

WYROK

Warszawa, dnia 10 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2024 r. przez wykonawcę DEMIURG sp. z o.o., ul. Górnicza 2/143a; 60-107 Poznań, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Zbąszyń, ul. Porucznika Żwirki 1; 64-360 Zbąszyń, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - D.S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D.S. Firma Ogólnobudowlana DAW-BUD Kokorzyn, ul. Długa 7, 64-000 Kościan,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 2 odwołania.
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odrzucenie oferty wykonawcy D.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D.S. Firma Ogólnobudowlana DAW-BUD Kokorzyn, ul. Długa 7, 64-000 Kościan, powtórne badanie i ocenę ofert.
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Zbąszyń, ul. Porucznika Żwirki 1; 64-360 Zbąszyń i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę DEMIURG sp. z o.o., ul. Górnicza 2/143a; 60-107 Poznań tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę DEMIURG sp. z o.o., ul. Górnicza 2/143a; 60-107 Poznań - tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
 - 3.2. zasądza od zamawiającego Gminy Zbąszyń, ul. Porucznika Żwirki 1; 64-360 Zbąszyń na rzecz wykonawcy DEMIURG sp. z o.o., ul. Górnicza 2/143a; 60-107 Poznań kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę DEMIURG sp. z o.o., ul. Górnicza 2/143a; 60-107 Poznań - stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

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

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Zbąszyń- prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „*BUDOWA SZKOŁY PODSTAWOWEJ W NAĐNI DLA DZIECI Z NAĐNI, NOWEJ WISI I NOWEJ WSI ZBAĐOWOĐONYCH OBECNIE DO 2 SZKOŁ W NAĐNI (K.4-8) I NOWEJ WSI ZBAĐSKIEJ (K.>4) - ETAP 1*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z 26 stycznia 2024 roku, pod nr 2024/BZP 00070257/01.

21 marca 2024 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

26 marca 2024 roku, wykonawca DEMIURG sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wobec niezgodnych z ustawą czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegających na:

1. wadliwym wyborze oferty wykonawcy D.S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D.S. Firma Ogólnobudowlana DAW-BUD (dalej jako: „D.S.” lub „DAW-BUD”) jako najkorzystniejszej pomimo tego, że oferta ta jest niezgodna z SWZ i winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP,

ewentualnie

2. niezastosowania przez zamawiającego art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i braku dokonania poprawy oferty D.S. pomimo stwierdzenia w niej istotnych błędów i zmian w stosunku do przedmiarów załączonych przez zamawiającego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez DAW-BUD, pomimo iż załączone do oferty szczegółowe kosztorysy robót jednostkowych zostały niezgodnie z warunkami SWZ zmodyfikowane

i wykonawca ten oferuje przedmiot umowy niezgodny z SWZ i dokumentacją projektową, a tym samym oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą i winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,

ewentualnie w przypadku uznania przez Izbę, że dokonane zmiany treści oferty nie dyskwalifikują oferty DAW-BUD i

mogą zostać poprawione przez zamawiającego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp:

2)art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez brak dokonania przez zamawiającego poprawy błędów w załączniku do oferty, tj. w szczegółowym kosztorysie ofertowym

w zakresie w jakim wykonawca ten dokonał celowej i samodzielnej modyfikacji treści kosztorysów ofertowych,

Kosztorys architektura:

poz. 81, 118, 130, 134, 158 – zastosowano błędny nakład roboczogodziny względem załączonych przedmiarów

Kosztorys PZT:

w kosztorysie zastosowano różne stawki roboczogodziny. Na stronie tytułowej widnieje stawka roboczogodziny 28 zł, natomiast od pozycji 137 do 211 widnieje stawka 31 zł/rg,

poz. 18, 19, 24, 29, 36, 55, 212, 227 - zastosowano błędny nakład roboczogodziny względem załączonych przedmiarów,

poz. 30, 39 – zmieniono nakłady materiału względem załączonych przedmiarów,

Kosztorys Sanitarny:

poz. 148, 149, 150, 151, 152, 157, 158, 165, 186, 187 – zmieniono nakłady materiału względem załączonych przedmiarów,

3)art. 16 ustawy Pzp, poprzez brak zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców i zapewnienia możliwości porównania ofert i wyceny przez wykonawców tego samego przedmiotu zamówienia z takimi samymi nakładami rzeczowymi i osobowymi na poszczególne pozycje kosztorysowe.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności wyboru oferty DAW-BUD,
- 2)odrzućenia oferty DAW- BUD jako niezgodnej z treścią SWZ,
- 3)dokonanie ponownej oceny ofert niepodlegających odrzuceniu,
- 4)zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Oferta odwołującego jest ofertą na pozycji nr 2 w rankingu ofert opublikowanym przez zamawiającego pod względem przyjętych w treści SWZ kryteriów oceny ofert. Oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu, bowiem spełnia postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. W wypadku uwzględnienia odwołania, a następnie odrzucenia oferty DAW-BUD oferta odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą i wykonawca ten zostałby zaproszony do zawarcia umowy. Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, jednocześnie zaś w wyniku opisanych czynności zamawiającego naruszających przepisy ustawy Pzp oraz zaniechania wykonania czynności, do których zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy, może ponieść szkodę polegającą na utracie zysku wynikającego z pozyskania i realizacji przedmiotowego zamówienia. Nie może przy tym ulegać żadnej wątpliwości, że pomiędzy działaniem zamawiającego, a potencjalną szkodą wykonawcy występuje oczywisty adekwatny związek przyczynowy.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołanie wskazał, co następuje.

Wynagrodzenie wykonawcy zostało określonej jako wynagrodzenie kosztorysowe.

W ramach złożonej oferty wykonawcy zobowiązani byli do przedłożenia kosztorysu prac wraz z rozbiem ceny ofertowej na poszczególne zakresy robót. Rozbicie to winno uwzględniać koszty pośrednie, bezpośrednie oraz zysk wykonawcy. Opracowany przez wykonawców kosztorys winien oddawać całość oferowanego przedmiotu umowy jak i ustalenie jednostkowych ilości oraz cen poszczególnych zakresów prac.

W ramach postępowania jeden z wykonawców zadał pytanie „Czy zamawiający dopuszcza zmiany nakładów robocizny oraz materiałów w rozwinięciu pozycji kosztorysowych? Niektóre pozycje znacząco zawyżają wartość pozycji, co rzutuje na zawyżoną wartość inwestycji”.

Pismem z 22 lutego 2024 roku zamawiający wskazał, że „nie wyraża zgody na zaproponowaną zmianę”. Tym samym wykonawcy, w celu zapewnienia równych szans

w postępowaniu i możliwości porównywalności ofert, zobowiązani byli do wyceny przedłożonych wzorów kosztorysów bez możliwości modyfikacji ilościowej prac oraz nakładów pośrednich na poszczególne pozycje kosztorysowe.

W ocenie odwołującego oferta DAW-BUD jest niezgodna z SWZ, bowiem wykonawca ten dokonał modyfikacji poszczególnych pozycji kosztorysu oraz dokonał zmiany nakładów rzeczowych i godzinowych na poszczególne pozycje kosztorysowe. Wykonawca dokonał samodzielnej modyfikacji kosztorysów w poniższych zakresach, niezgodnie z wytycznymi wskazanymi w SWZ jak i odpowiedziach na pytania z 22 lutego 2024 roku.

Odwołujący w formie tabelarycznej dokonał porównania pozycji kosztorysowych oferty DAW-BUD zamieszczonych w szczegółowym kosztorysie ofertowym z treścią wzorcowego przedmiaru, który był załącznikiem do SWZ.

Odwołujący w swojej argumentacji powołał się na następujące orzeczenia KIO: wyrok z 12 stycznia 2022 roku, sygn. akt KIO 3725/21, z 24 maja 2023 r. sygn. akt KIO 1090/23, z 19 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 54/23, z 19 października 2021 r., sygn. akt: KIO 2753/21.

Odwołujący wskazał, że dokonane przez DAW-BUD modyfikacje treści szczegółowych kosztorysów ofertowych powodują, że oferta jest nieporównywalna w stosunku do pozostałych ofert, a przez to winna zostać w całości odrzucona jako niezgodna z SWZ. Co więcej, dokonane modyfikacje materiałów oraz ilościowe nakładów rzeczowych i osobowych na poszczególne pozycje kosztorysowe skutkuje, że zaoferowany celowo przedmiot zamówienia będzie niezgodny z treścią dokumentacji projektowej i wymaganiami zamawiającego. Przez to oferta DAW-BUD jako niemożliwa do poprawienia winna zostać odrzucona jako niezgodna z SWZ.

W ocenie odwołującego, zamawiający nie zweryfikował poprawności przedłożonego przez DAW-BUD kosztorysu ofertowego pod kątem występowania omyłek pisarskich, rachunkowych lub innych. Świadczy o tym fakt, że pomimo oczywistych błędów w tych szczegółowych kosztorysach ofertowych zamawiający nie dokonał żadnej poprawy tej oferty w oparciu

o przepis art. 223 ustawy Pzp, który nakłada na zamawiającego obowiązek dokonania poprawek błędów w ofercie, które powodują niezgodność oferty z dokumentami zamówienia, ale nie powodują jednocześnie zmian treści tej oferty. Zaniechanie wypełnienia dyspozycji tego przepisu skutkowało naruszeniem przepisów postępowania w sprawie zamówienia publicznego z czego czyniony jest zarzut odwołania. Oferta DAW-BUD zawiera błędy w szczegółowych kosztorysach ofertowych, które w toku postępowania winny, przy spełnieniu warunków ustawowych, zostać usunięte przez zamawiającego.

W ocenie odwołującego, działania zamawiającego podjęte w toku postępowania, stoją wprost w sprzeczności z treścią dyspozycji wynikających z przepisów ustawy Pzp, w tym w szczególności art. 239 oraz art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Za zupełnie bezpodstawną należy uznać czynności wyboru oferty DAW-BUD jako najkorzystniejszej. Dokładna analiza złożonej oferty winna skutkować stwierdzeniem przez zamawiającego błędów w kosztorysach szczegółowych ofertowych i modyfikacji poszczególnych pozycji kosztorysowych. Wykonawca ten niezgodnie z warunkami SWZ dokonał modyfikacji urządzeń przewidzianych do wbudowania, nakładów rzeczowych i godzinowych na poszczególne pozycje kosztorysowe. Tym samym dokonał zaburzenia konkurencyjności ofert jak i brak możliwości porównania w danych pozycjach kosztorysowych jego oferty z ofertami innych wykonawców, bowiem zaoferował inny przedmiot umowy niż oczekiwał zamawiający. Ostatecznie odwołujący wskazał, że w przypadku uznania, że dokonane modyfikacje kosztorysów ofertowych nie stanowią istotnej niezgodności oferty z SWZ i możliwe jest ich poprawienie, co odwołujący kwestionuje, to zamawiający winien był dokonać poprawy tej oferty w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zamawiający zaniechał tej obligatoryjnej czynności. Odwołujący podniósł, że dokonanie nieuprawnionej modyfikacji ofert ww. wykonawców stanowi naruszenie art. 16 ustawy Pzp. poprzez brak zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Co więcej, brak działań w celu zweryfikowania deklarowanych przez oferentów urządzeń i materiałów wskazują na brak zachowania proporcjonalności w prowadzeniu przedmiotowego postępowania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości, przy czym w części dotyczącej zarzutów naruszenia art. 16 Pzp odnośnie kosztorysu sanitarnego odwołanie jest całkowicie niezasadne, natomiast w pozostałej części, co do zarzutów dotyczących braku dokonania poprawy błędów na podst. art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w kosztorysie architektura oraz w kosztorysie PZT zamawiający wniósł o nakazanie Gminie dokonania wskazanych niżej poprawek oferty.

„Kosztorys architektura:

Po poprawieniu kosztorysów w zakresie nakładów rzeczowych i godzinowych w pozycjach wskazanych w odwołaniu stwierdza się, że wartość kosztorysu zmniejszy się o kwotę 86 900,87 zł brutto.

Kosztorys PZT:

Po poprawieniu kosztorysów w zakresie nakładów rzeczowych i godzinowych w pozycjach wskazanych w odwołaniu stwierdza się, że wartość kosztorysu zwiększy się o kwotę 44 851,42 zł brutto.

Ponadto informujemy, że w kosztorysie ofertowym dopuszcza się możliwość wprowadzenia różnych stawek roboczogodziny, omyłka dotyczy braku zapisu na stronie tytułowej obu cen roboczogodziny.

Kosztorys sanitarny:

Zmiana nakładów materiałów nie wpływa na zakres wykonania robót. Roboty należy wykonywać zgodnie z dokumentacją projektową, zmiana nakładów materiałów prawdopodobnie była motywowana szacowaniem zakresu robót w oparciu o dokumentację projektową (wykonawca uszczegółowił opis pozycji zawartych w przedmiarach). Zmiana nakładów materiałów nie zmieni ceny jednostkowej.

Reasumując po poprawieniu nakładów rzeczowych i godzinowych we wskazanych kosztorysach wartość oferty przedstawionej przez Wykonawcę zmniejszy się o kwotę 42 049,45 zł brutto

Zamawiający przeznaczył na wykonanie tego zamówienia 8 000 000 zł. Z uwagi, że budowa Szkoły jest zadaniem priorytetowym, dokonano zmian w budżecie, zwiększając plan do wartości wybranej oferty, która wynosiła 10 796 809,36 zł. Odrzucenie oferty, zgodnie

z żądaniem odwołującego, spowoduje konieczność unieważnienia postępowania,

a powtórzenie procedury grozi otrzymaniem ofert o jeszcze wyższych cenach. Podkreślić należy również, że zadanie realizowane jest w ramach Rządowego Funduszu Polski Ład, Program Inwestycji Strategicznych, gdzie terminarz wykorzystania przyznanych środków jest ściśle określony”.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych

w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego 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 stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia- odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w całości stanowisko odwołującego (za wyrokiem SO w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: *Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie z zasadą swobodnej oceny dowodów*”), wskazuje, co następuje.

Zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przy czym niezgodność treści oferty musi mieć charakter bezwzględny, co oznacza, że w zakresie w jakim niezgodność została stwierdzona wpływa ona bezpośrednio na możliwość porównania ofert oraz możliwości realizacji zamówienia według warunków ustalonych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania.

W powyższym zakresie należy podzielić tezy z orzeczeń powołanych przez odwołującego, w których Izba wyraźnie odniosła się do sytuacji związanych z porównaniem treści oferty

z warunkami zamówienia. I tak w wyroku o sygn. akt KIO 3725/21 Izba wskazała,

że: „Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP polega na niezgodności zobowiązania, co do którego wykonawca składa oświadczenie woli

w swojej ofercie, i przez jej złożenie przyjmuje do wykonania, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w SWZ i którego przyjęcia oczekuje od wykonawcy. Brak podania

w ofercie wymaganych wartości w danej pozycji kosztorysu ofertowego stanowi niezgodność, której doprowadzenie do zgodności z SWZ wymaga uzupełnienia w kosztorysie określonych informacji, które nie wynikają z treści oferty. (...)

Podkreślenia wymaga również, że brak stwierdzony w ofercie ww. wykonawcy dotyczy określenia ceny jednostkowej, która zgodnie

z SWZ jest elementem istotnym dla przyszłego zobowiązania umownego oraz do wyliczenia wynagrodzenia wykonawcy.

Brak podania wartości ceny jednostkowej powoduje dodatkowo, że niemożliwe jest ustalenie wynagrodzenia za wykonanie elementu umowy w toku jej realizacji. Jest to istotna niezgodność treści oferty wykonawcy z warunkami zamówienia.

Jednocześnie zauważyć należy, że uprawnienie zamawiającego do żądania od wykonawcy wyjaśnień nie może prowadzić do negocjacji z wykonawcą, w tym do dokonania zmiany

w treści złożonej oferty, z wyłączeniem przypadków uregulowanych w art. 223 ust. 2 p.z.p. Wyjaśnienia treści złożonej oferty ograniczać się mogą jedynie do wskazania sposobu rozumienia treści jakie zawiera złożona oferta. Zamawiający

nie może więc na podstawie wyjaśnień złożonych przez odwołującego dokonywać tak istotnych zmian w treści złożonej oferty jak dodanie treści, która nie została w niej zawarta”. Niedopuszczalnym jest interpretowanie przez zamawiającego postawionych wymagań na etapie złożonych ofert

i odpowiednie dostosowanie przyjętej interpretacji pod konkretnego wykonawcę. Zamawiający najpierw precyzuje swoje wymaganie w sposób jasny i klarowny, a dopiero po ich sprecyzowaniu i określeniu w SWZ bada złożone oferty w oparciu

o postawione warunki, nie zaś odwrotnie. Dlatego też czynność zamawiającego, polegająca na wyjaśnieniu

i uzupełnianiu oferty wykonawcy o elementy, które nie były w niej zawarte, należało uznać za nieprawidłową”.

Również w wyroku o sygn. akt KIO 1090/23 Izba wskazała, że: „Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia przejawia się nie tylko w niezgodności zobowiązania, co do którego wykonawca składa oświadczenie woli w swojej ofercie, i przez jej złożenie przyjmuje do wykonania, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w SWZ i którego przyjęcia

oczekuje od wykonawcy, ale także może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami warunków zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonymu w SWZ. Ponadto zastosowanie wskazanej przesłanki odrzucenia wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia”.

W wyroku o sygn. akt KIO 54/23 Izba wskazała, że: *„umyślne zastosowanie rozwiązania całkowicie odmiennego od wymagań zamawiającego nie może być traktowane jako omyłka w tym sensie, który nadaje jej przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp”.*

Z okoliczności przedmiotowej sprawy jednoznacznie wynika, że przystępujący – po stronie zamawiającego wykonawca DAW-BUD – zaoferował przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami/warunkami ustalonymi przez zamawiającego.

Powyższy fakt potwierdził sam przystępujący, który na pytanie Izby dotyczące przedmiotu oferty z poz. 148 – Kosztorys Sanitarny – pompa ciepła – oświadczył, iż przedmiotem jego oferty jest pompa ciepła o oznaczeniu WPL-S 48 HK 400 Premium, która legitymuje się mocą 68 kW, przy wymaganiu zamawiającego minimum 75 kW. Oznacza to, że przystępujący potwierdził, iż przedmiot jego oferty niezgodny jest z wymaganiami zamawiającego. Względem pozostałych parametrów z poz. 149 (zasobnik buforowy), poz. 150 (wymyenniki ciepła – uszczelki płaskie azbestowo-kauczukowe), poz. 158 (naczynia wzbiorcze – złącza Su) przystępujący nie zaprzeczył, że zarzut odwołującego jest niezasadny.

Zgodnie z przepisem art. 533 ust. 1 ustawy Pzp - nie wymagają dowodu fakty przyznane w toku postępowania odwoławczego przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy oraz zgodnie z przepisem art. 533 ust. 2 ustawy Pzp - gdy strona nie wypowie się co do twierdzeń strony przeciwnej o faktach, Izba, mając na uwadze wynik całej rozprawy, może fakty te uznać za przyznane.

Biorąc pod uwagę powyższe, uwzględniając za zasadną argumentację odwołującego, przy przyznaniu przez przystępującego przynajmniej jednego z zarzutów i nie zaprzeczeniu pozostałych zarzutów dotyczących parametrów technicznych oferowanego rozwiązania, Izba stwierdziła, że oferta przystępującego nie jest zgodna z warunkami zamówienia i podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu nr 2, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w tym zakresie, gdyż zamawiający uwzględnił ten zarzut, a przystępujący nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tego zarzutu przez zamawiającego.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:.....