

Sygn. akt:KIO 814/24
KIO 843/24

WYROK

Warszawa, dnia 4 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Katarzyna Paprocka
Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2024 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A.w dniu 12 marca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A.P. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ANPOL” A.P. w Oleszycach oraz VIK-BUD Sp. z o.o. w Oleszycach (KIO 814/24),

B.w dniu 14 marca 2024 r. przez wykonawcę Renewal Art Sp. z o.o. w Daleszycach (KIO 843/24),
w postępowaniu prowadzonym przez Kancelarię Sejmu

przy udziale:

1.uczestników po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt 814/24:

A.wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlano-Konserwatorskie CASTELLUM Sp. z o.o.

B.wykonawcy Renewal Art. sp. z o.o. w Daleszycach we Wrocławiu,

2.uczestnika po stronie zamawiającego w postępowaniu o sygn. akt 843/24:

A.wykonawcy Renewal Art. Sp. z o.o. w Daleszycach,

orzeka:

KIO 814/24

1.oddala odwołanie;

2.kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: A.P. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ANPOL” A.P. oraz VIK-BUD Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania.

KIO 843/24

1.oddala odwołanie;

2.kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Renewal Art Sp. z o.o. w Daleszycach tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 814/24

KIO 843/24

Uzasadnienie

Zamawiający, Kancelaria Sejmu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Remont attyk i elewacji budynków zabytkowych Kancelarii Sejmu w latach 2022-2027”, nr postępowania: BIT.ZP.3021.16.2022.AGW. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 sierpnia 2022 r., pod nr: 2022/S 153-436154. Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne.

KIO 814/24

W dniu 12 marca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. A.P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą A.P. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ANPOL” w Oleszycach oraz VIK-BUD Sp. z o.o. w Oleszycach od czynności odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm., dalej jako „PZP”) oraz wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, ponownego badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego oraz zwrotu Odwołującemu kosztów postępowania odwoławczego, w tym wpisowego od odwołania, a także kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z fakturami przedstawionymi przez pełnomocnika na rozprawie.

Jak uzasadnił w odwołaniu, podejmując czynność odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający niezasadnie zrównał kosztorys podwykonawcy z kosztorysem ofertowym Odwołującego. Zdaniem Odwołującego, kosztorys podwykonawcy może stanowić jedną z podstaw do rozliczeń pomiędzy podwykonawcą i Odwołującym, ale na pewno nie pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym. Wskazał, że: „Na wartość kosztorysu ofertowego Odwołującego i tym samym na cenę oferty Odwołującego decydujący wpływ miała właśnie oferta Podwykonawcy, bowiem, w przypadku uzyskania zamówienia, Podwykonawca wykona dla Odwołującego roboty na ok. 78% wartości zamówienia. Natomiast, kosztorys Podwykonawcy sporządzony w dniu 12 lipca 2023 r. nie miał najmniejszego wpływu na cenę oferty Odwołującego oraz na oferowany Zamawiającemu przedmiot zamówienia.” (str. 4 uzasadnienia odwołania). Podniósł również, że nieprawdą jest, że cena oferty Odwołującego została ustalona w oparciu o kosztorys podwykonawcy z dnia 12 lipca 2023 r., bo Odwołujący ustalając tą cenę żadnego kosztorysu podwykonawcy nie posiadał, gdyż nie żądał od podwykonawcy załączenia kosztorysu do jego oferty, a to ze względu na wynagrodzenie ryczałtowe, jakie przyjęli do rozliczeń. Dowodzi tego również fakt, iż kosztorys podwykonawcy został sporządzony w dniu 12 lipca 2023 r., zaś jego oferta była złożona Odwołującemu w dniu 14 września 2022 r., natomiast oferta przetargowa Odwołującego była złożona Zamawiającemu w dniu 16 września 2022 r. Odwołujący podniósł ponadto, że błędne jest stanowisko Zamawiającego, jakoby musiał zapłacić za roboty, które nie będą wykonane, skoro kosztorys podwykonawcy zawiera zakres robót wyłączonych z zamówienia (remont attyk w budynku „J”), zaś wynagrodzenie jest ryczałtowe (str. 8 uzasadnienia odwołania). Odwołujący, wykorzystując ofertę Podwykonawcy do obliczenia ceny swojej oferty, w cenie tej oferty nie mógł i nie zawarł kosztów wykonania remontu attyk w budynku „J”, i – jak uzasadnił – tego faktu nie zmieniły późniejsze błędy podwykonawcy zawarte w kosztorysie z dnia 12 lipca 2023 r. W istocie, podwykonawca sporządził kosztorys na prośbę Odwołującego w celu udzielenia Zamawiającemu wyjaśnień uzupełniających na wezwanie z dnia 26 czerwca 2023 r. w zakresie sposobu skalkulowania ceny dla robót. Odwołujący nie zgadza się również z uznaniem przez Zamawiającego, że Odwołujący odpowiada za błędy, które popełnił podwykonawca w swoim kosztorysie, tj. wskazany niewłaściwy środek do czyszczenia powierzchni attyk. Odwołujący argumentuje, że zaoferował Zamawiającemu czyszczenie powierzchni attyk zgodnie z dokumentacją projektową, tj. w sposób opisany w Programie prac konserwatorskich attyki z piaskowca „Ś...”, z wykorzystaniem podwykonawcy, który wykona te roboty zgodnie ze swoją ofertą z dnia 14 września 2022 r. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający bezzasadnie pominął skalę wartości błędów podwykonawcy popełnionych przy opracowaniu kosztorysu z dnia 12 lipca 2023 r. w stosunku do wartości oferty podwykonawcy, czy też do ceny oferty Odwołującego oraz nie wziął pod uwagę zawartego w ofercie z dnia 14 września 2022 r. zobowiązania podwykonawcy do wykonania attyk zgodnie z dokumentacją projektową – bowiem, jak wynika z kosztorysu podwykonawcy z dnia 12 lipca 2023 r., łączna wartość robót których dotyczy błąd wynosi 6.376,98 zł (pozycja kosztorysu nr 1155 o wartości 3.157,55 zł; pozycja nr 1230 o wartości 3.219,43 zł). Tym samym, błąd podwykonawcy należy uznać jako nieistotny. Zdaniem Odwołującego, błąd ten nie mógł mieć nawet najmniejszego wpływu na treść oferty przetargowej – bo popełniony był już po złożeniu oferty w postępowaniu przez Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, iż za zgodne z dokumentacją projektową wykonanie przez podwykonawcę zleconych mu części zamówienia odpowiadać będzie Odwołujący względem Zamawiającego, do czego zresztą Odwołujący zobowiązał się w pkt 1 Formularza ofertowego. Odwołujący wykonawcy ponadto wskazali, iż nie wypełnili załącznika nr 4 do SWZ, bowiem nie zamierzali proponować Zamawiającemu innych materiałów niż opisane w dokumentacji projektowej. Zamierzają wykonać zamówienie z zastosowaniem materiałów wynikających z dokumentacji projektowej. Na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2024 r. Odwołujący podniósł, że zaskarżył odrzucenie oferty Odwołującego w całości, włączając w to trzeci powód odrzucenia oferty polegający na niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia w zakresie dotyczącym remontu elewacji. Podkreślił również, iż jego zdaniem dokument złożony przez podwykonawcę, w tym wypadku kosztorys, nie może stanowić treści oferty.

W odpowiedzi z dnia 25 marca 2024 r. na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, podnosząc, iż przede wszystkim – z racji nieodniesienia się w odwołaniu do dwóch z trzech powodów odrzucenia oferty Odwołującego – w ocenie Zamawiającego, Odwołujący uznał powód odrzucenia jego oferty z powodu jej niezgodności z warunkami zamówienia polegającej na wskazaniu przez Odwołującego wykonania robót budowlanych niezgodnie z SWZ w zakresie remontu elewacji. Nadmienił, iż konieczność odrzucenia oferty na podstawie ww. przesłanki wynika z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3290/22, wydanego w przedmiotowym postępowaniu na jego wcześniejszym etapie oraz z wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30 marca 2023 r., sygn. akt XXIII Zs 22/23 wydanego w przedmiotowym postępowaniu na skutek skargi Zamawiającego w związku z ww. orzeczeniem Izby.

