

WYROK

Warszawa, dnia 26 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Elżbieta Dobrenko

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 kwietnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: CARBOSPEC M. Jaśniok Spółka Jawna

z siedzibą w Paniówkach, PLASTON-P Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, DPMTECH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku, SIEMAG TECKERG Pols Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez Jastrzębską Spółkę Węglową Spółka Akcyjna z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju

przy udziale uczestnika po stronie odwołującego – wykonawcy Elektrometal Spółka Akcyjna z siedzibą w Cieszynie oraz przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Centrum Hydrauliki DOH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu, Termospec Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żorach

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu: ii, iii oraz iv odwołania,
2. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu i odwołania i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności poprawienia, na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, oferty (Kosztorysu) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Centrum Hydrauliki DOH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu, Termospec Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żorach w pozycjach: 1.28 oraz 1.29, powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3.600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 51,00 złote (słownie: pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy), poniesioną przez odwołującego tytułem opłat skarbowych od pełnomocnictw, kwotę 1192,00 złote (słownie: tysiąc sto dziewięćdziesiąt dwa złote zero groszy), poniesioną przez odwołującego tytułem kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i rozprawę oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 19 843 zł 00 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy osiemset czterdzieści trzy złote zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, opłat skarbowych od pełnomocnictw oraz kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie i rozprawę.

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 1245/24

Uzasadnienie

Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju, dalej: „Zamawiający” prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest zaprojektowanie, dostawa i zabudowa części dolowej Układu Klimatyzacji Centralnej o mocy

chłodniczej 7,2 MW z możliwością rozbudowy do 10,8 MW w JSW S.A. KWK „Knurów – Szczygłowice” Ruch Knurów dalej: „Postępowanie”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 sierpnia 2023 r. pod numerem 2023/S 161-509156.

W dniu 12 kwietnia 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: CARBOSPEC M. Jaśniok Spółka Jawna z siedzibą w Paniówkach, PLASTON-P Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chorzowie, DPMTECH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku, SIEMAG TECKERG Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach wnieśli odwołanie na czynności i zaniechania Zamawiającego, polegające na:

i. uznaniu, że oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

1/ Centrum Hydrauliki DOH sp. z o.o., ul. Konstytucji 148, 41-906 Bytom (Lider Konsorcjum), 2/ Termospec sp. z o.o. ul. Górnicza 10, 44-240 Żory (Członek Konsorcjum) (dalej jako: „Konsorcjum DOH”) zawiera omyłkę inną niż pisarska lub rachunkowa, polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia oraz uznanie, że jej poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, a w konsekwencji na nieuprawnionym poprawieniu tej omyłki w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp, czym Zamawiający naruszył ten przepis

ewentualnie

ii. uznaniu, że oferta Konsorcjum DOH zawiera oczywistą omyłkę pisarską a w konsekwencji poprawieniu tej omyłki w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 1) Pzp, czym Zamawiający naruszył ten przepis,

iii. braku odrzucenia oferty Konsorcjum DOH, pomimo że oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia, czym Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp,

iv. zaproszeniu Konsorcjum DOH do udziału w aukcji elektronicznej, pomimo tego, że oferta Konsorcjum DOH podlega odrzuceniu, czym Zamawiający naruszył art. 232 ust. 1 Pzp.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zaproszenia do aukcji;
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia przeprowadzonej aukcji elektronicznej, w przypadku gdyby Zamawiający przeprowadził aukcję z udziałem Konsorcjum DOH przed rozpatrzeniem odwołania;
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności poprawiania treści oferty Konsorcjum DOH w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp lub ewentualnie w trybie art. 223 ust. 2 pkt 1) Pzp;
- nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty Konsorcjum DOH jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że jednym z oświadczeń, które wykonawcy byli zobligowani przedłożyć wraz z ofertą, był kosztorys sporządzony w oparciu o wzór stanowiący załącznik nr 4 do Formularza ofertowego Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako: „SWZ”), którego wzór stanowił załącznik nr 2 do SWZ (dalej jako: „Załącznik nr

4 do FO”). W Załączniku tym wykonawcy mieli wycenić poszczególne elementy przedmiotu zamówienia, określone przez Zamawiającego. Wykonawcy nie byli uprawnieni do dokonywania modyfikacji treści tego Załącznika.

Treść Załącznika nr 4 do FO była przez Zamawiającego dwukrotnie zmieniana:

- dnia 01.12.2023 r. oraz
- dnia 02.02.2024 r.

Pierwsza zmiana dotyczyła pkt III, w którym dodano nową pozycję nr 6. Wykonawca według tej pozycji miał wycenić przeprowadzenie szkolenia pracowników w 5 terminach w trakcie prowadzenia 30-dniowych prób ruchowych, o którym mowa w pkt. 3.2.1. ppkt. 21 Specyfikacji technicznej.

Druga zmiana dotyczyła poz. 1.28 oraz 1.29 w pkt II.

Pierwotna treść poz. 1.28 oraz 1.29 w pkt II była następująca:

II. Dostawa fabrycznie nowych elementów Układu Klimatyzacji Centralnej o mocy chłodniczej

7,2 MW z możliwością rozbudowy do 10,8 MW (część dołowa)

- 1.28. Rury preizolowane o łącznej długości 20 465 mb w tym: Ø150 - 11 119mb; Ø200 - 9 146 mb; Ø250 - 200 mb (Tab. 1 + Tab.2)* - 1 kpl.;
- 1.29. Rury nieizolowane o łącznej długości 20 465 mb w tym: Ø150 - 11 119mb; Ø200 - 9 146 mb; Ø250 - 200 mb (Tab. 1 + Tab.2)* - 1 kpl.

Natomiast po dokonaniu zmiany w dniu 02.02.2024 r.:

II. Dostawa fabrycznie nowych elementów Układu Klimatyzacji Centralnej o mocy chłodniczej 7,2 MW z możliwością rozbudowy do 10,8 MW (część dołowa)

- 1.28. Rury preizolowane o łącznej długości 20 465 mb w tym: Ø150 – 9 339 mb; o średnicy nie mniejszej niż Ø200 i nie większej niż Ø250 – 10 926 mb; o średnicy nie mniejszej niż Ø250 i nie większej niż Ø300 - 200 mb (Tab. 1 +

Tab.2)* - 1 kpl.

1.29Rury nieizolowane o łącznej długości 20 465 mb w tym: Ø150 - 9 339 mb; o średnicy nie mniejszej niż Ø200 i nie większej niż Ø250 - 10 926 mb; o średnicy nie mniejszej niż Ø250 i nie większej niż Ø300 - 200 mb (Tab. 1 + Tab.2)* - 1 kpl.

Składając ofertę, wykonawcy byli zobligowani do wyceny poz. II.1.28 oraz II.1.29 Załącznika nr 4 do FO zgodnie z treścią nadaną mu zmianą z dnia 02.02.2024 r.

Konsorcjum DOH złożyło wraz z ofertą nieaktualny Załącznik nr 4 do FO, tj. zgodnie z jego treścią przed zmianą SWZ dokonaną 02.02.2024 r. Złożony przez tego wykonawcę Załącznik nr 4 do FO zawiera w pkt II.1.28 oraz w pkt II.1.29, co spowodowało, że nie obejmuje on wymaganego, nowego przedmiotu zamówienia, a tym samym nie zawiera wyceny prawidłowego (całego) przedmiotu zamówienia.

Dowód: oferta Konsorcjum DOH – w aktach Postępowania – na okoliczność wykazania przedłożenia przez Konsorcjum DOH Załącznika nr 4 do FO dla przedmiotu zamówienia sprzed zmiany SWZ dokonanej w dniu 02.02.2024 r.

W dniu 01.03.2024 r. Zamawiający na wniosek Odwołującego przekazał mu ofertę Konsorcjum DOH. W związku z zauważoną niezgodnością oferty Konsorcjum DOH w zakresie Załącznika nr 4 do FO, Odwołujący w dniu 06.03.2024 r. wystosował do Zamawiającego pismo wskazujące na tę nieprawidłowość.

Dowód: pismo Odwołującego z dnia 06.03.2024 r. – w aktach Postępowania – na okoliczność wykazania, iż Odwołujący zwracał uwagę Zamawiającego na niezgodność treści oferty Konsorcjum DOH z SWZ.

Zamawiający pozostawił przedmiotowe pismo bez odpowiedzi względem Konsorcjum. Odwołujący wskazał powyżej, że w dniu 03.04.2024 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu Pismo 1 Konsorcjum DOH oraz Pismo 2 Konsorcjum DOH. Z treści pierwszego z Pism wynika:

„W związku z otrzymanym pismem nr ZWP-PPU.261-29.212/24 z dnia 12.03.2024 oświadczam, iż załączając do oferty Konsorcjum firm Centrum Hydrauliki DOH Sp. z o.o. oraz Termospec Sp. z o.o. Załącznik nr 4 do Formularza Ofertowego w pkt. II.1.28 i II.1.29 doszło do niezamierzonej omyłki. Niniejszym potwierdzamy, iż ceny z poz. II.1.28 i II.1.29 Kosztorysu obejmują dostawę zgodną ze zmodyfikowaną i aktualną wersją Kosztorysu. W związku z wieloma zmianami zapisów SWZ, Wymagań Technicznych oraz Załącznika nr 4 do Formularza Ofertowego przez omyłkę został dołączony do oferty Załącznik nr 4, którego nazwa elementu rozliczeniowego w pozycjach pkt. II.1.28 i II.1.29 jest niezgodna z aktualną wersją tego załącznika. Kalkulacja kosztów sporządzona przez Konsorcjum firm Centrum Hydrauliki DOH Sp. z o.o. oraz Termospec Sp. z o.o. uwzględnia dostawę do Zamawiającego zgodnie z aktualnym zakresem Wymagań Technicznych do niniejszego postępowania przetargowego.

Zaistniała omyłka pisarska w żaden sposób nie wpływa na zmianę złożonego do postępowania Formularza Ofertowego.

Dowód: Pismo 1 Konsorcjum DOH – w aktach Postępowania – na okoliczność wykazania treści ww. Pisma.

Z kolei z Pisma 2 Konsorcjum DOH:

„W związku z otrzymanym pismem nr ZWP-PPU.261-29.221/24 z dnia 20.03.2024 jako Pełnomocnik Konsorcjum firm Centrum Hydrauliki DOH Sp. z o.o. oraz Termospec Sp. z o.o. wyrażamy zgodę na poprawienie w ofercie omyłki zgodnie z treścią pisma ZWP-PPU.261-29.221.”

DOWÓD: Pismo 2 Konsorcjum DOH – w aktach Postępowania – na okoliczność wykazania treści ww. Pisma.

Pomimo braku wglądu w treść Pisma 1 Zamawiającego oraz Pisma 2 Zamawiającego, z uwagi na treść Pism 1 i 2 Konsorcjum DOH oraz tytułów plików, w których zamieszczono te Pisma, Odwołujący domniemywał, że w Piśmie 1 Zamawiający wezwał Konsorcjum DOH do złożenia wyjaśnień treści oferty tego Konsorcjum w zakresie niezgodności treści pkt II.1.28 oraz pkt II.1.29 Załącznika nr 4 do FO. Odwołujący przypuszczał, że Zamawiający wezwał do wyjaśnień, z jakiego powodu Konsorcjum DOH złożyło wraz ze swoją ofertą nieaktualny Załącznik nr 4 do FO. Z kolei w Piśmie 2 Zamawiający zapewne poinformował Konsorcjum DOH o poprawieniu w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp treści pkt II.1.28 oraz pkt II.1.29 Załącznika nr 4 do FO na zgodną z jego treścią po zmianie dokonanej przez Zamawiającego w dniu 02.02.2024 r. Ponadto, z uwagi na wyrażenie zgody na poprawienie omyłki przez Konsorcjum DOH w jego Piśmie 2, Odwołujący domyślał się, że Zamawiający w oparciu o art. 223 ust. 3 Pzp wyznaczył temu wykonawcy termin na wyrażenie zgody na poprawienie w jego ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia.

Dowód: Pismo 1 i Pismo 2 Zamawiającego – w aktach Postępowania – na okoliczność wykazania, czynności dokonanych przez Zamawiającego, a podnoszonych przez Odwołującego jako niezgodne z Pzp.

Zakładając, że Zamawiający uznał przedłożenie niezgodnego z treścią SWZ Załącznika nr

4 do FO za inną omyłkę, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp i dokonał jej poprawienia w trybie przewidzianym tym przepisem poprzez zmianę treści oferty Konsorcjum DOH

w zakresie poz. II.1.28 oraz poz. II.1.29 Załącznika nr 4 do FO na treść nadaną temu Załącznikowi zmianą SWZ w dniu 02.02.2024 r., Odwołujący uznał, że Zamawiający dokonał tych czynności w sposób nieuprawniony, niezgodny z Pzp.

Warunkiem dopuszczalności skorzystania przez Zamawiającego z procedury określonej w art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp jest stwierdzenie, że łącznie spełnione są następujące przesłanki:

- oferta jest niezgodna z treścią dokumentów zamówienia,
- niezgodność ta stanowi omyłkę inną niż oczywista omyłka pisarska lub rachunkowa,
- poprawienie tej innej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowej sprawie oczywistym jest, że przedłożony wraz z ofertą przez Konsorcjum DOH Załącznik nr 4 do FO jest niezgodny z dokumentami zamówienia, gdyż jego treść w poz. II.1.28 oraz II.1.29 jest inna niż treść tego Załącznika po zmianie dokonanej przez Zamawiającego w dniu 02.02.2024 r.

Zgodnie z treścią oświadczenia Konsorcjum DOH zawartą w Piśmie 2 tego wykonawcy niezgodność ta jest omyłką, choć Odwołujący nie zgodził się z tym, iż jest to omyłka pisarska. Nie jest to z pewnością omyłka rachunkowa. A skoro omyłka nie jest ani pisarską, ani rachunkową, rozważyć należało, czy jest tzw. inną omyłką, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp.

Nie każda inna omyłka może zostać poprawiona w trybie ww. przepisu Pzp.

„Drugim warunkiem poprawienia omyłki jako innej jest nieistotność zmian treści oferty, jakie pociąga za sobą dokonanie poprawy [pierwszym jest niezgodność z treścią dokumentów zamówienia – wyjaśnienie Odwołującego]. Zasadniczo w orzecznictwie przyjmuje się, że

o tym, czy poprawienie omyłki powoduje istotne zmiany w treści oferty, decyduje nie fakt, czy omyłka dotyczy istotnych elementów zamówienia, ale to, czy w istotny sposób zmienia się oświadczenie woli wykonawcy zawarte w ofercie. Tym samym możliwe jest poprawienie omyłek skutkujących zmianą ceny oferty czy wpływających bezpośrednio na wybór oferty najkorzystniejszej, jeśli tylko czynność ta przywraca zniekształconą na skutek omyłki treść zamierzonego oświadczenia woli wykonawcy.”

W ocenie Odwołującego poprawienie omyłki przez Zamawiającego w treści oferty Konsorcjum DOH, o którym to poprawieniu i jego sposobie Zamawiający poinformował tego wykonawcę

w Piśmie 2 Zamawiającego, spowodowało istotne zmiany w treści oferty Konsorcjum DOH. Wykonawca ten zaoferował zupełnie inny przedmiot zamówienia niż oczekiwał tego Zamawiającego. Oferta Konsorcjum DOH dotyczyła innych średnic rur oraz innego metrażu poszczególnych rodzajów rur, a także zawiera braki w zaoferowaniu, jak i wycenie rur o średnicy nie mniejszej niż 250 mm i nie większej niż 300 mm.

Przedkładając Załącznik nr 4 do FO według treści sprzed zmiany SWZ dokonanej w dniu 02.02.2024 r., Konsorcjum DOH zaoferowało:

- więcej rur Ø150 niż było wymagane (Zamawiający wymagał zaoferowania i wyceny 9 339 mb, a Konsorcjum DOH zaoferowało i wyceniło 11 119 mb), zatem w tym zakresie przedmiot oferty jest niezgodny z wymaganiami Zamawiającego;
- mniej rur Ø200 (Zamawiający wymagał zaoferowania i wyceny 10 926 mb, a Konsorcjum DOH zaoferowało i wyceniło 9 146 mb), co również oznacza, że jego oferta jest niezgodna z treścią SWZ. W tym miejscu należy zaznaczyć, że w tym zakresie Konsorcjum DOH nie uwzględniło w swojej ofercie i nie wyceniło w ogóle 9 146 mb rur o średnicy większej niż Ø200 i nie większej niż Ø250;
- 200 mb rur wyłącznie Ø250, co oznacza, że nie zaoferowano i nie wyceniono rur o średnicy większej niż 250 mm i nie większej niż Ø300, co również powoduje, że w tym zakresie oferta Konsorcjum DOH dotyczy innego przedmiotu zamówienia niż oczekiwał tego Zamawiającego.

O istotności zmiany dokonanej w ofercie stanowi również sam fakt zmiany treści Załącznika nr 4 do FO przez Zamawiającego. Gdyby nowa treść poz. II.1.28 oraz II.1.29 tego Załącznika nie była dla Zamawiającego istotna z punktu widzenia treści oferty i oferowanego przedmiotu zamówienia, Zamawiający nie dokonałby tej zmiany. Zamawiający natomiast zmienił zarówno liczbę metrów bieżących oferowanych rur, ich średnice, a także wprowadził obowiązek wyceny całkiem nowego rodzaju rur, tj. rur o średnicy przekraczającej 250 mm jednak nie większej niż 300 mm. Brak wprowadzenia tych zmian prowadziłby do niespójności w treści dokumentów zamówienia. Zamawiający, w dniu 02.02.2024 r. wprowadził istotne zmiany do Załącznika

nr 1 do SWZ (Specyfikacja techniczna), do pkt 6.1.6, w zakresie doszczegółowienia parametrów technicznych dotyczących możliwości rozbudowy mocy chłodniczej do 10,8 MW o parametr przepływu (zwiększenie przepustowości), który został określony na poziomie 501,94 m³/h. Konsekwencją zwiększenia przepływu (zwiększenie przepustowości) z 334,63 m³/h do 501,94 m³/h była konieczność zwiększenia średnic rurociągów z uwagi na wzrost prędkości medium, a co za tym idzie wzrost oporów przepływu. Ta zależność fizyczna z punktu widzenia technicznego i projektowego wymaga od wykonawcy zaprojektowania i dostarczenia rurociągów w niektórych obszarach kopalni o średnicach większych niż przywołane

w Załączniku nr 4 do FO przed zmianą dokonaną w dniu 02.02.2024 r. (np. większą niż 250 mm). Zmiana treści przedmiotowego Załącznika uwzględnia tę istotną zmianę, określając większy parametr średnicy rurociągów.

Dodatkowym argumentem świadczącym o istotności zmiany dokonanej w ofercie Konsorcjum DOH w wyniku

poprawienia przez Zamawiającego treści poz. II.1.28 oraz II.1.29 Załącznika nr 4 do FO jest okoliczność, iż dopiero na etapie realizacji umowy, w fazie prac nad Projektem Technicznym, wykonawca będzie mógł na 100% rzetelnie stwierdzić, czy oraz jakiej konkretnie długości rury będzie musiał zastosować do realizacji przedmiotu zamówienia. Dotyczy to zarówno rur o średnicy większej niż 250 mm i nie większej niż 300 mm, jak i rur o tolerancji średnicy w przedziale 200-250 mm (tj. zmiana z rur Ø200 - 9 146 mb na rury o średnicy nie mniejszej niż Ø200 i nie większej niż Ø250 – 10 926 mb).

Wykonawcy nie otrzymali od Zamawiającego podstawowych informacji dotyczących projektowanych wyrobisk górniczych, w których sieć rurociągów będzie zabudowana (w tym przede wszystkim map lokalizacyjnych, które pokazałyby, gdzie dokładnie ma przebiegać instalacja stanowiąca przedmiot zamówienia). Tym samym wykonawcy przed upływem terminu składania ofert nie byli w stanie w sposób jednoznaczny i rzetelny, a nawet w sposób uprawdopodobniający, dokonać obliczeń wydajności i strat. W konsekwencji wykonawcy nie mogli jednoznacznie dobrać (a tym samym zaoferować i wycenić) średnic rurociągów, które faktycznie zostaną przyjęte w Projekcie Technicznym, a tym samym dostarczone

i zamontowane. Musieli bazować na parametrach wymaganych przez Zamawiającego, które w pewnych zakresach dopuszczają tolerancję średnic (tj. rury o średnicy nie mniejszej niż Ø200 i nie większej niż Ø250 – 10 926 mb oraz rury o średnicy nie mniejszej niż Ø250 i nie większej niż Ø300 - 200 mb). Na etapie wyceny oferty, mając do dyspozycji ograniczony zakres danych, wykonawca działający z należytą starannością, w oparciu o swoją wiedzę

i doświadczenie, uwzględniając przedziały tolerancji średnic poszczególnych rur narzucone przez Zamawiającego oraz wymaganą liczbę mb rur, powinien był poczynić założenia projektowe, które przewidują zastosowanie większych średnic rurociągów (tj. 250 mm

i 300 mm) oraz armatury w wybranych rejonach zakładu górniczego. Wymaga podkreślenia, że dobór odpowiednich średnic rur, armatury i akcesoriów ma bezpośredni wpływ na sprawność w działaniu całej infrastruktury klimatyzacji grupowej poczynawszy od budowanej już stacji powierzchniowej, w której wytwarzane będzie medium chłodzące (woda lodowa), kończąc na chłodnicach powietrza (wymiennikach) w odległych rejonach wyrobisk górniczych na dole kopalni. Brak kompleksowego uwzględnienia warunków złożonego procesu „transportu” chłodu rurociągami w całej jego rozciągłości od stacji powierzchniowej do wyrobisk górniczych może skutkować nie spełnieniem podstawowych parametrów całego układu klimatyzacji. Odwołujący, jako projektant infrastruktury różnych instalacji rurowych wskazywał Zamawiającemu na problem prędkości przepływu oraz oporów ruchu w instalacji (co ma związek m. in. z zastosowaniem rur o odpowiedniej średnicy). Zamawiający rozszerzając (zwiększając) możliwość dostarczenia rurociągów o większej średnicy częściowo uwzględnił uwagi Odwołującego, zmieniając zapisy w SWZ, w tym w treści Załącznika nr 4 do FO. Konsorcjum DOH nie uwzględniło w swojej ofercie liczby metrów bieżących rur

o wymaganej przez Zamawiającego średnicy. Co więcej, nie uwzględniło w ogóle rur

o średnicy większej niż 250 mm i nie większej niż 300 mm (przed zmianą Załącznika nr 4 do FO Zamawiający wymagał zaoferowania wyłącznie rur o średnicy 250 mm i takie też wykonawca zaoferował), co powoduje, że zaoferował przedmiot zamówienia niezgodny z dokumentami zamówienia, co z kolei powoduje, że jego wycena jest również nieprawidłowa.

Co prawda Zamawiający nie wymagał wskazania w ofercie konkretnego rodzaju oferowanej rury (gdyż jak Odwołujący wskazał powyżej – ustalenie konieczności zastosowania konkretnej średnicy rur będzie możliwe w sposób jednoznaczny dopiero na etapie projektowania), niemniej wymagał, aby wycenić 10 926 mb rur o średnicy nie mniejszej niż Ø200 i nie większej niż Ø250 oraz 200 mb rur o średnicy w przedziale 250 mm-300 mm. Tolerancja w średnicach rur została przewidziana m. in. właśnie na wypadek, gdyby okazało się, że np. zastosowanie rur o średnicy większej niż 250 mm a nie większej niż 300 mm jest konieczne. Wykonawca DOH nie uwzględnił tego w swojej ofercie, gdyż zastosował nieprawidłowy Załącznik nr 4 do FO, który w ogóle nie przewidywał obowiązku zaoferowania i uwzględnienia rur o takiej tolerancji średnic rur. Poprawienie przez Zamawiającego omyłki w poz. II.1.28 oraz II.1.29 stanowiło istotną ingerencję w treść oferty, gdyż spowodowało, że została istotnie zmieniona treść oferty Konsorcjum DOH, poprzez wprowadzenie do niej nowego przedmiotu zamówienia, tj. rur o tolerancji średnic 200-250 mm w liczbie 10 926 mb oraz rur o średnicy większej niż 250 mm a nie większej niż 300 mm (tj. rur, których Konsorcjum DOH w ogóle nie ujęło w swojej ofercie).

Odwołujący podkreślił, że fakt, iż wykonawca realizujący zamówienie dopiero na etapie sporządzania Projektu Technicznego (tj. dopiero po zawarciu umowy) będzie miał możliwość jednoznacznego i rzetelnego określenia długości i średnicy rur nie oznacza dowolności

w przyjmowaniu parametrów rur (w tym ich średnicy i długości), w tym na potrzeby sporządzenia oferty. Zamawiający narzucił określone parametry i długości, wskazał pewne tolerancje min. i max, co oznacza, że wykonawca był zobligowany zaoferować i wycenić te wymagane przez Zamawiającego parametry.

Konsorcjum DOH przedkładając nieprawidłowy Załącznik nr 4 do FO wraz z ofertą, nie zaoferowało wymaganego przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia, nie wyceniło go,

a poprawienie tego działania, nie może nastąpić w zgodzie z przepisami Pzp, z uwagi na istotność tego błędu.

Powyższe mogło mieć również w ocenie Odwołującego wpływ na prawidłową wycenę oferty.

Po pierwsze należy wskazać, że zasada wyceny rurociągów opiera się na kalkulacji kosztów surowców potrzebnych do wytworzenia jednej sztuki, kosztów produkcji i kosztów ogólnowydziałowych. Rury o większej średnicy są droższe niż te o średnicy mniejszej. Wynika to m.in. z cen surowców użytych do produkcji. Brak wyceny w ofercie Konsorcjum DOH rur o średnicy większej niż 250 mm a nie większej niż 300 mm oraz brak wyceny przewidzianych przez Zamawiającego 10 926 mb rur o średnicy większej niż 200 mm, a nie większej niż 250 mm, spowodował zaniżenie ceny oferty tego wykonawcy. Prawidłowa wycena oferty w tym zakresie powinna być zdaniem Odwołującego wyższa (gdyż uwzględniałaby większą liczbę mb rur o większej średnicy, czyli droższych). Z uwagi na okoliczność, iż dwóch spośród czterech członków Konsorcjum Odwołującego to producenci rur, Odwołujący wskazuje, że różnica w cenie dla rur o większej średnicy może wynosić nawet 20%. Zdaniem Odwołującego tak istotny wpływ na prawidłową wycenę oferty dodatkowo potwierdza, że omyłka Konsorcjum DOH miała charakter istotnej, a jako taka nie podlegała poprawieniu.

Po drugie, montaż rur wymaga zastosowania niezbędnego „osprzętu”. Przykładowymi elementami koniecznymi do zamontowania rury są śruby, zawiesia, opaski, łańcuchy. Elementy te wykonawcy mieli wycenić w poz. II.1.24 oraz II.1.25 Załącznika nr 4 do FO. Zgodnie z opisem poz. II.1.24 wycenie podlegały: „Śruby, zawiesia, opaski, łańcuchy, uszczelki elementy drobne do zabudowy rurociągu wody lodowej oraz powrotnej - w ilości sztuk oraz o parametrach techniczno-użytkowych według uzyskanych obliczeń oraz dokumentacji technicznej producenta rur dostarczonych do zabudowy” a w poz. II.1.25: „Kolana, kliny, trójniki, zasuwy do zabudowy rurociągu wody lodowej oraz powrotnej - w ilości sztuk według uzyskanych obliczeń”. Zastosowanie rur o większej średnicy pociąga za sobą konieczność zastosowania „osprzętu” niezbędnego do montażu tych rur o innych parametrach, a także w większej ilości.

Konsorcjum DOH zaoferowało i wyceniło liczbę mb rur o średnicach określonych w Załączniku nr 4 do FO według treści przed jego zmianą, a poz. II.1.24 oraz II.1.25 z uwzględnieniem parametrów i liczby mb rur określonych w poz. II.1.28 i II.1.29. Należy zatem przypuszczać, że nie uwzględniło „osprzętu” rur według ich zmienionych w dniu 02.02.2024 r. parametrów i liczby mb (brak w przedmiocie oferty), a także nie wyceniło tych elementów. Również i ta okoliczność wskazuje, że zmiana treści oferty Konsorcjum DOH dokonana w wyniku poprawienia omyłki przez Zamawiającego była istotna, gdyż miała również wpływ na wycenę „osprzętu” zaoferowanego przez Konsorcjum DOH. Odwołujący przeanalizował koszty montażu rurociągów (tj. Załącznik nr 4 do FO, poz. III.2 i III.3) i wskazał, że Konsorcjum DOH zaoferowało w tym zakresie ceny montażu rurociągów nieizolowanych oraz preizolowanych, które istotnie odbiegają od ofert innych wykonawców.

Podanie znacznie niższej ceny montażu rurociągów świadczyć mogło o tym, że do wyceny rurociągów preizolowanych i nieizolowanych Konsorcjum DOH przyjęło mniejsze średnice rurociągów i nieprawidłową liczbę mb rur (tzn. nie takich, jak wymaga po zmianach Załącznika nr 4 do FO Zamawiający).

Odwołujący nadmieniał, że wycenę montażu rurociągów oblicza się przyjmując odpowiednie średnice rurociągów, ich ciężar, liczbę śrub do skręcenia połączenia kołnierзового, itd. Czym większa średnica rurociągów, tym większy ciężar, większa ilość prac przy połączeniach kołnierзовых, itd. Konsorcjum DOH zaoferowało więcej rur o średnicy 150 mm, mniej rur

o średnicy nie mniejszej niż 200 mm, w wymaganym przez Zamawiającego zakresie 9 146 mb nie zaoferowało rur o średnicy większej niż 200 mm i nie większej niż 250 mm i nie zaoferowało 200 mb rur o średnicy większej niż 250 mm i nie większej niż 300 mm, co przekłada się na wycenę montażu rurociągów (tj. Załącznik nr 4 do FO poz. III.2 i III.3). Kwoty zaoferowane

w tych zakresach przez Konsorcjum DOH są najniższe ze wszystkich złożonych

w Postępowaniu ofert. Zdaniem Odwołującego świadczy to o błędnym przyjęciu do wyceny montażu rurociągów nieprawidłowych średnic oraz liczby mb rur sprzed zmiany SWZ z dnia 02.02.2024 r., a tym samym, co istotne dla przedmiotowego odwołania, świadczy o tym, że poprawienie omyłki przez Zamawiającego było nieuprawnione, gdyż miało istotny wpływ na treść oferty Konsorcjum DOH. Reasumując, Odwołujący wskazał, że zmiana Załącznika nr 4 do FO w pozycji poz. II.1.28 oraz II.1.29 jest bardzo istotna dlatego, że pozycje te są największymi pozycjami cenotwórczymi w całym kosztorysie, a ponadto ich prawidłowa wycena przekłada się na wycenę innych pozycji Załącznika nr 4 do FO oraz na możliwość zastosowania wymaganych przez Zamawiającego rur o określonych średnicach i długościach w przyszłym Projekcie Technicznym. Proste, jak należy domniemywać, w ocenie Zamawiającego, poprawienie omyłki polegające na zmianie treści zawartej w poz. II.1.28 oraz II.1.29 Załącznika nr 4 do FO z tej sprzed dnia 02.02.2024 na tę nadaną zmianą w tym dniu pociąga za sobą jednak bardzo istotne konsekwencje dla całej oferty Konsorcjum DOH. Powinno się de facto przełożyć na wyjaśnienia treści oferty w innych zakresach, tj. poz. II.1.24, II.1.25, III.2 oraz III.3 Załącznika nr 4 do FO, w szczególności co do tego, czy cena oferty

w tych pozycjach po dokonaniu poprawienia omyłki obejmuje „osprzęt” oraz montaż rur

o prawidłowej średnicy i według prawidłowej liczby mb. Odwołujący podkreślił, że nie stawia zarzutu w zakresie zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, a podnosi te kwestie jedynie dla uwypuklenia znaczenia

zmian dokonanych w wyniku poprawienia omyłki przez Zamawiającego.

Powyższe przesądza o tym, że poprawienie przez Zamawiającego omyłki w ofercie Konsorcjum DOH spowodowało istotną zmianę w treści oferty tego wykonawcy, a co za tym idzie, naruszyło przepis art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp.

Naruszenie to może mieć wpływ na wynik Postępowania gdyż, jak wynika z treści Zaprośzenia do aukcji, Zamawiający nie odrzucił oferty Konsorcjum DOH, a wykonawca ten został dopuszczony do aukcji elektronicznej. Nie można wykluczyć scenariusza, w którym w wyniku aukcji Konsorcjum DOH zaoferuje najniższą cenę (która jest jedynym kryterium oceny ofert

w Postępowaniu), a jego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza. To z kolei doprowadzi do sytuacji, w której zamówienie zostanie udzielone wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu, wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

Jeżeli z treści Pisma 1 i 2 Zamawiającego wynika jednak, że Zamawiający dokonał poprawienia w treści oferty Konsorcjum DOH omyłki pisarskiej, Odwołujący z ostrożności, ze względu na brak wglądu do treści Pisma 1 oraz Pisma 2 Zamawiającego, a także oświadczenie Konsorcjum DOH w jego Piśmie 1, że przedłożenie niezgodnego z SWZ Załącznika nr 4 do FO było omyłką pisarską, wskazał, że przedłożenie jako treści oferty nieaktualnego Załącznika nr 4 do FO nie stanowi omyłki pisarskiej.

„Istotą omyłki pisarskiej jest niezamierzona niedokładność nasuwająca się każdemu, bez przeprowadzania dodatkowych ustaleń. Może to być błąd literowy, widoczne niezamierzone opuszczenie wyrazu czy inny błąd, wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, a niespowodowany uchybieniem merytorycznym (wyr. SO w Gdańsku

z 27.6.2008 r., XII Ga 206/08, Legalis; podobnie post. WSA w Warszawie z 28.8.2015 r.,

V SA/Wa 881/15, Legalis). [...] Cechą omyłki pisarskiej podlegającej poprawieniu jest również jej oczywistość. Omyłka oczywista musi być widoczna „na pierwszy rzut oka”, nie budząc wątpliwości, bez konieczności dokonywania dodatkowych ustaleń (tak też KIO w wyr.

z 2.5.2022 r., KIO 949/22, Legalis). [...] Dlatego poprawienie nie może nastąpić w wyniku wyjaśnień czy pozyskania przez zamawiającego wiedzy na temat oferty z innych źródeł (wyr. KIO z 15.6.2015 r., KIO 1169/15, KIO 1170/15, Legalis).” [...] Poprawienie oczywistej omyłki nie może, co do zasady, prowadzić do zmiany treści oferty. Zamawiający nie może więc dopuścić do sytuacji, gdy w wyniku poprawienia omyłki okaże się, że wykonawca zaoferował inny przedmiot zamówienia, niż to pierwotnie wynikało z oferty. Możliwe jest natomiast wprowadzenie zmian z zamiarem przywrócenia jej zamierzonego brzmienia w miejsce błędnych zapisów. Jak wskazuje KIO istotne jest przy tym, żeby w wyniku poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej nie zmieniła się treść oferty rozumianej jako treść oświadczenia woli wykonawcy (wyr. KIO z 2.5.2022 r., KIO 949/22, Legalis).” Oczywista omyłka pisarska powinna być możliwa do poprawienia w sposób obiektywny, również przez osoby postronne, nie tylko samego zamawiającego. Osoba niemająca wiedzy co do treści dokumentów zamówienia, analizując treść podlegającą ewentualnemu poprawieniu, powinna być w stanie dokonać takiego poprawienia na treść prawidłową.

W przedmiotowej sprawie, osoba postronna, nieznająca treści dokumentów zamówienia oraz przebiegu Postępowania, niemająca wiedzy odnośnie zmian dokonywanych w treści Załącznika nr 4 do FO, nie byłaby w stanie poprawić jego treści w taki sposób, aby odpowiadała ona treści po zmianie przedmiotowego załącznika w dniu 02.02.2024 r.

Wreszcie, skoro poprawienie omyłki pisarskiej nie może prowadzić do zmiany treści oferty wykonawcy, co w tym przypadku ewidentnie miało miejsce, nie można uznać zaoferowania błędnego przedmiotu zamówienia w wyniku przedłożenia nieprawidłowej wyceny na nieaktualnym formularzu, za oczywistą omyłkę pisarską.

Tym samym, choć to mało prawdopodobne z uwagi na treść Pisma 2 Konsorcjum DOH (wyrażenie zgody na poprawienie omyłki, co jest niezbędne jedynie w przypadku poprawienia z art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp), jeśli Zamawiający zakwalifikował przedłożenie przez Konsorcjum DOH niezgodnego z treścią SWZ Załącznika nr 4 do FO jako oczywistą omyłkę pisarską

i poprawił ją w trybie art. 223 ust. 2 pkt 1) Pzp, to stanowi to naruszenie Pzp mające wpływ na przebieg Postępowania.

Odwołujący wskazał na podobny do przedmiotowego stan faktyczny, który zaistniał

w prowadzonym w 2023 r. przez Zamawiającego postępowaniu nr 114/P/23 na modernizację maszyn wyciągowych szybu Iz przedz, pñ. - wsch. i pñ. - zach. wraz z transformatorem 6/0,5 kV 1000 kVA w JSW S.A. KWK „Borynia - Zofiówka - Bzie” Ruch „Zofiówka”. W tamtym postępowaniu Zamawiający również dokonał zmiany treści formularza kosztorysowego, stanowiącego załącznik do formularza oferty. Jeden z wykonawców, złożył ofertę

z nieaktualnym załącznikiem, który nie uwzględniał zmian wprowadzonych przez Zamawiającego. W konsekwencji nie ujął w ofercie nowego, wprowadzonego przez Zamawiającego zmianą do SWZ, zakresu przedmiotu zamówienia (to jest analogicznie jak

w przedmiotowej sprawie uczyniło to Konsorcjum DOH np. w zakresie 200 mb rur o średnicy większej niż 250 mm i nie większej niż 300 mm). W informacji z dnia 19.12.2023 r. o odrzuceniu oferty tego wykonawcy, Zamawiający wskazał:

„Opisana powyżej nieprawidłowość, która znalazła się w ofercie wykonawcy ABB Sp. z o.o. nie może zostać zakwalifikowana jako oczywista omyłka pisarska, czy też oczywista omyłka rachunkowa. Nie jest ona również przykładem innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia. Albowiem art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP służy do poprawiania omyłek niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Powyższa regulacja poprzez odniesienie do „istotności zmian” wyraża zasadę, że skoro to zamawiający ma dokonać weryfikacji oferty, to poprawki muszą mieścić się w ramach korekty możliwej dla zamawiającego. Tym samym zamawiający ofertę może „poprawić”, ale nie może zastępować wykonawcy w jej tworzeniu. „Brak wyceny którejs z pozycji kosztorysu ofertowego, nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia woli, niemieszczącym się w pojęciu art. 87 ust. 2 pkt 3 starego PZP (obecny art. 223 ust. 2 pkt

3 PZP)” (tak: uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z 20.06.2017 r., sygn. akt KIO/KD 21/17). Przy wynagrodzeniu kosztorysowym nie jest dopuszczalne uznanie za omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty braku wyceny pozycji kosztorysu ofertowego. Brak dokonania wyceny pozycji kosztorysu, obejmującej etap rozliczeniowy realizacji zamówienia powoduje, że zamawiający nie jest w stanie ustalić prawidłowej treści oświadczenia woli wykonawcy. Usunięcie braku ceny w odniesieniu do konkretnej pozycji kosztorysu możliwe byłoby wyłącznie wskutek uzupełnienia oferty, polegającej na złożeniu prawidłowego kosztorysu, co należałoby kwalifikować jako zmianę, dokonaną z naruszeniem przepisu art. 223 ust. 1 PZP. Celem regulacji art. 223 ust. 2 pkt 3 PZP nie jest poprawianie wszystkich braków czy też błędów kosztorysowych, a jedynie umożliwienie zamawiającemu poprawienia niektórych omyłek

w treści oferty. Brak wskazania ceny jednostkowej, niezależnie od jej wysokości, nie jest omyłką, lecz istotnym brakiem oświadczenia, którego uzupełnienia nie dopuszczają przepisy ustawy PZP.”

Dowód: kopia pisma Zamawiającego z dnia 19.12.2023 r. o odrzuceniu oferty – w załączeniu do odwołania – na okoliczność wykazania czynności Zamawiającego w podobnej sprawie.

W przedmiotowej sprawie Konsorcjum DOH nie uwzględniło w swojej ofercie zmienionego przez Zamawiającego w dniu 02.02.2024 r. Załącznika nr 4 do FO, tym samym nie uwzględniając nowego przedmiotu zamówienia. Brak jego uwzględnienia w ofercie oznacza, zdaniem Odwołującego również brak jego wyceny, o czym mogą świadczyć w szczególności okoliczności opisane powyżej (a dotyczące poz. II.1.24 i 1.25 oraz III.2 i III.3. Załącznika nr 4 do FO), a oświadczenie złożone w Piśmie 1 Konsorcjum DOH o braku wpływu na cenę oferty zostało złożone wyłącznie w celu dalszego udziału tego wykonawcy w Postępowaniu.

Jak wykazano powyżej w treści odwołania, omyłka Konsorcjum DOH w Załączniku nr 4 do FO nie mogła zostać poprawiona zgodnie z przepisami Pzp. Wobec tego, Zamawiający powinien był uznać, iż oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia, w oparciu o art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp. Tym samym Konsorcjum DOH nie powinno zostać zaproszone do udziału w aukcji elektronicznej, gdyż art. 232 ust. 1 Pzp przewiduje, że zaproszeniu podlegają jedynie wykonawcy, których oferty nie podlegają odrzuceniu.

W odpowiedzi na odwołanie – piśmie z 24 kwietnia 2024 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu pisma Zamawiający wskazał, że zgodnie z ostateczną treścią odwołania, wynikającą z pisma Konsorcjum: Carbospec M. Jaśniok sp. jawna, Plaston – P sp. z o.o., DPMTech sp. z o.o., Siemag Tecberg Polska sp. z o.o. z dnia 22.04.2024 r., jego przedmiotem jest czynność zamawiającego, podjęta w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr 29/P/23 na zaprojektowanie, dostawę i budowę części dolowej Układu Klimatyzacji Centralnej o mocy chłodniczej 7,2 MW z możliwością rozbudowy do 10,8 MW

w JSW S.A. KWK „Knurów – Szczygłowice” Ruch Knurów, która to czynność obejmowała uznanie, że oferta przystępującego ad. 1 zawiera omyłkę inną niż pisarska lub rachunkowa, polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia oraz uznanie, że jej poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, a w konsekwencji na nieuprawnionym poprawieniu tej omyłki w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 3) pzp, ewentualnie uznanie, że oferta przystępującego ad. 1 zawiera oczywistą omyłkę pisarską,

a w konsekwencji poprawieniu tej omyłki w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 1) Pzp.

Zamawiający wskazał, że odwołanie jest bezpodstawne i z poniższych względów podlega oddaleniu.

W dniu 20.03.2024 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, dokonał poprawienia omyłki, która wystąpiła w Kosztorysie, stanowiącym Załącznik nr 4 do oferty, którą Konsorcjum: Centrum Hydrauliki DOH sp. z o.o. i Termospec sp. z o.o. złożyło w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr 29/P/23 na zaprojektowanie, dostawę i budowę części dolowej Układu Klimatyzacji Centralnej o mocy chłodniczej 7,2 MW z możliwością rozbudowy do 10,8 MW w JSW S.A. KWK „Knurów – Szczygłowice” Ruch Knurów. Polegała na modyfikacji treści punktu II.1.28. Kosztorysu. Pierwotna jego treść: „Rury preizolowane

o łącznej długości 20 465 mb w tym: Ø150 - 11 119 mb; Ø200 - 9 146 mb; Ø250 - 200 mb (Tab. 1 + Tab.2)**” uzyskała następujące brzmienie: „Rury preizolowane o łącznej długości 20 465 mb w tym: Ø150 – 9 339 mb; o średnicy nie mniejszej niż Ø200 i nie większej niż Ø250 – 10 926 mb; o średnicy nie mniejszej niż Ø250 i nie większej niż Ø300 - 200

mb (Tab. 1 + Tab.2)**.

Ponadto zamawiający dokonał zmiany treści punktu II.1.29. Kosztorysu. Początkowy zapis: „Rury nieizolowane o łącznej długości 20 465 mb w tym: Ø150 - 11 119 mb; Ø200 - 9 146 mb; Ø250 - 200 mb (Tab. 1 + Tab.2)**” został zastąpiony zapisem: „Rury nieizolowane o łącznej długości 20 465 mb w tym: Ø150 - 9 339 mb; o średnicy nie mniejszej niż Ø200 i nie większej niż Ø250 - 10 926 mb; o średnicy nie mniejszej niż Ø250 i nie większej niż Ø300 - 200 mb (Tab. 1 + Tab.2)**”.

Zamawiający uznał, że niezgodność Kosztorysu przedstawionego przez przystępującego ad. 1 z jego wzorem, stanowiącym Załącznik nr 4 do formularza ofertowego stanowi inną omyłkę, zdefiniowaną w art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp. W szczególności Zamawiający uznał, że złożenie nieprawidłowego Kosztorysu wynikało z modyfikacji treści punktu II.1.28. i II.1.29. tego dokumentu, dokonanej w dniu 02.02.2024 r. Zamawiający uznał, że nie było intencją przystępującego ad. 1 złożenie oferty, obejmującej dostawę częściowo innej liczby rur,

a złożenie nieaktualnego Kosztorysu było skutkiem niezamierzonego nieuwzględnienia dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji treści dokumentów zamówienia. Zamawiający

w tym względzie posilił się orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. W szczególności Zamawiający uwzględnił tezy zawarte w wyroku Izby z dnia 09.02.2021 r., wydanym w sprawie o sygn. akt: KIO 288/21. W przedmiotowym orzeczeniu stwierdzono następująco: „w wyniku modyfikacji SIWZ z 1 grudnia 2020 r. Zamawiający dokonał zmiany w treści formularza ofertowego, i w pkt 1.2. Cena za realizację zadania 2 (kolumna 2), zmienił maksymalną liczbę godzin wsparcia technicznego (asysty) z 1500 na 3440. Zmieniony formularz oferty stanowił załącznik do dokumentu, na podstawie którego dokonano zmiany treści SIWZ. (...)”

W okolicznościach przedmiotowej sprawy, w ocenie Izby, posłużenie się przez Przystępującego formularzem ofertowym, który w poz. 1.2. – Cena za realizację zadania

2 (kolumna 2) podaje wielkość: 1500 godzin (formularz oferty przed modyfikacją SIWZ) świadczy o omyłce Przystępującego. Przystępujący (...) posłużył się >nieaktualną wersją< formularza oferty, który w swej treści zawierał ilość godzin wsparcia technicznego (asysty) wymaganego przed dokonaniem modyfikacji SIWZ (...). Powyższe wskazuje, iż posłużenie się przez Przystępującego >nieaktualnym< formularzem oferty stanowi omyłkę wykonawcy przy składaniu oferty. Przyjęcie stanowiska odmiennego, prowadziłoby do wniosku, że Przystępujący celowo złożył ofertę, niezgodną z treścią SIWZ”.

Zamawiający uwzględnił również wytyczne wynikające z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 04.04.2017 r., wydanego w sprawie o sygn. akt: KIO 535/17, wedle których

„w rozpoznawanej sprawie nie ulega wątpliwości, że odwołujący, określając termin wykonania zamówienia poprzez wskazanie konkretnej daty, zwyczajnie się pomylił. Pierwotny wymagany termin wykonania zamówienia określony był bowiem konkretną datą kalendarzową. Odwołujący przeoczył dokonaną modyfikację, jednakże przygotował i złożył ofertę, co oznacza, iż był zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Należy założyć, że jego celem było przygotowanie oferty zgodnej z s.i.w.z., zaistniała niezgodność musiała być zatem wynikiem omyłki”.

Zamawiający zwrócił również uwagę na treść wyroku Izby z dnia 14.04.2011 r. (sygn. akt: KIO 689/11), w którym wskazano, że „zakres przedmiotu świadczenia, do którego zobowiązuje się wykonawca, nie wynika ze złożonego przez tego wykonawcę kosztorysu (wypełnionego przedmiaru robót), lecz z całej dokumentacji technicznej zamawiającego, zaś kosztorys ten ma znaczenie jedynie dla określenia ceny za wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z dokumentacją”.

Uwzględniając powyższe Zamawiający uznał, że złożenie nieaktualnego Kosztorysu mogło nastąpić w sposób niezamierzony. W związku z tym wezwał do wyjaśnień, a następnie dokonał poprawienia omyłki. Zamawiający uznał, że uwzględnienie pełnej treści oferty Przystępującego ad. 1 oraz złożonego przez niego oświadczenia prowadzi do wniosku, że przedmiot oferty odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia i spełnia warunki zamówienia, a rozbieżności, które wystąpiły we wskazanych powyżej pozycjach Kosztorysu nie były zamierzone i należy zakwalifikować je jako omyłkę przewidzianą w art. 223 ust. 2 pkt 3 pzp.

Ponadto Zamawiający stwierdził, że zarówno w pozycji II.1.28, jak i pozycji II.1.29. Kosztorysu Konsorcjum: Centrum Hydrauliki DOH sp. z o.o. i Termospec sp. z o.o. łączna długość rur była zgodna z wymaganiami zamawiającego. Różnica w pozycji II.1.28 polegała na zastąpieniu na zastąpieniu rur o średnicy Ø200, Ø250 rurami o średnicach wynoszących odpowiednio co najmniej Ø200 i co najmniej Ø250. Tym samym dostawa rur o średnicach wskazanych przed modyfikacją, tj. o średnicach wynoszących Ø150, Ø200, Ø250 będzie spełniała wymagania obowiązujące po zmianie tego dokumentu. Zamawiający wskazał, że należy uznać, że jedyna zmiana oferty Przystępującego, która nastąpiła wskutek jej poprawienia polegała na nieznacznej zmianie długości rur w zakresie poszczególnych ich średnic.

Wraz z powyższą modyfikacją Zamawiający dokonał zmiany treści punktu II.1.29. Kosztorysu. Polegała ona na zastąpieniu rur o średnicach Ø200, Ø250 rurami o średnicach wynoszących odpowiednio co najmniej Ø200 i co najmniej

Ø250. Tym samym, podobnie jak w przypadku punktu II.1.28. Kosztorysu, dostawa rur o średnicach wskazanych przed modyfikacją,

tj. o średnicach wynoszących Ø150, Ø200, Ø250 spełniała będzie wymagania obowiązujące po modyfikacji tego dokumentu. A zatem należy uznać jedyną zmianą oferty Przystępującego, która nastąpiła wskutek jej poprawienia przez Zamawiającego polegała na nieznaczącej zmianie długości rur w zakresie poszczególnych ich średnic.

Jednocześnie Zamawiający zauważył, że dokonał poprawienia jedynie dwóch spośród czterdziestu pozycji Kosztorysu. Wszystkie pozostałe pozycje Kosztorysu Przystępującego zostały przedstawione w sposób prawidłowy.

Zamawiający uznał, że był uprawniony i zobowiązany poprawić omawianą omyłkę, która wystąpiła w ofercie Konsorcjum: Centrum Hydrauliki DOH sp. z o.o. i Termospec sp. z o.o., co zarzuty odwołania czyni zupełnie chybionymi.

W szczególności błędne jest stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym Zamawiający „wprowadził obowiązek wyceny całkiem nowego rodzaju rur, tj. rur o średnicy przekraczającej 250 mm jednak nie większej niż 300 mm”. Jak wynika z treści dokumentów zamówienia wspomniana modyfikacja nie została przez Zamawiającego dokonana. Ponadto Odwołujący zwrócił uwagę, że „dopiero na etapie realizacji umowy, w fazie prac nad Projektem Technicznym, wykonawca będzie mógł na 100% rzetelnie stwierdzić, czy oraz jakiej konkretnie długości rury będzie musiał zastosować do realizacji przedmiotu zamówienia. Dotyczy to zarówno rur o średnicy większej niż 250 mm i nie większej niż 300 mm, jak i rur o tolerancji średnicy w przedziale 200-250 mm (tj. zmiana z rur Ø200 - 9 146 mb na rury o średnicy nie mniejszej niż Ø200 i nie większej niż Ø250 – 10 926 mb)”. Pomijając fakt, że punkt II.1.28

i II.1.29 Kosztorysu nie przewiduje dostawy rur „o średnicy większej niż 250 mm i nie większej niż 300 mm”. Zamawiający zauważył, że Odwołujący sam przyznał, że średnice oraz długości poszczególnych rodzajów rur są szacunkowe i ze sporym prawdopodobieństwem ulegną zmianie na etapie realizacji umowy. Skoro parametry rur w postaci długości i średnicy nie są ostateczne i zostaną zmodyfikowane w trakcie wykonywania zamówienia, to nie można uznać, że omyłka Przystępującego ad. 1 obejmująca wspomniane parametry jest istotna.

Następnie Odwołujący zarzucił, że Konsorcjum: Centrum Hydrauliki DOH sp. z o.o.

i Termospec sp. z o.o. „nie uwzględniło w ogóle rur o średnicy większej niż 250 mm i nie większej niż 300 mm (przed zmianą Załącznika nr 4 do FO Zamawiający wymagał zaoferowania wyłącznie rur o średnicy 250 mm i takie też wykonawca zaoferował) co powoduje, że zaoferował przedmiot zamówienia niezgodny z dokumentami zamówienia, co z kolei powoduje, że jego wycena jest również nieprawidłowa”. Zamawiający zauważył, że w punkcie II.1.28. i II.1.29. Kosztorysu wyraźnie wskazano, że wykonawca zobowiązany jest dostarczyć rury o średnicy „nie mniejszej niż Ø250 i nie większej niż Ø300”, a nie jak chce Odwołujący rury „o średnicy większej niż 250 mm i nie większej niż 300 mm”. Dlatego zupełnie chybiony jest zarzut Odwołania, że Przystępujący ad. 1 „zaoferował przedmiot zamówienia niezgodny z dokumentami zamówienia”.

Kolejno Odwołujący zarzucił, że uwzględnienie przez Konsorcjum: Centrum Hydrauliki DOH sp. z o.o. i Termospec sp. z o.o. nieaktualnego Kosztorysu „mogło mieć również wpływ na prawidłową wycenę oferty”. W ocenie Odwołującego „prawidłowa wycena oferty w tym zakresie powinna być zdaniem Odwołującego wyższa (gdyż uwzględniałaby większą liczbę mb rur o większej średnicy, czyli droższych)”. Ponadto zauważył on, że „zastosowanie rur o większej średnicy pociąga za sobą konieczność zastosowania >osprzętu< niezbędnego do montażu tych rur o innych parametrach, a także w większej ilości”. Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie zaoferował żadnego dowodu na potwierdzenie przedstawionych przez niego twierdzeń. W szczególności nie wykazał, albowiem nawet nie wskazał różnicy pomiędzy ceną rur oraz osprzętu przed i po modyfikacji pozycji II.1.28. i II.1.29. Kosztorysu. Zauważył również, że Odwołujący wycenił przedmiotowe pozycje na kwotę 24.300.000,00 zł netto i 16.710.000,00 zł netto, podczas gdy ich ceny zawarte w ofercie Przystępującego ad. 1 wynoszą kolejno 27.885.555,00 zł netto i 19.577.777,00 zł netto. A zatem ceny rur zaoferowane przez Konsorcjum: Centrum Hydrauliki DOH sp. z o.o. i Termospec sp. z o.o. są wyższe niż analogiczne ceny zaoferowane przez Odwołującego, jak również są wyższe niż ceny przewidziane w Kosztorysie przystępującego ad. 2. Stąd zupełnie nieuprawnione jest twierdzenie, że wskutek przedmiotowej omyłki doszło do zaniżenia wartości oferty Konsorcjum: Centrum Hydrauliki DOH sp. z o.o. i Termospec sp. z o.o.

Podobnie Odwołujący w żaden sposób nie przedstawił, ani nie udowodnił różnicy pomiędzy kosztem osprzętu rur, o którym mowa w pozycji II.1.24. i II.1.25. Kosztorysu zarówno przed jak i po modyfikacji treści tego dokumentu. W tym miejscu Zamawiający zauważył, że Odwołujący dla pozycji II.1.24. Kosztorysu zaoferował cenę 4.500.000,00 zł netto, a dla pozycji II.1.25. przewidział cenę w wysokości 1.900.000,00 zł, podczas gdy tożsame pozycje Kosztorysie złożonym przez Przystępującego ad.1 opiewają na kwoty 7.555.555,00 zł

i 4.466.666,00 zł, co oznacza, że w zakresie pozycji II.1.24. Kosztorysu koszt osprzętu Odwołującego jest około 40%, a w zakresie osprzętu przewidzianego w pozycji II.1.25 jest około 57% niższy od kosztu osprzętu, określonego w ofercie Przystępującego ad. 1. Stąd zupełnie bezpodstawne jest twierdzenie Odwołującego, że omyłka w Kosztorysie Konsorcjum: Centrum Hydrauliki DOH sp. z o.o. i Termospec sp. z o.o. skutkowałą zaniżeniem zaoferowanej przez niego ceny.

Następnie „Odwołujący wskazuje na podobny do przedmiotowego stan faktyczny, który zaistniał w prowadzonym w 2023 r. przez Zamawiającego postępowaniu nr 114/P/23 na modernizację maszyn wyciągowych szybu Łz przędz, płn. - wsch. i pld. - zach. wraz

z transformatorem 6/0,5 kV 1000 kVA w JSW S.A. KWK „Borynia - Zofiówka - Bzie” Ruch „Zofiówka”. W tamtym postępowaniu Zamawiający również dokonał zmiany treści formularza kosztorysowego, stanowiącego załącznik do formularza oferty. Jeden z wykonawców, złożył ofertę z nieaktualnym załącznikiem, który nie uwzględniał zmian wprowadzonych przez Zamawiającego. W konsekwencji nie ujął w ofercie nowego, wprowadzonego przez Zamawiającego zmianą do SWZ, zakresu przedmiotu zamówienia (to jest analogicznie jak w przedmiotowej sprawie uczyniło to Konsorcjum DOH np. w zakresie 200mb rur o średnicy większej niż 250mm i nie większej niż 300mm)”. Powołując się na powyższe Odwołujący podniósł, że w przywołanym przez niego postępowaniu Zamawiający odrzucił ofertę innego wykonawcy, co wskazuje na niekonsekwencję Zamawiającego i niezgodność jego działań

z przepisami Pzp. W związku z powyższym Zamawiający przytoczył stanowisko doktryny, zgodnie z którą „żaden przepis Prawa zamówień publicznych nie wskazuje, kiedy należy uznać, że dokonana poprawa omyłek wprowadza do oferty istotną zmianę. Ocena, czy poprawienie innej omyłki przez zamawiającego powoduje (lub nie) istotną zmianę w treści oferty, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego. Nie ma bowiem co do zasady dwóch identycznych postępowań lub dokumentacji postępowania, które można by analogicznie zastosować do innych postępowań. To co w ramach danego zamówienia może prowadzić do istotnej zmiany w treści oferty, nie musi rodzić takiego efektu przy ocenie oferty w innym, nawet podobnym zamówieniu. Ten element jest kwestią oceny dokonanych zmian

w ofercie przez pryzmat skutków, jakie niesie ze sobą dokonana zmiana

w ramach danej oferty. Jednakże najpierw badana jest dopuszczalność poprawy, a w drugiej kolejności wpływ ewentualnej poprawy na treść oferty. Kwalifikator „istotnych zmian” należy odnosić do całości treści oferty, a konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty” (tak: Andrzej Gawrońska-Baran, teza 7 Komentarza do art. 223 [w:] Andrzej Gawrońska-Baran i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany).

Zamawiający wskazał, że co do zasady czynności Zamawiającego podjęte w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą stanowić podstawy do oceny prawidłowości jego czynności podjętych w niniejszym postępowaniu. Jednocześnie zaznaczył, że modyfikacja kosztorysu dokonana w postępowaniu nr 114/P/23 obejmowała jego uzupełnienie o dodatkową pozycję, dla której wykonawca nie zaoferował ceny. Stąd Zamawiający nie posiadał informacji niezbędnych do poprawienia omyłki, a jej poprawienie

w istocie polegałoby na niedopuszczalnym uzupełnieniu oferty o brakującą treść. Powyższy wniosek potwierdza uzasadnienie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11.10.2021 r., sygn. akt. KIO 2623/21, w którym Izba stanęła na stanowisku, że „nie można uznać, że dopuszczalne byłoby poprawienie omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 p.z.p. Wykonawca złożył bowiem ofertę na nieaktualnym formularzu oferty. Formularz aktualny (zmodyfikowany) różnił się od pierwotnego tym, że zawierał tabelę, w której wykonawcy mieli wpisać ceny jednostkowe za poszczególne elementy zamówienia, w tym szczególną uwagę należy zwrócić na pozycje nr 4, 22 i 23 (podział działek, ekrany akustyczne, przejścia dla zwierząt), które – mimo ogólnie obowiązującego w tym postępowaniu wynagrodzenia ryczałtowego – w zakresie dodatkowym mają być rozliczane kosztorysowo. W żadnym innym miejscu oferty ww. ceny jednostkowe nie zostały wskazane, zatem nie ma możliwości ich ustalenia na podstawie innych dokumentów oferty. Izba stwierdziła, że niezgodność oferty z SWZ z powodu złożenia tej oferty na nieaktualnym formularzu ofertowym nie ma wyłącznie charakteru formalnego. Niezgodność ta nie dotyczy bowiem wyłącznie takich aspektów oferty, które mogą być ocenione jako formalne (np. miejsce zamieszczenia określonych informacji, czy kolejność ich podawania), ale dotyczy informacji merytorycznych, tj. cen za poszczególne elementy zamówienia. Dodatkowo wskazane informacje merytoryczne, tj. ceny, są potrzebne zamawiającemu do dokonania czynności badania oferty, np. w zakresie badania, czy istotne części składowe ceny oferty nie są rażąco niskie, jak też są potrzebne na etapie realizacji zamówienia, zwłaszcza w zakresie ww. trzech pozycji, do rozliczenia z wykonawcą”.

Reasumując Zamawiający wskazał, że nie można uznać, że omyłka, która wystąpiła

w Kosztorysie Przystępującego ad. 1 jest zbieżna z tą opisaną przez Odwołującego. Dlatego jej poprawienie w żaden sposób nie może dowodzić niekonsekwencji Zamawiającego oraz naruszenia przez niego przepisów Pzp, wskazanych w petitum odwołania.

Końcowo Zamawiający zauważył, że w uzasadnieniu odwołania zostały przedstawione czynności Zamawiającego, które jednoznacznie wskazują, że dokonał on poprawienia innej omyłki (art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp) i Odwołujący posiada pełną wiedzę w tym zakresie. Stąd zupełnie niezrozumiały jest zarzut ewentualny zawarty w punkcie I.ii petitum odwołania, wskazujący, że jego przedmiotem jest czynność zamawiającego obejmująca „uznanie, że oferta Konsorcjum DOH

zawiera oczywistą omyłkę pisarską, a w konsekwencji poprawieniu tej omyłki w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 1) pzp". Powyższa czynność nie została przez Zamawiającego podjęta. Dlatego odwołanie w tym zakresie jest bezprzedmiotowe.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Centrum Hydrauliki DOH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu oraz Termospec Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Żorach, w piśmie z dnia 18 kwietnia 2024 r. – Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wniosli o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając dokumenty zamówienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i uczestnika postępowania zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła:

Izba stwierdziła, że nie wystąpiła żadna z przesłanek wskazanych w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem jest odrzucenie odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody

w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Do postępowania odwoławczego, w terminie przewidzianym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp,

po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się

o udzielenie zamówienia: Centrum Hydrauliki DOH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu, Termospec Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w Żorach, dalej: „Przystępujący(I)” natomiast po stronie Odwołującego wykonawca Elektrometal Spółka Akcyjna z siedzibą w Cieszylinie, dalej: „Przystępujący(II)”.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane przez strony oraz uczestnika postępowania odwoławczego na posiedzeniu i rozprawie.

Izba rozpoznając odwołanie uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie

z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust.

2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej oraz dokumenty złożone na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2024 r.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest zaprojektowanie, dostawa i zabudowa części dolowej Układu Klimatyzacji Centralnej o mocy chłodniczej 7,2 MW z możliwością rozbudowy do 10,8 MW w JSW S.A. KWK „Knurów – Szczygłowice” Ruch Knurów.

Oferty w Postępowaniu złożyło czterech wykonawców.

Wykonawcy zobowiązani byli złożyć wraz z ofertą kosztorys, którego wzór stanowił Załącznik nr 4 do Formularza ofertowego – zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 2 do SWZ.

W Załączniku do Formularza ofertowego wykonawcy zobowiązani byli zamieścić wycenę poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia.

Treść załącznika nr 4 była zmieniana przez Zamawiającego dwukrotnie: 1 grudnia 2023 r. oraz 2 lutego 2024 r. Ostatnia zmiana dotyczyła pozycji 1.28 oraz 1.29 w pkt II.

Przystępujący(I) złożył ofertę wraz z Załącznikiem nr 4 do Formularza ofertowego w brzmieniu sprzed ostatniej ze zmian treści Załącznika nr 4.

W dniu 20 marca 2024 r. Zamawiający, na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprawił ofertę Przystępującego(I) w następujący sposób: pierwotna treść pkt II.1.28: „Rury preizolowane o łącznej długości 20 465 mb w tym: Ø150 - 11 119 mb; Ø200 - 9 146 mb; Ø250 - 200 mb (Tab. 1 + Tab.2)” uzyskała brzmienie: „Rury preizolowane o łącznej długości 20 465 mb w tym: Ø150 – 9 339 mb; o średnicy nie mniejszej niż Ø200 i nie większej niż Ø250 – 10 926 mb; o średnicy nie mniejszej niż Ø250 i nie większej niż Ø300 - 200 mb (Tab. 1 + Tab.2)”, treści punktu II.1.29.: „Rury nieizolowane o łącznej długości 20 465 mb w tym: Ø150 - 11 119 mb; Ø200 - 9 146 mb; Ø250 - 200 mb (Tab. 1 + Tab.2)” otrzymał brzmienie: „Rury nieizolowane o łącznej długości 20 465 mb w tym: Ø150 - 9 339 mb; o średnicy nie mniejszej niż Ø200 i

nie większej niż Ø250 - 10 926 mb; o średnicy nie mniejszej niż Ø250 i nie większej niż Ø300 - 200 mb (Tab. 1 + Tab.2)**.

Zamawiający poinformował Przystępującego(I) – pismo z 20 marca 2024 r., że poprawił omyłkę w załączniku nr 4 do Formularza Ofertowego (Kosztorys) w pkt II.1.28 oraz II.1.29 popełnioną przez Przystępującego(I) oraz że wykonawca zobowiązany jest do wyrażenia zgody na poprawienie w ofercie omyłek lub zakwestionowanie ich poprawienia w wyznaczonym terminie.

Przystępujący(I) w piśmie z 25 marca 2024 r. poinformował Zamawiającego, że wyraża zgodę na poprawienie omyłki.

Zamawiający zaprosił do udziału wszystkich wykonawców (pismo z 26 marca 2024 r.) w aukcji elektronicznej, która następnie została odwołana.

W dniu 12 kwietnia 2024 r. Odwołujący wniósł odwołanie na czynności i zaniechania Zamawiającego, polegające na:

i. uznaniu, że oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

1/ Centrum Hydrauliki DOH sp. z o.o. 2/ Termospec sp. z o.o. zawiera omyłkę inną niż pisarska lub rachunkowa, polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia oraz uznanie, że jej poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty,

ii. a w konsekwencji na nieuprawnionym poprawieniu tej omyłki w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp, czym Zamawiający naruszył ten przepis

ewentualnie

iii. uznaniu, że oferta Konsorcjum DOH zawiera oczywistą omyłkę pisarską a w konsekwencji poprawieniu tej omyłki w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 1) Pzp, czym Zamawiający naruszył ten przepis,

iv. braku odrzucenia oferty Konsorcjum DOH, pomimo że oferta ta jest niezgodna z warunkami zamówienia, czym Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp,

v. zaproszeniu Konsorcjum DOH do udziału w aukcji elektronicznej, pomimo tego, że oferta Konsorcjum DOH podlega odrzuceniu, czym Zamawiający naruszył art. 232 ust.

1 Pzp.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony

i uczestników postępowania odwoławczego, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu:

1. umorzyła postępowanie w zakresie zarzutów: ii, iii oraz iv odwołania w związku z cofnięciem odwołania w w/w zakresie,

2. uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu i.

Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 568 pkt 1 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów ii, iii oraz

iv odwołania w związku z cofnięciem odwołania przez Odwołującego w powyższym zakresie.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu

zamknięcia rozprawy. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

Odwołujący w piśmie z dnia 22 kwietnia 2024 r. oświadczył, że cofa odwołanie w części dotyczącej zarzutów I.iii oraz iv, natomiast zarzut ewentualny oznaczony jako ii cofnął na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2024 r.

W przywołanym powyżej przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem

wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad

minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części

odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia

odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już wskazanych powyżej zarzutów, a zatem postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy,

że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego

skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp jest obowiązek

umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Zarzut i odwołania Izba uznała za uzasadnione i w związku z powyższym uwzględniła odwołanie w powyższym zakresie.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub

oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Stosowanie do art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający poprawia w ofercie:

- 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

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zgodnie z treścią art. 223 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, zamawiający wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie

w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki.

Ponadto, Izba miała na uwadze treść przepisu art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym treść oferty musi być zgodna z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia.

Poza wyjaśnianiem treści oferty na wezwanie zamawiającego, zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, zmiany oferty nie są dopuszczalne. Korekta oferty może być dokonana jedynie na podstawie art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, który określa jej warunki.

Z inną omyłką, zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, mamy do czynienia wówczas, gdy wykonawca w ofercie przyjął inny element zamówienia niż zamawiający w dokumentach zamówienia, ale jest możliwe wykazanie, że jest to wynik omyłki, a nie świadomego działania. Omyłka może bowiem polegać zarówno na niewłaściwym ujęciu w ofercie określonej informacji lub zobowiązania, a także na ich pominięciu.

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że warunkiem skutecznej poprawy omyłki w ofercie jest okoliczność, że dokonana poprawa nie może prowadzić do istotnej zmiany treści oferty. Ponadto, aby dokonać poprawienia innej omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt

3 ustawy Pzp, zamawiający musi wiedzieć, w jaki sposób omyłkę poprawić, a wiedza ta musi wynikać z zapisów SWZ oraz z treści oferty wykonawcy. Istotą omyłki polega na tym, że jej zauważenie i uznanie, że dana treść została błędnie wpisana, możliwe jest bez konieczności występowania do wykonawcy o informacje w tym zakresie. Musi nadto istnieć wyłącznie jeden możliwy do samodzielnego ustalenia przez zamawiającego sposób poprawienia oferty, tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 lipca 2022 r., sygn. akt KIO 1820/22.

Poprawienie omyłek w rozumieniu tego przepisu, nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści specyfikacji, czyli do rekonstrukcji oświadczeń woli wykonawcy, tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 2 maja 2022 r., sygn. akt KIO 949/22.

Mając na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, że dokonana przez Zamawiającego poprawienie treści oferty Przystępującego(I) doprowadziła do istotnej zmiany jej treści.

Punkt II.1.28. Kosztorysu, którego pierwotna treść brzmiała: „Rury preizolowane o łącznej długości 20 465 mb w tym: Ø150 - 11 119 mb; Ø200 - 9 146 mb; Ø250 - 200 mb (Tab.1 + Tab.2)*” otrzymała brzmienie: „Rury preizolowane o łącznej długości 20 465 mb

w tym: Ø150 – 9 339 mb; o średnicy nie mniejszej niż Ø200 i nie większej niż Ø250 – 10 926 mb; o średnicy nie mniejszej niż Ø250 i nie większej niż Ø300 - 200 mb (Tab.

1 + Tab.2)*”, natomiast punkt II.1.29. o treści: „Rury nieizolowane o łącznej długości 20 465 mb w tym: Ø150 - 11 119 mb; Ø200 - 9 146 mb; Ø250 - 200 mb (Tab. 1 + Tab.2)*” otrzymał brzmienie: „Rury nieizolowane o łącznej długości 20 465 mb w tym: Ø150 - 9 339 mb;

o średnicy nie mniejszej niż Ø200 i nie większej niż Ø250 - 10 926 mb; o średnicy nie mniejszej niż Ø250 i nie większej niż Ø300 - 200 mb (Tab. 1 + Tab.2)*”.

Izba biorąc również pod uwagę wskazane powyżej parametry, nie zgodziła się

z Zamawiającym, że zmiana poz. 1.28 oraz 1.29 w pkt. II Kosztorysu Przystępującego(I) polegała na nieznacznej zmianie długości rur w zakresie poszczególnych ich średnic.

Jak wskazał Odwołujący dwie poprawione pozycje w Kosztorysie Przystępującego(I) stanowiły pozycje najbardziej kosztotwórcze oraz ok. 31% całej ceny oferty Przystępującego(I). Zamawiający i Przystępujący(I) nie zaprzeczyli tej okoliczności.

Jeśli chodzi o wiedzę Zamawiającego, w jaki sposób omyłkę poprawić, to Izba stwierdziła, że Zamawiający takiej wiedzy nie posiadał, uzyskał ją dopiero od Przystępującego(I), o czym świadczy pismo Zamawiającego z 12 marca 2024 r. oraz odpowiedź Przystępującego(I) – pismo z 13 marca 2024 r.

Co prawda Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podniósł, że uwzględnił pełną treść oferty Przystępującego(I) i

powyższe stanowiło podstawę do uznania, że przedmiot oferty odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia i spełnia warunki zamówienia, a rozbieżności, które wystąpiły we wskazanych pozycjach Kosztorysu nie były zamierzone, to poza ogólnym twierdzeniem

o powyższych faktach, Zamawiający nie przywołał ani jednego elementu z treści oferty Przystępującego(I), który potwierdzałby to stanowisko.

O fakcie, że oferta Przystępującego(I) nie zawierała innej omyłki, którą Zamawiający mógł poprawić w myśl art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, może świadczyć fakt, iż z dokumentów przedstawionych przez Odwołującego: zapytań ofertowych i odpowiedzi na nie kierowanych do konsorcjantów Odwołującego (dowody nr: 3-6) wynika, że Przystępujący(I) w Kosztorysie nie uwzględnił, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego rur DN 300, a po terminie składania ofert zapytania ofertowe dotyczyły już rur o tej średnicy, a także możliwość prawidłowej wyceny poz. 1.28 oraz 1.29 w Kosztorysie (większa średnica rur oznaczała wyższą cenę) – co wynika z dowodów w postaci umów, przedstawionych przez Odwołującego (dowód nr 1 i 2).

Przystępujący twierdził, że posiada oferty dotyczące rur o DN 300, jednakże nie przedstawił na powyższą okoliczność żadnych dowodów.

W ocenie Izby, na skutek poprawienia oferty Przystępującego(I) Zamawiający zastępując wykonawcę doprowadził do dostosowania treści jego oferty do wskazanych w SWZ przez Zamawiającego wymagań, a oferta Przystępującego(I) otrzymała nową treść.

Biorąc pod uwagę wskazane powyżej okoliczności, Izba stwierdziła, że Zamawiający dokonał poprawienia oferty Przystępującego(I) z naruszeniem przepisu art. 223 ust. 2 pkt

3 ustawy Pzp, a wobec powyższego potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W konsekwencji odwołanie w powyższym zakresie podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów

w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę

19 843 zł 00 gr, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, opłat skarbowych od pełnomocnictw oraz kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie

i rozprawę.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca: