zezwalając tym samym na modyfikację kosztorysu ofertowego względem przedmiaru robót, nie zaś jednak względem dokumentacji projektowej, stanowiącej opis przedmiotu zamówienia. W ocenie MISZ-BUD w sytuacji, gdy METROTECH wprost wskazuje, że podał w kosztorysie nieprawidłowe ilości konstrukcji stalowej, nieracjonalne jest powoływanie się na „możliwość modyfikacji kosztorysu względem przedmiaru” – bo ta „modyfikacja” jest w tej sytuacji wprost przyznanym błędem, a nie w jakiś sposób uzasadnionym i dopuszczonym w przetargu działaniem. Odpowiedź na pytanie do SWZ, w której dopuszcza się modyfikację kosztorysu nie może bowiem służyć usprawiedliwieniu błędu, niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Odwołujący zaznaczył również, że Zamawiający nie modyfikował zapisów SWZ, które jasno stanowią, iż kosztorys musi uwzględniać „cały objęty przedmiotem zamówienia zakres prac”. Co istotne Liceum podkreślało w toku pytań i odpowiedzi, że „Wykonawca składa ofertę uwzględniając zakres zawarty w opisie przedmiotu zamówienia (dokumentacja techniczna stanowi nadrzędny dokument w stosunku do przedmiaru) oraz ewentualne odpowiedzi na pytania do treści swz, udzielone przez Zamawiającego w toku prowadzonego postępowania.” Tak więc Liceum w żadnym miejscu nie wyraziło zgody na samowolne modyfikowanie kosztorysu ofertowego w sposób wprost nieodpowiadający dokumentacji projektowej. Odwołujący wskazał, że wykonawca był zobowiązany „na podstawie przekazanych przez Zamawiającego przedmiarów robót” sporządzić kosztorys ofertowy zawierający „cały opis przedmiotu zamówienia”. Opis ten w dokumentacji projektowej wyraźnie wskazuje, że do wykonania jest 40,269 ton konstrukcji stalowej oraz jej dwukrotne pomalowanie i takiej ilości ma prawo oczekiwać Liceum od każdego z oferentów. Z taką ilością zostały również sporządzone kosztorysy wszystkich innych oferentów, co wyraźnie wskazuje, iż każdy z pozostałych wykonawców ubiegających się o to zamówienie odczytał w ten sam sposób opis przedmiotu zamówienia. Ponadto MISZ-BUD podniósł, że kosztorys ofertowy jest podstawą ustalenia ceny ryczałtowej i kwota z kosztorysu musi być wpisana do formularza ofertowego (§ 14 SWZ). Jeżeli kosztorys jest niezgodny z zakresem zamówienia (nie obejmuje całego objętego przedmiotem zamówienia zakresu prac) to kwota wpisana w formularzu jest błędna.

Odnosząc się do zarzutu nr 2 petitum odwołania Odwołujący wskazał, że realizacja pn. „Wykonanie robót branży budowlanej, sanitarnej, elektrycznej i teletechnicznej z dostawą wyposażenia w ramach budowy budynku szkolnego nr 22 w CSWL w Poznaniu ul. Wojska Polskiego”, na którą powołał się wykonawca METROTECH w wykazie robót nr potwierdzenie warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w § 7 pkt 1 ppkt 4) (litera A) SWZ, realizowana była w ramach konsorcjum. Mimo tego wykonawca nie wskazał jednak jaki zakres prac został zrealizowany przez METROTECH i czy to ten właśnie zakres odpowiada treści postawionego warunku. MISZ-BUD podkreślił, że Zamawiający kwestii tej w żaden sposób nie zweryfikował. Z kolei w odniesieniu do drugiej realizacji podanej w wykazie robót pn. „Wykonanie budynku mieszkalnego wielorodzinnego o 24 mieszkaniach wraz z infrastrukturą zewnętrzną przy osiedlu Rzeczpospolitej w Jarocinie w branżach budowlanej i sanitarnej w ramach zadania O PQ 47”, Odwołujący podkreślił, że przedłożonego wykazu jak i z protokołu odbioru końcowego wynika, że METROTECH wykonał roboty budowlane i instalacje sanitarne. Brakuje tam instalacji elektrycznej i wentylacji mechanicznej, tymczasem Zamawiający wymagał w warunku udziału w Postępowaniu wykazania się doświadczeniem w realizacji minimum 2 podobnych zamówień w wykonaniu wielobranżowych robót budowlano-instalacyjnych remontowe/inwestycyjne (remont/przebudowa/budowa/rozbudowa), co – w ocenie MISZ-BUD – oznacza, że należało wykazać się wszystkimi branżami, które występują w przedmiocie zamówienia, nie tylko branżą budowlaną i sanitarną.

W uzasadnieniu zarzutu nr 3 petitum odwołania Odwołujący podniósł, że wybór oferty METROTECH jako najkorzystniejszej narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przez co Postępowanie straciło walor przejrzystości. Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza: „Zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 pzp [obecnie – art. 16 ust. 1 ustawy Pzp] mają 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” (wyrok z dnia 7 sierpnia 2015 r. o sygn. akt KIO 1573/15). Zaś 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. MISZ-BUD podkreślił, że tym samym, uchybienia przedstawione powyżej w uzasadnieniu odwołania oraz zasadność wskazanego uzasadnienia do podniesionych zarzutów determinują konieczność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej oraz – po przeprowadzeniu ponownego badania, uwzględniającego wyżej wymienione czynności – dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej. W konsekwencji zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp również nie wymaga odrębnego uzasadnienia, lecz jego zasadność wynika z potwierdzenia przez Izbę co najmniej jednej okoliczności spornej, rozstrzyganej w toku postępowania odwoławczego.

W złożonej pismem z dnia 13 sierpnia 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający oświadczył, że uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

W piśmie z dnia 19 sierpnia 2024 r. wykonawca METROTECH sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Liceum zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości.

22 sierpnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło pismo procesowe METROTECH sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, w którym wykonawca ten wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca METROTECH sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Przystępujący”).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Przedmiotem zamówienia jest „budowa dwukondygnacyjnego budynku oświaty – pracowni plastycznych na potrzeby Państwowego Liceum Sztuk Plastycznych w Kościelcu – ul. Długa 1. Projektowany obiekt będzie budynkiem oświaty i pełnił będzie funkcję budynku pracowni plastycznych, które zostaną przeniesione ze swojej dotychczasowej lokalizacji w pałacu” (Rozdział § 3 ust. 1 SWZ).

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załączniku nr 7 do SWZ (dalej: SOPZ”) (Rozdział § 3 ust. 2 SWZ).

W myśl postanowień Rozdziału § 12 ust. 12 pkt 1 i 7 SWZ:

„Na ofertę składają się:

1) Formularz ofertowy udostępniony przez Zamawiającego na Platformie e-Zamówienia i zamieszczony w podglądzie postępowania w zakładce „Informacje podstawowe”. Uwaga! Formularz ofertowy należy podpisać odpowiednim rodzajem podpisu elektronicznego.

(...)

7) Kosztorys ofertowy sporządzony w oparciu o przedstawione przez Zamawiającego w przedmiarze robót (kosztorysie nakładczym) pozycje, z wyszczególnieniem wskaźników cenotwórczych w oparciu o które został sporządzony kosztorys ofertowy. Kosztorys ofertowy w wersji uproszczonej lub szczegółowej, winien zawierać stawki i narzuty przyjęte do kosztorysowania oraz wszelkie zestawienia R, M, S.”

Stosownie do § 14 ust. 1 i ust. 2 lit. b) SWZ:

„1. W celu obliczenia ceny oferty, Wykonawca sporządza, na podstawie przekazanych przez Zamawiającego przedmiarów robót, kosztorys ofertowy uwzględniający cały objęty przedmiotem zamówienia zakres prac (...).

2. Wykonawca po sporządzeniu kosztorysu ofertowego wpisuje wynikające z niego wartości netto, podatku VAT oraz brutto do odpowiedniej części formularza ofertowego.

Uwagi:

(...)

b) dopuszcza się zmiany przedstawionych w przedmiarach robót norm nakładów rzeczowych pod warunkiem, że zakres czynności do wykonania dla poszczególnych cen jednostkowych będzie nie mniejszy niż wynikający w przedstawionych w przedmiarach robót norm nakładów rzeczowych,

(...)”.

Zgodnie z pkt 5 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 7 do SWZ):

„Zakres prac szczegółowo określa dokumentacja projektowo – kosztorysowa, na którą składają się:

a) dokumentacja techniczna – załącznik nr 8 do specyfikacji warunków zamówienia,

b) specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych – załącznik nr 9 do specyfikacji warunków zamówienia,

c) przedmiar robót – załącznik nr 10 do specyfikacji warunków zamówienia”.

Zamawiający poinformował, że przedstawiony przedmiar jest dokumentem pomocniczym, oraz że umowa zostanie zawarta za cenę ryczałtową obejmującą zakres rzeczowy zamówienia określony w SWZ, a kwota wynagrodzenia ryczałtowego stanowić będzie wartość zobowiązania (pkt 10 lit. d) SOPZ).

Na podstawie wzoru umowy (dalej: „Umowa”) stanowiącego załącznik nr 6 do SWZ, Izba ustaliła, że:

- ✓ „Wykonawca zobowiązany jest do wykonywania prac zgodnie z dokumentacją techniczną oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych i dokumentami wynikającymi z przepisów ustawy Prawo Budowlane, które stanowiły elementy dokumentów przetargowych, na podstawie których Wykonawca złożył swoją ofertę” (§ 1 ust. 5);
- ✓ Do obowiązków wykonawcy należy prawidłowe wykonanie przedmiotu Umowy w oparciu o przekazaną dokumentację techniczną i w terminach zawartych w Umowie (§ 5 ust. 1);
- ✓ Z wykonanie przedmiotu Umowy Zamawiający zapłaci wynagrodzenie ustalone na podstawie oferty wykonawcy. Maksymalna wartość wynagrodzenia jest kwotą ryczałtową (§ 12 ust. 1-2).

Pismem z dnia 24 czerwca 2024 r. Liceum przekazało odpowiedź na pytanie nr 1 do treści SWZ:

„Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego sporządzonego wg:

7) Kosztorys ofertowy sporządzony w oparciu o przedstawione przez Zamawiającego w przedmiarze robót (kosztorysie nakładczym) pozycje, z wyszczególnieniem wskaźników cenotwórczych w oparciu o które został sporządzony kosztorys ofertowy. Kosztorys ofertowy w wersji uproszczonej lub szczegółowej, winien zawierać stawki i narzuty przyjęte do kosztorysowania oraz wszelkie zestawienia R, M, S.

powyższy wymóg daje podstawy do zagwarantowania zasad zachowania konkurencyjności tj. porównywalności złożonych ofert – jednakże opublikowany przedmiar jest obarczony wadami. Proszę o wyjaśnienie czy Zamawiający podtrzymuje zapisy dotyczące złożenia kosztorysu w oparciu o pozycje zawarte w przedmiarze ?

Odpowiedź:

Ze względu na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, załączony przez Zamawiającego przedmiar ma charakter pomocniczy. Wykonawca na etapie sporządzania oferty i szacowania jej wartości ma prawo dokonywać samodzielnej zmiany przedmiaru i na tej podstawie opracować kosztorys ofertowy, a wynikającą z niego kwotę wpisać do formularza ofertowego”.

Ponadto w odpowiedzi na pytanie nr 6 do SWZ Zamawiający wskazał, że „Wykonawca składa ofertę uwzględniając zakres zawarty w opisie przedmiotu zamówienia (dokumentacja techniczna stanowi nadrzędny dokument w stosunku do przedmiaru) oraz ewentualne odpowiedzi na pytania do treści swz, udzielone przez Zamawiającego w toku prowadzonego postępowania (...)”.

Na podstawie informacji z otwarcia ofert z dnia 28 czerwca 2024 r. Izba ustaliła, że w Postępowaniu zostało złożonych 6 ofert:

- 1) oferta wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane Król sp. z o. o. sp.k., cena – 7 921 309,80 zł;
- 2) oferta wykonawcy METROTECH sp. z o. o., cena – 5 777 000,00 zł;
- 3) oferta wykonawcy "ORLIKON" sp. z o. o., cena – 7 197 960,00 zł;
- 4) oferta wykonawcy K.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: K.S. Przedsiębiorstwo "KJS", cena – 6 795 736,64 zł;
- 5) oferta wykonawcy MISZ-BUD sp. z o. o., cena – 6 676 055,16 zł;
- 6) oferta wykonawcy R.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: R.R., cena – 7 189 059,39 PLN.

Zamawiający wymagał w pozycji 33 d.1.4 przedmiaru robót – załącznik nr 10 do SWZ (co odpowiada dokumentacji projektowej) „wykonanie na budowie i montaż konstrukcji spawanych – kratownice, płatwie” w ilości 40,269 ton:

Lp.	Podstawa	Opis i wyliczenia	j.m	Poszcz	Razem
1.4		Konstrukcje stalowe			
33 d.1. 4	KNNR 7 0208-07	Wykonanie na budowie i montaż konstrukcji spawanych – kratownice, płatwie (31242,52+4670,10+4356,32)/1000	t	40,269	
				RAZEM	40,269

Powyższa ilość (40,269 ton) odpowiada ilości wskazanej w dokumentacji projektowej:

- ✓ Rysunek znajdujący się w pliku o nazwie „K-02-05_Poz.1.1.1 Kratownica stalowa w osi 2, 3 i 4 (594x1330mm).pdf” – 4 356,32 kg,
- ✓ Rysunek znajdujący się w pliku o nazwie „K-02-06a_Płatwie stalowe poz.1.2.1, 1.2.2 (840x1780mm).pdf” – 31 242,52 kg,
- ✓ Rysunek znajdujący się w pliku o nazwie „K-02-06b_Płatew stalowa poz.1.2.3 (420x1780mm).pdf” – 4 670,10 kg.

Po zsumowaniu wyżej wymienionych wartości otrzymujemy w zaokrągleniu ilość 40,269 ton – czyli ilość wskazaną w przedmiarze. Obliczenia ilości przedmiarowych konstrukcji stalowych zawarte w przedmiarze robót

stanowiącym załącznik nr 10 do SWZ są zatem tożsame z zestawieniami konstrukcji zawartymi w dokumentacji projektowej.

Wykonawca METROTECH zaoferował w pozycji 33 d.1.4 kosztorysu ofertowego – 13,5 tony (mniej o 26,769 ton w stosunku do wymagań SWZ zawartych w przedmiarze jak i w dokumentacji projektowej):

Lp.	Podstawa	Opis	j.m.	Ilość	Cena	Wartość
1.4		Konstrukcje stalowe				
33 d.1. 4	kalk. własna	Wykonanie na budowie i montaż konstrukcji spawanych – kratownice, płatwie	t	13500/1000 = 13,500	17 142,30	231 421,05

Zamawiający wymagał w pozycji 34 d.1.4 przedmiaru robót (co odpowiada dokumentacji projektowej) „malowanie zmontowanych, zabezpieczonych farbą podkładową konstrukcji stalowych farbą ogniochronną do REI – krotność dwa; jedno malowanie – REI 15” – 80,538 ton (2-krotność 40,269 ton):

Lp.	Podstawa	Opis i wyliczenia	j.m.	Poszcz	Razem
1.4		Konstrukcje stalowe			
34 d.1. 4	KNNR 7 0904-02	Malowanie zmontowanych, zabezpieczonych farbą podkładową konstrukcji stalowych farbą ogniochronną do REI – krotność dwa; jedno malowanie – REI 15 (31242,52+4670,10+4356,32)/1000*2	t	80,538	
				RAZEM	80,538

Wykonawca METROTECH zaoferował w pozycji 34 d.1.4 kosztorysu ofertowego:

Lp.	Podstawa	Opis	j.m.	Ilość	Cena	Wartość
1.4		Konstrukcje stalowe				
34 d.1. 4	kalk. własna	Malowanie zmontowanych, zabezpieczonych farbą podkładową konstrukcji stalowych farbą ogniochronną do REI Krotność = 2	t	13500/1000 = 13,500	2 116,33	28 570,46

Wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane Król sp. z o. o. sp.k. zaoferował w pozycjach 33 d.1.4 oraz 34 d.1.4 kosztorysu ofertowego:

Lp.	Podstawa wyceny	Opis	j.m.	Ilość	Cena	Wartość
1.4		Konstrukcje stalowe				
33 d.1. 4	KNNR 7 0208-07	Wykonanie na budowie i montaż konstrukcji spawanych – kratownice, płatwie	t	40,269	19 831,25	798 584,61
34 d.1. 4	KNNR 7 0904-02	Malowanie zmontowanych, zabezpieczonych farbą podkładową konstrukcji stalowych farbą ogniochronną do REI – krotność dwa; jedno malowanie – REI 15	t	80,538	2 114,48	170 295,99

Wykonawca "ORLIKON" sp. z o. o. zaoferował w pozycjach 33 d.1.4 oraz 34 d.1.4 kosztorysu ofertowego:

Lp.	Podstawa wyceny	Opis	j.m.	Ilość	Cena	Wartość
1.4		Konstrukcje stalowe				

33 d.1. 4	KNNR 7 0208-07	Wykonanie na budowie i montaż konstrukcji spawanych – kratownice, płatwie	t	40,269	12 428, 64	500 488,90
34 d.1. 4	KNNR 7 0904-02	Malowanie zmontowanych, zabezpieczonych farbą podkładową konstrukcji stalowych farbą ogniochronną do REI – krotność dwa; jedno malowanie – REI 15	t	80,538	2 093,49	168 605,50

Wykonawca K.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: K.S. Przedsiębiorstwo "KJS" zaoferował w pozycjach 33 d.1.4 oraz 34 d.1.4 kosztorysu ofertowego:

Lp.	Podstawa wyceny	Opis	j.m.	Ilość	Cena	Wartość
1.4		Konstrukcje stalowe				
33 d.1. 4	KNNR 7 0208-07	Wykonanie na budowie i montaż konstrukcji spawanych – kratownice, płatwie obmiar = (31242,52+4670,10+4356,32)/1000 = 40,269 t	t	40,269	16 498, 90	664 394,20
34 d.1. 4	KNNR 7 0904-02	Malowanie zmontowanych, zabezpieczonych farbą podkładową konstrukcji stalowych farbą ogniochronną do REI 30 – krotność dwa; jedno malowanie – REI 15 obmiar = (31242,52+4670,10+4356,32)/1000 * 2 = 80,538 t	t	80,538	2 436,68	196 245,33

Wykonawca MISZ-BUD sp. z o. o. zaoferował w pozycjach 33 d.1.4 oraz 34 d.1.4 kosztorysu ofertowego:

Lp.	Podstawa wyceny	Opis pozycji kosztorysowych	Obmiar	J.m.	Koszt jedn.	Wartość
1.4		Konstrukcje stalowe				
33 d.1. 4	KNNR 7 0208-070-034	Wykonanie na budowie i montaż konstrukcji spawanych - kratownice, płatwie krotność = 1,000	40,269	t	14 347,64	577 765, 12
34 d.1. 4	KNNR 7 0904-020-034	Malowanie zmontowanych, zabezpieczonych farbą podkładową konstrukcji stalowych farbą ogniochronną do REI 30 krotność = 1,000	40,269	t	403,41	16 244, 92

Wykonawca R.O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: R.O. R.R. zaoferował w pozycjach 33 d.1.4 oraz 34 d.1.4 kosztorysu ofertowego:

Lp.	Podstawa wyceny	Opis	j.m.	Ilość	Cena	Wartość
1.4		Konstrukcje stalowe				
33 d.1. 4	CEN N007- 02-08-07-00	Wykonanie na budowie i montaż konstrukcji spawanych o masie 200 kG- kratownice, płatwie	Mg	40,269	13 200,00	531 550, 80

34 d.1. 4	CEN N007- 09-04-02-00	Malowanie zmontowanych, zabezpieczonych farbą podkładową konstrukcji stalowych farbą ogniochronną do REI 30 - krotność dwa; jedno malowanie - REI 15	Mg	80,538	1 050,00	84 564, 90
--------------	--------------------------	---	----	--------	----------	---------------

Pismem z dnia 10 lipca 2024 r. Zamawiający działając na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp wezwał METROTECH do złożenia wyjaśnień w odniesieniu do poniżej opisanej kwestii. Liceum wskazało w przedmiotowym piśmie co następuje: „W złożonym przez Państwa kosztorysie ofertowym, poz. 33 i 34 s. 6 – w zakresie wykonania konstrukcji spawanych i malowania konstrukcji – zawierają w rubrykach tą samą ilość 13,5 t. Wartość ta wyliczona została jako iloraz liczby 13 500 z liczbą 1 000. Oferta nie wskazuje jaką metodologią została uzyskana wartość 13 500. Tymczasem załącznik nr 10 do swz, stanowiący przedmiar robót w poz. 33 zawiera wartość 40,269 ton i oblicza go za pomocą sumy wartości 31 242,52; 4 670,1; 4 356,32 podzielonej następnie przez 1 000. Pozycja 34 przedmiaru podwaja natomiast pozycję 33 wskazując, że należy ilość 40,269 ton pomalować dwukrotnie do uzyskania stopnia zabezpieczenia ogniowego REI 30. Nie ulega zatem wątpliwości, że Zamawiający w przedmiarze robót określił ilość konstrukcji stalowych do wykonania na sumę ca 40 ton, która wprost wynika z dokumentacji projektowej. Z tabeli zestawienia konstrukcji stalowych umieszczonych na rysunkach dokumentacji projektowej wynika, że Zamawiający przewidział do wykonania rys. K-02-05 (4 356,32 kg), rys. K-02-06a (31 242,52 kg), rys. K-02-06b (4 670,1 kg). Obliczenia ilości przedmiarowych konstrukcji stalowych zawarte w przedmiarze robót stanowiącym zał. nr 10 do swz są zatem tożsame z zestawieniami konstrukcji zawartymi w dokumentacji projektowej. Podsumowując: a) Zamawiający wymagał w pozycji 33 d.1.4 kosztorysu (co odpowiada dokumentacji projektowej) „wykonanie na budowie i montaż konstrukcji spawalnych – kratownice, płatwie” w ilości 40,269 ton, b) Zamawiający wymagał w pozycji 34 d.1.4 (co odpowiada dokumentacji projektowej) „malowanie zmontowanych, zabezpieczonych farbą podkładową konstrukcji stalowych farbą ognioochronną do REI 30 – krotność dwa; jedno malowanie – REI 15” – 80,538 ton, c) Państwo jako jedyni zaoferowaliście w pozycji 33 d.1.4 – 13,5 tony, d) Państwo jako jedyni zaoferowaliście w pozycji 34 d.1.4 – 13,5 tony. Prosimy o udzielenie jednoznacznej odpowiedzi na powyżej wskazaną rozbieżność. Załączony przez Państwa do oferty kosztorys ofertowy winien obejmować cały zakres przedmiotu zamówienia zdefiniowany w dokumentacji projektowej. O ile przedmiar (jako element opisu przedmiotu zamówienia) można traktować jako dokument pomocniczy, to sporządzony na jego podstawie oraz na podstawie udzielonych w trakcie prowadzonej procedury odpowiedzi na pytania do treści swz, winien uwzględniać wszystkie niezbędne elementy do wykonania przedmiotu zamówienia. Tym samym zakres rzeczowy kosztorysu winien korelować z zakresem dokumentacji projektowej i oczekiwać Zamawiającego (...)”.

W odpowiedzi na powyższe pismo Przystępujący przedłożył wyjaśnienia o następującej treści: „(...) Wykonawca potwierdza, że jego oferta wraz z ceną ofertową obejmuje pełen zakres przedmiotu zamówienia określony w dokumentach zamówienia także w zakresie pozycji, o które pyta zamawiający (33.d.1.4 i 34.d.1.4 kosztorysu), z uwzględnieniem ilości wskazanych przez zamawiającego w przedmiarze. Wykonawca omyłkowo podał tam inną ilość, przy czym kwota globalna dla tych pozycji została podana prawidłowo. W konsekwencji omyłka ta nie ma wpływu na wartość oferty, albowiem suma dla tych pozycji nie ulega zmianie. Niezależnie od tego wskazujemy, że w dniu 24.06.2024 r. Zamawiający zamieścił odpowiedzi na pytania, w tym na pytanie nr 1, odpowiedź o treści: „Ze względu na ryczałtowy charakter wynagrodzenia, załączony przez Zamawiającego przedmiar ma charakter pomocniczy. Wykonawca na etapie sporządzania oferty i szacowania jej wartości ma prawo dokonywać samodzielnej zmiany przedmiaru i na tej podstawie opracować kosztorys ofertowy, a wynikającą z niego kwotę wpisać do formularza ofertowego”. W konsekwencji bez względu na tą omyłkę nie powoduje ona żadnych negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, albowiem istotna jest cena ryczałtowa (a ta nie ulega zmianie i zgodnie ze złożoną ofertą wynosi : 5.777.000,00 zł brutto).

29 lipca 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę METROTECH sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu oraz o odrzuceniu ofert wykonawców: "ORLIKON" sp. z o. o., K.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: K.S. Przedsiębiorstw "KJS" oraz R.O. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: R.R. – na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

W myśl art. 7 pkt 29 ustawy Pzp poprzez warunki zamówienia należy rozumieć „warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

Stosowanie do brzmienia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...); 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia; (...)”.

Art. 239 ustawy Pzp stanowi:

„1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem”.

Mając na uwadze okoliczności faktyczne rozpoznawanej sprawy oraz treść wyżej wymienionych przepisów ustawy Pzp Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

Przechodząc do rozpoznawania zarzutów odwołania należy w pierwszej kolejności zauważyć, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Poprzez warunki zamówienia, w myśl art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć „warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom. Z sytuacją taką będziemy mieli do czynienia m.in. w przypadku, gdy zaoferowany produkt nie posiada wymaganych w OPZ cech czy parametrów (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 czerwca 2023 r. o sygn. akt KIO 1618/23; por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 720/23). W komentarzu Urzędu Zamówień Publicznych (dalej: „UZP”) do ustawy Pzp czytamy: „Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Analiza niniejszej podstawy odrzucenia oferty pozwala na stwierdzenie, że oczywistym warunkiem dokonania takiej czynności z uwagi na niezgodność oferty z warunkami zamówienia powinno być precyzyjne i jednoznaczne określenie tych wymagań przez zamawiającego w dokumentach zamówienia. Z przykładów zachowujących swoją aktualność na tle Pzp wynika, że okoliczności, których wystąpienie skutkować powinno odrzuceniem oferty na podstawie komentowanego przepisu, dotyczyć mogą: 1) zaoferowania przez wykonawcę innego przedmiotu zamówienia niż wymagany przez zamawiającego, w tym przedmiotu nieodpowiadającego wymaganiom określonym w warunkach zamówienia (np. zaoferowanie urządzeń o innych funkcjonalnościach niż wymagane przez zamawiającego, przedłożenie dokumentów przedmiotowych (próbek), które nie potwierdzają, że produkt spełnia określone przez zamawiającego wymogi (...))” (zob. „Prawo zamówień publicznych” – komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023, str. 729). Aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp musi być zatem możliwe do uchwycenia na czym konkretnie polega niezgodność oferty, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami wynikającymi z określonych warunków zamówienia. Zaznaczenia wymaga, że punktem wyjścia dla ustalenia zgodności oferty wykonawcy z wymaganiami zamawiającego są postanowienia zawarte w dokumentach zamówienia, w których zostały jasno i przejrzysto wyrażone oczekiwania zamawiającego (tak m.in. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 5 stycznia 2024 r. o sygn. akt 3801/23).

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania prawne Izba uznała, że – w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy – oferta METROTECH powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przystępujący uwzględnił bowiem w kosztorysie ofertowym (w pozycjach 33 d.1.4 oraz 34 d.1.4 w kolumnie „Ilość”) 13,5 ton konstrukcji stalowych, podczas gdy zarówno z przedmiaru robót, który stanowi załącznik nr 10 do SWZ jak i z dokumentacji projektowej (Rysunek znajdujący się w pliku o nazwie „K-02-05_Poz.1.1.1 Kratownica stalowa w osi 2, 3 i 4 (594x1330mm).pdf”, Rysunek znajdujący się w pliku o nazwie „K-02-06a_Płatwie stalowe poz.1.2.1, 1.2.2 (840x1780mm).pdf”, Rysunek znajdujący się w pliku o nazwie „K-02-06b_Płatew stalowa poz.1.2.3 (420x1780mm).pdf”) w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości wynika, że Zamawiający wymagał zaoferowania 40,269 ton konstrukcji stalowych, które należało pomalować dwukrotnie do uzyskania stopnia zabezpieczenia ogniowego REI 30. Skład orzekający wskazuje, że przedmiotem zamówienia jest budowa dwukondygnacyjnego budynku oświaty – pracowni plastycznych na potrzeby Państwowego Liceum Sztuk Plastycznych w Kościelcu na podstawie udostępnionej przez Zamawiającego dokumentacji projektowo-kosztorysowej.

Zgodnie bowiem z postanowieniem § 3 ust. 2 SWZ „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załączniku nr 7 do specyfikacji warunków zamówienia”. Z kolei stosownie do brzmienia pkt 5 załącznika nr 7 do SWZ (SOPZ) zakres prac szczegółowo określa dokumentacja projektowo-kosztorysowa, na którą składają się: a) dokumentacja techniczna – załącznik nr 8 do SWZ, b) specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych – załącznik nr 9 do SWZ, c) przedmiar robót – załącznik nr 10 do SWZ. Obowiązek wykonywania prac zgodnie z dokumentacją techniczną oraz specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych i dokumentami wynikającymi z przepisów ustawy Prawo Budowlane, które stanowiły elementy dokumentów przetargowych, na podstawie których wykonawca złożył swoją ofertę wynika również z § 1 ust. 5 Umowy. Kolejno należy zauważyć, że wykonawcy zobowiązani byli do złożenia wraz Formularzem ofertowym, kosztorys ofertowy sporządzony w oparciu o pozycje przedstawione przez Liceum w przedmiarze robót (vide: § 12 ust. 12 pkt 7 SWZ). Zamawiający poinformował, że przedstawiony przedmiar jest dokumentem pomocniczym (vide: pkt 10 lit. d) SOPZ). Co istotne, Liceum przy sporządzaniu kosztorysu ofertowego dopuściło wprowadzenie zmian przedstawionych w przedmiarach robót norm nakładów rzeczowych, ale pod warunkiem, że zakres czynności do wykonania dla poszczególnych cen jednostkowych będzie nie mniejszy niż wynikający w przedstawionych w przedmiarach robót norm nakładów rzeczowych (vide: § 14 ust. 2 lit. b) SWZ). Innymi słowy należało przyjąć, że ilości w przedmiarach mają charakter minimalnych. Zamawiający w pozycji 33 d.1.4. przedmiaru robót w kolumnie „Opis i wyliczenia” wskazał, co następuje: „Wykonanie na budowie i montaż konstrukcji spawanych – kratownice, płatwie (31242,52+4670,10+4356,32)/1000”. Liceum wymagało więc dla tej pozycji ilości 40,269 ton konstrukcji stalowych. Obliczenia ilości przedmiarowych konstrukcji stalowych zawarte w przedmiarze robót stanowiącym załącznik nr 10 do SWZ są tożsame z zestawieniami konstrukcji zawartymi w dokumentacji projektowej. Natomiast w pozycji 34 d.1.4 przedmiaru robót w kolumnie „Opis i wyliczenia” Zamawiający podał: „Malowanie zmontowanych, zabezpieczonych farbą podkładową konstrukcji stalowych farbą ogniochronną do REI 30 – krotność dwa; jedno malowanie – REI 15 (31242,52+4670,10+4356,32)/1000*2”. Liceum wymagało zatem, aby w tej pozycji wykonawca uwzględnił 80,538 ton (2x40,269 ton). METROTECH w pozycjach 33 d.1.4. oraz 34 d.1.4 wskazał tę samą ilość 13,5 ton. Przyjęte przez Przystępującego założenia w kosztorysie ofertowym stanowią kalkulację własną. Należy podkreślić, że pismem z dnia 10 lipca 2024 r. Zamawiający wezwał METROTECH na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień treści oferty w odniesieniu do przedstawionych rozbieżności. Liceum wskazało, co następuje: „(...) Prosimy o udzielenie jednoznacznej odpowiedzi na powyżej wskazaną rozbieżność. Załączony przez Państwa do oferty kosztorys ofertowy winien obejmować cały zakres przedmiotu zamówienia zdefiniowany w dokumentacji projektowej. O ile przedmiar (jako element opisu przedmiotu zamówienia) można traktować jako dokument pomocniczy, to sporządzony na jego podstawie oraz na podstawie udzielonych w trakcie prowadzonej procedury odpowiedzi na pytania do treści swz, winien uwzględniać wszystkie niezbędne elementy do wykonania przedmiotu zamówienia. Tym samym zakres rzeczowy kosztorysu ofertowego winien korelować z zakresem dokumentacji projektowej i oczekiwań Zamawiającego (...)”. Przystępujący w wyjaśnieniach z dnia 12 lipca 2024 r. – pomimo wyraźnej prośby Zamawiającego – nie wskazał konkretnej wartości w odniesieniu do wymaganych ton konstrukcji stalowych. Jednocześnie METROTECH przyznał, że „omyłkowo podał tam inną ilość, przy czym kwota globalna dla tych pozycji została podana prawidłowo. W konsekwencji omyłka ta nie ma wpływu na wartość oferty, albowiem suma dla pozycji nie ulega zmianie. (...) bez względu na tą omyłkę nie powoduje ona żadnych negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, albowiem istotna jest cena ryczałtowa (a ta nie ulega zmianie i zgodnie ze złożoną ofertą wynosi : 5.777.000,00 zł brutto)”. Zasadne jest zatem przyjęcie, że ilości materiału podane przez METROTECH w pozycjach 33 d.1.4 oraz 34 d.1.4 kosztorysu ofertowego nie odpowiadają tym, jakie Zamawiający określił w załączniku nr 10 do SWZ – przedmiar robót oraz w dokumentacji projektowej (Rysunek znajdujący się w pliku o nazwie „K-02-05_Poz.1.1.1 Kratownica stalowa w osi 2, 3 i 4 (594x1330mm).pdf”, Rysunek znajdujący się w pliku o nazwie „K-02-06a_Płatwie stalowe poz.1.2.1, 1.2.2 (840x1780mm).pdf”, Rysunek znajdujący się w pliku o nazwie „K-02-06b_Płatew stalowa poz.1.2.3 (420x1780mm).pdf”). Przystępujący nie zaprzeczył wyżej wymienionej niezgodności, jednoznacznie potwierdził jej zaistnienie i wskazał, że jest to omyłka. W ocenie składu orzekającego nie sposób jednak zgodzić się z twierdzeniem, że w okolicznościach faktycznych rozpoznawanej sprawy doszło do omyłki. Wymaga zauważenia, że METROTECH w żaden sposób nie wyjaśnił mechanizmu rzekomej omyłki, stwierdził wyłącznie w sposób lakoniczny, że cena ryczałtowa nie ulegnie zmianie. Tymczasem z wyliczeń kalkulacji własnej Przystępującego nie wynika, że zaoferował on w odniesieniu do pozycji 33 d.1.4 – 40,269 ton oraz w pozycji 34 d.1.4 – 80,538 ton, zgodnie z wymaganiami postawionymi przez Liceum w dokumentach zamówienia. Obliczenia wartości kwestionowanych pozycji 33 d.1.4 oraz 34 d.1.4 kosztorysu ofertowego wyglądają następująco: $231\,421,05\text{ zł} \div 17\,142,30\text{ zł} = 13,5\text{ ton}$ (dla pozycji 33 d.1.4), $28\,570,46 \div 2\,116,33 = 13,5\text{ ton}$ (dla pozycji 34 d.1.4). Izba w pełni podziela stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym kalkulacja cenowa METROTECH odpowiada ilości stali 13,5 ton tj. stosownie do wartości podanej przez Przystępującego w kosztorysie ofertowym. W okolicznościach tej sprawy należy również zwrócić uwagę, że cena jednostkowa zastosowana w kosztorysie ofertowym przez Przystępującego w zakresie wykonania konstrukcji stalowych nie odbiega od pozostałych

oferentów. Średnia arytmetyczna ceny jednostkowej za wykonanie 1 tony konstrukcji dla wszystkich złożonych ofert wynosi 15 574,79 zł, natomiast zaoferowana przez METROTECH cena to 17 142,30 zł. Słusznie podniósł Odwołujący, że jeśliby uznać, że Przystępujący wpisał ilość 13,5 ton, ale w rzeczywistości za podaną wartość w kosztorysie ofertowym zamierza wykonać 40,269 ton, to wówczas cena jednostkowa spadłaby z 17 142,30 zł do 5 746,88 zł. Odbiegłaby ona zatem w sposób znaczący od średniej cen wszystkich ofert i byłaby od niej niższa aż o 63 %. Tymczasem z przedłożonych przez MISZ-BUD dowodów w postaci ofert handlowych dostawców wynika, że ceny jednostkowe netto za wykonanie konstrukcji stalowej z zabezpieczeniem ogniowym R-30 wraz montażem w zakresie kratownic stalowych i płatwi stalowych w ilości 40,269 ton wynoszą odpowiednio 13 800,00 zł oraz 15 000,00 zł za tonę. Powyższe okoliczności uzasadniają więc uwzględnienie podanej przez Przystępującego ceny jednostkowej 17 142,30 zł w obliczeniach wartości kwestionowanej pozycji 33 d.1.4 kosztorysu ofertowego, co – biorąc pod uwagę oświadczenie METROTECH, zgodnie z którym kwota globalna dla tej pozycji nie ulegnie zmianie – daje 13,5 ton konstrukcji stalowych. Podobnie jest w przypadku pozycji 34 d.1.4, w której METROTECH zaoferował cenę jednostkową w kwocie 2 116,33 zł, podczas gdy średnia arytmetyczna ceny jednostkowej dla tej pozycji z wszystkich złożonych ofert wynosi 1 702,40 zł. Nadto Izba wskazuje, że Przystępujący zarówno w złożonych wyjaśnieniach z dnia 12 lipca 2024 r. jak i w piśmie procesowym z dnia 2 sierpnia 2024 r. podniósł, że nawet gdyby stwierdzić, że doszło do zmiany ilości konstrukcji stalowych względem wartości podanej w przedmiarze robót oraz dokumentacji projektowej to taka możliwość wynika z odpowiedzi na pytanie nr 1 do SWZ z dnia 24 czerwca 2024 r. Zdaniem składu orzekającego METROTECH w sposób nieuprawniony interpretuje odpowiedź Zamawiającego przyjmując, że wyrażona przez Liceum możliwość dokonania samodzielnej zmiany przedmiaru dotyczy tak istotnych kwestii jak np. wymagane ilości materiałów. Po pierwsze, należy zauważyć, że wykonawca, który zadał przedmiotowe pytanie wskazał wyłącznie, że „opublikowany przedmiar jest obarczony wadami”, przy czym referował do postanowienia § 12 ust. 12 pkt 7) SWZ, który ma charakter ogólny. Innymi słowy wykonawca nie opisał jakie wady – jego zdaniem – znajdują się z udostępnionym przez Liceum przedmiarze robót. Tym samym nie sposób zgodzić się z Przystępującym, że na podstawie udzielonej odpowiedzi na pytanie nr 1 wykonawcy byli uprawnieni do dowolnej i tak daleko idącej w skutkach modyfikacji przedmiaru jak zmiana ilości konstrukcji stalowych wymaganych do posadowienia budynku. Dodatkowo Zamawiający w odpowiedzi na pytanie nr 6 do SWZ z dnia 24 czerwca 2024 r. wprost wskazał, że dokumentacja techniczna stanowi nadrzędny dokument w stosunku do przedmiaru. Stąd też prawie wszyscy wykonawcy zaoferowali 40,269 ton konstrukcji stalowych zgodnie z wartością podaną przez Liceum. Co więcej, modyfikacja przedmiaru robót dokonana przez Przystępującego jest niezgodna z postanowieniem § 14 ust. 2 lit. b) SWZ, z którego jednoznacznie wynika, że w przypadku ewentualnych zmian przedstawionych w przedmiarach robót norm nakładów rzeczowych, zakres czynności do wykonania dla poszczególnych cen jednostkowych nie może być mniejszy niż wynikający z podanych w przedmiarach norm nakładów rzeczowych. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający wskazał dla pozycji 33 d.1.4 oraz 34 d.1.4 w kolumnie „Opis i wyliczenia” konkretne wartości, które następnie zostały powtórzone w kolumnie „Poszcz” i odpowiadają ilości wskazanej w dokumentacji projektowej. Wykonawcy zobowiązani byli do złożenia oferty na zakres rzeczowy prac, który został szczegółowo określony w dokumentacji projektowo-kosztorysowej (załączniki nr 8-10 do SWZ). Reasumując – w okolicznościach faktycznych tej sprawy – Przystępujący modyfikując pozycje przedmiaru robót w zakresie wymaganych ilości materiału dokonał nieuprawnionej i niedopuszczalnej zmiany opisu przedmiotu zamówienia. METROTECH zaoferował bowiem w kwestionowanych pozycjach 33 d.1.4 oraz 34 d.1.4 kosztorysu ofertowego mniejsze ilości konstrukcji stalowych niż to wynika z opisu przedmiotu zamówienia. Innymi słowy Przystępujący zaoferował posadowienie budynku innego niż wymagało Liceum tj. niezgodnego z warunkami zamówienia, w szczególności z dokumentacją projektową (Rysunek znajdujący się w pliku o nazwie „K-02-05_Poz.1.1.1 Kratownica stalowa w osi 2, 3 i 4 (594x1330mm).pdf”, Rysunek znajdujący się w pliku o nazwie „K-02-06a_Płatwie stalowe poz.1.2.1, 1.2.2 (840x1780mm).pdf”, Rysunek znajdujący się w pliku o nazwie „K-02-06b_Płatew stalowa poz.1.2.3 (420x1780mm).pdf”). Mając na uwadze powyższe – w ocenie składu orzekającego – Zamawiający powinien był odrzucić ofertę METROTECH na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Izba wskazuje, że w stanie faktycznym tej sprawy zaniechanie przez Liceum czynności odrzucenia oferty Przystępującego, pomimo że wykonawca ten zaoferował w pozycjach 33 d.1.4 oraz 34 d.1.4 kosztorysu ofertowego 13,5 ton konstrukcji stalowych zamiast ilości wymaganych przez Zamawiającego, godziło w podstawową zasadę przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, o której mowa w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp. Należy podkreślić, że dokonanie rzetelnego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu zgodnie z regułami przyjętymi w dokumentach zamówienia, bez stosowania jakichkolwiek nieuzasadnionych odstępstw, jest przejawem zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegającej na sumiennym wypełnieniu obowiązków, które na Zamawiającego nakłada ustawodawca w toku przeprowadzenia Postępowania, tak aby właściwie zabezpieczyć interes wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

Kolejno Izba wskazuje, że rozpoznawanie zarzutu nr 2 petitum odwołania, jako postawionego na wypadek

nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1 petitum (tzw. zarzut ewentualny), okazało się zbędne.

W przekonaniu Izby zarzut ewentualny na gruncie postępowania odwoławczego należy postrzegać analogicznie do powszechnie przyjętego i uznanego cywilistycznie roszczenia ewentualnego. Co prawda ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1550 ze zm., dalej: „k.p.c.”) nie precyzuje pojęcia zarzutu ewentualnego, jednakże w doktrynie i w judykaturze uznaje się, że nie stoi to na przeszkodzie możliwości posłużenia się taką konstrukcją w postępowaniu cywilnym. Skoro uznaje się za dopuszczalne podnoszenie roszczenia ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie k.p.c., również w postępowaniu odwoławczym, które ma zbliżony charakter, nie ma przeszkód dla funkcjonowania analogicznej konstrukcji zarzutu ewentualnego. Sąd Okręgowy XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w uzasadnieniu wyroku z dnia 1 października 2021 r. o sygn. akt XXIII Zs 53/21 wskazał bowiem, że „Zarzuty ewentualne na gruncie niniejszego postępowania należy zestawiać z powszechnie przyjętym i uznanym cywilistycznym roszczeniem ewentualnym. Ani prawo zamówień publicznych ani kodeks postępowania cywilnego nie precyzują pojęcia zarzutu ewentualnego. Jednakże ani jeden, ani drugi akt prawny nie ograniczają możliwości sformułowania zarzutu czy też roszczenia ewentualnego. Dodatkowo judykatura dopuszcza taką konstrukcję procesową. Skoro zatem dopuszczalne jest podnoszenie roszczenia ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie KPC, to także w pełni dopuszczalne jest podnoszenie zarzutu ewentualnego w postępowaniach prowadzonych na podstawie sPzp”. W orzecnictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, iż żądanie ewentualne, zgłaszane dodatkowo na wypadek niemożności uwzględnienia przez sąd żądania zasadniczego, jest szczególnym przypadkiem kumulacji roszczeń. Przy uwzględnieniu żądania zasadniczego sąd w ogóle nie orzeka o żądaniu ewentualnym, a czyni to jedynie, gdy brak jest podstaw do uwzględnienia żądania zasadniczego (zob. wyroki z dnia: 31 stycznia 1996 r. o sygn. akt III CRN 58/95, 12 stycznia 2012 r. o sygn. akt IV CSK 219/11, 4 października 2012 r. o sygn. akt I CSK 100/12). Podobnie Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z dnia 18 października 2013 r. wydanej w sprawie oznaczonej sygn. akt III CZP 58/13 (OSNC 2014 nr 6, poz. 62) stwierdził, że powód może sformułować w powództwie żądanie ewentualne, na wypadek nieuwzględnienia przez sąd żądania głównego. Tożsame stanowisko wyrażono w uzasadnieniu wyroku z dnia 26 stycznia 1979 r. o sygn. akt IV CR 403/78 (OSNC 1979 nr 10, poz. 193), gdzie wskazano, że zgłoszenie żądania ewentualnego stanowi szczególny przypadek kumulacji przedmiotowej w procesie – mianowicie sąd orzeka o żądaniu ewentualnym wtedy, gdy oddali powództwo o świadczenie zgłoszone na pierwszym miejscu.

Ponieważ potwierdzenie się zarzutu głównego z pkt 1 petitum odwołania jest wystarczające dla uwzględnienia żądania nakazania odrzucenia oferty Przystępującego, Izba nie rozpoznawała zarzutu ewentualnego, który został podniesiony na wypadek nieuwzględnienia zarzutu nr 1 petitum odwołania i żądania głównego.

Mając na uwadze, że potwierdził się zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, uwzględnieniu podlegał również zarzut nr 3 petitum odwołania, który stanowi konsekwencję zarzucanych naruszeń.

Zważywszy na przywołane okoliczności faktyczne i prawne Izba uznała, że rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) 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), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Przewodnicząca:.....