W zakresie zarzutów dotyczących kosztorysu podwykonawcy M.P. Mosaicon Sp. z o.o., Zamawiający wskazał, iż sam Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie z 26 czerwca 2023 r., przy piśmie z 13 lipca 2023 r., przedstawił ten kosztorys, stwierdzając, że „załączamy kosztorys podwykonawcy aktualny w swej treści na dzień przedłożenia nam oferty przez podwykonawcę, tj. na dzień 14 września 2022 r. Przygotowany przez podwykonawcę kosztorys, prezentuje sposób skalkulowania ceny jego oferty i uzasadnia przyjętą przez nas wycenę tej części przedmiotu zamówienia.” (str. 7 odpowiedzi na odwołanie). Zamawiający zwrócił uwagę, iż kosztorys podwykonawcy jest dowodem w zakresie wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty Odwołującego, a z kolei wyjaśnienia te są integralną częścią oferty. Nadto, Zamawiający wskazał, iż z treści Specyfikacji Warunków Zamówienia jasno wynika, że wykonawca przekaze Zamawiającemu kosztorys, na podstawie którego obliczył cenę oferty, a ceny jednostkowe ujęte w kosztorysie stanowiąc będą podstawę do obliczania zapłaty za roboty dodatkowe (Rozdział I pkt XX ust. 5 lit. e) SWZ). Przy czym, w niniejszej sprawie wypowiedział się Sąd Okręgowy w wyżej powołanym wyroku wskazując, iż złożony kosztorys podlegał ocenie na etapie oceny ofert, w sytuacji gdy wykonawca zdecydował o jego złożeniu na tym etapie, jako dowodu potwierdzającego prawdziwość wyjaśnień odnośnie ceny – kosztorys jest podstawą do obliczenia ceny oferty, która zostaje wskazana przy samym złożeniu oferty, a nie dopiero przy zawarciu umowy. Tym samym, również uwzględnienie w kosztorysie podwykonawcy remontu budynku „J”, co nie było przedmiotem zamówienia, jak też wskazanie na inne materiały do czyszczenia powierzchni attyk, niż wynikające w dokumentacji przetargowej – odnosi skutek w postaci stwierdzenia, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przy czym, w tym ostatnim przypadku, zdaniem Zamawiającego, w ślad za stanowiskiem przedstawionym w przywołanym orzeczeniu Izby, wydanym w niniejszej sprawie, wykonawca winien był złożyć wraz z ofertą wypełniony załącznik nr 4 do SWZ. Dodatkowo, Zamawiający podniósł, iż dla przesądzenia, czy Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego nie ma znaczenia wartość błędów wycenionych przez Odwołującego prac w odniesieniu do całkowitej wartości złożonej przez niego oferty, tak też zastrzegł Sąd Okręgowy w przywołanym wyżej wyroku. Na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2024 r., Zamawiający zwrócił uwagę, że w wezwaniu do Odwołującego nie zwracał się o kosztorys, lecz o jakiegokolwiek dokumenty na wyjaśnienie ceny oferty.

Do postępowania przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy: Przedsiębiorstwo Budowlano-Konserwatorskie CASTELLUM Sp. z o.o. we Wrocławiu oraz Renewal Art Sp. z o.o. w Daleszycach, wnosząc o oddalenie odwołania.

KIO 843/24

W dniu 14 marca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Renewal Art Sp. z o.o. w Daleszycach w zakresie dotyczącym czynności odrzucenia oferty Odwołującego, zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty, zaniechania poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty Odwołującego z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty oraz czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwa Budowlano-Konserwatorskiego CASTELLUM Sp. z o.o. we Wrocławiu, jako najkorzystniejszej.

Ww. czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił dwa zarzuty, tj. naruszenie:

- 1.art. 16 pkt 1-3 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP w zw. z art. 223 ust. 1 PZP w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez Odwołującego, zaniechanie wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz zaniechanie poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty Odwołującego z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, co w konsekwencji doprowadziło do bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego;
- 2.art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP w zw. z art. 239 ust. 1 PZP poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Przedsiębiorstwa Budowlano-Konserwatorskiego CASTELLUM Sp. z o.o. we Wrocławiu, która to oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, Renewal Art Sp. z o.o. wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

- 1) unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) dokonał ponownego badania i oceny ofert,
- 4) dokonał poprawienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty Odwołującego z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnej zmiany w treści oferty, ewentualnie – przed dokonaniem poprawienia innej omyłki wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty,
- 5) dokonał ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty, z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący podniósł, że decyzja Zamawiającego jest błędna, niezasadna i stanowi przejaw skrajnego formalizmu postępowania. Wskazał, że przesłanka odrzucenia złożonej przez niego oferty została wywiedziona z treści kosztorysu, złożonego przez Odwołującego w dniu 30 września 2022 r. w ramach udzielanych na wezwanie Zamawiającego

wyjaśnien cen oferty, zaś w kosztorysie tym Odwołujący, „w dwóch pozycjach tj. poz. 348 d.1.13 str. 26 oraz w poz. 766 d.1.25 str. 50, użył do opisu czynności czyszczenia kamienia standardowych opisów z treści katalogów TZKNC N-K-VI (Tymczasowe Zakładowe Katalogi Norm Czasowych na prace konserwatorskie), którymi posługiwał się do oszacowania wielkości kosztów prac, omyłkowo nie dokonując ich edycji (...)” (str. 7 odwołania). W ocenie Odwołującego znaczenie ma fakt, że wynagrodzenie w niniejszym postępowaniu ma charakter ryczałtowy oraz, że kosztorys ofertowy nie był dokumentem wymaganym wraz z ofertą przetargową, lecz dopiero po wyborze oferty jako najkorzystniejszej w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nadto, istotne jest, że w okolicznościach sprawy, wobec zakwestionowania przez Zamawiającego jedynie dwóch względem 1358 pozycji składających się na kosztorys, przedmiot tych pozycji oraz ich niska wartość – zasadne i racjonalne było zastosowanie procedury, o której mowa w art. 223 ust. 1 PZP, tj. wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia, celem ustalenia, dlaczego w dwóch zakwestionowanych pozycjach kosztorysowych, tj. w ich opisie, znalazła się informacja o „roztworach detergentów”. Nadto, jak argumentuje Renewal Art Sp. z o.o., „Wspomniany dokument kosztorysowy nie miał na celu szczegółowego opisanie zakresu prac i ich technologii, a jedynie zwartościowanie poszczególnych jego etapów na potrzeby wykazania braku rażąco niskiej ceny oferty Odwołującego.” (str. 9 odwołania). Co więcej, tego rodzaju błąd powinien, zdaniem Odwołującego, zostać potraktowany jak inna omyłka, polegająca na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty (wielkość powierzchni do umycia jak i cena pozostaną na niezmiennym poziomie). Podkreślił, że wraz z ofertą świadomie nie złożył załącznika nr 4 do SWZ, co oznacza, że nie zaoferował rozwiązań równoważnych w postaci innych materiałów niż opisane w dokumentacji projektowej, gdyż jego zamiarem była realizacja zamówienia wyłącznie z zastosowaniem materiałów określonych w dokumentacji projektowej. W toku rozprawy Renewal Art sp. z o.o. podniósł, iż fakt, że zaoferował zgodny z warunkami zamówienia materiał wynika z całokształtu dokumentacji, błąd polegał wyłącznie na braku edycji dwóch pozycji formularza kosztorysu sformułowanego na podstawie przedmiarów Zamawiającego. Podkreślił, iż kosztorysant nie dostał od Odwołującego polecenia zmiany sposobu wykonania robót na czyszczenie roztworem detergentów. Jego zdaniem, Zamawiający – wbrew twierdzeniom – nie jest związany wydanymi w niniejszej sprawie wyrokami, jedyne wytyczne jakie z nich wynikają to wyłącznie nakaz odrzucenia oferty Monument Service. Podkreślił, iż w poprzednich sprawach nie rozważano kwestii wezwania do wyjaśnień i poprawienia omyłki, zaś Sąd Okręgowy w uzasadnieniu wyroku uznał to za uchybienie. Podkreślił, iż w kosztorysie znalazł się opis i wycena nakładów na robociznę, a nie nakładów na materiały, zwrócił przy tym uwagę na treść dowodu nr 3, tj. opinii p. E.K..

W odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający – Kancelaria Sejmu – wniósł o oddalenie odwołania w całości, wskazując, iż podtrzymuje argumenty dotyczące powodów odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP i nie zgadza się z przedstawionymi przez Odwołującego zarzutami oraz argumentami przytoczonymi na ich poparcie. Zdaniem Zamawiającego, skoro Odwołujący w kosztorysie uzasadniającym cenę oferty wskazał inne niż wymagane przez dokumentację przetargową materiały/technologie i je wycenił, to oznacza, że zaoferował Zamawiającemu właśnie te wskazane w tym kosztorysie materiały/technologie i za wskazaną w kosztorysie cenę, a skoro tak, to powinien złożyć wraz z ofertą wypełniony Załącznik nr 4 do SWZ „Tabela wybranych materiałów i wyrobów budowlanych zaoferowanych przez Wykonawcę”. W ocenie Kancelarii, stan faktyczny będący podstawą wydania przez KIO wyroku z dnia 27 grudnia 2022 r., sygn. KIO 3290/22 jest analogiczny ze stanem faktycznym będącym przedmiotem niniejszego postępowania, zaś w wyroku tym Izba stwierdziła, że wykonawca Monument Service Sp. z o.o. Sp.k. zaoferował zamiast ścierniwa wskazanego w opisie technicznym projektu wykonawczego inny rodzaj ścierniwa, a powód takiego stanu rzeczy (pomyłka) nie ma znaczenia dla przesądzenia, że doszło do zaoferowania realizacji przedmiotu zamówienia przy użyciu innego niż wskazany w treści dokumentacji zamówienia materiału. Stanowisko KIO zostało zaś potwierdzone przez Sąd Okręgowy w wyroku z 30 marca 2023 r., sygn. XXIII Zs 22/23. Nadto, jak podniósł Zamawiający, dla przesądzenia, czy poprawnie odrzucono ofertę Odwołującego nie ma znaczenia liczba zakwestionowanych pozycji, ani też ich wartość procentowa w odniesieniu do całkowitej wartości oferty Odwołującego, a także fakt, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy. Wskazał również, iż nie było uzasadnienia dla wszczęcia procedury wyjaśniającej. Co więcej, nie mogła być również wszczęta procedura poprawy innej omyłki, bowiem błąd ten ma charakter istotny, skutkujący zaoferowaniem przez Odwołującego innego środka czyszczącego, niezgodnego z warunkami zamówienia, a jego poprawienie skutkowałoby istotną zmianą w treści oferty. Dodatkowo, na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, Zamawiający wyjaśnił, iż uznał, że nie będzie wzywał Odwołującego do wyjaśnień ani dokonywał poprawy omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP – bowiem błąd w ofercie Odwołującego jest istotny i wpływa na wykonanie zamówienia, nadto treść oferty była dla Zamawiającego jednoznaczna co do zaoferowanego materiału. Co więcej, podkreślił iż poprawienie omyłki jest możliwe tylko wówczas, gdy sposób w jaki należy tego dokonać wynika z innych elementów oferty, a w tym wypadku tak nie było.

Do niniejszego postępowania odwoławczego, przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosiło Przedsiębiorstwo Budowlano-Konserwatorskie CASTELLUM Sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

W niniejszej sprawie, Izba stwierdziła, że oba odwołania nie zawierają braków formalnych oraz terminowo zostały uiszczone od nich wpisy w wymaganej wysokości. Nadto, odwołania nie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 528 PZP. Izba uznała również, że obaj Odwołujący są uprawnieni do wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, bowiem posiadają interes w uzyskaniu zamówienia i mogą ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP. Odwołujący złożyli oferty w postępowaniu. Zgodnie z Rozdziałem 1 – Instrukcja dla wykonawców, pkt XVIII Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej „SWZ”, przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie stosować następujące kryteria oceny ofert: cena (waga – 80%, tj. 80 pkt) oraz przedłużenie okresu gwarancji (waga – 20%, tj. 20 pkt). W świetle zaś pkt VIII.1 – Zamawiający przed wyborem oferty najkorzystniejszej wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Na gruncie niniejszego postępowania, Zamawiający zastosował procedurę, o której mowa w art. 139 ust. 1 PZP, tj. postanowił najpierw dokonać badania i oceny ofert, a następnie kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 17 listopada 2022 r., oferta Monument Service Sp. z o.o. Sp.k. otrzymała wówczas 100 pkt, oferta Odwołujących wykonawców w sprawie o sygn. KIO 814/24 – została oceniona na 95,13 pkt (druga w kolejności w rankingu ofert), zaś Oferta Odwołującego wykonawcy w sprawie o sygn. KIO 843/24 – na 90,63 pkt (trzecia w kolejności w rankingu ofert), zaś kolejno – 77,21 pkt otrzymała oferta ADEXBUD Przedsiębiorstwo Montażowo Budowlane Sp. z o.o. Sp.k. i 76,12 pkt oferta wykonawcy uznana obecnie za najkorzystniejszą – Przedsiębiorstwo Budowlano-Konserwatorskie CASTELLUM Sp. z o.o. Z kolei, jak wynika z informacji Zamawiającego z dnia 4 marca 2024 r., oferty Monument Service Sp. z o.o. Sp.k., Renewal Art Sp. z o.o., ADEXBUD Przedsiębiorstwo Montażowo Budowlane Sp. z o.o. Sp.k. oraz oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ANPOL A.P. oraz VIK-BUD Sp. z o.o. (dalej jako: „Konsorcjum ANPOL”) – zostały odrzucone.

Jak wskazali Odwołujący w sprawie o sygn. KIO 814/24 – złożyli ofertę, która, po odrzuceniu oferty wykonawcy Monument Service sp. z o.o. Sp.k., zgodnie z kryterium oceny ofert powinna zostać uznana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza. Podobnie, Odwołujący w sprawie o sygn. KIO 843/24 wskazał, że jego oferta obejmuje trzecią co do wysokości cenę, jednocześnie dwie oferty z ceną niższą, tj. oferta Monument Service Sp. z o.o. Sp. k. oraz oferta konsorcjum Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ANPOL A.P. oraz VIK-BUD Sp. z o.o. zostały przez Zamawiającego odrzucone zawiadomieniem z dnia 4 marca 2024 r. Zatem, w ocenie tego Odwołującego, po przywróceniu jego oferty do postępowania, oferta ta będzie uznana jako najkorzystniejsza. Ponadto, jak wynika z powyższego, Odwołujący mogą ponieść szkodę polegającą na pozbawieniu ich zysku wynikającego z możliwości uzyskania przez nich przedmiotowego zamówienia i w konsekwencji braku możliwości zawarcia umowy na realizację tego zamówienia. Spełnione są zatem, wynikające z art. 505 PZP, przesłanki materialnoprawne skorzystania ze środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie.

Do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy:

- 1.w sprawie o sygn. akt KIO 814/24 – Przedsiębiorstwo Budowlano-Konserwatorskie CASTELLUM Sp. z o.o. w Wrocławiu oraz Renewal Art Sp. z o.o. w Daleszycach;
- 2.w sprawie o sygn. akt KIO 843/24 – Przedsiębiorstwo Budowlano-Konserwatorskie CASTELLUM Sp. z o.o. w Wrocławiu.

Przedmiot zamówienia polega na remoncie attyk i elewacji budynków zabytkowych Kancelarii Sejmu w latach 2022-2027 (Rozdział II – Opis przedmiotu zamówienia, pkt I.1 i I.2 SWZ), w tym zakres robót obejmuje w szczególności:

- 1) wykonanie remontu kamiennej elewacji budynków A, B, C, D, J Kancelarii Sejmu w Warszawie przy ul. Wiejskiej 4/6/8;
- 2) wykonanie attyk kamiennych zwieńczających elewacje budynków B, C i D Kancelarii Sejmu w Warszawie przy ul. Wiejskiej 4/6/8;
- 3) wykonanie remontu instalacji odgromowej na dachach budynków B, C-D, J, instalacji oświetleniowej patio i naświetlaczy wieżyc na budynku C-D Kancelarii Sejmu w Warszawie przy ul. Wiejskiej 4/6/8;
- 4) wykonanie remontu sufitów podcieni budynków „B” oraz „C-D” znajdujących się na terenie Kancelarii Sejmu w Warszawie przy ul. Wiejskiej 4/6/8.

Zamawiający zastrzegł, że przedmiot zamówienia należy wykonać na podstawie: dokumentacji projektowej pn. „Wykonanie remontu kamiennej elewacji budynków A, B, C, D, J Kancelarii Sejmu w Warszawie przy ul. Wiejskiej 4/6/8” wykonanej przez firmę Nazbud Sp. z o.o., dokumentacji projektowej pn. „Remont attyk na budynkach: B, C-D, J Kancelarii Sejmu w Warszawie przy ul. Wiejskiej 4/6/8” wykonanej przez Pracownię Rewaloryzacji Architektury „Nowy Zamek”; dokumentacji projektowej pn.: „Remont instalacji odgromowej na dachach budynków: B, C-D, J, instalacji oświetleniowej patio i naświetlaczy wieżyc na budynku C-D Kancelarii Sejmu w związku z remontem attyk” wykonanej przez jednostkę projektową: ELDER Jarosław Derlacki; dokumentacji projektowej pn. „Wykonanie remontu sufitów podcieni budynku: „B” oraz „C-D” znajdujących się na terenie Kancelarii Sejmu w Warszawie przy ul. Wiejskiej 4/6/8” wykonanej przez jednostkę projektową: BIURO OBSŁUGI INWESTYCJI Michał Machnikowski, uzgodnień ze służbą

technicznymi Zamawiającego oraz obowiązujących aktów prawnych i przepisów. Wyżej wymieniona dokumentacja projektowa została zastrzeżona jako poufna i z tych względów, Zamawiający nie udostępnił jej na stronie internetowej prowadzonego postępowania, lecz dokumentacja ta jest przekazywana wykonawcom na ich wniosek złożony za pośrednictwem poczty elektronicznej drogą elektroniczną, jednocześnie Zamawiający wymaga od wykonawców zachowania w tajemnicy informacji uzyskanych w związku z zapoznaniem się z tą dokumentacją (informacje na stronie tytułowej SWZ).

W Rozdziale 1 – Instrukcja dla wykonawców, pkt IX SWZ – Zamawiający zastrzegł, że w celu potwierdzenia spełniania zgodności oferowanych robót budowlanych z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia oraz z wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia wymaga od wykonawcy złożenia wraz z ofertą tabeli wybranych materiałów, urządzeń i wyrobów budowlanych zaoferowanych przez wykonawcę – załącznik nr 4 do SWZ (jeżeli dotyczy) i nie przewiduje uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych.

Załącznik nr 4 do SWZ pn. Tabela wybranych materiałów i wyrobów budowlanych zaoferowanych przez Wykonawcę obejmował tabelę składającą się z pozycji „Wyszczególnienie w dokumentacji” oraz „Oferowane materiały i wyroby budowlane, producent, typ, nr katalogowy”, oświadczenie, że „Wyspecyfikowane w Tabeli wybrane materiały i wyroby budowlane muszą posiadać parametry nie gorsze niż przewidziane dla nich w Rozdziale II Opis przedmiotu zamówienia.”, a nadto wyjaśnienie, że: „Wykonawca będzie zobowiązany, w przypadku wątpliwości Zamawiającego, do przedłożenia niezbędnych dokumentów, pozwalających na weryfikację proponowanych materiałów i wyrobów budowlanych, i stwierdzenie równoważności z rozwiązaniami zawartymi w dokumentacji. W przypadku nie wskazania materiałów w ww. tabeli, uznaje się, że Wykonawca zastosuje materiały przywołane w dokumentacji.”

W świetle Rozdziału IV – Projektowane postanowienia umowy, pkt I.3 SWZ, przedmiot umowy zostanie wykonany przez Wykonawcę zgodnie ze złożoną ofertą, Opiszem przedmiotu zamówienia określonym w Rozdziale II SWZ, dokumentacją projektową oraz specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót budowlanych. W pkt II.9 zastrzeżono zaś, że przedmiot Umowy wykonany zostanie z materiałów i urządzeń dostarczonych przez Wykonawcę, odpowiadających co do jakości wymogom wyrobów dopuszczonych do obrotu i stosowania w budownictwie, określonymi przepisami ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych (t.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1213), wymaganiom dokumentacji projektowej oraz STWiOR.

Z dokumentacji projektowej – zastrzeżonej jako poufna, stąd Izba będzie ostrożnie i tylko w zakresie niezbędnym przytaczać jej treść – wynika, że:

- 1) elewacja na budynkach C, D, J oraz część elewacji budynków A i B (z wyłączeniem części cokołowej) jest wykonana z wapienia wskazanego w pkt II.1 ppkt 1.1 na str. 25 dokumentu pt. „Opis techniczny do projektu wykonawczego remontu elewacji budynków A, B, C, D i J Kancelarii Sejmu RP przy ul. Wiejskiej 4/6/8 w Warszawie”;
- 2) marmur „S...” występuje tylko w części cokołowej budynków A i B co wynika z pkt II.1 ppkt 1.2 na str. 25 dokumentu pt. „Opis techniczny do projektu wykonawczego remontu elewacji budynków A, B, C, D i J Kancelarii Sejmu RP przy ul. Wiejskiej 4/6/8 w Warszawie”;
- 3) wykonanie odwierćnięć przy ponownym kotwieniu wszystkich płyt w obrębie elewacji – ma być wykonane przy zastosowaniu metody nieudarowej – wynika z pkt II.3.2. ww. Opisu (str. 27);
- 4) „Konserwowane elementy delikatne należy oczyścić z przemałowań i zabrudzeń za pomocą strumienia pary wodnej z agregatu z regulacją ciśnienia. Zalecane ciśnienie 1,5÷2 at. Prace nie mogą uszkodzić warstwy licowej (patyny) kamienia. Zabieg przeprowadzić w dobrych warunkach, przy cieplej i bezwietrznej pogodzie.” (pkt 3 Programu konserwacji elementów kamiennych na str. 64, tj. pkt 12 Projektu budowlanego remontu attyk na budynkach: B, C-D, J; zob. też pkt 2 Programu prac konserwatorskich attyki z piaskowca Ś...);

Dnia 16 września 2022 r. Zamawiający poinformował o tym, że w postępowaniu wpłynęło 6 ofert, w tym oferty: 1) Monument Service Sp. z o.o. sp.k. z ceną brutto 45.509.383,91 zł, 2) Renewal Art Sp. z o.o. z ceną brutto 51.545.610,00 zł, 3) Przedsiębiorstwo Budowlano-Konserwatorskie CASTELLUM Sp. z o.o. z ceną brutto 64.870.200,00 zł, 4) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ANPOL” A.P. oraz VIK-BUD Sp. z o.o. z ceną brutto 48.462.000,00 zł oraz 5) ADEXBUD Przedsiębiorstwo Montażowo Budowlane Sp. z o.o. sp.k. z ceną brutto 63.636.976,76 zł.

Pismami z dnia 22 września 2022 r., Kancelaria Sejmu wezwała, wykonawców Monument Service Sp. z o.o. sp.k., Renewal Art Sp. z o.o. oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ANPOL” A.P. oraz VIK-BUD Sp. z o.o. do udzielenia wyjaśnień, w tym przedstawienia dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość zaoferowanej ceny brutto, mającego na celu ustalenie czy oferta zawiera rażąco niską cenę.

W odpowiedzi, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ANPOL” A.P. oraz VIK-BUD Sp. z o.o., pismem z dnia 30 września 2022 r. wskazali, że zaoferowana cena oferty nie jest rażąco

niska i obejmuje wykonanie całego przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem wszystkich wymagań opisanych w SWZ – rozdział I (instrukcje dla wykonawców), SWZ – rozdział II (OPZ), dokumentacji projektowej oraz SWZ – rozdział IV (projektowane postanowienia umowy), a nadto jest ceną rynkową. Wskazali, że „To, że mogliśmy zaoferować cenę niższą od wartości szacunkowej zamówienia i od średniej ceny złożonych ofert, mogło mieć miejsce ze względu na bardzo korzystne uwarunkowania, w szczególności ze względu na bardzo konkurencyjną ofertę jedyne go naszego podwykonawcy.” (str. 1 pisma) oraz, że „(...) w cenie oferty ujęte zostały koszty, które wystąpią w związku z wypełnianiem obowiązków związanych z powierzeniem wykonania części zamówienia podwykonawcy, w tym wynagrodzenie dla podwykonawcy.” (str. 2). Oświadczyli, że zasadniczą część przedmiotu zamówienia wykonają z wykorzystaniem podwykonawcy M.P. Mosaicon Sp. z o.o., co obejmuje również wykonanie attyk kamiennych zwieńczających elewacje budynków B, C i D Kancelarii Sejmu. Wynagrodzenie podwykonawcy ustalone w oparciu o cenę zaoferowaną przez podwykonawcę, zostało ujęte w cenie oferty. W dowód powyższego złożyli dowody, w tym ofertę podwykonawcy.

Z kolei Renewal Art Sp. z o.o., pismem z dnia 30 września 2022 r., wskazał, że szczegółowy sposób kalkulacji ceny został przedstawiony w załączonych dokumentach – w tym kosztorysie ofertowym, w którym jako datę opracowania wskazano „wrzesień 2022”. W kosztorysie tym Odwołujący w sprawie o sygn. akt KIO 843/24, w dwóch pozycjach tj. poz. 348 d.1.13 str. 26 (Remont attyki na budynku B - pkt 10.2., 11 i 12 opisu prac remontowych i konserwatorskich) oraz w poz. 766 d.1.25 str. 50 (Remont attyki na budynku C i D - pkt 10.2., 11 i 12 opisu prac remontowych i konserwatorskich), w ramach Robót budowlanych, renowacyjnych i konserwatorskich, opisał czynności czyszczenia kamienia w następujący sposób: „Mycie powierzchni roztworami detergentów bez względu na ilość powtórzeń - kamień porowaty - wapień miękki narzut”, zaś jako podstawę wyceny wskazał: „TZKNC N-K/VI 1/2-a”. Poz. 348 d.1.13 (str. 26) została wyceniona w kosztorysie na cenę 7,30 zł w ilości 894,490, zaś poz. 766 d.1.25 (str. 50) na cenę 7,30 zł w ilości 912,020. Do kosztorysu zostało dołączone zestawienie materiałów, w ramach którego wskazano w poz. 17 na detergent w ilości 3950,8814 o wartości 168228,50 po cenie jednostkowej 42,58 oraz w poz. 114 na wodę przemysłową z rurociągu w ilości 123,6456, za cenę jednostkową 5,20 o łącznej wartości 644,11.

Następnie, pismem z dnia 17 listopada 2022 r., Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Monument Service sp. z o.o. sp.k. W efekcie – od ww. czynności odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia A.P. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ANPOL” oraz VIK-BUD spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością domagając się unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty wykonawcy Monument Service., m.in. z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia ze względu na zaoferowanie sposobu wykonania zamówienia i istotnych materiałów niezgodnie z dokumentami zamówienia.

Wyrokiem z dnia 27 grudnia 2022 r., sygn. KIO 3290/22, Krajowa Izba Odwoławcza, po rozpoznaniu ww. odwołania, przy udziale wykonawcy Monument Service spółki z ograniczoną odpowiedzialnością spółki komandytowej z siedzibą w Michałowicach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego (dalej jako: „Monument Service”) –uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) PZP i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy Monument Service jako najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Monument Service. W ww. wyroku Izba stwierdziła, że oferta Monument Service powinna zostać odrzucona jako niezgodna z treścią SWZ, gdyż Monument Service w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny wyceniając inny niż wskazany w dokumentacji zamówienia materiał zaoferował realizację przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z treścią SWZ. „Dodatkowo, na etapie składania ofert zaniechał wypełnienia załącznika nr 4 do SWZ mimo, że zamierzał zaoferować przy realizacji przedmiotu zamówienia materiał inny niż wskazany w treści dokumentacji zamówienia w opisie technicznym (projekcie wykonawczym), a według Zamawiającego jest to materiał równoważny.” (str. 31 uzasadnienia wyroku).

Następnie, wskutek skargi Zamawiającego od ww. wyroku, wyrokiem z dnia 30 marca 2023 r., Sąd Okręgowy w Warszawie, XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych oddalił skargę, stwierdzając że zarzuty skargi okazały się w całości chybione. Sąd uznał ocenę prawną dokonaną przez Izbę za trafną.

Zamawiający, w efekcie unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i ponowił czynności oceny i badania ofert, w tym wezwał Konsorcjum ANPOL, pismem z dnia 26 czerwca 2023 r. do wyjaśnień uzupełniających, tj. sposobu skalkulowania ceny dla zakresu robót wykonywanych przez podwykonawcę. W odpowiedzi pismem z dnia 13 lipca 2023 r. Konsorcjum ANPOL wskazało, że „na wykazanie sposobu skalkulowania ceny oferty w części dotyczącej zakresu przedmiotu zamówienia, który wykona podwykonawca M.P. Mosaicon Sp. z o.o., załączamy kosztorys podwykonawcy aktualny w swej treści na dzień przedłożenia nam oferty przez podwykonawcę, tj. na dzień 14.09.2022 r. Przygotowany przez podwykonawcę kosztorys, prezentuje sposób skalkulowania ceny jego oferty i uzasadnia przyjętą przez nas wycenę tej części przedmiotu zamówienia”. W kosztorysie tym, opracowanym 12 lipca 2023 r., w pkt 30 (str. 54) pn. Remont attyki na budynku J - pkt 10.1., 11 i 12 opisu prac remontowych i konserwatorskich – wskazano na wycenę

remontu attyki na budynku J. Z kolei, w poz. 1155 d. 29.11 str. 54 oraz poz. 1230 d.31 str. 57 podwykonawca wskazał na: „Mycie powierzchni roztworami detergentów bez względu na ilość powtórzeń - kamień porowaty - wapień miękki narzut.” Dalej, w poz. 89 d.3.2 str. 5 – 2897 szt., poz. 143 d.4.2 str. 8 – 2.932 szt., poz. 196 d.5.2 str. 10 – 3.745 szt., poz. 249 d.6.2 str. 12 – 806 szt., poz. 303 d.7.2. str. 14 – 775 szt., poz. 357 d.8.2. str. 17 – 8.327 szt., poz. 405 d.9.2 str. 19 – 3.894 szt., poz. 436 d.10.2 str. 20 – 815 szt., poz. 485 d.11.2 str. 22 – 637 szt., poz. 531 d.12.2 str. 24 – 200 szt., poz. 587 d.14.2 str. 27 – 453 szt., poz. 621 d.15.2 str. 28 – 455 szt., poz. 652 d.16.2 str. 30 – 144 szt., poz. 678 d.17.2 str. 31 – 2.745 szt., poz. 712 d.18.2 str. 32 – 2.064 szt., poz. 746 d.19.2 str. 34 – 4.251 szt., poz. 782 d.20.2 str. 35 – 3.375 szt., poz. 813 d.31.2 str. 37 – 309 szt., poz. 844 d.22.2 str. 38 – 5.835 szt., poz. 878 d.23.3 str. 39 – 4.027 szt., poz. 914 d.24.2 str. 41 – 812 szt., poz. 950 d.25.d str. 43 – 831 szt., poz. 986 d.26.2 str. 44 – 639 szt., poz. 1017 d.27.2 str. 46 – 630 szt., poz. 1051 d.28.2 str. 48 – 1.408 szt., poz. 1091 d.29.2 str. 50 – 1.416 szt. – wykonawca przyjął do wyceny „wykonanie otworów okrągłych o głębokości do 5 cm i śr. do 4 cm w marmurze (...)” „S...”

Pismem z dnia 4 marca 2024 r. Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty wykonawcy Monument Service oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty: Przedsiębiorstwo Budowlano-Konserwatorskie CASTELLUM Sp. z o.o. Nadto Zamawiający, ww. pismem poinformował o odrzuceniu ofert Renewal Art Sp. z o.o. oraz Konsorcjum ANPOL, wskazując na następujące powody:

- 1.w odniesieniu do oferty Konsorcjum ANPOL – została ona odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, jako że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem: a) wykonawca wskazał na roboty budowlane nieobjęte przedmiotem zamówienia. Jak stwierdził Zamawiający, „Wykonawca do pisma z dnia 13.07.2023 r. załączył kosztorys podwykonawcy M.P. Mosaicon sp. z o.o., który uwzględnia wykonanie attyk na budynku „J” (kosztorys – strony 54-55, od poz. 1167 d.30 do poz. 1199 d. 30), co jest niezgodne z zakresem koniecznych do wykonania prac, opisanym w Rozdziale II oraz Rozdziale IV SWZ. Przedmiot umowy obejmuje wykonanie attyk kamiennych zwieńczających elewację wyłącznie dla budynków B, C i D Kancelarii Sejmu. (...) Biorąc pod uwagę, że cena oferty ma charakter ryczałtowy, to na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, w przypadku wyboru oferty Konsorcjum, Zamawiający zapłaciłby za roboty budowlane, które nie stanowią przedmiotu zamówienia.”; b) wykonawca wskazał na wadliwe technologie czyszczenia powierzchni attyk, tj. inne materiały niż wskazane w dokumentacji wynikają z przedstawionego przez podwykonawcę kosztorysu. „Kosztorys podwykonawcy w poz. 1155 d. 29.11 str. 54 oraz poz. 1230 d.31 str. 57 zawiera mycie powierzchni roztworami detergentów bez względu na ilość powtórzeń – kamień porowaty – wapień miękki narzut. Zastosowanie roztworów detergentu do czyszczenia jest niedopuszczalne ze względu na obowiązujący „Program prac konserwatorskich”, który został uzgodniony przez Mazowieckiego Wojewódzkiego Konserwatora Zabytków i stanowi element „Projektu budowlanego remontu attyk na budynkach: B, C-D, J”, który w pkt 12 pn. „Program konserwacji elementów kamiennych”, na str. 64 wskazuje wytyczne dotyczące konserwacji i wykonania elementów attyki na budynkach Sejmu, tj. czyszczenie za pomocą strumienia pary wodnej z agregatu z regulacją ciśnienia. Tym samym, jak wskazał Zamawiający, wykonawca przyjmując inny niż wskazany w dokumentacji zamówienia materiał do czyszczenia, zaoferował realizację przedmiotu zamówienia w sposób sprzeczny z warunkami SWZ. Dodał, że „W przypadku gdyby Wykonawca pomimo ww. wymagań zamierzał zastosować inne materiały (inne rozwiązanie techniczne) w zakresie czyszczenia powierzchni, uważając że są równoważne, to powinien złożyć razem z ofertą wypełniony Załącznik nr 4 do SWZ „Tabela wybranych materiałów i wyrobów budowlanych zaoferowanych przez Wykonawcę”.”, czego zaniechał, mimo że zamierzał zaoferować do realizacji przedmiotu zamówienia materiał inny niż wymagany (materiał zamienny). Nadmieniał, że Zamawiający nie przewidywał uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, o czym uprzedził w SWZ; c) wykonawca wskazał na wykonanie robót budowlanych niezgodnie z SWZ w zakresie remontu elewacji. Wykonawca przyjął wadliwie do wyceny: „wykonanie otworów okrągłych o głębokości do 5 cm i śr. do 4 cm w marmurze „S...”, łącznie 54.422 szt., na wszystkich elewacjach budynków A, B, C, D, J”, zaś zgodnie z dokumentacją projektową marmur ten występuje tylko w części cokołowej budynków A i B, natomiast pozostałe części elewacji tych budynków i całe elewacje budynków C, D, J są wykonane z innego materiału, co wynika z dokumentacji projektowej. Co więcej, niezależnie od faktu wskazania niewłaściwego rodzaju kamienia, wykonawca w ww. pozycjach kosztorysowych pominął wykonanie otworów metodą nieudarową, co jest wymagane i wyraźnie opisane w dokumentacji projektowej;
- 2.w odniesieniu do oferty Renewal Art sp. z o.o. – została ona odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, jako że jej treść, w ocenie Zamawiającego, jest niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem kosztorys złożony przez tego wykonawcę zawiera inny materiał niż wskazany w dokumentacji zamówienia – mycie powierzchni roztworami detergentów bez względu na ilość powtórzeń (poz. 348 d.1.13 str. 26 i poz. 766 d.1.25 str. 50), podczas gdy zastosowanie tych roztworów do czyszczenia jest niedopuszczalne ze względu na obowiązujący „Program prac konserwatorskich”, przekazany wykonawcom w dokumentacji projektowej, według którego elementy konserwowane powinny być czyszczone za pomocą strumienia pary wodnej z agregatu z regulacją ciśnienia, bez uszkodzenia warstwy licowej. Zamawiający wskazał, iż: „W przypadku gdyby Wykonawca pomimo ww. wymagań zamierzał

zastosować inne materiały (inne rozwiązanie techniczne) w zakresie czyszczenia powierzchni, uważając że są równoważne, to powinien złożyć razem z ofertą wypełniony Załącznik nr 4 do SWZ „Tabela wybranych materiałów i wyrobów budowlanych zaoferowanych przez Wykonawcę”, zaś wykonawca na etapie składania ofert zaniechał wypełnienia tego załącznika, przy czym Zamawiający uprzedził, że nie przewiduje możliwości jego uzupełnienia.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego:

- 1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na pendrive, przesłaną do akt sprawy przez Zamawiającego w dniu 21 marca 2024 r., w tym w szczególności:
 - SWZ wraz z załącznikami,
 - Oferty wykonawców,
 - Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 17 listopada 2022 r.;
 - Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 4 marca 2024 r.;
 - Pisma i wyjaśnienia rażąco niskiej ceny w zakresie dotyczącym Renewal Art Sp. z o.o. oraz Konsorcjum ANPOL;
 - Korespondencję z Odwołującym dotyczącą podmiotowych środków dowodowych,
 - Protokół postępowania,
 - Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych z dnia 30 marca 2023 r., sygn. XXIII Zs 22/23;
 - korespondencję z wykonawcami na etapie badania i oceny ofert,
- 2) dokumenty złożone przez Odwołującego Renewal Art. sp. z o.o. w sprawie o sygn. KIO 843/24 na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2024 r., tj.:
 - oświadczenie p. J.K. z dnia 25 marca 2024 r.,
 - opinia dotycząca pozycji kosztorysowych z dnia 2 kwietnia 2024 r. sporządzona przez mgr inż. T.P.,
 - opinia rzeczoznawcy kosztorysowego p. E.K. z dnia 2 kwietnia 2024 r.
 - oferta cenowa z 7 września 2022 r., wydruk ze strony internetowej oraz broszura reklamowa Przedsiębiorstwa Remontowo-Budowlanego AlphaBud.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że żadne z odwołań nie zasługiwało na uwzględnienie.

KIO 814/24

Odwołujący wykonawcy zarzucili Zamawiającemu, że niezasadnie odrzucił ich ofertę, błędnie przyjmując – w oparciu o kosztorys podwykonawcy M.P. Mosaicon Sp. z o.o. – że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Nie sposób jednak podzielić argumentacji Odwołujących, jakoby przedstawiony przez nich kosztorys podwykonawcy nie miał żadnego znaczenia dla ceny oferty oraz jej treści. Wprost przeciwnie, Konsorcjum ANPOL samo wskazało, że „Na wartość kosztorysu ofertowego Odwołującego i tym samym na cenę oferty Odwołującego decydujący wpływ miała właśnie oferta Podwykonawcy, bowiem, w przypadku uzyskania zamówienia, Podwykonawca wykona dla Odwołującego roboty na ok. 78% wartości zamówienia.” (str. 4 uzasadnienia odwołania). Skoro zdecydowanie na cenę oferty Odwołujących wpływ miała oferta podwykonawcy – a została ona skalkulowana w oparciu o kosztorys podwykonawcy, to nie ulega wątpliwości, że zarówno cenę, jak też treść oferty Odwołujących determinował ten właśnie kosztorys. W tym kontekście, argument Odwołującego, jakoby kosztorys nie miał znaczenia dla treści oferty, skoro został sporządzony później niż oferta, nie ma racji bytu. Sami Odwołujący posłużyli się tym kosztorysem na wykazanie ceny ofertowej. Słusznie podnosił Zamawiający na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą, że wykonawca powinien dołożyć należytej staranności i jeśli posługuje się kosztorysem sporządzonym przez inny podmiot na jego zlecenie, powinien go zweryfikować. Nadto, sami Odwołujący wskazali w wyjaśnieniach z dnia 13 lipca 2023 r., że kosztorys podwykonawcy jest aktualny na dzień przedłożenia Odwołującemu oferty podwykonawcy, tj. na dzień 14 września 2022 r. – czyli przed upływem terminu składania ofert oraz, że uzasadnia przyjętą przez nich wycenę tej części przedmiotu zamówienia (str. 2 pisma).

Odpowiadając na argumentację Odwołującego, jakoby treść kosztorysu nie miała znaczenia dla treści oferty Odwołującego, należy wskazać, że cena ofertowa nie może być kalkulowana w oderwaniu od warunków zamówienia, w tym jego przedmiotu. Tym samym, skoro Odwołujący – w toku wyjaśniania ceny oferty na wezwanie Zamawiającego – wykazali, że zawiera się w niej m.in. remont attyk w budynku „J” – to znaczy, że Zamawiający uprawniony był do uznania, że oferują oni wykonanie tych robót. Skoro, roboty te nie były objęte przedmiotem zamówienia, to znaczy, że treść oferty była niezgodna z warunkami zamówienia. Jak słusznie argumentował Zamawiający – w razie przyjęcia oferty Konsorcjum ANPOL w zakwestionowanym brzmieniu zobowiązany byłby zapłacić za roboty, które nie będą wykonane, skoro kosztorys podwykonawcy – w oparciu o który została skalkulowana cena oferty – zawiera zakres robót wyłączonych z zamówienia (remont attyk w budynku „J”), zaś wynagrodzenie jest ryczałtowe. Nadto, Odwołujący zaoferował Zamawiającemu czyszczenie powierzchni attyk niezgodnie z dokumentacją projektową, tj. przy zastosowaniu innej technologii niż opisana w dokumentach zamówienia. Zamawiający, w treści informacji o odrzuceniu oferty

Konsorcjum ANPOL, zasadnie wskazał, iż skoro kosztorys podwykonawcy w poz. 1155 d. 29.11 str. 54 oraz poz. 1230 d.31 str. 57 zawierał mycie powierzchni roztworami detergentów bez względu na ilość powtórzeń, zaś zastosowanie roztworów detergentu do czyszczenia jest niedopuszczalne ze względu na obowiązujący „Program prac konserwatorskich”, oznacza to, że Odwołujący przyjął inny niż wskazany w dokumentacji sposób realizacji przedmiotu zamówienia. Przy czym, Odwołujący nie wypełnił Załącznika nr 4 do SWZ, co oznacza, że nie dał Zamawiającemu możliwości oceny, czy zaoferowane inne materiały są równoważne.

Istotne jest również, iż przedmiotowa kalkulacja podwykonawcy została złożona przez Odwołujących w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień elementów składających się na cenę oferty – wyjaśnienie ceny powinno być zaś sporządzone w taki sposób, by wykazać że dany wykonawca jest w stanie wykonać przedmiot zamówienia za zaoferowaną cenę. Zgodnie z art. 224 ust. 1 PZP, zamawiający ma prawo żądać od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Jak już wskazano, ani ceny ani kosztu, ani ich istotnych części składowych nie da się kalkulować w oderwaniu od warunków zamówienia. W orzecznictwie Izby przyjmuje się, że na podstawie wyjaśnień ceny oferty mogą ujawnić się podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o inne niż rażąco niska cena przepisy PZP, w tym również zastosowany w niniejszej sprawie – art. 226 ust. 1 pkt 5 (zob. wyr. z 17 maja 2022 r., sygn. KIO 936/22). Tym samym, Zamawiający w oparciu o złożone przez Odwołujących dowody, w tym kosztorys podwykonawcy, miał podstawy by przyjąć, że treścią oferty Odwołującego jest wykonanie zamówienia w sposób i za ceny wskazane w kosztorysie. Jak słusznie wskazał Zamawiający, Odwołujący nie był zobowiązany – w odpowiedzi na wezwanie – do złożenia kosztorysu, jeśli jednak zdecydował się go złożyć, to powinien brać pod uwagę wszelkie konsekwencje złożenia takiego dowodu w zakresie wyliczenia ceny oferty. Wszak Odwołujący mógł złożyć własny kosztorys, miał również wszelkie możliwości, by dogłębnie zweryfikować kosztorys podwykonawcy, na który się powołał.

W orzecznictwie Izby podnosi się, że dla odrzucenia oferty w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, konieczne jest stwierdzenie jej jednoznacznej niezgodności, tj. nie może być wątpliwości, który element oferty jest niezgodny i z którym wymaganiem Zamawiającego. W przedmiotowej sprawie, Zamawiający wprost, jednoznacznie, w informacji o odrzuceniu oferty z dnia 4 marca 2024 r., wskazał na zakwestionowaną część treści oferty Odwołujących i jej umiejscowienie w dokumentach złożonych przez Odwołującego oraz na znajdujące się w dokumentacji zamówienia źródło warunków zamówienia, z którymi oferta ta jest niezgodna. Warto przy tym zauważyć, iż Odwołujący nie kwestionowali samej niezgodności treści kalkulacji podwykonawcy z warunkami zamówienia, lecz jedynie możliwość uznania, że kalkulacja ta może być brana pod uwagę przy badaniu treści oferty. Nie sposób przyjąć wyjaśnień Odwołujących z dnia 13 lipca 2023 r. obejmujących przedmiotową kalkulację i uznać ich za wystarczające na gruncie badania rażąco niskiej ceny oraz jednocześnie pominąć ich znaczenie w kwestii badania zgodności treści oferty z warunkami zamówienia.

Odwołujący argumentowali nadto, iż błąd w wyjaśnieniach ceny z dnia 13 lipca 2023 r. leży po stronie podwykonawcy, za którego działania nie mogą ponosić konsekwencji. Z powyższym stanowiskiem nie sposób się zgodzić. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę składa wykonawca. Jeżeli planuje wykonać zamówienie przy pomocy podwykonawców – to przed Zamawiającym odpowiada za ich działania i zaniechania (art. 462 ust. 8 PZP). W tym wypadku jednak, odpowiedzialność ta dotyczy własnej oferty Konsorcjum ANPOL. Jeśli wykonawca kalkuluje ofertę w oparciu o ofertę podwykonawcy to składając następnie własną ofertę w postępowaniu, jak też jej wyjaśnienia – odpowiada za należyte wykonanie zamówienia za wskazaną w niej cenę, na którą składają się elementy wycenione przez podwykonawcę. Nietrafnie przy tym podnosił Odwołujący na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2024 r., iż wnioskując z art. 122 PZP nie można przyjąć, że kosztorys podwykonawcy stanowi treść oferty, skoro na etapie oceny oferty nie wiadomo jeszcze, czy podwykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Jak już wskazano – wykonawca, wyjaśniając cenę oferty, posłużył się kosztorysem podwykonawcy, jak własnym kosztorysem. Oznacza to, iż nawet w razie zmiany podwykonawcy – wykonawcę będą obowiązywać zaoferowane Zamawiającemu przez wykonawcę ceny.

Zdaniem Izby, nieprawidłowości w treści oferty, wytkniętych Odwołującemu przez Zamawiającego, nie można uznać za nieistotne – również biorąc pod uwagę ich wartość w stosunku do całej wartości oferty podwykonawcy, czy też do ceny oferty – przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP nie pozwala na wartościowanie skali niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. Badając zgodność treści oferty z warunkami zamówienia, zamawiający bada zawartość (treść) merytoryczną oferty, a zatem zgodność oferowanych robót budowlanych z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, w tym – jak w przedmiotowej sprawie – co do zakresu realizacji przedmiotu zamówienia oraz co do sposobu realizacji zamówienia, w tym wykorzystanych materiałów. W świetle tej regulacji, każda niezgodność jest powodem odrzucenia oferty z wyjątkiem, o którym mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP, tj. omyłki, której poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zgodnie z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. W przypadku zamówień publicznych, to zamawiający opisuje przedmiot zamówienia i określa postanowienia umowy. Jeżeli oferta wykonawcy nie jest zgodna z

tymi warunkami – to nie może być przyjęta, tzn. nie może prowadzić do zawarcia umowy. W przedmiotowym przypadku – treść oferty obejmuje zmiany w zakresie warunków zamówienia, bowiem zawiera zobowiązanie do wykonania oprócz określonego przez Zamawiającego zakresu zamówienia, również remont attyk w budynku „J” oraz zobowiązanie do konserwacji attyki innym niż wymagany środkiem. Zamawiający nie ma obowiązku przyjąć takiej oferty – skoro nie spełnia ona jego oczekiwań. Wprost przeciwnie – zobowiązany jest przez ustawę do jej odrzucenia.

Ewentualne sprzeczności treści oferty mogą podlegać poprawieniu wyłącznie w trybie art. 223 ust. 2 PZP. Zamawiający poprawia w ofercie tylko: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Mowa o „omyłkach”, a więc o niezamierzonym działaniu. Przyjmuje się nadto, iż zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów składających się na ofertę (zob. wyr. KIO z 30 marca 2023 r., sygn. KIO 738/23). Przy czym należy nadmienić, iż Odwołujący nie powołał się w swoich zarzutach na ww. regulację i nie zarzucił Zamawiającemu zaniechania w zakresie wezwania do wyjaśnień treści oferty lub poprawienia innej omyłki – tak jak to uczynił Odwołujący w sprawie o sygn. KIO 843/24 – toteż Izba nie analizowała, czy zachodziły przesłanki do zastosowania ww. trybów.

Poza ww. przypadkami, niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści (art. 223 ust. 1 PZP). W przepisie tym, ustawodawca jasno wskazał na zakaz jakichkolwiek zmian w treści oferty, a tym samym nawet argument o niskiej wartości błędów w skali całej oferty nie może stanowić uzasadnienia dla ich pominięcia.

Izba stwierdziła – tak jak to słusznie podnosili Zamawiający oraz Przystępujący po stronie Zamawiającego – że Odwołujący nie odniósł się w odwołaniu do kwestii odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie dotyczącym powodu wskazanego w kolejności trzeciej, jakim było przyjęcie do wyceny wykonania otworów okrągłych w marmurze S... na wszystkich elewacjach budynków A, B, C, D, J, mimo, że marmur ten występuje tylko w części cokołowej A i B i pominięcie wiercenia metodą nieudarową. Tym samym powoływanie się na te okoliczności dopiero na rozprawie jest czynnością spóźnioną i jako takie sprawiło, że czynność odrzucenia oferty Odwołujących z tego powodu – stała się ostateczna (nie została zaskarżona). W świetle art. 555 PZP Izba związana jest zarzutami odwołania również w zakresie podnoszonej podstawy faktycznej odwołania. W orzecznictwie Izby zgodnie przyjmuje się, iż „Okoliczności, z których odwołujący chce wywodzić skutki prawne, musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 ustawy – Prawo zamówień publicznych. Stąd odwołanie, które inicjuje postępowanie odwoławcze, zawsze musi zawierać okoliczności uzasadniające zarzucenie zamawiającemu naruszenia przepisów prawa zamówień publicznych (wyr. KIO z 22 marca 2023 r., sygn. KIO 651/23). Innymi słowy, „Zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie.” (wyr. z 29 kwietnia 2022 r., sygn. KIO 1027/22). W świetle powyższego, Izba pominęła argumentację Odwołującego dotyczącą ww. kwestii, a podniesioną dopiero na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2024 r.

Podkreślenia wymaga, iż w przedmiotowym postępowaniu, na wcześniejszym jego etapie – wyrokiem z dnia 27 grudnia 2022 r., sygn. KIO 3290/22 z odwołania Konsorcjum ANPOL, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła, iż – przy okazji badania ceny oferty Monument Service Sp. z o.o. Sp.k. – odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP było uzasadnione, „bowiem w toku wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Przystępujący przyznał, że w zakresie czyszczenia elewacji zamierza wykonać przedmiot zamówienia za pomocą innego rodzajowo materiału niż wskazany w treści pkt 4.4. str. 20 i pkt 5 (5.1 i 5.2 tabeli na str. 31 i 32) pliku „OPIS TECHNICZNY (...)”. Izba w obecnym składzie, podziela tę zapatrywanie również na gruncie aktualnego stanu faktycznego sprawy – z uwagi na jego analogię. Jakkolwiek, w niniejszej sprawie Odwołujący nie przyznali wprost, że zamierzają wykonać zamówienie niezgodnie z warunkami zamówienia, to jednak taki wniosek wynika ze złożonych przez nich w toku postępowania dokumentów. Jak już wskazano, nie ma znaczenia, że dokumenty nie zostały sporządzone przez Odwołujących – skoro powołali się oni przed Zamawiającym na ich treść, jak na treść własnego oświadczenia.

W świetle powyższego, Izba nie miała wątpliwości, iż odwołanie jest nieuzasadnione, gdyż Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający odrzucając jego ofertę naruszył przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, tj. Odwołujący nie wykazał, że treść jego oferty nie była sprzeczna z warunkami zamówienia.

KIO 843/24

Izba nie podzieliła również zarzutów i argumentacji odwołania Renewal Art sp. z o.o. Nie ulega wątpliwości – iż dwie pozycje w kosztorysie złożonym Zamawiającemu w toku wyjaśnień rażąco niskiej ceny – nie odpowiadały w treści ich opisu warunkom zamówienia. Przy czym, zasadniczym argumentem Odwołującego była niedopuszczalność uznania, że treść oferty jest przez to niezgodna z warunkami zamówienia, bowiem doszło do omyłki i dotyczy to nieistotnych pozycji kosztorysowych. W tym kontekście, wg Odwołującego Zamawiający powinien był wezwać Renewal Art. sp. z o.o. do wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 PZP lub poprawić te błędy w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP.

Pamiętać w tym kontekście należy, iż zgodnie z art. 223 ust. 1 PZP, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, lecz niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Jak już wskazano na gruncie uzasadnienia do sprawy o sygn. KIO 814/24, w przepisie tym, ustawodawca jasno wskazał na zakaz dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty, nawet tych o niskiej wartości w skali całej oferty. W szczególności, do zmian w treści oferty nie może dojść wskutek wezwania wykonawcy do wyjaśnień dotyczących treści oferty. Wyjaśnienia mogą posłużyć jedynie zrozumieniu treści oferty – lecz nie mogą prowadzić do zmian w zakresie wyrażonego w ofercie zobowiązania.

W ofercie Renewal Art Sp. z o.o., na którą składał się kosztorys złożony w toku wyjaśnień rażąco niskiej ceny, wykonawca ten zobowiązał się do mycia powierzchni elewacji roztworami detergentów bez względu na ilość powtórzeń (poz. 348 d.1.13 str. 26 i poz. 766 d.1.25 str. 50) zamiast wymaganego przez Zamawiającego czyszczenia elementów konserwowanych za pomocą strumienia pary wodnej z agregatu z regulacją ciśnienia. Rację ma Zamawiający twierdząc, iż treść kosztorysu była dla niego jednoznaczna w kwestii zastosowanej technologii i materiału, toteż uznał, że nie zachodzi podstawa do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 223 ust. 1 PZP. Zdaniem Izby, nie było w tym kontekście wątpliwości co do treści zobowiązania Renewal Art sp. z o.o., tym bardziej, że z żadnego innego fragmentu oferty, wyjaśnień czy też kosztorysu nie wynikało, by była to omyłka – nigdzie nie ma bowiem mowy o zaoferowaniu właściwego sposobu konserwacji, wymaganego przez Zamawiającego, jakim było czyszczenie strumieniem pary wodnej. Zamawiający nie miał zatem podstaw do nabrania wątpliwości co do jednoznaczności zobowiązań zawartych w ofercie. Rację ma również Zamawiający twierdząc, iż w tym wypadku nie mógł zastosować regulacji art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP. W tym kontekście należy podkreślić, iż wyjątkiem od zakazu dokonywania zmian w treści oferty, są przypadki wskazane w art. 223 ust. 2 PZP, zgodnie z którym, zamawiający poprawia w ofercie jedynie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. W przepisie tym, przez „omyłki” należy rozumieć niezamierzone działanie. W tym ostatnim przypadku, tj. zidentyfikowania innej niż pisarska lub rachunkowa omyłka, przyjmuje się, iż zamawiający jest zobowiązany poprawić ją tylko wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów składających się na ofertę (zob. wyr. KIO z 30 marca 2023 r., sygn. KIO 738/23). Co prawda, w niektórych przypadkach, w orzecznictwie Izby dopuszcza się skorzystanie z trybu wyjaśnień treści oferty celem ustalenia właściwego sposobu poprawienia oferty – lecz jak już wskazano, wezwanie do złożenia wyjaśnień jest uzasadnione dopiero wtedy, gdy Zamawiający ma wątpliwości co do treści oferty. Poza tymi przypadkami przyjmuje się, iż sposób, w jaki należałoby dokonać poprawy nie może wynikać wyłącznie z SWZ – wówczas bowiem nie można z pełnym przekonaniem stwierdzić, że doszło do omyłki. Zamawiający nie może domyślać się, w którym miejscu doszło do omyłki oraz w jaki sposób ją poprawić. Dla zastosowania ww. regulacji – sytuacja musi być jednoznaczna, tj. omyłka musi być obiektywnie dostrzegalna, zaś sposób w jaki należy ją poprawić nie może być konsekwencją innych działań, jak tylko porównania treści całej oferty i ustalenia jej spójności. Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający miał podstawy, by dostrzec tę rozbieżność i potraktować ją jako omyłkę. W kosztorysie Odwołującego, w dwóch pozycjach użyto do opisu czynności czyszczenia elewacji – materiałów w postaci roztworów detergentów, których zastosowanie w świetle SWZ jest niedopuszczalne.

Przy czym, w ocenie Izby, chybiony jest argument Odwołującego, iż w kosztorysie ujęto tylko nakłady na robociznę, lecz nie ujęto nakładów na materiały, toteż użyty w opisie ww. dwóch pozycji kosztorysowych materiał nie jest wiążący i nie może być podstawą uznania, że właśnie taki materiał Odwołujący zamierzał zastosować. Należy bowiem zwrócić uwagę, że wraz z kosztorysem, Odwołujący przedstawił Zamawiającemu zestawienie materiałów, w ramach którego wskazano w poz. 17 na detergent, zaś w poz. 114 na wodę przemysłową z rurociągu – tym samym, Odwołujący wskazał, że do wykonania zamówienia użyje zarówno detergentów, jak też wody. Zatem, jak trafnie podniósł Zamawiający, z żadnej części oferty, w tym z kosztorysu nie wynika, że wykonawca na gruncie konserwacji attyk zamierzał użyć środków wymaganych w SWZ lub równoważnych, w szczególności bowiem wykonawca ten nie złożył wraz z ofertą wypełnionego Załącznika nr 4 do SWZ „Tabela wybranych materiałów i wyrobów budowlanych zaoferowanych przez Wykonawcę.”

Chybiony był również argument o braku istotności poczynionych w kosztorysie błędów w skali całej oferty Odwołującego. Zdaniem Izby – jak już wskazano na gruncie uzasadnienia niniejszego wyroku do sprawy o sygn. KIO 814/24 – przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP nie pozwala na wartościowanie skali niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. Badając zgodność treści oferty z warunkami zamówienia, zamawiający bada zawartość (treść) merytoryczną oferty, a zatem zgodność oferowanych robót budowlanych z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia, w tym – jak w przedmiotowej sprawie – co do sposobu realizacji zamówienia, w tym zaoferowanych technologii i materiałów. W świetle tej regulacji, każda niezgodność jest powodem odrzucenia oferty, z wyjątkiem, o którym mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP, tj. omyłki, której poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Jak już wskazano, na gruncie

niniejszej sprawy nie mamy jednak do czynienia z omyłką w rozumieniu tej regulacji.

Błąd Renewal Art sp. z o.o. był na tyle istotny, że wskutek jego poprawienia zmieniłaby się treść zobowiązania wykonawcy w zakresie dotyczącym remontu attyk, co uznać należy za istotną zmianę. W orzecznictwie Izby przyjmuje się, iż w ww. trybie może dojść do poprawienia omyłek nawet wówczas, gdy doszłoby do zmiany ceny lub istotnych elementów umowy, w konsekwencji poprawienia omyłek nie może jednak dojść do zmiany treści zobowiązania wykonawcy. W niniejszej sprawie, Zamawiający wymagał bowiem, by wykonawca wykonał konserwację attyk w konkretny sposób, co miało znaczenie z uwagi na objęcie budynków Kancelarii programem konserwatorskim.

Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał również, że wskutek poprawienia omyłki nie zaszłaby konieczność zmiany ceny – jakkolwiek przedłożył dowody w postaci cenników innych wykonawców dotyczących czyszczenia strumieniem pary wodnej z agregatu z regulacją ciśnienia, to jednak nie wskazywały one na cenę zbliżoną z przedstawioną w kosztorysie (w ofercie cenowej z 7 września 2022 r. wskazano na cenę 6,70 zł/m² netto, zaś w pozostałych cennikach były to kwoty bliżej nieokreślone, od 4-5 zł w górę), Odwołujący nie wykazał również jaka jest cena czyszczeniem roztworami detergentów, tj. że cena ta jest inna niż wskazana w kosztorysie, skąd Zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do tego czy nie ma do czynienia z omyłką.

Tym samym, Zamawiający miał podstawy, by odrzucić ofertę Renewal Art Sp. z o.o., jako że wykonawca ten zaoferował wykonanie robót – w pewnym zakresie – niezgodnie z warunkami zamówienia. Niezgodność ta dotyczyła sposobu konserwowania (czyszczenia) attyk, tj. technologii i zastosowanych materiałów. Podnoszone przez Odwołującego fakty, że opis pozycji podpowiada się z automatu po wpisaniu pozycji katalogowej z przedmiaru narzuconego przez Zamawiającego, zaś kosztorysant nie dostał od Odwołującego polecenia zmiany materiału na roztwór detergentów, nie wystarczają do uznania, że treść oferty jest zgodna z warunkami zamówienia lub że zawiera jedynie nieistotne omyłki, podlegające poprawieniu. Istotne jest, że zaoferowane przez Odwołującego roboty – wynikające z przedstawionego przez niego kosztorysu – nie odpowiadały w całości warunkom zamówienia, zaś sprzeczności te nie mogły być usunięte w żadnym, dopuszczalnym na gruncie przepisów PZP trybie.

Jakkolwiek, rację ma Odwołujący, iż wydany w niniejszej sprawie wyrok Izby (sygn. akt 3290/22) wiąże wyłącznie co do nakazu odrzucenia oferty Monument Service, to jednak Izba w obecnym składzie podziela poglądy tam wskazane co do zasadności odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP, jeżeli w toku wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawca oświadczy (przedłoży dokumenty zawierające takie oświadczenia), że zamierza wykonać przedmiot zamówienia za pomocą innego rodzajowo materiału niż wymagany przez Zamawiającego.

W efekcie, również zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 16 pkt 1, 2 i 3 PZP w zw. z art. 239 ust. 1 PZP poprzez bezpodstawny wybór najkorzystniejszej oferty Przedsiębiorstwa Budowlano-Konserwatorskiego CASTELLUM Sp. z o.o. we Wrocławiu, jako konsekwencja zarzuconych naruszeń dotyczących bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego – okazał się bezzasadny. Skoro, Zamawiający miał podstawy, by odrzucić ofertę Odwołującego, to w pełni legalna była jego decyzja o wyborze oferty Przedsiębiorstwa Budowlano-Konserwatorskiego CASTELLUM Sp. z o.o. Nie było bowiem oferty, która byłaby korzystniejsza i nie podlegała odrzuceniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, w obu sprawach, na podstawie art. 552 ust. 1 i art. 554 ust. 1 PZP, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie 557 PZP oraz w oparciu o przepisy 1 w zw. z 8 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 pobieraniu wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437 ze zm.).

Przewodnicząca: