

WYROK

Warszawa, dnia 5 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Elżbieta Dobrenko
Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 i 29 lutego 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lutego 2024 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S. A. z siedzibą w Katowicach

w postępowaniu prowadzonym przez SIM Zagłębie Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlane MODULAR Sp. z o.o. z siedzibą w Żywcu

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w części w zakresie zarzutu nr 1 odwołania, tj.:

1.1. Ad 4) Instalacje sanitarne – Instalacja Grzewcza: a), b), c) w załączniku nr 5 do odwołania (odpowiednio poz. 5–7 w załączniku nr 3 do odpowiedzi na odwołanie),

1.2. Ad 5) Instalacje sanitarne – Przyłącza i Instalacja Wod-Kan: a), b), d) – załącznik nr 5 do odwołania (odpowiednio poz. 8, 9 i 11 w załączniku nr 3 do odpowiedzi na odwołanie),

1.3. Ad 6) Instalacje sanitarne – Wewnętrzne: a), b), c) – załącznik nr 5 do odwołania (odpowiednio poz. 12, 13, 14 w załączniku nr 3 do odpowiedzi na odwołanie),

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego:

- kwotę 20.000 zł 00 gr (słownie: dwudziestu tysięcy złotych 00 groszy), uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

- kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00 groszy), poniesioną przez Zamawiającego SIM Zagłębie Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych), tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez Zamawiającego obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga

za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt 378/24

Uzasadnienie

Zamawiający SIM Zagłębie Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu, 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: „Budowa dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych A i B wraz z zagospodarowaniem terenu, zjazdem

z ulicy Mjr Henryka Hubala-Dobrzańskiego, budową przyłącza kanalizacyjnego, wodociągowego, drogą pożarową oraz zewnętrznymi instalacjami wewnętrznymi: wodną, kanalizacji sanitarnej, kanalizacji deszczowej, elektrycznej, gazowej, zlokalizowanej

w Sosnowcu, przy ul. Mjr Henryka Hubala-Dobrzańskiego”, dalej: *„Postępowanie”*.

W dniu 5 lutego 2024 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” Spółka Akcyjna

z siedzibą w Katowicach, dalej: *„Odwołujący”* wniósł odwołanie wobec niezgodnych

z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zaniechań

czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie ww. ustawy, tj.:

1. dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy MODULAR sp.

z o.o.,

2. odrzucenie oferty Odwołującego,

3. zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści jego oferty, a następnie zaniechanie poprawienia w jego ofercie oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści tej oferty,

4. zaniechania wezwania Wykonawcy Modular do wyjaśnienia i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych - w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, opisanego w SWZ pkt 8.4)a)ii),

5. zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SWZ,

ewentualnie:

6. zaniechanie odrzucenia oferty Modular sp. z o.o., mimo że zawiera tego samego typu nieścisłości w ofercie (niezgodność kosztorysu ofertowego z przedmiarem), które stanowiły podstawę odrzucenia oferty Odwołującego, czym Zamawiający naruszył przepisy:

1) art. 223 ust. 1, art. 223 ust. 2 pkt 1, 2, 3 w zw. z art. 223 ust. 3 w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp - przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści jego oferty, a następnie zaniechanie poprawienia w jego ofercie oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści tej oferty (zarzucane niezgodności dotyczące wypełnienia pozycji kosztorysowych),

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp - przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że jej treść, po wykonaniu czynności przewidzianych przepisami art. 223 ust. 1, art. 223 ust.

2 pkt 1 oraz art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 223 ust. 3 Pzp, była zgodna z warunkami zamówienia,

3) art. 107 ust. 2 i 4 w zw. z pkt. 5 SWZ – przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, ew. zaniechaniem wezwania do wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych,

4) art. 128 ust. 1 Pzp - przez zaniechanie wezwania Wykonawcy Modular do wyjaśnienia i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych - w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, opisanego w SWZ pkt 8.4)a)ii),

5) art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 oraz 17 ust. 2 Pzp - przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, po wcześniejszym bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego, będącym następstwem bezpodstawnego zaniechania wykonania względem jego oferty czynności przewidzianych przepisami art. 223 ust. 1, art. 223 ust. 2 pkt 1-3 w zw. z art. 223 ust. 3 Pzp - co w konsekwencji miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania, Zarzut ewentualny (na wypadek uznania, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia ze względu na niezgodności dotyczące wypełnienia poszczególnych pozycji kosztorysowych zarzucone przez Zamawiającego, a przepis art. 223 ust. 1 i 2 Pzp nie ma tu zastosowania):

6) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia Modular sp. z o.o., mimo że zawiera tego samego typu nieścisłości w ofercie (kosztorysie ofertowym), które stanowiły podstawę odrzucenia oferty Odwołującego, czyli jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2. unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego,

3. ponowne badanie i ocenę ofert,

4. poprawienia oferty Odwołującego w trybie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 1, 2 i 3 Pzp w zakresie wskazanym w uzasadnieniu odwołania,

5. wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej,

6. ewentualnie - odrzucenie oferty Wykonawcy Modular.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający, SIM Zagłębie Sp. z o.o., dnia 26.01.2024 r. poinformował Odwołującego o wyborze najkorzystniejszej oferty - Przedsiębiorstwa Budowlanego Modular sp. z o.o. (cena ofertowa: 39 737 335,63 zł brutto) oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego (cena ofertowa: 31 210 942,83 zł) w Postępowaniu.

Stosownie do art. 223 Pzp:

1. 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 jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

2. 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.

3. 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.

Art. 107 ust. 2. Pzp stanowi: Jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to

w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Art. 239 ust. 1 Pzp stanowi: Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Art. 16 Pzp stanowi: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;

Art. 17 ust. 2 Pzp stanowi: Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Artykuł 223 ust. 1 PZP stanowi podstawę żądania przez Zamawiającego od Wykonawcy wyjaśnień treści złożonych ofert, przedmiotowych środków dowodowych oraz innych składanych dokumentów lub oświadczeń, jeżeli zaistnieją wątpliwości co do treści oferty.

Jak wynika z treści tego przepisu Zamawiający może żądać wyjaśnień, co prowadzi do uznania, że jest to uprawnienie Zamawiającego, jednak w doktrynie i orzecznictwie słusznie zauważa się, że brak takiego wezwania może prowadzić do naruszenia zasady równości. Jeżeli zaniechanie doprowadziło do gorszej pozycji wykonawcy w rankingu ofert lub wręcz do odrzucenia oferty, to wykonawca może kwestionować zaniechanie w drodze wniesienia środków ochrony prawnej.

Zamawiający może odrzucić ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp) - jednakże, jak wynika z przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, Zamawiający poprawia w ofercie omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty.

Odwołujący wskazał, że analiza obydwu przepisów prowadzi do wniosku, że Zamawiający przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp ma obowiązek poprawić omyłkę w treści oferty powodującą jej niezgodność z dokumentami zamówienia w sytuacji, gdy zachodzi przypadek określony w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a więc gdy jej poprawa nie może spowodować istotnej zmiany treści oferty.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający zaniechał możliwości, które daje mu treść art. 223 ust. 1 Pzp - nie żądał od Wykonawcy wyjaśnień w powyższym budzącym wątpliwości zakresie treści oferty Odwołującego (jak opisano powyżej), jak również nie poprawił oferty Odwołującego w trybie art. 223 ust. 2 Pzp mimo, że to było możliwe - co doprowadziło do wyboru oferty Wykonawcy MODULAR sp. z o.o., która nie jest najkorzystniejsza w rozumieniu ustawy Pzp oraz jest o ponad 8,5 miliona zł droższa od oferty Odwołującego.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, tj. z uwagi na to, iż według jego oceny treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający napisał, że „Zgodnie z pkt 14 ppkt 2 lit. g SWZ, Zamawiający wymagał dołączenia do oferty wypełnionych kosztorysów ofertowych. Analiza przedmiotowych kosztorysów, stanowiących załącznik nr 08 do oferty Wykonawcy, wykazała szereg niezgodności dotyczących wypełnienia poszczególnych pozycji przez Wykonawcę, polegających na zaproponowaniu i wycenie pozycji przedmiarowych w sposób niezgodny z SWZ”.

Odwołujący podkreślił, że w istocie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z jednego powodu – jego zdaniem kosztorys został uzupełniony w sposób niezgodny z przedmiarami.

Odwołujący stwierdził, że to niespójne i niekonsekwentne zasady ustalone przez Zamawiającego co do uzupełniania kosztorysów były powodem zarzucanych niezgodności kosztorysu z przedmiarem.

Zgodnie z treścią art. 7 pkt 29 Pzp - warunkami zamówienia są warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W postępowaniu Zamawiający określił, że podstawą obliczenia ceny są: dokumentacja projektowa, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych, opis przedmiotu zamówienia oraz przedmiary robót dołączone do SWZ (pkt 17 SWZ).

Odwołujący wskazał, że w tym kontekście należało wziąć pod uwagę fakt, że oferenci składają oferty (kosztorysy ofertowe) skalkulowane w oparciu nie tylko o przedmiar (wraz z jego niedoskonałościami), lecz w oparciu o całą ww. dokumentację, stanowiącą warunki zamówienia. Zatem badając podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp – niezgodność oferty z warunkami zamówienia – należy ją kwalifikować w odniesieniu do kompletu tych dokumentów. Z dokumentacji technicznej wynikała konieczność prawidłowego wykonania poszczególnych pozycji kosztorysowych i z taką intencją wykonawca składa ofertę - nawet jeśli omyłkowo w rozwinięciu pozycji kosztorysowej osobno nie wpisał przykładowej uszczelki, jak to zarzuca Zamawiający - to oczywistym jest, że uszczelka jest zaoferowana w tej pozycji. Natomiast zadaniem Zamawiającego jest poprawa takiej omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, ponieważ po to ustawodawca w 2008 r. wprowadził taki obowiązek, aby ze względu na niezamierzone drobne nieścisłości nie odrzucać oferty wykonawcy, którego zamiarem jest złożenie oferty zgodnej z warunkami zamówienia, w tym z przedmiarem robót, jak było w tym przypadku.

Zamawiający do postępowania załączył przedmiary robót w wersji uproszczonej, a od Wykonawców żądał kosztorysów w formie szczegółowej, jednocześnie odmawiając udostępnienia wykonawcom przedmiarów w wersji szczegółowej (mimo wniosków wykonawców zaniepokojonych nieścisłościami takich kosztorysów).

Co istotne, Zamawiający na etapie wyjaśniania treści SWZ, przyjął zasadę, że wykonawcy nie mogą zmieniać opisu pozycji kosztorysowych – za wyjątkiem tych które wynikają z odpowiedzi Zamawiającego na pytania do SWZ. W wyjaśnieniach treści SWZ - Zamawiający na pytania Wykonawców do SWZ z dnia 01.12.2023 r. w temacie sporządzania kosztorysów (możliwości zmian opisów pozycji kosztorysowych) odpowiedział następująco:

Pytanie nr 37:

W związku z kosztorysowym charakterem rozliczenia wnosimy o wyjaśnienie i sprecyzowanie, czy Wykonawca może zmieniać podstawy nakładów KNR zachowując przy tym opisy pozycji przedmiarowych łącznie z ilościami i jednostkami miary?

Odpowiedź:

Nie, Zamawiający dopuszcza dokonywanie zmian w kosztorysach jedynie w zakresie wynikającym z udzielonych odpowiedzi.

Pytanie nr 44:

Czy zamawiający dopuszcza zmianę materiałów w pozycjach przedmiarowych poprzez wprowadzenie analogii do pozycji?

Odpowiedź:

Nie, Zamawiający dopuszcza dokonywanie zmian w kosztorysach jedynie w zakresie wynikającym z udzielonych odpowiedzi.

Pytanie nr 70:

Proszę o załączenie „ślepych” kosztorysów szczegółowych, ma to na celu aby wszystkie materiały, robocizna oraz sprzęt znalazły się w kosztorysie szczegółowym, który należy złożyć wraz z ofertą.

Odpowiedź:

ZAMAWIAJĄCY NIE UDOSTĘPNIĄ ŚLEPYCH KOSZTORYSÓW

Pytanie nr 71:

Związku z tym, iż do oferty należy złożyć kosztorysy ofertowe w wersji szczegółowej zwracamy się z pytaniem czy można zmieniać, korygować podstawy i nakłady pozycji kosztorysowych. Jeśli nie to proszę o przesłanie aktualnych pustych kosztorysów szczegółowych, aby uniknąć odrzucenia oferty przez Inwestora.

Odpowiedź:

PATRZ ODPOWIEDŹ NR 37 - Zamawiający dopuszcza dokonywanie zmian w kosztorysach jedynie w zakresie wynikającym z udzielonych odpowiedzi. PONADTO ZAMAWIAJĄCY INFORMUJE, IŻ NIE UDOSTĘPNIĄ PUSTYCH KOSZTORYSÓW SZCZEGÓŁOWYCH.

Według ww. odpowiedzi Zamawiającego, Wykonawcy nie mogli w pozycjach kosztorysowych zmieniać podstaw nakładów KNR i materiałów w pozycjach przedmiarowych, mimo że w przedmiarze, w niektórych pozycjach, Zamawiający zmienił standardowy opis KNR.

To spowodowało niespójności w kosztorysach.

Zamawiający w odpowiedziach na pytania zabronił modyfikacji m.in. podstaw nakładów i materiałów w pozycjach kosztorysowych, za wyjątkiem zmian w zakresie wynikającym z udzielonych odpowiedzi (dla kwestionowanych pozycji nie były zadawane pytania i udzielane odpowiedzi, zatem brak zgody na ww. zmianę). Jednocześnie Zamawiający w tych pozycjach przedmiarowych zmienił opisy w stosunku do oryginalnych opisów wynikających z Katalogów Nakładów Rzeczowych (KNR) - nie stosując ani zapisu „analogia” ani „kalkulacja indywidualna”.

W związku z powyższym Odwołujący musiał uznać, że wszystkie pozycje, w których Zamawiający zmienił opis i nie zmodyfikował podstawy nakładu, należało uznać jako „kalkulacje indywidualne”, dla których rozliczenie następuje na podstawie opisu, jednostki miary oraz iloczynu ilości i ceny jednostkowej.

Przykładowo Zamawiający wskazał w Informacji o odrzuceniu oferty, jako nieprawidłowy pkt 4) ppkt a), tj.: „Element 1 MASZYNOWNIA POMP budynek A – poz. 20, Element

1 MASZYNOWNIA POMP budynek B – poz. 20 - Wykonawca zaoferował:

w materiale występują kształtki o nieprawidłowych średnicach tj. dwuzłączka przejściowa mosiężna Fi2” oraz kształtka przejściowa mosiężna fi G2”x50mm. Należało wycenić kształtki oraz dwuzłączki o średnicy 80mm - Zawór kulowy, gwintowany Dn80”.

Zamawiający w pozycji tej użył podstawy KNR 35/217/7 (1) oraz zmodyfikował opis: „Zawór kulowy, gwintowany Dn80”, gdzie oryginalny opis z Katalogu Nakładów Rzeczowych (KNR) to: „Zawory kulowe i zwrotne przelotowe, gwintowane do centralnego ogrzewania, zawór Dn 50 mm, zawór kulowy”. Materiały jakie występują w oryginalnym KNR to: - Zawory kulowe przelotowe, mosiężne do wody, Fi 50 mm, - Kształtki przejściowe mosiężne, do rur miedzianych Fi G2”x50 mm, - Dwuzłączka przejściowa, mosiężna Fi 2”. Natomiast materiały występujące w kosztorysie Wykonawcy to: - Zawór kulowy gwintowany Dn 80 mm, - Kształtki przejściowe mosiężne, do rur miedzianych Fi G2”x50 mm, - Dwuzłączka przejściowa, mosiężna Fi 2”.

Wykonawca dostosował materiał, o którym mowa w opisie do wymogów Zamawiającego, pozostawiając jedynie materiały dodatkowe wynikające z przyjętej normy, takie jakie występują w oryginalnym KNR. Biorąc pod uwagę, że Wykonawca wycenił koszt robót zgodnie z opisem pozycji to oczywistym jest, że wykonawca aby poprawnie zrealizować daną robotę będzie musiał użyć materiałów montażowych o odpowiednich średnicach (a co za tym idzie Zamawiający powinien poprawić kwestionowane średnice w ramach innej omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty).

Dodatkowo Zamawiający w odpowiedziach do SWZ na pytania nr 37, 44, 70 i 71 z dnia 01.12.2023 r. wykluczył modyfikację m.in. podstaw nakładów i materiałów w pozycjach kosztorysowych, mimo że zmienił opis pozycji przedmiarowej w stosunku do oryginalnego opisu wynikającego z Katalogów Nakładów Rzeczowych - nie stosując jednocześnie analogii czy kalkulacji indywidualnej, co również przełożyło się na wystąpienie powyższych omyłek.

Inny przykład wskazanej przez Zamawiającego „nieprawidłowości” w kosztorysie Odwołującego: pkt 1) Roboty budowlane poz. 31, poz. 162 – Zamawiający powołuje się na swoje odpowiedzi do SWZ z dnia 01.12.2023 r. (pyt. 34) i wnioskuje, że „parametry ścian, zaproponowane przez Wykonawcę, nie odpowiadają wymaganiom SWZ. Powyższe potwierdzają również załączone przez Wykonawcę do oferty deklaracje właściwości użytkowych Thomas Praefab dla przedmiotowych ścian zgodnie z którymi parametry zaoferowanych produktów nie odpowiadają wymaganiom SWZ, co potwierdza, że świadczenie zaoferowane przez Wykonawcę jest świadczeniem odmiennym od wymaganego w SWZ.”

Podczas gdy sam Zamawiający do odpowiedzi na pytania do SWZ z dnia 01.12.2023 r., załączył przedmiar, w którym w kwestionowanych pozycjach 31 i 162, ściany z prefabrykatów wielkopłytkowych keramzytobetonowych - opisał tak samo, jako klasa LC 10/12 (prawdopodobnie omyłka Zamawiającego powtórzona za przedmiarem). Analogicznie Wykonawca omyłkowo powtórzył w kosztorysie zapis LC10/12 zamiast LC20/22 - co nie zmienia faktu, że jest to omyłka, którą należało poprawić w trybie art. 223 ust. 2 pkt 1) (omyłka pisarska) ewentualnie pkt 3) Pzp (inna omyłka), bo zamiar wyceny jest jasny – zgodnie z wyjaśnieniami do SWZ.

Zamawiający w razie jakichkolwiek wątpliwości co do treści oferty miał obowiązek wezwać wykonawcę do wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp, czego również nie dopełnił – w tej, ani w żadnej innej kwestionowanej pozycji kosztorysowej (np. czy cena pozycji zawiera materiały z opisu podstawowego pozycji kosztorysowej) - odrzucając ofertę bez dokonania ww. procedur przewidzianych prawem, które przewidziane są właśnie po to by nie odrzucać oferty z błahych powodów.

Odwołujący wyjaśnił, że jeśli zaś chodzi o wspomnianą „deklarację właściwości użytkowych” dla przedmiotowych ścian - Wykonawca do oferty dołączył deklarację odnoszącą się do ścian o innej klasie (dla innej pozycji kosztorysowej), jednakże posiada deklaracje dla ścian o klasie LC 20/22 i na wezwanie Zamawiającego by ją uzupełnił - ponieważ zgodnie z treścią SWZ pkt 5, jak również na podstawie art. 107 ust. 2 i 4 PZP, Zamawiający miał obowiązek wezwać Wykonawcę do uzupełnienia ww. przedmiotowych środków dowodowych ewentualnie wezwać do wyjaśnień w tym zakresie - czego również zaniechał wbrew treści przepisów i postanowień SWZ. (SWZ pkt 5: „Jeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne (w

szczegółności nie potwierdzając w ten sposób równoważności oferty w zakresie opisanym w opisie przedmiotu zamówienia) Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie”).

Odwołujący załączył do odwołania zestawienie wszystkich kwestionowanych pozycji kosztorysowych w ofercie Odwołującego wraz z wyjaśnieniami.

Odwołujący wskazał, że przy ocenie charakteru nieścisłości w kosztorysie Odwołującego istotne jest, że w przypadku większości spornych pozycji kosztorysowych Zamawiający

w przedmiarach robót dokonał modyfikacji (nadpisania) katalogowego opisu tych pozycji - jednak Zamawiający uczynił to, bez wyraźnego oznaczenia, że stosuje metodę analogii, bądź dokonuje analizy indywidualnej. Kosztorys ofertowy Odwołującego zawierał wszystkie pozycje zawarte w przedmiarze robót Zamawiającego, w tożsamej treści opisu i kolejności: nie zawiera żadnych nowych pozycji, ani braku pozycji, zachowuje przyjęte przez Zamawiającego jednostki miary robót i/lub ilości, jak również wskazane przez Zamawiającego podstawy ustalenia nakładów rzeczowych oparte o tożsame kosztorysowe normy nakładów rzeczowych (KNR i KNNR) z ewentualnymi modyfikacjami.

Treść oferty Odwołującego była zgodna z warunkami zamówienia, a wskazane

w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty „niezgodności” opisu pozycji kosztorysowych, są co najwyżej omyłkami podlegającymi poprawie w trybie art. 223 ust. 2 Pzp - tj. omyłkami pisarskimi, rachunkowymi lub innymi omyłkami polegającymi na niezgodności oferty

z dokumentami zamówienia, niepowodującymi istotnych zmian w treści oferty. Omyłki te nie rzutują na wycenę, ponieważ w większości wskazanych pozycji (oprócz jednej omyłki rachunkowej – różnica ceny: 1513,82 zł) nie rzutują na cenę danej pozycji kosztorysowej.

Odwołujący podkreślił, że wycenił przedmiot zamówienia zgodnie z przedmiarem, tj. opisem pozycji przedmiarowej – jedynie w rozwinięciu niektórych pozycji nie wpisał niektórych nakładów – które jednak wynikają z samej treści podstawowego opisu pozycji kosztorysowej. Ww. nieścisłości w rozwinięciu pozycji kosztorysowych wynikają głównie ze zmiany podstawowego opisu pozycji kosztorysowej, przez dodanie do standardowego KNR jakichś modyfikacji oraz zaznaczył, że we wszystkich kwestionowanych pozycjach kosztorysowych opisy są dokładnie przepisane z przedmiarów. Zatem cała pozycja kosztorysowa jest wyceniona zgodnie z tytułem pozycji (w tym wszystkie nakłady) – nieścisłość pojawia się jedynie w rozwinięciu pozycji, a wynikają z wyjaśnień Zamawiającego do SWZ dotyczących zakazu zmiany podstaw nakładów KNR w kosztorysach.

To niespójne zasady ustalone przez Zamawiającego w zakresie uzupełniania kosztorysów są powodem zarzucanych obecnie Odwołującemu niezgodności w kosztorysie.

Wszystkie zarzucane „niezgodności” sprowadzają się do opisów pozycji kosztorysowych, które wg Zamawiającego spowodowały, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający z ww. niezgodności wywiódł również nieprawidłowy wniosek, że spowodowało to wycenę tych pozycji niezgodnie z SWZ.

W związku z tym Odwołujący przypomniał, że w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp podlegają poprawie omyłki polegające właśnie na niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Wykazanie zatem ww. niezgodności oferty Odwołującego z dokumentami zamówienia samo przez się nie świadczyło jeszcze o możliwości odrzucenia oferty ze względu na tzw. niezgodność z warunkami zamówienia. O braku możliwości poprawy ww. niezgodności można byłoby mówić wyłącznie w sytuacji, gdyby poprawa doprowadziła do zmiany oferty odwołującego w sposób istotny, co nie nastąpiło.

Zamawiający jest zobligowany do poprawy również omyłek innych niż oczywiste pisarskie lub rachunkowe, które spełniają dwa warunki. Po pierwsze – polegają na niezgodności oferty ze SWZ, po drugie – nie powodują istotnych zmian w treści oferty.

W wyroku KIO z 8.1.2013 r. (KIO 2813/12) Izba potwierdza, że pojęcie istotności zmiany

w treści oferty jest pojęciem nieostrym. Tym samym decyzja w przedmiocie możliwości zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp powinna być podejmowana każdorazowo

z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno

z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. W orzecznictwie KIO i sądów okręgowych konsekwentnie przyjmuje się np. możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialiae negotii. Dopuszcza się więc możliwość poprawiania samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian.

W sprawie o podobnej sytuacji faktycznej (nieścisłości w opisach pozycji kosztorysowych będące podstawą decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty) Krajowa Izba Odwoławcza

w wyroku z dnia 6 kwietnia 2023 r. (KIO 797/23) stwierdziła, że odrzucenie oferty na podstawie błędów w opisie pozycji kosztorysowych jest nieprawidłowe i należało je poprawiać w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Izba uznała takie nieścisłości w opisie pozycji za tzw. inne omyłki. Izba podkreśliła, że tzw. inne omyłki, uregulowane w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie muszą charakteryzować się cechą oczywistości (w przeciwieństwie do omyłek pisarskich)

i rachunkowych).

Ponadto zgodnie z treścią art. 233 ust. 1 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. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wzywał Odwołującego do wyjaśnień treści oferty tj. żadnej

z zakwestionowanej pozycji kosztorysowej, mimo że już z pytań do SWZ wynikało, że będą problemy z jednolitym szczegółowym opisem pozycji kosztorysowych ze zmienionym opisem standardowym KNR - co sygnalizowali sami Wykonawcy i wnosili o przekazanie co najmniej pustych przedmiarów szczegółowych. Zamawiający z jednej strony zmieniał podstawowe opisy pozycji przedmiarowych w stosunku do standardowych opisów KNR, ale

z drugiej strony, wg odpowiedzi do SWZ, nie pozwalał Wykonawcom zmienić opisów kosztorysowych za wyjątkiem pozycji wyraźnie wskazanych w odpowiedziach do SWZ.

Na etapie oceny ofert, Zamawiający najwyraźniej zmienił tę zasadę i uznał, że takie zmiany opisu pozycji Wykonawca miał jednak wprowadzić – uzupełniając opis szczegółowy o np. niektóre nakłady – a brak takich zmian w opisie uznaje za niezgodność powodującą odrzucenie oferty Odwołującego.

Taki sposób prowadzenia postępowania jest sprzeczny z zasadami przygotowania

i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynikającymi z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, tj. nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania stron oraz nie jest przejrzysty. Dodatkowo, z naruszeniem art. 17 ust. 2 Pzp, prowadzi do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy.

Wykonawcy, na etapie przygotowania ofert, w wielu pytaniach do SWZ sygnalizowali Zamawiającemu (pyt. Nr 37, 44, 70, 71 z dnia 01.12.2023 r.) problem dotyczący możliwości zmian materiałów, podstaw nakładów KNR w pozycjach przedmiarowych (przy zachowaniu opisu podstawowego) oraz wnioskowali o możliwość zmian oraz o udostępnienie kosztorysów szczegółowych - właśnie po to, aby uniknąć takich nieścisłości w treści kosztorysów, które teraz Zamawiający uznaje za niezgodności z warunkami zamówienia oraz podstawę odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający kilkakrotnie bezrefleksyjnie odpowiadał jednym zdaniem, że nie zgadza się na dokonywanie zmian w kosztorysach w stosunku do przedmiaru oraz odmówił udostępnienia szczegółowego kosztorysu „pustego”, co spowodowało kwestionowane rozbieżności w rozwinięciu opisu pozycji kosztorysowych.

Odwołujący przypominał, że przepis art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, odpowiada co do zasady przepisowi art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z 2004 r. Regulacja art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp z 2004 r. została wprowadzona ustawą z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1058). Ratio legis tego przepisu to sanowanie ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, które nie prowadzą do istotnych zmian w treści oferty - nie zniekształcają w znaczącym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie.

Na powyższą intencję ustawodawcy wskazywało uzasadnienie do ww. ustawy nowelizującej. „W projekcie wprowadza się istotne zmiany dotyczące sposobu poprawiania oczywistych omyłek pisarskich i rachunkowych (art. 87 ust. 2). Rezygnuje się z zamkniętego katalogu sposobu poprawiania omyłek rachunkowych, pozostawiając jednocześnie zamawiającemu uprawnienie do poprawiania oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Proponowane rozwiązanie przyczyni się do usprawnienia procedury udzielania zamówienia publicznego oraz do zmniejszenia liczby odrzucanych ofert i unieważnianych postępowań. Ogranicza się sytuacje, w których oferty uznane za najkorzystniejsze podlegają odrzuceniu ze względu na błędy rachunkowe w obliczeniu ceny, które nie są możliwe do poprawienia w myśl ustawowo określonych reguł. (...). Należy również podkreślić, że proponowane rozwiązanie nie stoi na przeszkodzie temu, aby zamawiający samodzielnie precyzował w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przykładowe okoliczności, w których będzie dokonywał poprawy omyłek w ofertach w trybie art. 87 ust. 2. Powyższe prowadzi do przejrzystości postępowania, ogranicza kazuistykę ustawy i może ograniczyć ewentualne spory

z wykonawcami.” Odwołujący wskazał, że dostrzeżenia wymaga również, że z przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wynika nie prawo a obowiązek Zamawiającego poprawiania omyłek polegających na niezgodności treści oferty z dokumentami zamówienia, jeżeli nie powodują one istotnych zmian w treści oferty. Tak ogólnie sformułowana przesłanka wskazuje na pewną dozę elastyczności i uznaniowości pozwalającą odnieść ją do okoliczności konkretnego stanu faktycznego.

Przekładając powyższe normy na grunt niniejszej sprawy Odwołujący zaznaczył, że kwestionowane niezgodności w ofercie Odwołującego na 2081 pozycji kosztorysowych dotknęły zaledwie 37 pozycji. Na uwagę zasługiwał fakt, że łączna wartość zakwestionowanych przez Zamawiającego pozycji kosztorysu odwołującego stanowi poniżej 1 % (0,65%, tj. 185 755, 61 zł) ceny ofertowej całego przedmiotu zamówienia (28 381 350 zł netto). Z pewnością zatem poprawienie oferty w tym zakresie nie dotyczyłoby znaczących finansowo pozycji kosztorysu ofertowego Odwołującego.

Gdyby nawet przyjąć, że w kosztorysie Odwołującego nie ujęto tych nakładów, które wymienił Zamawiający w Informacji

o odrzuceniu oferty Odwołującego - to łączny koszt tych nakładów wynosi 15 451,10 zł netto - czyli 0,05% ceny ofertowej netto. (Suma cen zakwestionowanych pozycji wg oferty Odwołującego: 185 755,61 zł, Suma cen zakwestionowanych pozycji Odwołującego po uzupełnieniu ich cenami materiałów z oferty Modular: 201 206,71 zł netto).

Powyższe prowadzi do wniosku, że w aspekcie ilościowym i finansowym niezgodności

w ofercie Odwołującego dotknęły nieznaczącego zakresu oferowanych robót - i to poszczególnych nakładów a nie całych pozycji kosztorysowych (różnica w cenie całej oferty - po poprawieniu ww. omyłek wyniesie 1513,82 zł (omyłka rachunkowa) - na 28 381 350 zł), zatem ich poprawienie nie mogłoby istotnie zmienić treści oferty, zatem kwalifikuje się do poprawy w trybie art. 223 ust. 2 Pzp. Powyższe doprowadziło do wyboru oferty droższej o 8 526 392,80 zł brutto.

Odwołujący podkreślił, że poprawa omyłek w ofercie Odwołującego nie doprowadzi także do naruszenia zakazu prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty, o którym mowa w art. 223 ust. 1 Pzp. Poprawa polegać powinna na zastąpieniu błędnych opisów szczegółowych w spornych pozycjach kosztorysów ofertowych Odwołującego - poprawnymi opisami wynikającymi z przedmiarów robót - tak jak to nastąpiło wg wyroku KIO w analogicznej sprawie z dnia 6 kwietnia 2023 r. (KIO 797/23).

W szczególności poprawa taka nie będzie pociągała za sobą zmiany ceny w kwestionowanych pozycjach kosztorysu, ani ogólnej ceny oferty Odwołującego (oprócz omyłki rachunkowej - zmiana 1513,82 zł).

Odwołujący wskazał, że poprawa omyłek w pozycjach, których opisy są faktycznie niezgodne z przedmiarem, polegać powinna na zastąpieniu błędnych opisów w spornych pozycjach kosztorysów ofertowych Odwołującego - poprawnymi opisami wynikającymi z przedmiarów robót (szczegółowo opisane w Załączniku nr 5 do odwołania), skoro tak jak wskazano już wcześniej, w przeciwieństwie do omyłek z art. 223 ust. 2 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp, omyłki uregulowane w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, nie muszą charakteryzować się cechą oczywistości. (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 kwietnia 2023 r. KIO 797/23)

Podstawowa zasada postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyrażona w art.

16 ust. 1 Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie

o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, natomiast art. 17 ust. 2 Pzp stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Charakter ogólny tej zasady doznaje uszczegółowienia m.in. w przepisach stanowiących dla Zamawiającego obowiązki

i uprawnienia, których realizacja zapewnia wykonawcom konkurowanie w warunkach równości. Odwołujący miał zatem prawo spodziewać się, że Zamawiający oceniając oferty Wykonawców będzie równo ich traktował i rzetelnie weryfikował treść złożonych ofert,

z zastosowaniem ww. zasad.

W odniesieniu do oferty wybranego Wykonawcy Modular Odwołujący stwierdził, po analizie dokumentów podmiotowych przedstawionych przez Wykonawcę Modular, że nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, opisanego w SWZ pkt 8.4)a)ii) - dotyczącego wykazania posiadania doświadczenia polegającego na wykonaniu:

„1 roboty budowlanej polegającej na budowie budynku wielokondygnacyjnego wykonanego

w technologii prefabrykowanej betonowej, w którym 1/3 powierzchni ścian tego budynku była wykonana z prefabrykatów keramzytobetonowych.”

- w związku z tym Odwołujący zarzuca naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp - przez zaniechania wezwania Wykonawcy Modular do wyjaśnienia i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu przez Wykonawcę Modular.

Zgodnie z art. 3 pkt 2) Prawa budowlanego jako budynek - należy rozumieć taki „obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach; zaś obiektem budowlanym - jest budynek, budowla bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych”.

Art. 3 pkt 1) Prawa budowlanego zawiera natomiast definicję obiektu budowlanego - „należy przez to rozumieć budynek, budowlę bądź obiekt małej architektury, wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wzniesiony z użyciem wyrobów budowlanych”.

Robota budowlana przedstawiona przez Wykonawcę Modular dla wykazania spełniania ww. warunku udziału to:

„Budowa zespołu zabudowy usługowej z lokalami turystyczno-wypoczynkowymi, basenem kąpielowym i zespołem SPA, lokalem mieszkalnym, garażem podziemnym, z zewnętrzną instalacją kanalizacji sanitarnej, zewnętrzną instalacją wodociągową, zewnętrzną instalacją gazową, zewnętrzną instalacją kanalizacji deszczowej, zewnętrzną instalacją elektroenergetyczną i zagospodarowaniem terenu a także rozbiórka istniejącego budynku mieszkalnego na działce Nr 717 Obr. 6, przy ul. Wojciecha Bogusławskiego

3, 5 w Świnoujściu".

Wykonawca Modular w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych z dnia 20.12.2023 r., przedstawił List Referencyjny dotyczący prac związanych z: „dostawą i montażem konstrukcji budynku z elementów prefabrykowanych

o pięciu kondygnacjach nadziemnych dla inwestycji związanej z budową zespołu zabudowy usługowej z lokalami turystyczno-wypoczynkowymi, basenem kąpielowym i zespołem SPA, lokalem mieszkalnym, garażem podziemnym, z zewnętrzną instalacją kanalizacji sanitarnej, zewnętrzną instalacją wodociągową, zewnętrzną instalacją gazową, zewnętrzną instalacją kanalizacji deszczowej, zewnętrzną instalacją elektroenergetyczną i zagospodarowaniem terenu a także rozbiórka istniejącego budynku mieszkalnego na działce Nr 717 Obr. 6, przy

ul. Wojciecha Bogusławskiego 3, 5 w Świnoujściu.

Asortyment wykonanych prac:

- 1) Dostawa i montaż ściennych elementów keramzytowych 18650 m²
- 2) Dostawa i montaż ściennych elementów betonowych 28069 m²
- 3) Dostawa i montaż stropów prefabrykowanych 17650 m²

Wartość wykonanych prac: 29,7 MPLN

Okres realizacji prac od 01.12.2022 do 01.10.2023".

Zatem zgodnie z przedstawionym Zamawiającemu listem referencyjnym zamówienie to obejmowało wyłącznie prace związane z dostawą i montażem konstrukcji budynku

z elementów prefabrykowanych o pięciu kondygnacjach nadziemnych.

Następnie w dniu 10.01.2024 r. Wykonawca Modular przedstawił zmodyfikowany List referencyjny, w którym określony był następujący zakres robót:

Zakres wykonywanych robót:

- 1) prace przygotowawcze,
- 2) roboty budowlane związane z dostawą i montażem prefabrykowanych elementów konstrukcyjnych:
 - a) ścienne elementy keramzytobetonowe 18.650 m²,
 - b) ścienne elementy betonowe 28.069 m²,
 - c) stropy prefabrykowane 17.650 m²,
 - d) dostawa i montaż zbrojenia,
 - e) wykonywanie nadbetonu,
 - f) dostawa i montaż belek, słupów, schodów i balkonów prefabrykowanych,
- 3) wykonanie ścianek działowych,
- 4) roboty izolacyjne,
- 5) roboty wykończeniowe wewnętrzne,
- 6) prace elewacyjne.

Wartość wykonanych prac brutto: 29,7 mln zł.

Okres realizacji prac: od 01.12.2022 r. do 01.10.2023 r.

Odwolujący wskazał, że biorąc pod uwagę, że w powyższych dokumentach nadal brak wskazania w zakresie robót instalacji, należy uznać, że firma Formee (Podmiot trzeci), nie wykonała roboty budowlanej polegającej na budowie budynku.

Powyższe potwierdza również załączona dokumentacja zdjęciowa sporządzona pod koniec grudnia 2023 roku, czyli prawie 2 miesiące po zakończeniu przez firmę Formee realizacji prac na budowie (według referencji), na której to dokumentacji, na zdjęciu nr 1, część budynku po lewej stronie jest w stanie surowym otwartym, natomiast część po prawej w stanie surowym zamkniętym. Zdjęcia 2 i 3 pokazują zaawansowanie robót, które dalekie jest od zakończenia (brak balustrad, wykończenia elewacji, stolarki, instalacji).

Na zdjęciu nr 4, widać, że instalacja elektryczna w mieszkaniach nie jest kompletna, gdyż brakuje m.in. gniazdek wtyczkowych, które wymagane są zgodnie z definicją instalacji elektrycznej z Rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 16 sierpnia 1999 r. w sprawie warunków technicznych użytkowania budynków mieszkalnych (Dz.U. 1999 nr 74 poz. 836), która brzmi:

„instalacja elektryczna – układ przewodów i kabli w budynku wraz ze sprzętem i osprzętem elektroinstalacyjnym, urządzeniami, aparaturą rozdzielczą i sterowniczą, układem pomiarowo-rozliczeniowym, urządzeniami zabezpieczającymi i ochronnymi oraz uziemieniami, mający początek na zaciskach wyjściowych wewnętrznych linii zasilających w złączu i koniec na gniazdach wtyczkowych, wypustach oświetleniowych i zainstalowanych na stałe odbornikach zasilanych energią elektryczną.”

Wskazana przez Wykonawcę Modular robota budowlana jest nadal nieukończonym budynkiem w rozumieniu prawa

budowlanego - nie posiada np. instalacji zapewniających możliwość użytkowania obiektu zgodnie z jego przeznaczeniem, wymaganych dla spełnienia definicji obiektu budowlanego jakim jest budynek (instalacje elektryczne są urządzeniami budowlanymi, czyli urządzeniami technicznymi związanymi z obiektem budowlanym, które zapewniają możliwość użytkowania obiektu budowlanego zgodnie z przeznaczeniem).

W załączeniu Odwołujący przedstawił dokumentację zdjęciową ww. budynku, wykonaną w grudniu 2023 r. oraz lutym 2024 r., z której wynika np. brak zakończonej instalacji elektrycznej.

W odniesieniu do zarzutu ewentualnego - zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Modular sp. z o.o. Odwołujący wskazał, że jedynie z ostrożności procesowej Odwołujący zarzucił również zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Modular - wbrew treści art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, tj. z powodu niezgodności oferty z warunkami zamówienia - w przypadku uznania, że niezgodności dotyczące wypełnienia poszczególnych pozycji kosztorysowych stanowią o niezgodności oferty z warunkami zamówienia a przepisy art. 223 ust. 2 pkt 1-3 Pzp nie mają tu zastosowania – ponieważ przy takim założeniu oferta Wykonawcy Modular także podlega odrzuceniu, gdyż zawiera w kosztorysie niezgodności tego samego rodzaju, co zarzucane

w kosztorysie Odwołującego, zatem świadczenie zaoferowane przez tego Wykonawcę jest również niezgodne z SWZ.

Odwołujący podkreślił, że Wykonawca Modular w swojej ofercie - w ponad 100 pozycjach kosztorysowych, które jako podstawę wyceny zastosowane miały „kalkulacje indywidualne” - nie wycenił nakładu robocizny. W pozycjach tych jako nakłady wpisane zostały jedynie materiały, co pozwala stwierdzić, że wyceniony został jedynie zakup i ewentualna dostawa danych materiałów na teren budowy.

W odwołaniu Odwołujący wskazał przykładowe pozycje, w których firma Modular nie wyceniła nakładu robocizny oraz przykładowe pozycje, w których firma Modular wyceniła nakład robocizny mimo zastosowania kalkulacji indywidualnej.

W kwestionowanych pozycjach, w których podstawą wyceny była kalkulacja indywidualna lub kalkulacja własna, a które to pozycje zostały przez Wykonawcę Modular opracowane jako pozycje szczegółowe (a więc takie, w których definiuje się robociznę, materiał i sprzęt wraz

z odpowiednimi nakładami jednostkowymi niezbędnymi do wykonania zakresu prac wyszczególnionych w opisie pozycji), nie określił nakładów rzeczowych dla robocizny i sprzętu. W związku z tym nie określił wartości robocizny i sprzętu potrzebnych do wykonania danego zakresu prac, który został narzucony w opisie podstawowym, a wycenił jedynie materiał potrzebny do wykonania tego zakresu.

Oprócz powyższych niezgodności z warunkami zamówienia, w kosztorysach Wykonawcy Modular, Odwołujący znalazł ponad 50 innych nieprawidłowości polegających między innymi na różnicach pomiędzy opisem pozycji, a zastosowanymi materiałami.

Przykładem takiej pozycji jest np. zakwestionowana przez Zamawiającego w ofercie Odwołującego (stanowiła podstawę odrzucenia oferty) pozycja znajdująca się w kosztorysie Instalacje Sanitarne – Wewnętrzne, a dokładnie: Element 1.1 Instalacja wody zimnej i ciepłej budynek A – poz. 47, Element 1.1 Instalacja wody zimnej i ciepłej budynek B – poz. 47. Zamawiający postawił Odwołującemu następujący zarzut stanowiący podstawę odrzucenia oferty:

„Wykonawca zaoferował: brak w materiale podstawowych elementów do montażu zaworu tj. złączki pod zwory, kształtki, a należało wycenić: Zawory bezpieczeństwa o śr. nominalnej 25 mm np. Syr 2115 na ciśnienie otwarcia 6 bar + wykonanie podejść i montaż złączek pod zawory.”

Natomiast w kosztorysie Wykonawcy Modular pozycja ta jest dokładnie taka sama jak w kosztorysie Odwołującego.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania przedstawił fragmenty kosztorysów obu firm.

Odwołujący jako kolejny przykład, analogiczny do nieprawidłowości kwestionowanych przez Zamawiającego w ofercie Odwołującego wskazał, błąd w kosztorysie Przyłącza

i instalacja wod-kan, a mianowicie:

Element 2 PRZYŁĄCZE KANALIZACJI SANITARNEJ; 2.6 Roboty montażowe - pozycja 82 d. 2.6 oraz 83 d. 2.6

Opis pozycji:

Studzienka kanalizacyjna Ø1200 z kręgów żelbetowych o gł. 3,0 m o składowych:

- płyta denna żelbetowa
- kręgi żelbetowe
- płyta nakrywcza żelbetowa (z otw. Ø600) Ø1450
- właz żeliwny Ø600 typu ciężkiego
- bloczki betonowe kanalizacyjne.

Firma Modular zamiast kręgów żelbetowych wyceniła:

- Kręgi betonowe o średnicy 1,2m i wysokości 0,5m

Błąd ten powtarza się również w tym samym kosztorysie, w Elementie 4 KANALIZACJA DESZCZOWA PARKINGI C STUDZIENKI D22 DO STUDZIENKI D35; pozycja 210 d.4.5 oraz 214 d. 4.5.

Kolejnym błędem w tym samym kosztorysie, czyli Przyłącza i instalacja wod-kan jest:

Element 2 PRZYŁĄCZE KANALIZACJI SANITARNEJ; 2.6 Roboty montażowe, pozycja 95 d. 2.6 Opis pozycji: Wcinka istniejącej studzienki kanalizacyjnej betonowej Ø1200 przewodem Ø200 wykonanie wcinki po stronie Sosnowieckich Wodociągów S.A.

Firma Modular w materiale wyceniła: Wcinka do istniejącej studzienki kanalizacyjnej betonowej Ø1000 przewodem DN 200.

Odwolujący wskazał, że przy uznaniu za prawidłowe założeniu przyjętym przez Zamawiającego dla odrzucenia oferty Odwołującego – niezgodności dotyczące wypełnienia poszczególnych pozycji kosztorysowych stanowią o niezgodności oferty z warunkami zamówienia – należało również odrzucić ofertę Wykonawcy Modular na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Mając na uwadze całokształt przedstawionej powyżej argumentacji, Odwołujący stwierdził, że czynności i zaniechania Zamawiającego wskazane w treści odwołania, doprowadziły do wyboru oferty Modular sp. z o.o. oraz odrzucenia oferty Odwołującego z naruszeniem ww. przepisów PZP, które miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego, co powoduje, że odwołanie jest uzasadnione i zasługuje na uwzględnienie na podstawie art. 554 ust 1 pkt 1) Pzp.

W odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 19 lutego 2024 r. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W odniesieniu zarzutów 1-3 oraz zarzutu nr 5: Odrzucenie oferty Odwołującego, brak poprawy omyłek, brak wezwania do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, Zamawiający wskazał, że odrzucił ofertę DOMBUD na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp z uwagi na fakt, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia a charakter wad oferty uniemożliwia ich konwalidację. Zamawiający wskazał przy tym, że: zgodnie z pkt 14 ppkt 2 lit. g SWZ, Zamawiający wymagał dołączenia do oferty wypełnionych kosztorysów ofertowych. Analiza przedmiotowych kosztorysów, stanowiących załącznik nr 08 do oferty Wykonawcy, wykazała szereg niezgodności dotyczących wypełnienia poszczególnych pozycji przez Wykonawcę, polegających na zaproponowaniu i wycenie pozycji przedmiarowych w sposób niezgodny z SWZ, co do których nie jest możliwa konwalidacja, ponadto Odwołujący załączył deklaracje właściwości użytkowych, które nie potwierdzały wymaganych w SWZ parametrów.

Zamawiający wskazał konkretnie, jakie elementy treści oferty stanowią o niezgodności z SWZ i polegały one przede wszystkim na zaoferowaniu przez Odwołującego materiałów niezgodnych z SWZ lub pominięciu wyceny części materiałów. Odwołujący uważał, że wady oferty stanowiące podstawę odrzucenia są wyłącznie omyłkami, które należało poprawić zgodnie z art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, a w zakresie złożonych przedmiotowych środków dowodowych, które nie potwierdzają zgodności oferowanych robót budowlanych z warunkami zamówienia, Odwołujący domagał się wezwania go do uzupełnienia tych dokumentów, wskazując jako podstawę art. 107 ust. 2 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający wskazał, że odrzucił ofertę Odwołującego

na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy, która jest niezgodna z warunkami zamówienia. Po pojęciu „warunki zamówienia” – odpowiednio do art. 7 pkt 29) ustawy Pzp – należy rozumieć: warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające

w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Na gruncie prawa zamówień publicznych jedną

z okoliczności, której wystąpienie powinno skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, jest zaoferowanie przez wykonawcę innego przedmiotu zamówienia lub wykonania przedmiotu zamówienia w inny sposób (np. z innych materiałów, urządzeń albo w innej technologii, z pominięciem niektórych elementów świadczenia) niż wymagany przez zamawiającego w SWZ. Dlatego też przyjmuje się, że przedmiot oferty powinien być sprecyzowany i nie budzić wątpliwości. Obowiązkiem wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia jest jasne opisanie przedmiotu oferty, tak aby zamawiający miał pewność co jest przedmiotem oferowanego świadczenia i jaka jest koncepcja wykonawcy w zakresie realizacji zamówienia. Uchybienie temu obowiązkowi powoduje, że taka oferta jest niezgodna z SWZ.

Zakresem art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp objęta jest również sytuacja, w której zadeklarowana przez wykonawcę treść oferty nie znajdzie potwierdzenia w zażądanych przez zamawiającego w przedmiotowych środkach dowodowych, złożonych przez wykonawcę wraz z ofertą (art. 107 ust. 1 ustawy Pzp). Dokumenty te co do zasady należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. Konsekwencją niezłożenia dokumentu, który będzie potwierdzał treść oferty, jest konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp jako nieodpowiadającej merytorycznym warunkom zamówienia, z zastrzeżeniem zastosowania procedury z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli nie prowadzi to do zmiany treści oferty (tak:

wyrok KIO z dnia 25.04.2022 r., KIO 858/22). Przy czym art. 107 ust. 2 ustawy Pzp dopuszcza uzupełnianie przedmiotowych środków dowodowych w ograniczonym zakresie – o ile Zamawiający przewidział taką możliwość w SWZ, a „wada” przedmiotowego środka dowodowego polega na tym, iż nie został złożony w ogóle albo jest niekompletny. Nie jest zatem możliwe wezwanie do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, jeśli złożony wraz z ofertą nie potwierdza, iż zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z SWZ.

Wystąpienie stanu niezgodności treści oferty z treścią SWZ nie zawsze może być podstawą odrzucenia oferty, z uwagi na konieczność uprzedniego zastosowania art. 223 ust. 2 ustawy Pzp [poprawienie omyłek]. Niemniej jednak okoliczności wskazane w art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, jako odstępstwo od zasady, należy interpretować ściśle (tak: wyrok KIO z dnia 28.04.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 476/09).

Z art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, wynika, iż zamawiający w toku badania ofert powinien dokonać poprawek stwierdzonych w ofercie omyłek:

1. oczywistych omyłek pisarskich, rozumianych jako widoczne, wbrew zamierzeniu autora, niewłaściwe użycie wyrazu, widocznie mylna pisownia albo widocznie niezamierzone opuszczenie jednego lub więcej wyrazów itp.

Jak orzekł Sąd Okręgowy w Gdańsku w wyroku z dnia 21.05.2008 r., (XII Ga 151/08): „oczywista omyłka pisarska jest zwykle wynikiem przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, nigdy zaś uchybienia merytorycznego. Poprawienie oczywistej omyłki nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli. Mimo tego że, poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej zawsze będzie skutkowało zmianą treści ofert, to należy pamiętać, że będzie tak jedynie w znaczeniu technicznym, nie zaś merytorycznym.

W wyniku zatem poprawienia omyłki nie zmienia się treść oferty w sensie treści oświadczenia woli wykonawcy.”.

2. oczywistych omyłek rachunkowych, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek. Przy czym oczywiste omyłki rachunkowe w rozumieniu wskazanego przepisu to błędy we wszystkich działaniach arytmetycznych, które naruszają stosowanie reguł matematycznych. Oczywistość tej omyłki powoduje, że dla przeciętnego człowieka nie budzi wątpliwości, że wynik określonego działania matematycznego został określony wadliwie. Powodem tej wadliwości jest omyłka w wykonywaniu obliczeń lub w sposobie przeprowadzenia działania matematycznego (tak: wyrok KIO z dnia 11.05.2017 r., KIO 835/17).

3. innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści ofert. Przyjmuje się, że dla poprawy oferty w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp konieczne jest spełnienie następujących przesłanek: omyłka nie może być wynikiem świadomego, zamierzonego działania wykonawcy, wystąpienie omyłki powoduje niezgodność oferty z dokumentami zamówienia, a poprawienie takiej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty, dodatkowo sposób skorygowania omyłki wynikać musi z dokumentów zamówienia i oferty w taki sposób by umożliwić zamawiającemu korektę. Jednocześnie zamawiający ma obowiązek poprawić omyłkę tylko wtedy, gdy sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, wynika z innych elementów treści oferty (tak: wyrok KIO z dnia 28.02.2023 r., KIO 423/23). Z założenia zatem świadome 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 ww. ustawy (tak: wyrok KIO z dnia 19.01.2023 r., KIO 54/23).

Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 11.01.2023 r. (KIO 3458/22): „Poprawa omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych jest wyjątkiem od ogólnej zasady niezmienności treści oferty po jej złożeniu, wynikającej z art. 223 ust. 1 Prawa Zamówień Publicznych, a także z zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 16 wskazanej ustawy. Warunkiem bowiem zachowania zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji jest to, że wszyscy wykonawcy składają oferty w warunkach, w których nie znają treści ofert swych konkurentów. Jako wyjątek od tej zasady poprawienie omyłek w trybie art. 223 ust. 2 pkt

3 Prawa Zamówień Publicznych musi być stosowane ostrożnie i z uwzględnieniem wyjątkowego charakteru tej instytucji. Konieczność poprawienia omyłek na podstawie wskazanego uregulowania nie uchyla wynikającego z art. 223 ust. 1 zd. pierwsze Prawa Zamówień Publicznych zakazu negocjacji między zamawiającym a wykonawcą dotyczących treści złożonej oferty. Z tych powodów poprawienie omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt

3 Prawa Zamówień Publicznych powinno być dokonywane w sytuacji, gdy nie skutkuje

to koniecznością prowadzenia takich negocjacji. Innymi słowy, jako warunek dokonania poprawy uznaje się konieczność dokonania jej przez samego zamawiającego, w oparciu o dane dające się wyinterpretować z samej oferty.”.

Odnosząc powyższe do zarzutów sformułowanych w Odwołaniu, Zamawiający wskazał, co następuje.

Poz. 31 i 162 Kosztorysu

Zgodnie z: 8.1. pkt 14 pkt 2 lit. g) SWZ, wypełnione kosztorysy ofertowe, opatrzone przez Wykonawcę kwalifikowanym podpisem elektronicznym stanowią treść oferty. Odpowiednio do § 6 ust. 3 projektowanych postanowień umowy (zał. nr 3 do SWZ), wynagrodzenie wykonawcy stanowić będzie wynik iloczynu ilości wykonanych robót zgodnie z potwierdzonym

przez inspektora nadzoru obmiarem i cen jednostkowych podanych w kosztorysie ofertowym stanowiącym załącznik do Oferty Wykonawcy (w zakresie podstawowym). Kosztorys ofertowy nie stanowi więc podmiotowego lub podmiotowego środka dowodowego, który może podlegać złożeniu, poprawieniu lub uzupełnieniu w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp lub złożeniu lub uzupełnieniu w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Kosztorys ofertowy stanowi element oferty, jako podstawa kalkulacji ceny oferty i jest jednym z istotnych elementów przyszłej umowy.

Zgodnie z pkt 17 SWZ, cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu

o kosztorysy ofertowe. Podstawą obliczenia ceny są: dokumentacja projektowa, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych, opis przedmiotu zamówienia oraz przedmiary robót dołączone do SWZ. Kosztorysy ofertowe należy wykonać metodą kalkulacji szczegółowej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w przedmiarach robót. Wykonawca określi w kosztorysach ofertowych ceny jednostkowe netto oraz wartości netto

i brutto dla wszystkich wskazanych pozycji. Wykonawca określi kalkulacje szczegółowe cen jednostkowych (w rozbiciu na nakłady rzeczowe i ceny odpowiednio dla tych nakładów): robocizny, materiałów wraz z kosztami zakupu, pracy sprzętu i transportu oraz kosztów pośrednich i zysku (narzuty kosztów pośrednich i zysku) wszystkich pozycji Kosztorysu ofertowego Wykonawcy.

Pkt 9.1 STWiORB (t. 1 – wymagania ogólne), ceny jednostkowe lub wynagrodzenie ryczałtowe robót będą obejmować:

- robocizną bezpośrednią wraz z narzutami,
- wartość zużytych materiałów wraz z kosztami zakupu, magazynowania, ewentualnych ubytków i transportu na teren budowy,
- wartość pracy sprzętu wraz z narzutami,
- koszty pośrednie i zysk kalkulacyjny,
- podatki obliczone zgodnie z obowiązującymi przepisami, ale z wyłączeniem podatku VAT.

Jak wynika z powyższego przedmiar robót jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu budowlanego, czy STWiORB. Nie wyznacza on zakresu prac a jedynie wspomaga proces wyceny, przy czym z SWZ wynika jednoznacznie, że wykonawcy wyceniając daną pozycję kosztorysu mieli obowiązek ująć w niej cenę za wykonanie zakresu według dokumentacji projektowej i STWiORB, łącznie z właściwymi materiałami. Zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę co do sposobu wyceny pozycji kosztorysowych – w SWZ próżno szukać wymogów dotyczących metod i podstaw opracowania kosztorysu.

Katalogi KNR występujące przedmiarze robót stanowią wyłącznie oznaczenie kodu pozycji przedmiarowej. Nie ma natomiast żadnych podstaw i przesłanek do wskazywania przez Odwołującego katalogów KNR jako obowiązującej podstawy normatywnej przy kalkulacji przez wykonawcę cen jednostkowych robót.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego wskazując m.in., że:

1) Roboty budowlane:

a) Element 1.6 MURY poz. 31, Element 2.6 MURY poz. 162 - Wykonawca zaoferował, zgodnie z opisem pozycji w kosztorysie: „Ściany z prefabrykatów wielkopłytowych, keramzytobetonowe z betonu klasy min. LC10/12 o gr.18 cm”, a należało wycenić: Ściany z prefabrykatów wielkopłytowych, keramzytobetonowe z betonu klasy min. LC20/22 o gr.18 cm.

Zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego z dnia 01.12.2023 r. (odpowiedź na pyt. Nr 34):

„W POZYCJACH PRZEDMIAROWYCH NR 30, 31, 32, 161, 162, 163 NALEŻY WYCENIĆ ŚCIANY Z PREFABRYK, WIELKOPŁYTOWYCH, KERAMZYTObETONOWE

Z BETONU KLASY MIN. LC20/22, NATOMIAST W POZ. 33 ORAZ 164 NALEŻY WYCENIĆ ŚCIAŁ PREFABRYKATÓW WIELKOPŁYTOWYCH, KERAMZYTObETONOWE Z BETONU KLASY MIN. LC12/14”.

Zgodnie z powyższymi odpowiedziami, prawidłowy opis ww. pozycji to: Ściany z prefabrykatów wielkopłytowych, keramzytobetonowe z betonu klasy min. LC20/22 o gr.18 cm.

W materiale Wykonawca zaoferował: Ściana z prefabrykatów wielkopłytowych, keramzytobetonowa z betonu klasy min. LC10/12 o gr.18 cm (materiał niezgodny

z dokumentacją projektową i odpowiedzią Zamawiającego z dnia 01.12.2023 r.). Tym samym, parametry ścian, zaproponowane przez Wykonawcę, nie odpowiadają wymaganiom SWZ.

Powyższe potwierdzają również załączone przez Wykonawcę do oferty deklaracje właściwości użytkowych Thomas Praefab dla przedmiotowych ścian, zgodnie z którymi parametry zaoferowanych produktów nie odpowiadają wymaganiom SWZ, co potwierdza, że świadczenie zaoferowane przez Wykonawcę jest świadczeniem odmiennym od wymaganego w SWZ.”.

Zamawiający wskazał, że jak wynika z wyjaśnień do SWZ z dnia 01.12.2023 r. - Pytanie nr 34: Wnosimy o podanie wymaganych przez Zamawiającego parametrów prefabrykatów keramzytobetonowych. W opisie technicznym zamieszczono jedynie informację, że keramzytobeton LC20/22 – dobór wg projektu warsztatowego prefabrykacji; ściany działowe nienośne – ściany prefabrykowane z keramzytobetonu LC12/13 natomiast brak jest informacji nt. np.

izolacyjności akustycznej, odporności ogniowej, właściwościach termicznych jakie musi spełniać element prefabrykowany.

Odpowiedź: W pozycjach przedmiarowych nr 30, 31, 32, 161, 162, 163 należy wycenić ściany z prefabrykatów wielkopłytowych, keramzytobetonowe z betonu klasy min. LC 20/22, natomiast w poz. 33 oraz 164 należy wycenić ściany z prefabrykatów wielkopłytowych, keramzytobetonowe z betonu klasy min. LC12/14. Dodatkowo do każdej partii prefabrykatów dostarczonych na budowę, powinno być dołączone zaświadczenie o jakości wystawione przez producenta. Zaświadczenie to powinno potwierdzać prawidłowość wykonania prefabrykatów pod względem:

- jakości materiałów użytych do produkcji (kruszywa, cementu, wody, dodatków, domieszek, stali zbrojeniowej oraz pozostałych elementów składających się na prefabrykat),
- zgodności z projektem: kształtu, wymiarów, oraz dopuszczalnych odchylek i wymagań wytrzymałościowych,
- wielkości dopuszczalnych odchylek w odniesieniu do wymiarów gabarytowych prefabrykatu,
- wielkości dopuszczalnych odchylek w odniesieniu do wymiarów otworów i ich usytuowania w elemencie oraz prawidłowości usytuowania i rozstawu śrub, sworzni, prętów, haków, blach łącznikowych i innych elementów umieszczonych w prefabrykacie.

Należy stosować połączenia elementów konstrukcyjnych prefabrykowanych w postaci łączników systemowych. Dopuszczalna jest zmiana na łączniki indywidualne opracowane na zakładzie prefabrykacji. Indywidualne łączniki muszą mieć odpowiednie certyfikaty dopuszczające do stosowania oraz potwierdzające określoną nośność. Ściany na etapie prefabrykacji należy uzbroić we wszelkie elementy dodatkowe służące transportowi oraz umożliwiające scalenie konstrukcji (elementy połączeń systemowych). Gotowe ściany powinny również posiadać otwory (puszki elektryczne) i drażnienia (peszle, bruzdy i korytka) służące zainstalowaniu w nich elementów instalacji branżowych (zgodnie z dokumentacją projektową). Jeśli nie wskazano w dokumentacji inaczej, zamawiający wymaga, aby dostarczane elementy prefabrykowane keramzytobetonowe wykonane były w klasie tolerancji A dwustronnie dla wszystkich ścian wewnętrznych oraz jednostronnie dla ścian zewnętrznych, zgodnie z załączonymi wymaganiami.

Pytanie nr 35: Jakie wymagania jakościowe muszą spełniać elementy prefabrykowane i materiały z których te elementy będą wykonane?

Odpowiedź: Jeśli nie wskazano w dokumentacji inaczej, Zamawiający wymaga, aby dostarczane elementy prefabrykowane keramzytobetonowe wykonane były w klasie tolerancji A dwustronnie dla wszystkich ścian wewnętrznych oraz jednostronnie dla ścian zewnętrznych, zgodnie z załączonymi w odpowiedzi na pytanie nr 34 wymaganiami dotyczącymi gotowego wyrobu.

Ponadto, Zamawiający wymagał, aby przedmiot zamówienia spełniał wymogi określone w modyfikacji SWZ z dnia 24.11.2023 r., a Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć dokumenty przedmiotowe określone w tym piśmie: „Całe rozwiązanie w zakresie dostawy i montażu elementów prefabrykowanych keramzytobetonowych dla obiektu ma pochodzić od producenta, wytwórcy, który posiada ważne certyfikaty i deklaracje i ma być objęta jednolitą i spójną gwarancją udzieloną przez producenta, wytwórcę elementów prefabrykowanych.

W związku z powyższym wraz z ofertą wykonawca musi przedstawić:

1. Ważny certyfikat zgodności zakładowej kontroli produkcji oraz aktualną deklarację właściwości użytkowych na prefabrykowane elementy betonowe - elementy ścian wydany przez jednostkę posiadającą stosowne uprawnienia zgodne z obowiązującymi przepisami.
2. Ważny certyfikat zgodności zakładowej kontroli produkcji oraz aktualną deklarację właściwości użytkowych na prefabrykowane elementy betonowe – prętowe elementy konstrukcyjne wydany przez jednostkę posiadającą stosowne uprawnienia zgodne z obowiązującymi przepisami.
3. Ważny certyfikat zgodności zakładowej kontroli produkcji oraz aktualną deklarację właściwości użytkowych na prefabrykowane elementy betonowe – schody wydany przez jednostkę posiadającą stosowne uprawnienia zgodne z obowiązującymi przepisami.
4. Ważny certyfikat zgodności zakładowej kontroli produkcji oraz aktualną deklarację właściwości użytkowych na prefabrykowane elementy betonowe – płyty stropowe do zespolonych systemów stropowych wydany przez jednostkę posiadającą stosowne uprawnienia zgodne z obowiązującymi przepisami”.

Pytanie nr 40: Wnosimy o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy dokumentacją, a opisem przedmiarem robót. Zgodnie z przedmiarem robót prefabrykaty ścienne gr. 20, 18, 15 i 12 cm występują w klasie min. LC 10/12, natomiast w dokumentacji projektowej klasa betonu dla prefabrykatów keramzytobetonowych dla ścian w klasie LC20/22? Jakie prefabrykaty należy ująć w wycenie?

Odpowiedź: PATRZ ODPOWIEDŹ NA PYTANIE NR 34.

Pytanie nr 37: W związku z kosztorysowym charakterem rozliczenia wnosimy o wyjaśnienie i sprecyzowanie, czy Wykonawca może zmieniać podstawy nakładów KNR zachowując przy tym opisy pozycji przedmiarowych łącznie z ilościami i jednostkami miary?

Odpowiedź: Nie, Zamawiający dopuszcza dokonywanie zmian w kosztorysach jedynie w zakresie wynikającym z udzielonych odpowiedzi.

Pytanie nr 71: Związku z tym, iż do oferty należy złożyć kosztorysy ofertowe w wersji szczegółowej zwracamy się z pytaniem czy można zmieniać, korygować podstawy i nakłady pozycji kosztorysowych. Jeśli nie to proszę o przesłanie aktualnych pustych kosztorysów szczegółowych, aby uniknąć odrzucenia oferty przez Inwestora.

Odpowiedź: PATRZ ODPOWIEDŹ NR 37 - Zamawiający dopuszcza dokonywanie zmian w kosztorysach jedynie w zakresie wynikającym z udzielonych odpowiedzi. PONADTO ZAMAWIAJĄCY INFORMUJE, NIE UDOSTĘPNIĄ PUSTYCH KOSZTORYSÓW SZCZEGÓŁOWYCH.

Odpowiednio do pkt 5 SWZ (wg zmiany SWZ z dnia 24.11.2023 r.): W przypadku zastosowania produktów (materiałów, urządzeń, wyrobów), usług, norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych lub rozwiązań równoważnych, w rozumieniu art. 99 ust. 5 lub art. 101 ust. 4 ustawy Pzp, Wykonawca zobowiązany jest do ich wskazania w ofercie oraz do złożenia wraz z ofertą kart technicznych lub innych równoważnych dokumentów potwierdzających, że oferowane produkty spełniają wymagania Zamawiającego opisane w dokumentacji i opisie przedmiotu zamówienia. Dotyczy to głównych produktów, takich jak prefabrykaty, okna, ślusarka okienna, drzwi, materiały izolacyjne, materiały elewacyjne oraz pokrycie dachu, okładziny ścian, podłogi, urządzenia, sprzęty oraz materiały zagospodarowania zewnętrznego.

Całe rozwiązanie w zakresie dostawy i montażu elementów prefabrykowanych keramzytobetonowych dla obiektu ma pochodzić od producenta, wytwórcy, który posiada ważne certyfikaty i deklaracje i ma być objęta jednolitą i spójną gwarancją udzieloną przez producenta, wytwórcę elementów prefabrykowanych. W związku z powyższym wraz z ofertą wykonawca musi przedstawić:

1. Ważny certyfikat zgodności zakładowej kontroli produkcji oraz aktualną deklarację właściwości użytkowych na prefabrykowane elementy betonowe - elementy ścian wydany przez jednostkę posiadającą stosowne uprawnienia zgodne z obowiązującymi przepisami.
2. Ważny certyfikat zgodności zakładowej kontroli produkcji oraz aktualną deklarację właściwości użytkowych na prefabrykowane elementy betonowe – prętowe elementy konstrukcyjne wydany przez jednostkę posiadającą stosowne uprawnienia zgodne z obowiązującymi przepisami.
3. Ważny certyfikat zgodności zakładowej kontroli produkcji oraz aktualną deklarację właściwości użytkowych na prefabrykowane elementy betonowe – schody wydany przez jednostkę posiadającą stosowne uprawnienia zgodne z obowiązującymi przepisami.
4. Ważny certyfikat zgodności zakładowej kontroli produkcji oraz aktualną deklarację właściwości użytkowych na prefabrykowane elementy betonowe – płyty stropowe do zespolonych systemów stropowych wydany przez jednostkę posiadającą stosowne uprawnienia zgodne z obowiązującymi przepisami.

Jeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne (w szczególności nie potwierdzając w ten sposób równoważności oferty w zakresie opisanym w opisie przedmiotu zamówienia) Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

Jak wynika z powyższego, Zamawiający wymagał wykonania zamówienia przy użyciu technologii prefabrykatów keramzytobetonowych. Zamawiający doprecyzował w SWZ oraz

w wyjaśnieniach do SWZ, jakie parametry mają spełniać prefabrykaty keramzytobetonowe

a także wskazał, że w tym zakresie wymaga złożenia wraz z ofertą odpowiednich przedmiotowych środków dowodowych.

Jednocześnie kosztorysy, które stanowią element treści oferty, podlegały samodzielnemu opracowaniu przez Wykonawców i wymagały odpowiedniego dostosowania do zmian i wyjaśnień SWZ wprowadzonych w czasie postępowania. Zamawiający wymagał odpowiedniego dostosowania kosztorysów do zmian wprowadzonych w związku z udzielanymi w trakcie postępowania odpowiedziami. Zamawiający zaznaczył, że już samo udzielenie odpowiedzi jest wiążące dla każdej ze stron postępowania przetargowego, a na Zamawiającym nie ciąży żadne dodatkowe obowiązki w zakresie modyfikacji treści dokumentacji postępowania, jak np. sporządzenie tekstu jednolitego SWZ i innych załączników odpowiedź tą uwzględniającą (tak: wyrok KIO z dnia 13.03.2023 r., KIO 527/23).

Odwolujący w odniesieniu do kwestionowanych poz. 31 oraz 162 potwierdził w Odwołaniu, że złożył w ww. zakresie oświadczenia i dowody, które są niezgodne z SWZ, żąda jednak poprawy kosztorysu w ww. zakresie na podstawie art.

223 ust. 2 pkt 1) ustawy Pzp, natomiast w zakresie przedmiotowych środków dowodowych stoi na stanowisku, że ziszcila się przesłanka umożliwiająca wezwanie go na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp do ich uzupełnienia.

Z powyższym Zamawiający nie zgodził się. Wskazał, że przede wszystkim w przedmiotowej sprawie nie mamy do czynienia z oczywistą omyłką pisarską [art. 223 ust. 2 pkt 1)] lub inną omyłką polegającą na niezgodności oferty [art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp)], podobnie jak nie ma możliwości uzupełnienia dokumentów wymaganych w SWZ na podstawie art. 107 ust.

2 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku poprawienia ww. pozycji jako omyłek, Zamawiający podkreślił, że nie stanowią one ani oczywistej omyłki pisarskiej, ani też innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, gdyż:

- Odwołujący nie zastosował się do treści modyfikacji i pominął przy sporządzaniu oferty (kosztorysu) zmiany, które należało wprowadzić w wyniku wyjaśnień do SWZ z dnia 01.12.2023 r. Odwołujący sam przyznał, że niezasadnie zastosował opis i rodzaj materiału zawarty w przedmiarze, podczas gdy Zamawiający w wyjaśnieniach do SWZ nakazał modyfikację w tym zakresie, co też było spójne z pozostałymi elementami dokumentacji projektowej;

- Odwołujący w odniesieniu do robót, które należało wycenić w poz. 31 oraz 162 kosztorysu konsekwentnie oferował materiał, którego Zamawiający nie wymagał w SWZ,

- Jednocześnie brak było podstaw – aby wbrew treści oferty – ustalić, że wykonawca zaoferował w rzeczywistości roboty wymagane przez Zamawiającego, a tylko wskutek pomyłki wpisał w kosztorysach nieprawidłowe materiały. Wniosku takiego w szczególności nie można wyprowadzić z całości treści oferty, bowiem także przedmiotowe środki dowodowe również nie potwierdzają woli wykonawcy co do realizacji robót zgodnie z SWZ. Dotyczą betonu o klasie C 30/37 - zwykły beton (deklaracja właściwości użytkowych: ściany, prefabrykowane element z betonu EN 14992:2007 + A1:2012 – plik oznaczony „10 ściana- deklaracja”) i betonu LC 16/18 - beton o otwartej strukturze-chropowatej (deklaracja właściwości użytkowych: ściany, prefabrykaty z betonu lekkiego kruszywowego o otwartej strukturze EN 1520:2011 – plik oznaczony „18 el beton kruszywowy - deklaracja”). Odwołujący nie wskazał żadnego innego miejsca w ofercie, z którego wynikałoby, że w spornych pozycjach wycenił materiały prawidłowe, a jedynie wskutek błędu, nie znalazło to odzwierciedlenia w kosztorysach (podobnie: wyrok z dnia 5.02.2014 r., KIO 103/14);

- Zaoferowanie innego materiału przez Odwołującego w kosztorysie (wycena dotycząca całej pozycji), przy jednoczesnym braku w ofercie informacji sugerujących omyłkę oraz wskazujących na zamiar realizacji zamówienia z użyciem właściwego materiału powoduje, że nawet gdyby Zamawiający chciał dokonać jakiegokolwiek poprawy oferty w tym zakresie to musiałby prowadzić z Odwołującym negocjacje w zakresie materiału, jaki będzie użyty do wykonania robót w poz. 31 i 162.

Wyjaśnianie treści oferty w taki sposób, to nic innego jak negocjacje, wskutek których nastąpiłaby zmiana treści oferty, co jest zakazane w drugim zdaniu art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe potwierdził także Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 30.03.2023 r. (XXIII Zs 22/23): „Oczywista omyłka już tylko w znaczeniu potocznym ale też w judykaturze oznacza drobny błąd, który po naprawieniu nie skutkuje tym, że mamy do czynienia z zupełnie innym efektem końcowym. W stanie faktycznym tej sprawy w związku z treścią dokumentu załącznika do wyjaśnień (kosztorysu) korekta polegałaby w istocie na wprowadzeniu

w odpowiednich miejscach kosztorysu materiału zupełnie innego niż ten, który został uprzednio wprowadzony. W konsekwencji powstałby nie tylko inny efekt końcowy czyli zupełnie inny materiał ale też i inna wartość w cenie. Co prawda wskazuje się na niższą wartość materiału (piasku suchego), niemniej nie to jest istotne. Istotne jest to, że w części materiałowej kosztorysu wskazano zupełnie inny materiał niż oczekiwany przez zamawiającego. Nie zostało to wychwycone przez zamawiającego, wydaje się, że powinno być bez nadmiernych trudności, bowiem odmienności występują w sposób wyjątkowo jaskrawy. W tej sytuacji nie można przyjąć, że oferta została złożona zgodnie z SWZ. Zdecydowanie okoliczności wyżej opisane, a dotyczące oferty z owym kosztorysem nie uzasadniają zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy PZP.”.

W tym stanie rzeczy, Zamawiający nie miał wątpliwości, że zastosowanie innego materiału niż wymagał w SWZ stanowi ewidentną niezgodność z wymaganiem Zamawiającego, która nie podlega poprawie zgodnie z art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, zatem trudno wymagać aby dodatkowo wzywał on Odwołującego do wyjaśnień w zakresie treści oferty (art. 223 ust. 1 ustawy Pzp). Oferta Odwołującego w tym zakresie jest spójna i jednoznacznie z niej wynika, iż wykonawca ten w poz. 31 oraz 162 zaoferował i wycenił materiał niezgodny z SWZ.

W rezultacie Zamawiający nie mógł poprawić ww. błędów w ofercie Odwołującego.

Na marginesie Zamawiający zauważył, że sam Odwołujący nie wiedział, jak należałoby zakwalifikować rzekomą omyłkę dotyczącą kwestionowanych pozycji. W różnych miejscach uzasadnienia Odwołania przedstawia różne podstawy prawne dopuszczalnej – w jego ocenie – poprawy.

W odniesieniu do braku wezwania Odwołującego na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, Zamawiający podkreślił, iż

Odwołujący złożył deklaracje właściwości użytkowych dla ścian

o innej klasie, co też sam potwierdza w Odwołaniu (s. 9). Deklaracje te nie potwierdzają parametrów wymaganych w SWZ. Dotyczą bowiem:

– betonu o klasie C 30/37 -zwykły beton (deklaracja właściwości użytkowych: ściany, prefabrykowane element z betonu EN 14992:2007 + A1:2012 – plik oznaczony „10 ściana- deklaracja”) i

– betonu LC 16/18 - beton o otwartej strukturze-chropowatej (deklaracja właściwości użytkowych: ściany, prefabrykaty z betonu lekkiego kruszywowego o otwartej strukturze EN 1520 :2011 – plik oznaczony „18 el beton kruszywowy - deklaracja”).

Powoduje to, że oferta ta jest niegodna z warunkami zamówienia w postaci opisu przedmiotu zamówienia i jako taka musiała zostać przez Zamawiającego odrzucona (art. 226 ust. 1 pkt

5 w zw. z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp). Deklaracje właściwości użytkowych załączone do oferty zawierają wady merytoryczne, których nie można sanować w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, ponieważ skutkowałoby zmianą złożonej oferty, co koresponduje z linią orzecniczą, gdzie przyjmuje się, że uzupełnieniu mogą podlegać takie dokumenty, które nie powodują zmiany oferowanego przedmiotu oferty (tak: wyroki Izby: z dnia 16.12.2021 r. sygn. akt: KIO 3522/21, z dnia 20.12.2021 r. sygn. akt: KIO 3555/21).

Przedmiotowe środki dowodowe składane wraz z ofertą ze swej natury służą potwierdzeniu, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom, cechom lub kryteriom określonym w OPZ. Mają one dotyczyć zatem świadczenia, który jest przedmiotem oferty

i potwierdzać jego zgodność z ustalonymi wymaganiami. Tego rodzaju dokumenty mogą być uzupełniane na warunkach wynikających z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, natomiast przedmiot świadczenia, którego dotyczą takim uzupełnieniem podlegać nie może, stanowi bowiem merytoryczną treść oferty - czyli treść zobowiązania wykonawcy do spełnienia wymagań zamawiającego, w tym co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia.

Zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to

w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Jak wynika, z powyższego, art. 107 ust. 2 ustawy Pzp jest instrumentem dopuszczającym możliwość konwalidowania nieprawidłowego działania wykonawcy, ale ustawodawca nie dopuścił szerokiego uzupełnienia dokumentów, tak jak dla podmiotowych środków dowodowych (zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wzywa do złożenia/poprawienia/uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, które są niekompletne lub zawierają błędy). Tryb uregulowany art. 107 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy ograniczonego zakresu i nie dopuszcza uzupełnienia dokumentów zawierających błędy,

co należy rozumieć jako wady merytoryczne (tak: wyrok KIO z dnia 28.03.2023 r., KIO 695/23). Co do zasady „Przepis ten nie znajdzie zastosowania w sytuacji, gdy przedmiotowe środki dowodowe zostały wprawdzie złożone i są kompletne, ale ich treść nie jest wystarczająca do pozytywnej oceny zgodności oferowanego zamówienia z wymaganiami zamawiającego. (...) Nie będzie również podlegał uzupełnieniu taki przedmiotowy środek dowodowy, który potwierdza, że oferta jest niezgodna z wymaganiami zamawiającego". (tak: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. 2, art. 107 p.z.p., red. M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, M. Matusiak, Warszawa 2022 r., Legalis).

Na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, zamawiający jest zatem uprawniony do:

1) sanowania działania wykonawcy, który generalnie nie złoży określonego przedmiotowego środka dowodowego wraz z ofertą (zamawiający wzywa do złożenia przedmiotowych środków dowodowych, jeżeli wykonawca ich nie złożył z ofertą),

2) wezwania do uzupełnienia określonego przedmiotowego środka dowodowego, który jest niekompletny (zamawiający wzywa do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, jeżeli złożone dokumenty są niekompletne np. brak załączenia wszystkich stron, widoczny brak części dokumentu, niektóre wady formalne związane z brakiem podpisu wystawcy, etc).

Skoro zatem przedmiotowe środki dowodowe są bezpośrednio związane ze złożoną ofertą -

z oświadczeniem woli wykonawcy wyrażającym się jako zobowiązanie do wykonania danego zamówienia, to jest to forma potwierdzenia zgodności oferowanego przez wykonawcę świadczenia z wymaganiami zamawiającego. W efekcie zadeklarowana przez wykonawcę zgodność oferowanych dostaw/usług/robót budowlanych z wymaganiami OPZ musi znaleźć potwierdzenie w dokumentach przedmiotowych, a merytoryczna wada takiego dokumentu jest podstawą do odrzucenia oferty, a nie do wezwania do uzupełnienia. Jeżeli więc złożony

z ofertą przedmiotowy środek dowodowy wskazuje, że jest ona niezgodna z dokumentacją zamówienia takiej wady nie

można sanować, a ofertę należy odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Jak to Zamawiający uczynił w przedmiotowej sprawie.

W zakresie zarzutów do pozostałych pozycji kosztorysów, Zamawiający odniósł się w tabeli stanowiącej załącznik nr 3 do odpowiedzi na odwołanie.

Reasumując Zamawiający wskazał, że omawiana grupa zarzutów nie jest zasadna. Wykonawca złożył ofertę, która jest niezgodna z warunkami zamówienia i nie ma prawnej możliwości konwalidowania tej wady. Ofertę Odwołującego należało odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

[Zarzut 4: Zaniechanie wezwania MODULAR do uzupełnienia i wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych]

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp – z uwagi na brak wezwania MODULAR do wyjaśnienia i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych

w zakresie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu opisanych w pkt 8.4. lit. a) ppkt ii) SWZ (w brzmieniu według modyfikacji z dnia 16.11.2023 r.) tj. 1 roboty budowlanej polegającą na budowie budynku wielokondygnacyjnego wykonanego w technologii prefabrykowanej betonowej, w którym 1/3 powierzchni ścian tego budynku była wykonana z prefabrykatów keramzytobetonowych.

Odwołujący stwierdził, że z listów referencyjnych dot. poz. 3 Wykazu robót budowlanych MODULAR– „Budowa zespołu zabudowy usługowej z lokalami turystycznowypoczynkowymi,

basenem kąpielowym i zespołem SPA, lokalem mieszkalnym, garażem podziemnym,

z zewnętrzną instalacją kanalizacji sanitarnej, zewnętrzną instalacją wodociągową, zewnętrzną instalacją gazową,

zewnętrzną instalacją kanalizacji deszczowej, zewnętrzną instalacją elektroenergetyczną i zagospodarowaniem terenu a

także rozbiórka istniejącego budynku mieszkalnego na działce Nr 717 Obr. 6, przy ul. Wojciecha Bogusławskiego

w Świnoujściu” wynika, że przedsięwzięcie to:

- polegało na dostawie i montażu konstrukcji budynku z elementów prefabrykowanych, nie zaś na budowie,

- nie obejmowało wykonania instalacji elektrycznej (wniosek ten wyprowadza z braku wskazania w referencjach, iż roboty obejmowały wykonanie takiej instalacji).

Ponadto Odwołujący na podstawie przesłanych zdjęć wywodził, że inwestycja opisana w poz. 3 Wykazu robót budowlanych MODULAR jest przedsięwzięciem nieukończonym.

Mając na względzie powyższe, Zamawiający wskazał, co następuje.

Zgodnie z pkt 8.4. lit. a) ppkt ii) SWZ (w brzmieniu według modyfikacji z dnia 16.11.2023 r.), tj. Wykonawca musi wykazać, iż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie budynku wielokondygnacyjnego wykonanego w technologii prefabrykowanej betonowej, w którym 1/3 powierzchni ścian tego budynku była wykonana z prefabrykatów keramzytobetonowych.

Powyższy warunek został dodany na mocy modyfikacji SWZ z dnia 16.11.2023 r., po to aby Zamawiający uzyskał gwarancję wykonania zamówienia przez wykonawcę posiadającego doświadczenie w realizacji robót w technologii prefabrykowanej betonowej, ze szczególnym uwzględnieniem prefabrykatów keramzytobetonowych.

Zamawiający wymagał zatem, aby wykonawcy mieli doświadczenie w realizacji co najmniej

1 roboty budowlanej polegającej na budowie budynku wielokondygnacyjnego w określonej technologii, czyli – idąc tokiem myślenia Odwołującego – przy uwzględnieniu definicji wynikających w ustawie Prawo budowlane, gdzie:

- Roboty budowlane to budowa, a także prace polegające na przebudowie, montażu, remoncie lub rozbiórce obiektu budowlanego (art. 3 pkt 7) ustawy Prawo budowlane),

- Budowa to wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę, nadbudowę obiektu budowlanego (art. 3 pkt 6) ustawy Prawo budowlane),

- Budynek to taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony

z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach (art. 3 pkt 2) ustawy Prawo budowlane), posiadali doświadczenie w realizacji co najmniej

1 obiektu budowlanego, który:

- jest trwale związany z gruntem,

- jest wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych,

- posiada fundamenty i dach,

- jest wielokondygnacyjny,

- został realizowany w technologii prefabrykowanej betonowej, w którym 1/3 powierzchni ścian tego budynku była wykonana z prefabrykatów keramzytobetonowych.

W przeciwieństwie do warunku określonego w pkt 8.4. lit. a) ppkt i) SWZ Zamawiający nie wymagał w tym zakresie wyposażenia budynku w instalacje.

Jednocześnie wbrew temu, co twierdzi Odwołujący niewyposażenie obiektu w niezbędne do jego funkcjonowania

instalacje i urządzenia może być co najwyżej uznane za uchybienie wymogom techniczno-budowlanych dla określonej kategorii obiektu, lecz w żadnym wypadku nie świadczy o braku możliwości zakwalifikowania do kategorii obiektu budowlanego. Powyższe potwierdził WSA w Gliwicach w wyroku z dnia 27 stycznia 2016 r. (II SA/GI 905/15), który stwierdził dodatkowo, że przy odmiennym rozumowaniu budowa budynku bez jakichkolwiek instalacji i urządzeń możliwa byłaby bez jakichkolwiek rygorów prawnych i w celu obejścia prawa wystarczające byłoby niewyposażenie budynku, nawet o tradycyjnych fundamentach, w instalacje i urządzenia.

Ujęcie przez ustawodawcę w art. 3 pkt 1) ustawy Prawo budowlane stwierdzenia: „wraz z instalacjami zapewniającymi możliwość użytkowania”, ma jedynie zapewnić, że instalacje techniczne w 1) budynkach, 2) budowlach, 3) obiektach małej architektury, nie będą przez organy traktowane jako odrębne przedmioty, wymagające np. odrębnego pozwolenia na budowę lub podlegające odrębnemu opodatkowaniu. Brak jednak instalacji technicznych w budynku, budowli lub obiekcie małej architektury nie powoduje, że przedmioty te przestają wypełniać definicję budynku, budowli lub obiektu małej architektury. Także w orzecznictwie dotyczącym prawa budowlanego zauważa się, że o zakwalifikowaniu do kategorii obiektu budowlanego w rozumieniu art. 3 pkt 1) ustawy Prawo budowlane nie przesądza fakt posiadania instalacji – urządzeń technicznych (tak: wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 22.09.2022 r., I SA/Wr 345/21). Zgodnie z pkt 8.4. lit. a) ppkt i) SWZ, wykonawca winien legitymować się również doświadczeniem w zakresie realizacji co najmniej 2 robót budowlanych polegających na budowie budynku mieszkalnego wielorodzinnego, wielokondygnacyjnego wraz z instalacjami: ciepłą, wentylacyjną, wodociagową, kanalizacyjną, elektryczną, zagospodarowaniem terenu, przy czym: (-) jedna robota – jeden budynek o powierzchni całkowitej nie mniejszej niż 5.500 m² i wartości wykonanych robót nie mniejszej niż 16.000.000,00 brutto, (-) druga robota – jeden budynek posiadający co najmniej 50 mieszkań.

Z definicji legalnej pojęcia "budynek" wynika jednoznacznie, że obiekt budowlany zaliczany do tej kategorii jest budynkiem, jeżeli posiada określone cechy: jest trwale związany z gruntem, jest wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty

i dach. Taki obiekt pozostaje budynkiem nawet wówczas, gdy ze względów technicznych, prawnych czy faktycznych nie jest i nie może być wykorzystywany zgodnie z przeznaczeniem. Braki w wyposażeniu budynku, częściowy ich demontaż czy ogólna dewastacja, czy jego niewykorzystywanie, nie powodują utraty przez taki obiekt cech budynku (tak: wyrok WSA

w Lublinie z dnia 11.10.2019 r. I SA/Lu 244/19).

Reasumując, Zamawiający wskazał, że nie wymagał w przypadku przedmiotowego warunku, aby budynek był wyposażony w niezbędne instalacje, a wyłącznie aby referencyjny obiekt posiadał następujące cechy: był trwale związany z gruntem, był wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiadał fundamenty i dach, a także aby był obiektem wielokondygnacyjnym oraz wykonanym w technologii prefabrykowanej betonowej, w którym 1/3 powierzchni ścian tego budynku była wykonana z prefabrykatów keramzytobetonowych.

Odwolujący natomiast nie kwestionował wykonania kluczowych dla warunku udziału w Postępowaniu cech budynku, czyli faktu, iż jest on związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach, posiada wiele kondygnacji i że został wykonany w sposób wymagany w SWZ.

Na potwierdzenie spełniania powyższego warunku wykonawcy mieli obowiązek przedłożyć

na wezwanie Zamawiającego, wykaz robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż

w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne odpowiednie dokumenty.

Jak wynika z ugruntowanego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, informacje, które mają pozwolić stwierdzić Zamawiającemu, czy dane zamówienie referencyjne spełnia warunek udziału w postępowaniu muszą być zawarte w wykazie zamówień (tu: wykazie robót budowlanych), który to dokument stanowi szczególny rodzaj oświadczenia wykonawcy będący jego odpowiedzią na konkretne wymogi Zamawiającego. Przyjmuje się, że nie jest uzasadnione wyprowadzanie wniosków co do zakresu zamówienia tylko na podstawie referencji, albowiem dowody te są wystawiane w celu potwierdzenia należytego wykonania zamówienia; mają służyć rekomendacji danego wykonawcy, zwykle są wystawione wcześniej i nie w związku z danym postępowaniem (tak: wyrok KIO z dnia 17.09.2018 r., KIO 1773/18). Treść referencji nie musi w całości potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu, bowiem nie taka jest rola tego dokumentu (tak: wyrok KIO z dnia 21.03.2023 r., KIO 609/23). Oświadczenia składane przez wykonawcę w formie wykazu z reguły zawierają szerszy zakres informacji i bardziej szczegółowy opis doświadczenia, niż wynika to z treści

referencji,

i generalnie dopóki między tymi dokumentami nie zachodzi wewnętrzna sprzeczność, zamawiający nie jest uprawniony do kwestionowania prawdziwości, czy też raczej prawidłowości informacji z nich wynikających.

MODULAR złożył na wezwanie Zamawiającego dokumenty w postaci wykazu robót oraz referencji dla podmiotu trzeciego - FORMEE sp. z o.o. Z treści wykazu robót wynika, iż omawiana robota spełnia wymogi opisane w SWZ. Powyższe potwierdzają również wyjaśnienia MODULAR z dnia 05.01.2024 r. wraz z oświadczeniem inwestora - Area Invest Józefiak sp. j. oraz list referencyjny wystawiony przez inwestora z dnia 06.01.2024 r.

Zamawiający prawidłowo więc uznał, że wykonawca wykazał należyte wykonanie robót polegających na wykonaniu budynku wielokondygnacyjnego w technologii w technologii prefabrykowanej betonowej, w którym 1/3 powierzchni ścian tego budynku była wykonana

z prefabrykatów keramzytobetonowych.

Odwołujący stwierdził, że w jego ocenie określenia „dostawa i montaż”, nie wypełniają warunku dotyczącego budowy, czyli wykonania budynku. Tymczasem należy zgodzić się

z Przystępującym, który wyjaśnił choćby w wyjaśnieniach z dnia 05.01.2024 r. (a następnie samodzielnie – bez wzywania Zamawiającego – przedłożył dokumenty od inwestora spójne

z wyjaśnieniami), iż od strony technicznej realizacja budynku z prefabrykatów ma zupełnie inny charakter niż prace wykonywane na tradycyjnym placu budowy. W wymaganej przez Zamawiającego technologii wykorzystuje gotowe, powstające w fabryce elementy, które następnie do dostarczeniu ich na plac budowy łączone są specjalnymi zaprawami. Powyższe nie zmienia jednak kwalifikacji prac jako budowy budynku.

Na zakończenie odnosząc się do kwestii zdjęć załączonych do Odwołania, Zamawiający zauważył, że potwierdzają one, iż obiekty na nich ujęte: (a) zostały wybudowane, (b) spełniają cechy omówione powyżej dotyczące „budynków”, (c) ponadto, jak np. na zdjęciu 4 są wyposażone w instalację elektryczną (choć nie jest to warunek konieczny).

Reasumując Przystępujący wykazał, że podmiot trzeci - FORMEE sp. z o.o. spełnia warunek udziału w Postępowaniu, o którym mowa pkt 8.4. lit a) ppkt ii) SWZ a tym samym zarzut Odwołującego nie zasługiwał na uwzględnienie.

[Zarzut 6: brak odrzucenia oferty MODULAR]

Na wstępie Zamawiający zauważył, że okoliczności opisane w ramach zarzutu ewentualnego – na wypadek, gdyby KIO uznało, iż Zamawiający prawidłowo postąpił odrzucając ofertę Odwołującego, nie są tożsame do stanowiących podstawę odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący starał się stworzyć wrażenie, jakoby Zamawiający w różny sposób traktował wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, porównując oferty w sposób wybiórczy i stawiając tezy, które nie mają oparcia w treści oferty MODULAR.

Zamawiający w załączniku nr 4 do pisma szczegółowo odniósł się zarzutów sformułowanych w analizowanym zakresie w stosunku do oferty MODULAR. Generalnie Zamawiający podtrzymał stwierdzenie, iż oferta MODULAR jest jedyną ważną ofertą złożoną

w Postępowaniu, która nie podlega odrzuceniu i mogła zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

W piśmie z dnia 29 lutego 2024 r. Zamawiający wskazał, że podtrzymuje wnioski odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający zaktualizował Załącznik nr 3 do odpowiedzi na odwołanie.

Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia tj. ze względu na to, że:

1) przedmiotowe środki dowodowe (deklaracje właściwości użytkowych) nie potwierdzają spełniania wymogów określonych w SWZ,

2) Odwołujący złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia, obarczoną błędami, których nie można poprawić zgodnie z SWZ, choćby z tego powodu, że:

a) w przypadku poz. 1 tabeli Zaktualizowanego załącznika nr 3 do odpowiedzi na Odwołanie Zamawiającego, nie uwzględnił zmiany SWZ i zaoferował oraz wycenił materiał niezgodny

z SWZ, a w ofercie brak jest podstaw do przyjęcia, iż jego intencją było zaoferowanie przedmiotu świadczenia zgodnego z SWZ,

b) w przypadku poz. 2 i 4 tabeli Zaktualizowanego załącznika nr 3 celowo nie wycenił materiału, mimo że materiał ten należało wycenić zgodnie z SWZ.

Odwołujący w odwołaniu przyznał się do braku wyceny materiału w tym zakresie, co jednoznacznie wykluczało ustalenie, że w przedmiotowym przypadku mamy do czynienia

z omyłką,

c) w przypadku poz. 3 oraz poz. 10 tabeli Zaktualizowanego załącznika nr 3, brak jest danych wskazujących na to, w jaki sposób wadę oferty poprawić. W tym celu Zamawiający musiałby prowadzić z Odwołującym ustalenia (negocjacje) dotyczące poprawy treści oferty,

w szczególności w przypadku poz. 10 tabeli Zaktualizowanego załącznika nr 3 nie jest możliwe przyjęcie, że zmiana

opisu pozycji byłaby wystarczająca. Brak możliwości poprawy zgodnie

z przepisami ustawy Pzp powoduje, że oferta jest niezgodna z SWZ w sposób nieusuwalny.

Powyższe wady oferty – wbrew temu co twierdzi Odwołujący – nie są tożsame z rzekomymi błędami w ofercie Przystępującego podnoszonymi w ramach zarzutu ewentualnego przez Odwołującego. W ofercie Przystępującego nie występują analogiczne sytuacje do stwierdzonych powyżej.

Uzupełniając do argumentów podnoszonych w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał.

[Oferta Odwołującego: Deklaracja właściwości użytkowych]

Niezależnie od stwierdzonych błędów w kosztorysie, które skutkowały odrzuceniem oferty, Zamawiający wskazał, że samodzielną podstawą faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego stanowiło załączenie do niej deklaracji właściwości użytkowych, które wykluczają możliwość przyjęcia, iż oferowane materiały spełniają wymagania określone w SWZ.

Odwołujący w odwołaniu stwierdził, że załączył „do oferty załączył deklarację odnoszącą się do ścian o innej klasie (dla innej pozycji kosztorysowej)” (s. 9 odwołania). Na rozprawie oświadczył, że deklarację właściwości użytkowych załączył dla poz. 33 oraz poz. 164 kosztorysu, czyli dla ścian z prefabrykatów wielkopłytowych, keramzytobetonowych z betonu klasy min. LC12/14 o gr.12 cm i że w związku z tym należy uznać, iż nie złożył w ogóle deklaracji właściwości użytkowych dla poz. 31 i 162 tj. dla ścian z prefabrykatów wielkopłytowych, keramzytobetonowe z betonu klasy min. LC20/22 o gr.18 cm, a to zaś uprawnia Zamawiającego do wezwania Odwołującego do uzupełnienia ww. przedmiotowego

środka dowodowego na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający stwierdził, że powyższe twierdzenia Odwołującego przedstawione na etapie postępowania odwoławczego należy uznać za niewiarygodne. Kontekst i cel złożenia ww. przedmiotowych środków dowodowych jest oczywisty, wynika nie tylko z obowiązku sformułowanego w pkt 5 SWZ

(wg zmiany SWZ z dnia 24.11.2023 r.), ale także z oznaczeń tych dokumentów oraz plików elektronicznych zastosowanych przez Odwołującego. Zamawiający wymagał złożenia deklaracji właściwości użytkowych (obok certyfikatów) tylko dla rozwiązań dotyczących elementów prefabrykowanych keramzytobetonowych. Parametry tych materiałów określono

w SWZ oraz doprecyzowano na etapie wyjaśnień do SWZ. Generalnie jednak nie ma uzasadnionych podstaw twierdzenie Odwołującego, że deklaracje właściwości użytkowych zostały złożone ale dla „innych ścian”, skoro w SWZ nie występują materiały: ściany

o parametrach wynikających z załączonych do oferty deklaracji właściwości użytkowych.

Zgodnie z:

1)pkt 5 SWZ (wg zmiany SWZ z dnia 24.11.2023 r.): „...Całe rozwiązanie

w zakresie dostawy i montażu elementów prefabrykowanych keramzytobetonowych dla obiektu ma pochodzić od producenta, wytwórcy, który posiada ważne certyfikaty i deklaracje

i ma być objęta jednolitą i spójną gwarancją udzieloną przez producenta, wytwórcę elementów prefabrykowanych. W związku z powyższym wraz z ofertą wykonawca musi przedstawić:

1. Ważny certyfikat zgodności zakładowej kontroli produkcji oraz aktualną deklarację właściwości użytkowych na prefabrykowane elementy betonowe - elementy ścian wydany przez jednostkę posiadającą stosowne uprawnienia zgodne z obowiązującymi przepisami....”.

2) Odpowiedzią Zamawiającego na pytanie nr 34: „... Jeśli nie wskazano w dokumentacji inaczej, zamawiający wymaga, aby dostarczane elementy prefabrykowane keramzytobetonowe wykonane były w klasie tolerancji A dwustronnie dla wszystkich ścian wewnętrznych oraz jednostronnie dla ścian zewnętrznych, zgodnie z załączonymi wymaganiami”. (wynikającymi z tabel przedstawionych w dalszym ciągu odpowiedzi na ww. pytanie).

Powyższe wymaganie potwierdzono także w odpowiedzi na pytanie nr 35 i nr 40.

Powyższe oznaczało, że przedmiotowy środek dowodowy w postaci deklaracji właściwości użytkowych należało załączyć do oferty dla całości rozwiązania w zakresie dostawy i montażu elementów prefabrykowanych keramzytobetonowych dla obiektu.

Wobec tego Wykonawca wraz z ofertą winien był złożyć Deklaracje właściwości użytkowych dla ścian, które potwierdzą w szczególności:

1) Klasę betonu min. LC20/22 prefabrykowanych elementów keramzytobetonowych ujętych

w poz. 30, 31, 32, 161, 162, 163, kosztorysu,

2) Klasę betonu min. LC 12/14 prefabrykowanych elementów keramzytobetonowych ujętych w poz. 33, 164 kosztorysu.

Wykonawca wraz z ofertą złożył:

1) Deklarację właściwości użytkowych [plik nazwa: „10 ściana – deklaracja”], potwierdzającą spełnianie następujących parametrów:

1. Nazwa wyrobu budowlanego: „Ściany”

2. Oznaczenie typu wyrobu budowlanego: Prefabrykowane element z betonu EN 14992:2007 + A1:2012 (...)

Deklarowane właściwości wyrobu budowlanego:

Podstawowe parametry	Wynik
Wytrzymałość betonu na ściskanie	$f_{ck} \geq C 30/37$

Zamawiający wskazał, że Deklaracja właściwości użytkowych [plik nazwa: „10 ściana – deklaracja”] dotyczyła ścian z prefabrykatów z betonu zwykłego w klasie C30/37 i nie potwierdza zgodności oferowanych robót z wymaganiami określonym w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający podkreślił, że wskazane rozwiązanie w ogóle nie występuje w SWZ.

2) Deklarację właściwości użytkowych [plik nazwa: „18 el beton kruszywowy – deklaracja”], potwierdzającą spełnianie następujących parametrów

1. Nazwa wyrobu budowlanego: „Ściany”

2. Oznaczenie typu wyrobu budowlanego: Prefabrykaty z betonu lekkiego kruszywowego

o otwartej strukturze EN 1520 :2011 (...)

5. Deklarowane właściwości wyrobu budowlanego:

Podstawowe parametry	Wynik
Wytrzymałość betonu na ściskanie	$f_{ck} \geq LC16/18 D1,6$

Ponadto Zamawiający wskazał, że Deklaracja właściwości użytkowych [plik nazwa: „18 el beton kruszywowy – deklaracja”] dotyczy ścian z prefabrykatów z betonu lekkiego kruszywowego o otwartej strukturze dla betonu o klasie LC 16/18 i nie potwierdza zgodności

oferowanych robót z wymaganiami określonym w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający podkreślił, że wskazane rozwiązanie w ogóle nie występuje w SWZ. Nie potwierdza więc – wbrew twierdzeniom Odwołującego – spełniania wymogów dla poz. 33 oraz 164 kosztorysu.

Zamawiający uzupełniając wskazał, iż:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Oznacza to, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymaga Zamawiający i które opisał w dokumentach zamówienia.

2) Zamawiający, dokonując modyfikacji SWZ, doprecyzował wymogi dotyczące prefabrykatów keramzytobetonowych. Tym samym wykonawcy wyceniając ofertę zobowiązani byli uwzględnić tę modyfikację co do klasy betonu. Tymczasem w złożonych przez Odwołującego deklaracjach właściwości użytkowych (w przedmiotowych środkach dowodowych) dotyczących ścian zaoferowanych przez Odwołującego znalazły się parametry jednoznacznie wykluczające możliwość przyjęcia, iż oferowane materiały spełniają wymagania określone w SWZ. Oznacza to więc, że treść deklaracji właściwości użytkowych złożonych przez Odwołującego, wskazują na niezgodność treści oferty Odwołującego z treścią SWZ.

3) W toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest jednak prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Niemniej jednak

w tym konkretnym stanie faktycznym nie zaistniały okoliczności wskazane w art. 107 ust. 2 i 4 ustawy Pzp, bowiem:

a) Przepis art. 107 ust. 2 dotyczy sytuacji, w której wykonawca, pomimo obowiązku wynikającego z art. 107 ust. 1 ustawy Pzp:

(-) nie złożył przedmiotowego środka dowodowego, lub

(-) złożony przedmiotowy środek dowodowy jest niekompletny.

Przepis ten nie znajdzie zastosowania w sytuacji, gdy przedmiotowe środki dowodowe zostały co prawda złożone i są kompletne, ale ich treść nie jest wystarczająca do pozytywnej oceny zgodności oferowanego zamówienia z wymaganiami zamawiającego.

b) Natomiast treścią art. 107 ust. 4 ustawy Pzp, nie jest objęta możliwość poprawienia błędów, które zauważone zostaną w złożonych przedmiotowych środkach dowodowych. Jak wskazała KIO w wyroku z dnia 19.07.2021 r. (KIO 1813/21): "Wyjaśnienie treści złożonego przedmiotowego środka dowodowego nie może skutkować, nie może prowadzić do zmiany treści oświadczenia pierwotnego, lub zmian w dokumentach złożonych z ofertą. Przepis ten nie służy tworzeniu treści, która z oferty lub dozwolonego uzupełnienia nie wynika. Złożenie wyjaśnień winno koncentrować się na dokumentach już przedstawionych Zamawiającemu. Przedstawienie kolejnych dokumentów w ramach takich wyjaśnień nie jest odniesieniem się do treści znanych Zamawiającemu, stan taki kreuje nową treść oferty w postępowaniu dla danego Wykonawcy".

Reasumując, deklaracje właściwości użytkowych należało załączyć do oferty dla rozwiązań

w zakresie dostawy i montażu elementów prefabrykowanych keramzytobetonowych. Zamawiający wskazał, że wymagał tego dla prefabrykowanych elementów betonowych - elementów ścian (pkt 5 ppkt 1 SWZ). W odpowiedzi na powyższy wymóg, Odwołujący załączył dwie deklaracje właściwości użytkowych dla ścian, z których żadna nie potwierdzała spełniania wymogów określonych w SWZ. Żaden z materiałów, dla którego została załączona deklaracja właściwości użytkowych (o wyraźnym określeniu „ściany”) nie występował w SWZ. Brak jest zatem podstaw do uznania, iż potwierdza spełnianie wymogów określonych dla którejkolwiek z poz. 30 - 33, 161-164. Zamawiający na podstawie dokumentów przedstawionych przez Odwołującego ustalił, iż nie oferuje on wykonania robót zgodnie z SWZ.

Zamawiający wskazał, że powyższego nie można uznać za wątpliwość podlegającą wyjaśnieniom na podstawie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp lub brak dokumentu, który umożliwiłby

wzewanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp i oferta Odwołującego musiała zostać odrzucona.

[Oferta Odwołującego: Kosztorysy]

Zamawiający wskazał, że załączył do pisma Zaktualizowany załącznik nr 3, który uwzględnia oświadczenie złożone w dniu 20.02.2024 r. dot. częściowego uznania braku podstaw do odrzucenia oferty z uwagi na błędy w kosztorysie Odwołującego. Zamawiający podkreślił, iż pozostałe wady kosztorysu wskazane w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego

i wymienione w Zaktualizowanym załączniku nr 3 świadczą jednoznacznie o prawidłowości czynności odrzucenia oferty na podstawie art. 223 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, że Odwołujący próbuje zbudować fałszywy obraz Postępowania,

w którym zasady sporządzenia oferty nie są jasne a błędy w ofercie Odwołującego to wyłącznie omyłki i braki, które w każdym przypadku są możliwe do konwalidacji. Powyższe nie odpowiada natomiast stanowi faktycznemu sprawy, a z całą pewnością nie jest możliwe przyjęcie, że wady oferty były możliwe do naprawy przez Zamawiającego w sposób, który nie prowadziłby do naruszenia przepisów ustawy Pzp. Zamawiający podkreślił, że twierdzenia Odwołującego stanowią wyłącznie element strategii procesowej, która nie jest spójna: nie tylko wybiórczo traktuje SWZ i wyjaśnienia do SWZ ale także prowadzi do prezentowania przez Odwołującego zupełnie różnych, wykluczających się wzajemnie stanowisk – Odwołujący niejednokrotnie na rozprawie w dniu 20.02.2024 r. zaprzeczał temu co jasno oświadczył w Odwołaniu.

Zamawiający zaznaczył, że Odwołujący nie wniósł odwołania na treść SWZ, nie podnosił również rzekomych problemów związanych z przygotowaniem oferty na etapie Postępowania. Wnioski Odwołującego w zakresie wyjaśnienia wątpliwości do SWZ nie obejmują zupełnie ww. aspektu, co oznacza, że Odwołujący nie miał w tym zakresie żadnych wątpliwości. Odwołujący nie może natomiast bronić się tym, iż Zamawiający wyjaśniał kwestie związane z przygotowaniem kosztorysów na wniosek innych wykonawców. Zamawiający wskazał, że opublikował wyjaśnienia do SWZ zbiorczo, więc wszyscy wykonawcy zadający pytania poznali na nie odpowiedź w jednym czasie.

Odwołujący w czasie Postępowania nie występował więc o udostępnienie ślepych/pustych kosztorysów, podobnie nie występował o wyjaśnienie kwestii kalkulacji własnych.

Zamawiający podkreślił, że stosowanie do art. 103 ust. 1 ustawy Pzp, opisał przedmiot zamówienia za pomocą dokumentacji projektowej (projektu budowlanego, projektu wykonawczego oraz przedmiarów) oraz specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót budowlanych (dalej także: „STWiORB”). Konsekwentnie wskazał w pkt 17 SWZ, że są one podstawą obliczenia ceny: „Cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu o kosztorysy ofertowe. Podstawą obliczenia ceny były: dokumentacja projektowa, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych, opis przedmiotu zamówienia oraz przedmiary robót dołączone do SWZ”.

Odwołujący mylnie wywodził obowiązek wyceny zamówienia wyłącznie z danych ujętych

w przedmiarach robót. Tego rodzaju wnioski nie znajdują oparcia w SWZ, ani też - wbrew temu co twierdzi Odwołujący – w wyjaśnieniach do SWZ. Odnośnie do charakteru przedmiaru robót, wypowiedziała się trafnie KIO w wyroku z dnia 02.05.2013 r., (KIO 886/13): „Zatem, w świetle treści art. 31 ust. 2 ustawy Pzp z 2004 r. [obecnie art. 103 ust. 2 ustawy Pzp z 2019 r. – uwaga autora] informacje zawarte w przedmiarach robót, stanowiących załącznik do SIWZ (SWZ) nie stanowią zamkniętego i sztywnego źródła wiedzy o zakresie przedmiotu zamówienia –przedmiary robót stanowią jedynie jeden z elementów dokumentu, który służy do opisu przedmiotu zamówienia. Powyższe wynika także z istoty przedmiaru robót, który sam w sobie nie definiuje szczegółowego zakresu roboty budowlanej, ale służy jak najwierniejszemu,

w miarę możliwości, odzwierciedleniu składających się na daną robotę budowlaną nakładów, robocizny, materiałów, które opisane są w projekcie budowlanym oraz projektach wykonawczych. W tym zakresie przedmiar robót jest dokumentem wtórnym i dopełniającym projekt i specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót i nie determinuje w sposób wyłączny zakresu prac objętych przedmiotem zamówienia. Zawarte w przedmiarze robót zestawienia mają

zobrazować skalę roboty budowlanej i służyć pomocą wykonawcom

w oszacowaniu kosztów inwestycji, wobec czego przedmiarowi robót można przypisać przede

wszystkim charakter dokumentu pomocniczego, który służy do czynności skalkulowania kosztów realizacji zadania...”.

Taki też charakter wskazanemu przedmiarowi nadał Zamawiający w tym Postępowaniu. Wykonawcy zobowiązani zostali - zgodnie z powołanym przepisem art. 103 ust. 1 ustawy Pzp - do wykonania i wyceny robót zgodnie z treścią pełnej dokumentacji, wszystkich składających się na tę dokumentację elementów. Taki też wniosek wynikał z załącznika nr 3 do SWZ - PPU (§ 1 ust. 3) oraz art. 648 § 2 oraz 649 k.c. Z przywołanych przepisów k.c. wynika, że wymagana przez właściwe przepisy dokumentacja stanowi część składową umowy; w razie wątpliwości poczytuje się, iż wykonawca podjął się wszystkich robót objętych projektem stanowiącym część składową umowy. Oznacza to, że dla ustalenia zakresu robót budowlanych ma znaczenie cała dokumentacja. Zamawiający wskazał, że nie udostępnił żadnego wzoru kosztorysu, wymagał jednak, aby był on sporządzony na podstawie dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, opisu przedmiotu zamówienia oraz przedmiarów robót dołączone do SWZ. Zmiany jakie należało uwzględnić w kosztorysach względem ww. dokumentacji to zmiany wynikające z wyjaśnień do SWZ

i zmian SWZ. Na powyższe wskazują wyjaśnienia do SWZ cytowane także przez Odwołującego. Zamawiający nie publikował jednolitych wersji SWZ po zmianach, zatem Wykonawcy mieli obowiązek odpowiedniego dostosowania treści oferty do wprowadzanych modyfikacji.

Powyższe nie uprawniało jednak Odwołującego do pominięcia w wycenie elementów wymaganych w SWZ lub samodzielnej zmiany zakresu robót (materiałów), szczególnie jeśli obowiązek ich wyceny został jasno wyspecyfikowany w dokumentacji stanowiącej podstawę ustalenia ceny.

Zamawiający zauważył, że Odwołujący próbował wytworzyć obraz rzekomej niejasności SWZ w zakresie sposobu wyceny, wewnętrznej sprzeczności tego dokumentu, podczas gdy problem ten zupełnie nie istnieje w stosunku do pozycji kosztorysu, które stanowiły podstawę odrzucenia oferty. Zamawiający podkreślił, że:

1) dla błędów w ofercie wskazanych poz. 2 i 4 tabeli ww. załącznika, Odwołujący w odwołaniu oświadczył, że: „Zamawiający powinien się spodziewać, że wykonawca wyceni tylko

i wyłącznie robociznę dla robót wyspecyfikowanych w opisie pozycji. Możliwość poprawy kwestionowanej przez Zamawiającego nieprawidłowości: Pozycja jest zgodna z wytycznymi Zamawiającego, a co za tym idzie nie ma w niej żadnych nieprawidłowości”, czyli jednoznacznie wskazał, że w ww. pozycjach nie wycenił materiału,

2) na rozprawie w dniu 20.02.2024 r. Odwołujący zaprezentował zupełnie odmienne stanowisko twierdząc, iż wycenił materiały ale nie opisał tego w treści kosztorysu. Odwołujący zmienił zdanie co do zakresu wyceny pozycji kosztorysowej oraz zakwalifikowania ww. błędów jako omyłek, po zapoznaniu się z odpowiedziami na odwołanie Zamawiającego

i Przystępującego. Zamawiający ocenił, że twierdzenia te należy uznać za niewiarygodne, podyktowane wyłącznie zmianą strategii procesowej na skutek zapoznania się ze stanowiskiem przeciwników procesowych. Wskazana argumentacja powstała wyłącznie na potrzeby rozprawy przed KIO. Są to jedynie gołosłowne i niczym nie poparte twierdzenia Odwołującego,

3) za wiarygodne należy uznać wyłącznie oświadczenia składane przez Odwołującego

w odwołaniu, które sposób prawdziwy ukazują zakres wyceny ww. pozycji w kosztorysie. Jednocześnie oświadczenia te wskazują wyraźnie, że w przypadku tych dwóch pozycji nie doszło do omyłki, bo było to celowe działanie Odwołującego,

4) z treści Odwołania wynika jasno, że działanie Odwołującego było świadome - nie wycenił on w kosztorysie pełnego zakresu prac zdając sobie sprawę z tego, co robi. Należy zauważyć, że pominięcie wyceny wskazanego zakresu powoduje brak możliwości rozliczenia inwestycji w zakresie tejże roboty i nie ma znaczenia, czy jest to zakres istotny, czy nieistotny kwotowo,

5) skoro celowe działanie wyklucza możliwość stwierdzenia, że doszło do jakiegokolwiek omyłki przy konstruowaniu ceny oferty, to nie można takiej oferty poprawić na podstawie art. 223 ust. 2 ustawy Pzp. Oferta pozostaje więc trwale niezgodna z SWZ i konieczne jest jej odrzucenie na podstawie art. 223 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp. Odwołujący sam w odwołaniu potwierdził prawidłowość działania Zamawiającego w tym zakresie.

Zamawiający wskazał, że Zamawiający jest zobowiązany poprawić omyłkę tylko wtedy, gdy wie, jak tę omyłkę poprawić:

1) w przypadku oczywistej omyłki pisarskiej: omyłka musi być oczywista oraz nie może prowadzić do merytorycznej zmiany treści oferty. Do poprawienia takiej omyłki zamawiający nie musi żądać jakichkolwiek wyjaśnień ze strony wykonawcy. Już sam fakt, że są wątpliwości co do treści oferty, które należy wyjaśnić, przeczy oczywistości omyłki (zob. wyrok KIO z dnia 24.05.2021 r., KIO 854/19),

2) w przypadku omyłek określonych w art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp sposób, w jaki ma być dokonana poprawa, musi wynikać z innych elementów składających się na ofertę. Tryb poprawiania omyłek określony w art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp może więc dotyczyć sytuacji, gdy Zamawiający posiada wszystkie informacje konieczne do dokonania poprawy treści oferty

i może je ustalić na podstawie złożonej oferty. Nawet jeśli nie jest wykluczone, że w pewnych okolicznościach poprawienie omyłki będzie miało miejsce po uzyskaniu od wykonawcy wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, to przepis ten (art. 223 ust. 1 Pzp) określa również granice w zakresie możliwości skorzystania z wyjaśnień zamawiającego przy realizacji obowiązku poprawienia omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, wskazując, iż niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. Oznacza to, że omyłki, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, muszą mieć taki charakter, aby ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, co do zasady bez udziału wykonawcy w tej czynności. A zatem nie jest możliwe poprawienie oferty na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp w sytuacji, w której prowadziłoby to do negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Powyższe znajduje potwierdzenie m.in. w wyrokach KIO: z dnia 24.05.2019 r., KIO 854/19; z dnia 13.01.2022 r., KIO 3772/21, z dnia 30.03.2023 r., KIO 738/23, wyroku SO w Warszawie z dnia 19.03.2018 r., XXIII Ga 2125/17.

Zamawiający podkreślił, że błędy w kosztorysie określone w poz. 1, poz. 3 oraz poz. 10 tabeli Zaktualizowanego załącznika nr 3 nie nadają się do poprawienia w ten sposób, Zamawiający na podstawie oferty (informacji w niej zawartych) nie jest w stanie, samodzielnie i zgodnie z art. 223 ust. 2 ustawy Pzp dokonać poprawy oferty.

Wobec powyższego Zamawiający uznał, że nie ma uzasadnionych podstaw faktycznych i prawnych, które przemawiają za dopuszczalnością poprawienia oferty w zakresie błędów kosztorysu i oferta Odwołującego prawidłowo została odrzucona na podstawie art. 223 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

[Modular: spełnianie warunków udziału w Postępowaniu]

Uzupełniając do wyводу zawartego w odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wskazał, że ani w SWZ, ani w wyjaśnieniach do SWZ nie wskazał, że budynek, o którym mowa warunku udziału w Postępowaniu w pkt 8.4. lit. a) ppkt ii) SWZ musi posiadać decyzję o pozwoleniu na użytkowanie, a Odwołujący nie stawia w odwołaniu zarzutu dotyczącego braku uzyskania przez referencyjną inwestycję decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Twierdzenia Odwołującego zmierzające do rozszerzenia zarzutu w tym zakresie powinny zostać pominięte, odpowiednio do art. 555 ustawy Pzp.

[Modular: zgodność oferty z SWZ]

Zamawiający wskazał, że Odwołujący stwierdził, że przedmiotowy zarzut jest zarzutem ewentualnym ponoszonym na wypadek, gdyby KIO doszła do przekonania, że jego oferta powinna podlegać odrzuceniu. Odwołujący stoi bowiem na stanowisku, jakoby błędy w jego ofercie, skutkujące odrzuceniem oferty z Postępowania, były analogiczne do rzekomych błędów w ofercie MODULAR. Powyższe nie jest zgodne z prawdą. Rzekome wady oferty Przystępującego, po pierwsze nie stanowią o niezgodności oferty z SWZ a po drugie nie są nawet zbliżone do błędów stwierdzonych w ofercie Odwołującego. Odwołujący

w przedmiotowej sprawie dokonał oceny faktów i ich subsumpcji w sposób bardzo płynny, relatywizując dany stan faktyczny w zależności od tego do jakich wniosków w danym momencie zamierza dojść. Powyższe prowadzi do istotnych trudności w ustaleniu tego, jakie są jego poglądy na daną sprawę i jakie jest w niej jego stanowisko.

Zamawiający wskazał powyżej oraz w odpowiedzi na odwołanie, że przedmiar robót jest opracowaniem wtórnym w stosunku do projektu budowlanego, czy STWiORB. Nie wyznacza on zakresu prac a jedynie wspomaga proces wyceny, przy czym z SWZ wynika jednoznacznie, że wykonawcy wyceniając daną pozycję kosztorysu mieli obowiązek ująć w niej cenę za wykonanie zakresu według dokumentacji projektowej i STWiORB, łącznie z właściwymi materiałami. Zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę co do sposobu wyceny pozycji kosztorysowych objętych kalkulacją indywidualną. W SWZ próżno szukać wymogów dotyczących metod i podstaw opracowania pozycji oznaczonych jako „kalkulacja własna”. Natomiast pozycje określone za pomocą Katalogów KNR mają określone założenia, których należy przestrzegać przy sporządzaniu wyceny. Istnieje wyjątek dotyczący niektórych pozycji opartych na KNR-ach, które należało każdorazowo uzupełniać o materiały, które występują w dokumentacji projektowej lub innym wymaganiu Zamawiającego.

W przypadku oferty MODULAR zarzuty Odwołującego odnosiły się do pozycji stanowiących wycenę własną. Wycena własna charakteryzuje się dużym zróżnicowaniem w zakresie doboru metod wyceny (podstaw) wyceny. Zamawiający generalnie wskazał, że nie zawsze jest możliwe ustalenie ceny, w oparciu o wycenę własną, w rozbiciu na cenę materiału i robocizny. Dzieje się tak np. wówczas, gdy wycena taka oparta jest o ofertę podwykonawcy, która nie uwzględnia ww. rozbicia.

Zamawiający zaznaczył, że podobnie swoją ofertę kalkulował Odwołujący, który w przypadku wyceny własnej nie zawsze wykazywał oddzielnie koszty np. materiału, robocizny i sprzętu, mimo że obiektywnie było oczywiste, iż w danym przypadku koszt taki należy wycenić (np. 292 kosztorysu roboty budowlane - Dostawa i montaż: Zadaszonego placu gospodarczego o wym. 800x500 cm h=250-240 cm). Zamawiający nie kwestionował prawidłowości tej wyceny

w przypadku obu wykonawców, uznając ją za prawidłową, z uwagi na przyjętą metodę wyceny. Trudno więc zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego dotyczącymi sposobu wykładni SWZ

w zakresie sposobu przygotowania kosztorysu (rozbicie na materiały, sprzęt i robociznę)

w przypadku kalkulacji własnej, skoro sam tak samo wycenił swoją ofertę; prezentował takie samo podejście.

W dalszej kolejności Zamawiający objaśnił, że zestawienie materiałów, sprzętu i robocizny stanowi zagregowane zestawienie wyodrębnionych nakładów w kosztorysie. Nie stanowią one potwierdzenia, iż dany element nie jest wyceniony (Zamawiający też nigdy się do takiego argumentu nie odwoływał) a jedynie, że nie został wyodrębniony w jako oddzielna jednostka w wycenie. Z tego też względu twierdzenia Odwołującego zmierzające do wykazania, iż z samego zestawienia i porównania liczby roboczogodzin w ofertach wykonawców można ustalić braki w wycenie, jest chybione.

Reasumując, Zamawiający wskazał, że brak jest podstaw do odrzucenia oferty MODULAR

z Postępowania. Nie jest ona niezgodna z warunkami zamówienia. Rzekome błędy wskazywane przez Odwołującego w ofercie MODULAR nie stanowiły podstawy do odrzucenia oferty także w przypadku oferty Odwołującego. To natomiast sprawia, iż rozpoznawanie zarzutu ewentualnego, sformułowanego na wypadek uznania odrzucenia oferty Odwołującego za prawidłowe, generalnie należy uznać za wątpliwe, także w kontekście interesu Odwołującego w popieraniu tak sformułowanego zarzutu. W rezultacie bowiem oferta Odwołującego musiałaby zostać odrzucona także w oparciu o inne podstawy faktyczne niż wskazano w informacji o odrzuceniu ofert. Zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, który ma interes w uzyskaniu zamówienia. Trudno uznać, że Wykonawca popierający odrzucenie swojej oferty na dodatkowych okolicznościach faktycznych taki interes posiada. Odwołujący w odwołaniu nie sformułował żadnych zarzutów

i wniosków odnoszących się do unieważnienia Postępowania, dlatego z ostrożności Zamawiający wskazał, iż tego rodzaju próby rozszerzenia zarzutów Odwołania należałoby uznać na mocy art. 555 ustawy Pzp za spóźnione.

II. Stanowisko Zamawiającego w zakresie wniosków dowodowych Odwołującego

Zgodnie z art. 531 ustawy Pzp, przedmiotem dowodu są fakty mające dla rozstrzygnięcia sprawy istotne znaczenie. Innymi słowy, dowodem może być wszystko, co będzie miało zdolność dowodzenia określonej, istotnej dla sprawy, okoliczności faktycznej. Dowody prowadzi się na okoliczność zaistnienia faktu, nie zaś oceny danej okoliczności albo wystąpienia (lub nie) hipotetycznych sytuacji. Natomiast na podstawie art. 541 ustawy Pzp, Izba odmawia przeprowadzenia dowodu, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki.

Dowód Odwołującego: wniosek o udostępnienie informacji publicznej.

Zamawiający zauważył, że nie jest jasne, na jakie okoliczności faktyczne ów dowód został powołany, jednakże - jeśli jest to kwestia braku udostępnienia przez Zamawiającego kosztorysów inwestorskich, kosztorysów nakładczych oraz ślepych kosztorysów

w Postępowaniu - to trzeba wskazać, że fakt ten jest:

1) zbędny – trudno jest stwierdzić, w jaki sposób i czemu ma służyć ustalenie, iż Zamawiający nie udostępnił informacji publicznej tj. nie przekazał wnioskowanych przez Odwołującego kosztorysów. Odwołujący wystąpił o udostępnienie ww. informacji poza Postępowaniem – wybór oferty najkorzystniejszej miał miejsce w dniu 26.01.2024 r. a data pierwszego wniosku Odwołującego to 29.01.2024 r. Na marginesie Zamawiający jedynie zaznaczył, że KIO nie jest organem właściwym do rozstrzygania spraw w zakresie udostępnienia informacji publicznej,

2) bezsporny,

3) nie ma związku z zarzutami stawianymi w Odwołaniu – Odwołujący w Odwołaniu nie sformułował zarzutu dotyczącego naruszenia przepisów ustawy Pzp w zakresie braku udostępnienia ww. kosztorysów.

Dowód Odwołującego: Wyciąg z KNR. Dowód ten nie jest przydatny dla rozstrzygnięcia sprawy. Dowód ten wg tezy dowodowej miał potwierdzać możliwość dokonania poprawy błędu kosztorysu opisanego w poz. 4 Zaktualizowanego załącznika nr 3, ale pozostaje bez związku z tą pozycją. Zamawiający podkreślił, że w kosztorysie Odwołującego występują także inne pozycje, w których Odwołujący był w stanie dodać materiał, mimo, iż zgodnie z KNR wycenie polegać powinna tylko robocizna (np. poz. 53 kosztorysu – roboty budowlane).

4. Dowód Odwołującego: Informacja z Inspektoratu Nadzoru Budowlanego w Świnoujściu.

Zamawiający wskazał, że nigdzie - ani w SWZ, ani w wyjaśnieniach do SWZ nie wskazał, że budynek, o którym mowa warunku udziału w Postępowaniu w pkt 8.4. lit. a) ppkt ii) SWZ musi posiadać decyzję o pozwoleniu na użytkowanie. Odwołujący także nie stawia w Odwołaniu zarzutu dotyczącego braku uzyskania przez referencyjną inwestycję decyzji o pozwoleniu na użytkowanie. Dowód ten jest zatem zupełnie nieprzydatny dla rozstrzygnięcia sprawy

i wniosek dowodowy Odwołującego winien zostać oddalony.

5. Dowód Odwołującego: Porównanie ofert w zakresie liczby roboczo-godzin.

Zamawiający wskazał, że dowód ten nie jest przydatny dla rozstrzygnięcia sprawy i nie może stanowić wiarygodnego i

przekonywującego sposobu ustalenia, iż MODULAR nie wycenił albo że wycenił nieprawidłowo kosztów robocizny w kosztorysie. Jest to wyłącznie zestawienie roboczo-godzin wynikających wprost z kosztorysu (wyodrębnionych), podczas gdy MODULAR jasno oświadczył, że w przypadku wyceny własnej wszystkie koszty robocizny zawarte są w cenie materiału.

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

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

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 ustawie Pzp po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Przedsiębiorstwo Budowlane MODULAR Sp. z o.o.

z siedzibą w Żywcu, dalej: „Przystępujący”.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane przez strony i 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 podczas rozprawy.

Stan faktyczny ustalony przez Izbę

Zamawiający SIM Zagłębie Sp. z o.o. z siedzibą w Sosnowcu prowadzi postępowanie

o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest: „Budowa dwóch budynków mieszkalnych wielorodzinnych A i B wraz z zagospodarowaniem terenu, zjazdem z ulicy Mjr Henryka Hubala-Dobrzańskiego, budową przyłącza kanalizacyjnego, wodociągowego, drogą pożarową oraz zewnętrznymi instalacjami wewnętrznymi: wodna, kanalizacji sanitarnej, kanalizacji deszczowej, elektrycznej, gazowej, zlokalizowanej w Sosnowcu, przy ul. Mjr Henryka Hubala-Dobrzańskiego”. W Specyfikacji Warunków Zamówienia Zamawiający, dalej „SWZ” wskazał następujące wymagania wobec przedmiotu zamówienia:

Pkt 5 SWZ przewidywał, że w przypadku zastosowania produktów (materiałów, urządzeń, wyrobów), usług, norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych lub rozwiązań równoważnych, w rozumieniu art. 99 ust. 5 lub art. 101 ust. 4 ustawy Pzp, Wykonawca zobowiązany jest do ich wskazania w ofercie oraz do złożenia wraz z ofertą kart technicznych lub innych równoważnych dokumentów potwierdzających, że oferowane produkty spełniają wymagania Zamawiającego opisane w dokumentacji i opisie przedmiotu zamówienia. Dotyczy to głównych produktów, takich jak prefabrykaty, okna, ślusarka okienna, drzwi, materiały izolacyjne, materiały elewacyjne oraz pokrycie dachu, okładziny ścian, podłogi, urządzenia, sprzęty oraz materiały zagospodarowania zewnętrznego. Jeżeli Wykonawca niełoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne (w szczególności nie potwierdzając w ten sposób równoważności oferty w zakresie opisanym w opisie przedmiotu zamówienia) Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

Zgodnie z pkt 17 SWZ, cena oferty zostanie wyliczona przez Wykonawcę w oparciu

o kosztorysy ofertowe. Podstawą obliczenia ceny są: dokumentacja projektowa, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych, opis przedmiotu zamówienia oraz przedmiary robót dołączone do SWZ. Kosztorysy ofertowe należy wykonać metodą kalkulacji szczegółowej ściśle według kolejności pozycji wyszczególnionych w przedmiarach robót. Wykonawca określi w kosztorysach ofertowych ceny jednostkowe netto oraz wartości netto i brutto dla wszystkich wskazanych pozycji. Wykonawca określi kalkulacje szczegółowe cen jednostkowych (w rozbiciu na nakłady rzeczowe i ceny odpowiednio dla tych nakładów): robocizny, materiałów wraz z kosztami zakupu, pracy sprzętu i transportu oraz kosztów pośrednich i zysku (narzuty kosztów pośrednich i zysku) wszystkich pozycji Kosztorysu ofertowego Wykonawcy.

Pkt 9.1 STWiORB (t. 1 – wymagania ogólne), ceny jednostkowe lub wynagrodzenie ryczałtowe robót będą obejmować:

- robocizną bezpośrednią wraz z narzutami,

- wartość zużytych materiałów wraz z kosztami zakupu, magazynowania, ewentualnych ubytków i transportu na teren budowy,
- wartość pracy sprzętu wraz z narzutami,
- koszty pośrednie i zysk kalkulacyjny,
- podatki obliczone zgodnie z obowiązującymi przepisami, ale z wyłączeniem podatku VAT.

Zgodnie z pkt 14 ppkt 2 lit. g SWZ, wypełnione kosztorysy ofertowe opatrzone przez wykonawcę kwalifikowanym podpisem elektronicznym stanowią treść oferty.

W Postępowaniu swoje oferty złożyło 3 wykonawców, w tym Odwołujący i Przystępujący.

Zgodnie z pkt 8.4. lit. a) ppkt ii) SWZ (w brzmieniu według modyfikacji z dnia 16.11.2023 r.), Wykonawca musi wykazać, iż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie budynku wielokondygnacyjnego wykonanego w technologii prefabrykowanej betonowej, w którym 1/3 powierzchni ścian tego budynku była wykonana z prefabrykatów keramzytobetonowych.

W dniu 26 stycznia 2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej – oferty Przystępującego oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego, zgodnie z Informacją dotyczącą wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu pozostałych ofert z dnia 26 stycznia 2024 r., na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, była niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia.

W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, że „Zgodnie z pkt 14 ppkt 2 lit. g SWZ, Zamawiający wymagał dołączenia do oferty wypełnionych kosztorysów ofertowych. Analiza przedmiotowych kosztorysów, stanowiących załącznik

nr 08 do oferty Wykonawcy, wykazała szereg niezgodności dotyczących wypełnienia poszczególnych pozycji przez Wykonawcę, polegających na zaproponowaniu i wycenie pozycji przedmiarowych w sposób niezgodny z SWZ”.

W dniu 5 lutego 2024 r. Odwołujący wniósł odwołanie wobec niezgodnych

z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz zaniechań czynności, do których Zamawiający był zobowiązany na podstawie ww. ustawy, tj.:

1. dokonanie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy MODULAR sp.

z o.o.,

2. odrzucenie oferty Odwołującego,

3. zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści jego oferty, a następnie zaniechanie poprawienia w jego ofercie oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści tej oferty,

4. zaniechania wezwania Wykonawcy Modular do wyjaśnienia i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych - w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, opisanego w SWZ pkt 8.4) a) ii),

5. zaniechanie wyboru oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SWZ,

ewentualnie:

6. zaniechanie odrzucenia oferty Modular sp. z o.o., mimo że zawiera tego samego typu nieścisłości w ofercie (niezgodność kosztorysu ofertowego z przedmiarem), które stanowiły podstawę odrzucenia oferty Odwołującego.

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 odwoławcze w części - w zakresie zarzutu nr 1 odwołania

w następującym zakresie, tj.:

1) Ad 4) Instalacje sanitarne – Instalacja Grzewcza: a), b), c) w załączniku nr 5 do odwołania (odpowiednio poz. 5–7 w załączniku nr 3 do odpowiedzi na odwołanie),

2) Ad 5) Instalacje sanitarne – Przyłącza i Instalacja Wod-Kan: a), b), d) – załącznik nr 5 do odwołania (odpowiednio poz. 8, 9 i 11 w załączniku nr 3 do odpowiedzi na odwołanie),

3) Ad 6) Instalacje sanitarne – Wewnętrzne: a), b), c) – załącznik nr 5 do odwołania (odpowiednio poz. 12, 13, 14 w załączniku nr 3 do odpowiedzi na odwołanie),

2. oddaliła odwołanie w pozostałej części.

Zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez

zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć

postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

Zamawiający na rozprawie w dniu 19 lutego 2024 r. oświadczył, że uwzględni odwołanie we wskazanym powyżej zakresie, a Przystępujący wobec powyższego uwzględnienia nie wniósł sprzeciwu.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 i 2 odwołania w zakresie, w jakim Zamawiający nie uwzględnił zarzutu nr 1, Izba wskazuje. 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.

Stosownie 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 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.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zamawiający w toku badania i oceny ofert może zwrócić się do wykonawców z żądaniem złożenia wyjaśnień w wypadku, gdy treść złożonych ofert, przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń jest nieprecyzyjna, niejasna, jednym słowem, gdy budzą one wątpliwości zamawiającego. Wyjaśnienie treści oferty i innych dokumentów nie może jednak wykraczać poza ich merytoryczną treść, nie może doprowadzić do zmiany treści oferty czy też polegać na prowadzeniu negocjacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą dotyczących złożonej oferty.

Zmiana oferty jest dopuszczalna jedynie w przypadku określonym w art. 223 ust. 2 ustawy Pzp – poprawienie oczywistych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek rachunkowych oraz innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującymi istotnych zmian w jej treści oraz w przypadku, gdy zamawiający w toku badania i oceny ofert w trybie dialogu konkurencyjnego żąda od wykonawców uszczegółowienia, ulepszenia treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych (art. 187 ustawy Pzp).

Ustawa Pzp nie zawiera definicji oczywistej omyłki pisarskiej. Znaczenie tego pojęcia można wywieść z orzecznictwa sądów powszechnych. Sądy zwracają uwagę na fakt, iż możliwość poprawienia omyłki odnosi się jedynie do takich błędów, które są łatwo zauważalne, nie ma konieczności przeprowadzenia jakichś szczególnych badań lub ustaleń. Oczywista omyłka to błąd wynikający z przeoczenia lub innej wady procesu myślowo-redakcyjnego, błąd który nie ma charakteru merytorycznego. Omyłka oczywista to omyłka zawarta w treści oferty, ale również taka, którą można ustalić na podstawie innych dokumentów, składających się na treść oferty. Sprostowanie oczywistej omyłki pisarskiej nie może doprowadzić do merytorycznej zmiany treści oferty.

Oczywista omyłka rachunkowa jest skutkiem błędnej operacji rachunkowej na liczbach. Jest to omyłka widoczna od razu, możliwa do jednoznacznego ustalenia. O oczywistym charakterze omyłki świadczy możliwość jej ustalenia na podstawie podanego przez zamawiającego sposobu obliczenia ceny oferty.

Poprawienie przez zamawiającego innych omyłek polegających na niezgodności oferty

z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty jest możliwe, jeżeli taka omyłka nie ma charakteru celowego działania wykonawcy, polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści oraz jeśli poprawienie omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Jako omyłka nie może być traktowane zaoferowanie przez wykonawcę rozwiązań odmiennych od wymaganych przez zamawiającego.

Odnosząc powyższe rozważania do kwestionowanych przez Zamawiającego nieprawidłowości w ofercie Odwołującego, które w jego ocenie, Zamawiający powinien poprawić jako oczywiste omyłki pisarskie, ewentualnie inne omyłki,

polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, Izba wskazuje.

Ad 1) Roboty budowlane:

a) Element 1.6 MURY poz. 31, Element 2.6 MURY poz. 162 - Wykonawca zaoferował, zgodnie z opisem pozycji w kosztorysie: „Ściany z prefabrykatów wielkopłytowych, keramzytobetonowe z betonu klasy min. LC10/12 o gr.18 cm”, a należało wycenić: Ściany z prefabrykatów wielkopłytowych, keramzytobetonowe z betonu klasy min. LC20/22 o gr.18 cm. Zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego z dnia 1 grudnia 2023 r. (odpowiedź na pyt. nr 34): „W POZYCJACH PRZEDMIAROWYCH NR 30, 31, 32, 161, 162, 163 NALEŻY WYCENIĆ ŚCIANY Z PREFABRYKATÓW WIELKOPŁYTOWYCH, KERAMZYTObETONOWE Z BETONU KLASY MIN. LC20/22, NATOMIAST W POZ. 33 ORAZ 164 NALEŻY WYCENIĆ ŚCIANY Z PREFABRYKATÓW WIELKOPŁYTOWYCH, KERAMZYTObETONOWE Z BETONU KLASY MIN. LC12/14”.

Zgodnie z powyższymi odpowiedziami, prawidłowy opis ww. pozycji to: Ściany z prefabrykatów wielkopłytowych, keramzytobetonowe z betonu klasy min. LC20/22 o gr.18 cm. W materiale Wykonawca zaoferował: Ściana z prefabrykatów wielkopłytowych, keramzytobetonowa z betonu klasy min. LC10/12 o gr.18 cm.

Tym samym, parametry ścian, zaproponowane przez Wykonawcę nie odpowiadają wymaganiom SWZ. Powyższe potwierdzają również załączone przez Wykonawcę do oferty deklaracje właściwości użytkowych Thomas Praefab dla przedmiotowych ścian zgodnie

z którymi parametry zaoferowanych produktów nie odpowiadają wymaganiom SWZ, co potwierdza, że świadczenie zaoferowane przez wykonawcę jest świadczeniem odmiennym od wymaganego w SWZ.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający do odpowiedzi na pytania SWZ z dnia 01.12.2023 r., załączył przedmiar, w którym w kwestionowanych pozycjach 31 i 162, ściany z prefabrykatów wielkopłytowych keramzytobetonowych, również były w klasie LC 10/12 (omyłka została powtórzona za przedmiarem).

Jeżeli chodzi o deklaracje to sam Zamawiający napisał w SWZ w pkt 5 (wezwanie do uzupełnienia): „Jeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożenie przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne (w szczególności nie potwierdzając w ten sposób równoważności oferty w zakresie opisanym w opisie przedmiotu zamówienia) Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie”.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający powinien zgodnie z SWZ wezwać Odwołującego do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych, natomiast pozycje kosztorysowe powinien poprawić we własnym zakresie jako oczywistą omyłkę pisarską, ewentualnie jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty.

Izba wskazuje, że Odwołujący sporządzając ofertę pominął fakt zmiany treści SWZ wprowadzonej na skutek wyjaśnień do SWZ z dnia z 1 grudnia 2023 r., zgodnie z którą Zamawiający wymagał, aby w pozycji 31 oraz 162 wycenić ściany z prefabrykatów wielkopłytowych, keramzytobetonowych z betonu klasy min. LC20/22. Odwołujący w swojej ofercie wskazał ściany z prefabrykatów wielkopłytowych, keramzytobetonowych z betonu klasy min. LC10/12 o gr. 18 cm, co oznaczało, że był to materiał niezgodny z dokumentacją projektową i odpowiedzią Zamawiającego na pytania dotyczące SWZ z 1 grudnia 2023 r.

Powyższą niezgodność potwierdzały także załączone do oferty Odwołującego deklaracje właściwości użytkowych Thomas Praefab dla ścian.

W ocenie Izby zaoferowanie przez Odwołującego ścian z materiału o innej klasie niż wymagana w SWZ nie stanowi oczywistej omyłki pisarskiej lub innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, które Zamawiający powinien poprawić działając na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 1 lub

3 ustawy Pzp.

Poprawienie powyższej nieprawidłowości przez Zamawiającego poprzez wpisanie innej, oznaczałoby wpisanie innego materiału niż pierwotnie oferowany, a powyższe oznaczałoby niedozwoloną w świetle art. 223 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp zmianę treści oferty.

W ocenie Izby nie zasługuje na uwzględnienie podnoszona przez Odwołującego okoliczność, iż omyłka Odwołującego została powtórzona za przedmiarem. Odwołujący sporządzając ofertę zobowiązany był uwzględnić zmianę treści SWZ.

Ponadto Odwołujący załączył do oferty deklarację odnoszącą się do ścian o innej klasie.

Powyższe oznacza, że nieprawidłowość w ofercie Odwołującego nie była oczywistą omyłką lub inną oczywistą omyłką, polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty.

2) Roboty drogowe - Przebudowa układu wewnętrznego przy ul. Hubala w Sosnowcu

a) Element 1.2 Rozbiórka elementów dróg – poz. 6 - Wykonawca zaoferował: brak wyceny materiału do uzupełnienia nawierzchni betonowej, a należało wycenić: Roboty remontowe – frezowanie nawierzchni bitumicznej o gr. do 4 cm z wywozem materiału z rozbiórki na odl. do 1 km oraz uzupełnienie nawierzchni betonowej przy krawędzi drogi.

Odwołujący nie wycenił materiałów, tłumacząc powyższe, że Zamawiający w odpowiedziach na pytania nr 37, 44, 70 i 71 z dnia 01.12.2023 r. zabronił modyfikacji m.in. podstaw nakładów i materiałów w pozycjach kosztorysowych, mimo że zmienił opisy pozycji przedmiarowych

w stosunku do oryginalnych opisów wynikających z Katalogów Nakładów Rzeczowych, nie stosując jednocześnie analogii czy kalkulacji indywidualnej, natomiast KNR AT 3/102/1 odnosi się jedynie do robocizny oraz pracy sprzętu, więc Wykonawca zgodnie z wytycznymi Zamawiającego nie modyfikował podstaw nakładów i materiałów, poprzez dodanie niesprecyzowanego materiału do nakładów rzeczowych. Dobierając dokładnie taki katalog,

a nie robiąc z niego analogii albo kalkulacji indywidualnej, Zamawiający powinien spodziewać się, że wykonawca wyceni tylko i wyłącznie robociznę i pracę sprzętu dla robót wyspecyfikowanych w opisie pozycji.

Odwołujący wskazał, że powyższa pozycja jest zgodna z wytycznymi Zamawiającego, a co za tym idzie nie ma w niej żadnych nieprawidłowości (str. 3 Załącznika nr 5 do odwołania – Zestawienie kwestionowanych pozycji kosztorysowych Odwołującego z wyjaśnieniami).

Izba wskazuje, iż powyższe stwierdzenie Odwołującego nie koresponduje z treścią zarzutu nr 1 odwołania: zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści jego oferty, a następnie zaniechanie poprawienia w jego ofercie oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych oraz innych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującymi istotnych zmian w treści tej oferty (zarzucane niezgodności dotyczące wypełnienia pozycji kosztorysowych) oraz zarzutu nr 2: bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że jej treść, po wykonaniu czynności przewidzianych przepisami art. 223 ust. 1, art. 223 ust. 2 pkt 1 oraz art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 223 ust. 3 Pzp, była zgodna z warunkami zamówienia. Skoro Odwołujący wskazuje, że powyższa pozycja jest zgodna z wytycznymi Zamawiającego i nie ma w niej żadnych nieprawidłowości, to niezrozumiałym jest żądanie, aby Zamawiający poprawił omyłki, na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 1 lub 3 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że obowiązek wyceny materiałów wynikał z dokumentacji Postępowania,

w której została wskazana podstawa ustalenia ceny oferty m.in. z opisu pozycji przedmiaru.

Ponadto Izba stwierdziła, że aby Zamawiający miał w ogóle możliwość poprawienia omyłki

w ofercie wykonawcy, musiałby wiedzieć w jaki sposób to uczynić np. na podstawie innych elementów treści oferty. W powyższym przypadku Zamawiający takiej możliwości nie miał.

3) Instalacje elektryczne:

a) Element 1. Roboty w zakresie okablowania oraz instalacji elektrycznych – zagospodarowanie terenu – poz. 17 – Wykonawca zaoferował: Rura elektroinstalacyjna PVC karbowana RKLS 16 w ilości 1,04m/kpl, brak wyceny przewodu DYd-450/750V 2,5mm² – tym samym nieprawidłowo oszacowana cena jednostkowa z uwagi na brak podstawowego materiału oraz źle przyjętej normy 1,04m rury na 1 kpl., a należało wycenić: Wciąganie przewodów w wysięgnik na ziemi Przewód DYd-450/750V 2,5mm², Rura instalacyjna z PVC RKLS 16mm w ilości 16 kpl.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający w odpowiedziach na pytania 37, 44, 70 i 71 z dnia 01.12.2023 r. zabronił modyfikacji m.in. podstaw nakładów i materiałów w pozycjach kosztorysowych, mimo że zmienił opis i jednostkę pozycji przedmiarowej w stosunku do oryginalnego opisu wynikającego z Katalogu Nakładów Rzeczowych, nie stosując jednocześnie analogii czy kalkulacji indywidualnej. Przyjęta norma 1,04 m rury na 1 kpl. Jest wynikiową zmiany przez Zamawiającego jednostki w stosunku do jednostki w Katalogu Nakładów Rzeczowych, którą to jednostką jest metr, biorą pod uwagę brak możliwości modyfikowania nakładów, Wykonawca pozostawił taki nakład jaki występuje w oryginalnym KRN.

Izba wskazuje, że Odwołujący nie wycenił przewodu Dyd-450/750V 2,5mm², mimo że taki obowiązek wynika ze zmiany opisu i jednostki pozycji przedmiarowej, a nadto Zamawiający nie miał możliwości samodzielnego poprawienia nieprawidłowości w ofercie Odwołującego, ponieważ wiązałoby się to z samodzielnym uzupełnieniem oferty przez Zamawiającego polegającym na wpisaniu określonych dodatkowych treści, w szczególności wartości powyższej pozycji. A wobec powyższego, w powyższej sytuacji nie można mówić o oczywistej omyłce lub innej omyłce, polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, nie powodującej istotnych zmian w treści oferty.

b) Element 3.5 Budowa instalacji fotowoltaicznej. Montaż elementów instalacji PV Budynek A – poz. 96, Element 3.5 Budowa instalacji fotowoltaicznej. Montaż elementów instalacji PV Budynek B – poz. 220 - Wykonawca zaoferował: brak wyceny podstawowego materiału w tych pozycjach (wyceniono tylko montaż), a należało wycenić: Podłączenie przewodów kabelkowych w powłoce polwinitowej pod zaciski lub bolce (przekrój żył do 4 mm²) - Złącze szeregowe kompatybilne z MC4.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający w odpowiedziach na pytania 37, 44, 70 i 71 z dnia 01.12.2023 r. zabronił modyfikacji m.in. podstaw nakładów i materiałów w pozycjach kosztorysowych, mimo że zmienił opisy pozycji

przedmiarowych w stosunku do oryginalnych opisów wynikających z Katalogu Nakładów Rzeczowych, nie stosując jednocześnie analogii czy kalkulacji indywidualnej oraz że zastosowany KNR 508/813/2 odnosił się jedynie do robocizny, więc Odwołujący zgodnie z wytycznymi Zamawiającego nie modyfikował podstaw nakładów i materiałów, poprzez dopisywanie dodatkowych materiałów, które nie występują w oryginalnym katalogu. Dobierając dokładnie taki katalog, a nie robiąc z niego analogii albo kalkulacji indywidualnej, Zamawiający powinien się spodziewać, że wykonawca wyceni tylko i wyłącznie robocizną dla robót wyspecyfikowanych w opisie pozycji.

Ponadto Odwołujący wskazał, że pozycja jest zgodna z wytycznymi Zamawiającego, a co za tym idzie nie ma w niej żadnych nieprawidłowości, co w ocenie Izby oznacza brak adekwatności powyższego stwierdzenia do podniesionych w odwołaniu zarzutów nr 1 i 2 – Zamawiający był zobowiązany wezwać Odwołującego do wyjaśnień treści jego oferty, a następnie poprawić występujące w niej oczywiste omyłki pisarskie, rachunkowe oraz inne omyłki.

Izba ustaliła, że Izba ustaliła, że obowiązek wyceny materiałów wynikał z dokumentacji Postępowania, w której została wskazana podstawa ustalenia ceny oferty, m.in. z opisu pozycji przedmiaru.

Ponadto Izba stwierdziła, że aby Zamawiający miał w ogóle możliwość poprawienia omyłki

w ofercie wykonawcy, musiałby wiedzieć w jaki sposób to uczynić np. na podstawie innych elementów treści oferty. W powyższym przypadku Zamawiający takiej możliwości nie miał.

Izba wzięła również pod uwagę, podnoszoną zarówno przez Zamawiającego oraz Przystępującego niekonsekwencję Odwołującego w wykazywaniu wartości materiału

w poszczególnych pozycjach jego kosztorysu. I tak w pozycjach, gdzie według wskazanych powyżej wyjaśnień związanych z zastosowaniem KNR 508/813/2 Odwołujący powinien wycenić tylko robocizną, wykazywał również wartość materiału, np. poz. 125-131, 133, 181, 249, 252, 253-255, podobnie w kosztorysach innych branż – poz. 57, gdzie Odwołujący wpisał również wartość materiału.

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę podniesione powyżej okoliczności, nieprawidłowość związana z brakiem wyceny materiału nie może być uznana za oczywistą omyłkę pisarską lub inną omyłkę, o której mowa w art. 223 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

c) Element 2.6. Roboty montażowe – poz. 85, Element 2.6. Roboty montażowe – poz. 88, Element 2.7 Roboty technologiczne – przepompownia – poz. 102, Element 3.8. Roboty montażowe – poz. 145, Element 3.9 Roboty technologiczne – przepompownia – poz. 163, Element 4.5 Roboty montażowe – poz. 212, Element 4.5 Roboty montażowe – poz. 216, Element 4.5 Roboty montażowe – poz. 218, Element 4.4 Roboty technologiczne – przepompownia – poz. 237, Element 5.4 Roboty montażowe – poz. 270, Element 5.4 Roboty montażowe – poz. 272 – Wykonawca zaoferował: obsypkę cement portlandzki zwykły

z dodatkami "25" luzem, a należało wycenić: Obsypka cementowo-piaskowa studni.

Odwołujący uzasadnił powyższą niezgodność oferty z dokumentami zamówienia faktem,

iż pozostawiony został opis materiału z oryginalnego KNR-u, natomiast Wykonawca wycenił pozycję zgodnie z opisem, który jest zgodny z opisem wymaganym przez Zamawiającego

i powołał się na wskazywany w odpowiedziach na pytania nr 37, 44, 70 i 71 z 1 grudnia 2023 r. przez Zamawiającego brak możliwości modyfikacji m.in. podstaw nakładów i materiałów

w pozycjach kosztorysowych pomimo zmiany opisu pozycji przedmiarowej w stosunku do oryginalnego opisu wynikającego z KNR, co również przełożyło się na wystąpienie powyższej omyłki. W ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien poprawić powyższe pozycje kosztorysowe we własnym zakresie jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty

z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty.

Izba wskazuje, że Odwołujący w kosztorysie wycenił inny materiał niż wymagany Zamawiający. Izba miała również na uwadze podniesioną przez Zamawiającego okoliczność wskazania przez Odwołującego nieprawidłowego wyliczenia ceny w związku z przyjęciem zaniżonej normy ($0,19t/m^2$), podczas gdy waga samego cementu portlandzkiego wynosiła ok. $2300\text{ kg}/m^2$. Poprawienie takiej nieprawidłowości w ofercie Odwołującego przez Zamawiającego oznaczałoby samodzielne uzupełnienie oferty przez Zamawiającego poprzez zmianę opisu ww. pozycji oraz wpisanie ceny prawidłowej pozycji kosztorysowej, które nie byłoby możliwe bez udziału Odwołującego, w wypadku jego udziału prowadziłoby do niedozwolonych negocjacji pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym dotyczących złożonej oferty.

Odwołujący złożył na rozprawach w dniu 20 i 29 lutego 2024 r. szereg dokumentów mających na celu wykazanie, że wskazane przez Odwołującego nieprawidłowości mają charakter oczywistych omyłek pisarskich lub innych omyłek, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt

3 ustawy Pzp, które Zamawiający miał obowiązek poprawić m.in.: Katalog nr 4 – Instalacje Sanitarne i Sieci Zewnętrzne, Oferta nr 46-1252, Katalog Nakładów Rzeczowych nr AL-01 (Systemy alarmowe), Polska Norma PN-EN 206+A2, wyciąg

z Projektu wykonawczego branży sanitarnej przyłącza i zewnętrznej instalacji wodno-kanalizacyjnej. W ocenie Izby mając na uwadze wskazane w uzasadnieniu okoliczności dotyczące zarzutu nr 1 i 2, w jej Izby, Odwołujący powyższego faktu nie wykazał.

W ocenie Izby, poprawa treści oferty przez Zamawiającego w powyższym zakresie jako innej omyłki nie była możliwa.

W związku z powyższym, ponieważ poprawienie oferty Odwołującego we wskazanym przez Odwołującego zakresie nie było możliwe, oferta Odwołującego w zakresie wskazanym przez Zamawiającego (po uwzględnieniu części zarzutu nr 1 w części) była niezgodna warunkami zamówienia, a więc podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Warunkami zamówienia, zgodnie z brzmieniem art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, są warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające

w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Do określenia lub opisanie warunków zamówienia służą dokumenty zamówienia, w tym SWZ.

Natomiast niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu

i przedstawieniu oferty w sposób, który nie odpowiada wymaganiom zamawiającego dotyczącym przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji oraz innych warunków zamówienia.

W ocenie Izby nie potwierdziły się zarzuty nr 1 i 2 odwołania, a zatem Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Wobec powyższego zarzut nr 1 i 2 odwołania podlegał oddaleniu.

W odniesieniu do zarzutu nr 3 odwołania Izba wskazuje.

Zgodnie z art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe są niekompletne, zamawiający wzywa do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, o ile przewidział to

w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia.

Stosownie do art. 107 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści przedmiotowych środków dowodowych.

Przez przedmiotowe środki dowodowe, zgodnie z art. 7 pkt 20 ustawy Pzp należy rozumieć środki służące potwierdzeniu zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych

z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia.

Zgodnie z pkt 5 SWZ, w przypadku zastosowania produktów (materiałów, urządzeń, wyrobów), usług, norm, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych lub rozwiązań równoważnych, w rozumieniu art. 99 ust. 5 lub art. 101 ust. 4 ustawy Pzp, Wykonawca zobowiązany jest do ich wskazania w ofercie oraz do złożenia wraz z ofertą kart technicznych lub innych równoważnych dokumentów potwierdzających, że oferowane produkty spełniają wymagania Zamawiającego opisane w dokumentacji i opisie przedmiotu zamówienia. Dotyczy to głównych produktów, takich jak prefabrykaty, okna, ślusarka okienna, drzwi, materiały izolacyjne, materiały elewacyjne oraz pokrycie dachu, okładziny ścian, podłogi, urządzenia, sprzęty oraz materiały zagospodarowania zewnętrznego. Jeżeli Wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne (w szczególności nie potwierdzając w ten sposób równoważności oferty w zakresie opisanym w opisie przedmiotu zamówienia) Zamawiający wezwie do ich złożenia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

Odwołujący wskazał, że załączył deklarację właściwości użytkowych dla ścian z prefabrykatów wielkopłytowych, keramzytobetonowych o innej klasie dla innej pozycji kosztorysowej – nie wskazując dla której pozycji kosztorysowej, jednakże posiada deklaracje dla ścian o klasie LC 20/22 i na wezwanie Zamawiającego by ją uzupełnił. Zamawiający miał obowiązek wezwać Wykonawcę do uzupełnienia ww. przedmiotowych środków dowodowych ewentualnie wezwać do wyjaśnień w tym zakresie, czego zaniechał.

Jak wyjaśnił Zamawiający, deklaracje właściwości użytkowych należało załączyć do oferty dla rozwiązań w zakresie dostawy i montażu elementów prefabrykowanych keramzytobetonowych – dla prefabrykowanych elementów betonowych – elementów ścian, zgodnie z pkt 5 ppkt 1 SWZ, Odwołujący co prawda załączył dwie deklaracje właściwości użytkowych (Deklaracja właściwości użytkowych – plik o nazwie „10 ściana – deklaracja dla ścian z prefabrykatów z betonu zwykłego w klasie C30/37 oraz Deklarację właściwości użytkowych – plik o nazwie „18 el beton kruszywowy – deklaracja dla ścian z prefabrykatów

z betonu lekkiego kruszywowego o otwartej strukturze dla betonu o klasie LC 16/18), ale żadna z nich nie potwierdzała spełnienia wymogów określonych w SWZ. Zamawiający nie przewidział w SWZ żadnego z materiałów, dla których deklaracje złożył Odwołujący.

Wobec powyższego, Zamawiający nie miał wątpliwości, że złożone przez Odwołującego przedmiotowe środki dowodowe nie potwierdzały parametrów wymaganych zgodnie z postanowieniami SWZ.

Izba wskazuje, że przepis art. 107 ust. 2 ustawy Pzp znajduje zastosowanie tylko w sytuacji, gdy wykonawca, pomimo żądania Zamawiającego złożenia przedmiotowych środków dowodowych, nie składa ich lub są one niekompletne. W sytuacji, gdy wykonawca złożył przedmiotowe środki dowodowe i są one kompletne, ale nie potwierdzają one zgodności oferowanych dostaw, usług lub robót budowlanych z wymaganiami, cechami lub kryteriami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia lub opisie kryteriów oceny ofert, lub wymaganiami związanymi z realizacją zamówienia, przepis art. 107 ust. 2 ustawy Pzp nie może być zastosowany.

Z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie, Odwołujący złożył deklaracje i były one kompletne, ale nie potwierdzały, że zaoferowany przez Odwołującego materiał jest zgodny z wymaganiami określonymi w SWZ.

Izba stwierdza, że w powyższym przypadku nie było możliwe wezwanie Odwołującego do złożenia lub uzupełnienia złożonych deklaracji, ponieważ takie wyjaśnienie mogłoby prowadzić do zmiany treści pierwotnie złożonego w ofercie oświadczenia lub też zmian w dokumentach złożonych z ofertą. Wyjaśnienia powinny odnosić się do już złożonych przedmiotowych środków dowodowych. Takie stanowisko zostało zaprezentowane w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1813/21, które skład orzekający w pełni aprobuje.

Odwołujący złożył na rozprawie dowód w postaci Deklaracji właściwości użytkowych Thomas praefab wskazując, że jest w posiadaniu deklaracji jakiej wymagał Zamawiający, jednak

z uwagi na okoliczności wskazane powyżej, w ocenie Izby, złożenie takiego dokumentu na wezwanie Zamawiającego nie było możliwe.

Wobec powyższego, zarzut nr 3 odwołania podlegał oddaleniu.

Zarzut nr 4 odwołania – naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Modular do wyjaśnienia i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych –

w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, opisanego w SWZ pkt 8.4)a ii).

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Wykonawcy, zgodnie z brzmieniem zaktualizowanego pkt 8.4 a) ppkt ii) SWZ musieli wykazać, iż posiadają niezbędne wykształcenie, kwalifikacje zawodowe, doświadczenie, potencjał techniczny wykonawcy lub osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, tj.:

a) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonali należycie co najmniej:

ii) 1 robotę budowlaną polegającą na budowie budynku wielokondygnacyjnego wykonanego w technologii prefabrykowanej betonowej, w którym 1/3 powierzchni ścian tego budynku była wykonana z prefabrykatów keramzytobetonowych.

Przystępujący w celu wykazania spełniania warunku, określonego w pkt 8.4 a) ppkt ii) SWZ, przedstawił wykaz obejmujący robotę polegającą na budowie zespołu zabudowy usługowej

z lokalami turystyczno-wypoczynkowymi, basenem kąpielowym i zespołem SPA, lokalem mieszkalnym, garażem podziemnym, z zewnętrzną instalacją kanalizacji sanitarnej, zewnętrzną instalacją wodociągową, zewnętrzną instalacją gazową, zewnętrzną instalacją kanalizacji deszczowej, zewnętrzną instalacją elektroenergetyczną i zagospodarowaniem terenu a także rozbiórka istniejącego budynku mieszkalnego na działce Nr 717 obr. 6,

ul. Wojciecha Bogusławskiego w Świnoujściu.

Odwołujący zarzucił, że wskazana przez Przystępującego robota budowlana jest nadal nieukończonym budynkiem w rozumieniu Prawa budowlanego, ponieważ nie posiada instalacji zapewniających możliwość użytkowania obiektu zgodnie z przeznaczeniem, wymaganych dla spełnienia definicji obiektu budowlanego, jakim jest budynek (instalacje elektryczne są urządzeniami budowlanymi, czyli urządzeniami technicznymi związanymi z obiektem budowlanym, które zapewniają możliwość użytkowania obiektu budowlanego zgodnie z przeznaczeniem).

Izba wskazuje, że Zamawiający nie wymagał, aby budynek był wyposażony w instalacje, w tym instalacji elektrycznej, które zapewniają możliwość użytkowania obiektu zgodnie

z przeznaczeniem, czy jak następnie twierdził Odwołujący, że budynek musi posiadać pozwolenie na użytkowanie. Ostatnia z okoliczności nie została podniesiona w odwołaniu,

a wobec powyższego dowód w postaci wniosku o udostępnienie informacji publicznej z 31 stycznia 2024 r., czy dla inwestycji pn. Budowa zespołu zabudowy usługowej z lokalami turystyczno-wypoczynkowymi, basenem kąpielowym i zespołem SPA, lokalem mieszkalnym, garażem podziemnym z zewnętrzną instalacją kanalizacji sanitarnej, zewnętrzną instalacją wodociągową, zewnętrzną instalacją gazową, zewnętrzną instalacją kanalizacji deszczowej, zewnętrzną instalacją elektroenergetyczną i zagospodarowaniem terenu a także rozbiórka istniejącego budynku mieszkalnego na działce nr 717 obr. 6 przy ul. Wojciecha Bogusławskiego 3, 5 w Świnoujściu została złożony wniosek o wydanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie dla całości lub części inwestycji, czy została wydana decyzja o pozwoleniu na użytkowanie dla całości lub części inwestycji, kopii decyzji o pozwoleniu na użytkowanie (jeśli została wydana) oraz odpowiedzi na powyższy wniosek, został przez Izbę pominięty.

Izba podkreśla, że zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt 6 ustawy Prawo budowlane, budowa to wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowa, rozbudowa, nadbudowa obiektu budowlanego, natomiast zgodnie z art. 3 pkt 2 ww. ustawy, budynek to taki obiekt budowlany, który jest trwale związany z gruntem, wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach.

Izba stwierdziła ponadto, że wbrew stanowisku Odwołującego, brak wyposażenia budynku w instalację nie powoduje jego wykluczenia z kategorii obiektu budowlanego.

Stanowisko sądów administracyjnych dotyczące powyższego problemu nie pozostawia wątpliwości. I tak np. Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia

22 września 2022 r., sygn. akt I SA/Wr 345/21 oraz podobnie Wojewódzki Sąd Administracyjny w Lublinie w wyroku z dnia 11 października 2019 r., sygn. akt I SA/Lu 244/19 orzekł, że obiekt budowlany zaliczany do tej kategorii jest budynkiem, jeżeli posiada określone cechy: jest trwale związany z gruntem, jest wydzielony z przestrzeni za pomocą przegród budowlanych oraz posiada fundamenty i dach. Taki obiekt pozostaje budynkiem nawet wówczas, gdy ze względów technicznych, prawnych czy faktycznych nie jest i nie może być wykorzystywany zgodnie z przeznaczeniem. Braki w wyposażeniu budynku, częściowy ich demontaż czy ogólna dewastacja, czy jego niewykorzystywanie, nie powodują utraty przez taki obiekt cech budynku o zakwalifikowaniu do kategorii obiektu budowlanego.

A zatem budynek, który posiada cechy wskazane powyżej, w ocenie Izby, należy zaliczyć do kategorii obiektów budowlanych nawet wówczas, gdy nie posiada instalacji.

A wobec powyższego przedstawiona przez Odwołującego dokumentacja zdjęciowa – załącznik nr 7 do odwołania nie okazała się przydatna dla wykazania faktów podniesionych przez Odwołującego w zarzucie nr 4 odwołania.

A wobec powyższego, w ocenie Izby, Przystępujący potwierdził, że spełnił, określony w pkt 8.4 lit. a) ppkt ii) warunek udziału w Postępowaniu. Zamawiający nie był zobowiązany wezwać Przystępującego do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej.

A wobec powyższego, zarzut nr 4 odwołania podlegał oddaleniu.

W ocenie Izby oddaleniu podlegał również zarzut nr 5 odwołania – naruszenia art. 239 ust.

1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 oraz 17 ust. 2 Pzp – poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, po wcześniejszym bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego, będący następstwem bezpodstawnego zaniechania wykonania względem jego oferty czynności przewidzianych przepisami art. 223 ust. 1, art. 223 ust. 2 pkt 1-3 w zw. z art. 223 ust. 3 Pzp – co w konsekwencji miało bezpośredni wpływ na wynik postępowania.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Stosownie do art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Izba stwierdziła, że wobec faktu niepotwierdzenia się zarzutów 1-4 odwołania, w konsekwencji oddaleniu podlegał również zarzut nr 5 odwołania.

W odniesieniu do zarzutu ewentualnego – zarzutu nr 6 odwołania – zaniechania odrzucenia Modular sp. z o.o., mimo, że zawiera tego samego typu nieścisłości w ofercie (kosztorysie ofertowym), które stanowiły podstawę odrzucenia oferty Odwołującego, czyli jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia, Izba wskazuje.

Izba rozpoznając odwołanie w powyższym zakresie miała przede wszystkim na uwadze podniesioną przez Zamawiającego i Przystępującego okoliczność, że rzekome błędy w ofercie Przystępującego nie są tożsame z błędami w ofercie Odwołującego oraz nie stanowią błędów, których skutkiem powinno być odrzucenie oferty Przystępującego.

Odwołujący wskazał na następujące nieprawidłowości w ofercie Przystępującego (załącznik nr 6 do odwołania):

1) Roboty budowlane:

- a) BUDYNEK A, w pozycjach kosztorysowych nr 30, 31, 32, 33, 44, 47, 59 i 112 - Brak nakładów na robociznę,
- b) BUDYNEK B, w pozycjach kosztorysowych nr 161, 162, 163, 164, 175, 178, 190 i 243 - Brak nakładów na robociznę,
- c) ZAGOSPODAROWANIE TERENU, w pozycjach kosztorysowych nr 280, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293 i 294 - Brak nakładów na robociznę;

2) Bud. A i B. - instalacja gaz:

- a) Element 2 URZĄDZENIA I WYPOSAŻENIE pozycja 12 d. 2 - opis pozycji niezgodny z opisem pozycji materiałowej.

Powinno być: Kocioł gazowy kondensacyjny z zamkniętą komorą spalania mocy 55 kW, wyposażony w pompę obiegową oraz zawór bezpieczeństwa wraz z automatyką pogodową oraz sterowaniem (projektowana kaskada).

Jest: Kocioł gazowy kondensacyjny z zamkniętą komorą spalania mocy 55 kW - komplet materiałów zgodnie z PT;

- b) Element 3 SYSTEM ODPROWADZENIA SPALIN pozycja 13 d.3 - brak w materiale szczegółów dotyczących system powietrzno-spalinowego oraz brak nakładów na robociznę.

Powinno być: Dostawa i montaż: System powietrzno-spalinowy do pracy niezależnej od powietrza w pomieszczeniu DN 150/100 (L=4,0 m) - wyprowadzony ponad dach budynku - system wg wyszczególnienia w dokumentacji projektowej.

Jest: System powietrzno-spalinowy - komplet materiałów zgodnie z PT;

- c) Element 5 AKTYWNY SYSTEM BEZPIECZEŃSTWA INSTALACJI GAZOWEJ – pozycja 31 d.5 - Brak nakładów robociznę;

3) Budowa wewnętrznych instalacji wod.-kan. BUD. A i B:

- a) Element WEWNĘTRZNA INSTALACJA WODNO-KANALIZACYJNA, 1.1 Instalacja wody zimnej i ciepłej- pozycja 4 1.1.

Zawory bezpieczeństwa o śr. nominalnej 25 mm np. Syr 2115 na ciśnienie otwarcia 6 bar + wykonanie podejść i montaż złączek pod zawory.

Brak w materiale podstawowych elementów do montażu zaworu tj. złączki pod zwory, kształtki, a należało wycenić:

Zawory bezpieczeństwa o śr. nominalnej 25 mm np. Syr 2115 na ciśnienie otwarcia 6 bar + wykonanie podejść i montaż złączek pod zawory.

Jest to dokładnie taka sama nieprawidłowość jaką Zamawiający zarzuca firmie PB DOMBUD SA.

- b) Element WEWNĘTRZNA INSTALACJA WODNO-KANALIZACYJNA, 1.1 Instalacja wody zimnej i ciepłej - pozycja 4 1.1- Brak nakładów na robociznę;

- c) Element WEWNĘTRZNA INSTALACJA WODNO-KANALIZACYJNA, 1.Instalacja wody zimnej i ciepłej, pozycja 4 1.1- Brak nakładów na robociznę;

- d) Element WEWNĘTRZNA INSTALACJA WODNO-KANALIZACYJNA, 1.4 Przyłącze wody - pomieszczenie techniczne pozycja 112 d.1.4- opis pozycji materiałowej niezgodny z opisem pozycji.

Powinno być: Zestaw hydroforowy z dwoma pompami (jedna 100% rezerwy), $q=3$ l/s, $H_p=38$ m H₂O, wym. 850x850x850mm Dane elektryczne jednej pompy: $P=2,5$ kW, $U=3*400$ V Masa: 200kg.

Jest: Zestaw hydroforowy z dwoma pompami - komplet materiałów zgodnie z PT.

- e) Element WEWNĘTRZNA INSTALACJA WODNO-KANALIZACYJNA, 1.4 Przyłącze wody - pomieszczenie techniczne pozycja 121 d.1.4 - opis pozycji materiałowej niezgodny z opisem pozycji.

Powinno być: Centrala deszczowa z dwoma pompami i zbiornikiem pośrednim $Q=5$ m³/h, $H=55$ m H₂O o składowych: - centrala deszczowa np. MPI Easy 500 H 12-60 ze zbiornikiem podręcznym oraz dwoma wielostopniowymi pompami odśrodkowymi - automat czasowy do filtra z płukaniem wstecznym - filtr 1 1/4 np. BestOne - układ filtra 20 mikronów np. BestOne Blue - dane elektryczne jednej pompy: $P=1,6$ kW, $U=230$ V - wymiar 1000x1000x1600mm (szer.*gł.*wys.) - masa: 600kg.

Jest: Centrala deszczowa z dwoma pompami i zbiornikiem pośrednim $Q=5$ m³/h, $H=55$ m H₂O - komplet materiałów zgodnie z PT.

- f) Element 1.3 Biały montaż - armatura i urządzenia sanitarne W pozycjach 91 d.1.3, 93 d.1.3, 94 d.1.3, 95 d.1.3, 107 d.1.3 - zamiana jednostki na szt. zamiast kpl (jak przyjęto w przedmiarze);

- g) Element 1.3 Biały montaż - armatura i urządzenia sanitarne - błąd w numeracji, występuje dwa razy numer 101 d. 1.3. Brak pozycji numer 102 d.1.3.

4. Bud. A – wentylacja mechaniczna:

- a) Element 1 WD1 - układ wywiewny - pozycja 10 d.1, 12 d.1, 14 d.1- brak nakładów na robociznę;

- b) Element 2 WD2 - układ wywiewny - pozycja 24 d. 2, 27 d.2, 28 d.2- brak nakładów na robociznę;

- c) Element 3 WG - układ nawiewny - pozycja 43 d.3, 44 d.3- brak nakładów na robociznę;

- d) Element 4 WGw - układ wywiewny- pozycja 48 d.4, 49 d.4- brak nakładów na robociznę;

- e) Element 5 WKA1 - układ wywiewny- pozycja 51 d.5, 62 d.5, 63 d.5- brak nakładów na robociznę;

- f) Element 6 WKA2 - układ nawiewny- pozycja 65 d.6, 73 d.6, 74 d.6- brak nakładów na robociznę;
- g) Element 7 WKA3 - układ wywiewny- pozycja 76 d.7, 83 d.7, 84 d.7- brak nakładów na robociznę;
- h) Element 8 WKA4 - układ wywiewny- pozycja 86 d.8, 93 d.8, 94 d.8- brak nakładów na robociznę;
- i) Element 9 N - układ nawiewny- pozycja 99 d.9, 101 d.9, 102 d.9- brak nakładów na robociznę;
- j) Element 10 O - układ wywiewny - wywiew z okapów- pozycja 113 d.10, 114 d.10 - brak nakładów na robociznę;
- k) Element 11 P - układ wywiewny - KS1, KS2, W1- pozycja 121 d.11, 122 d.11- brak nakładów na robociznę;
- l) Element 12 W - układ wywiewny - Ł1-Ł9, K1-K9, G1-G9- pozycja 146 d.12, 147 d.12- brak nakładów na robociznę.

5. Bud. B - wentylacja mechaniczna:

- a) Element 1 WD1 - układ wywiewny- pozycja 10 d.1, 12 d.1, 14 d.1- brak nakładów na robociznę;
- b) Element 2 WD2 - układ wywiewny- pozycja 24 d. 2, 27 d.2, 28 d.2- brak nakładów na robociznę;
- c) Element 3 WG - układ nawiewny- pozycja 39 d.3, 40 d.3- brak nakładów na robociznę;
- d) Element 4 WGW - układ wywiewny- pozycja 44 d.4, 45 d.4- brak nakładów na robociznę;
- e) Element 5 WKB1 - układ wywiewny- pozycja 47 d.5, 56 d.5, 57 d.5- brak nakładów na robociznę;
- f) Element 6 WKB2 - układ nawiewny- pozycja 59 d.6, 65 d.6, 66 d.6- brak nakładów na robociznę;
- g) Element 7 WKB3 - układ wywiewny- pozycja 68 d.7, 75 d.7, 76 d.7- brak nakładów na robociznę;
- h) Element 8 WKB4 - układ wywiewny- pozycja 81 d.8, 83 d.8, 84 d.8- brak nakładów na robociznę;
- i) Element 9 O - układ wywiewny - wywiew z okapów- pozycja 95 d.9, 96 d.9- brak nakładów na robociznę;
- j) Element 10 P - układ wywiewny - KS1, KS2, W1- pozycja 103 d.10, 104d.10- brak nakładów na robociznę;
- k) Element 11 W - układ wywiewny - Ł1-Ł9, K1-K9, G1-G9- pozycja 128 d.11, 129 d.11- brak nakładów na robociznę.

6. Instalacja grzewcza – budynek A i B:

- a) Element 1 MASZYNOWNIA POMP CIEPŁA (kocioł gazowy wraz z grupą przyłączeniową do kotła ujęty w instalac gazu), pozycja 33 d.1 Naczynie wzbiornicze N80 z szybkozłączką – brak materiału (szybkozłączka);
- b) Element 1 MASZYNOWNIA POMP CIEPŁA (kocioł gazowy wraz z grupą przyłączeniową do kotła ujęty w instalac gazu), pozycja 1 d.1, 2 d.1, 3 d.1, 4 d.1, 5 d.1, 6 d.1, 7 d.1, 8 d.1, 9 d.1, 12 d.1 - brak nakładów na robociznę;
- c) Element 3 PRZEJŚCIA P-POŻ., pozycja 41 d.3 - brak nakładów na robociznę;
- d) Element 4 ROBOTY MONTAŻOWE – RUROCIĄGI; 4.1 Roboty montażowe, pozycja 60 d. 4.1- brak nakładów na robociznę;
- e) Element 5 ZABEZPIECZENIE OBIEGU POMP CIEPŁA NA DACHU, pozycja 63 d. 5 - brak nakładów na robociznę;
- f) Element 6 RZUT 1 KONDYGNACJI PARTER; 6.3 Grzejniki, pozycja 90d.6.3 - brak w opisie pozycji materiałów średnicy fi 15;
- g) Element 11 RZUT 6 KONDYGNACJI 5 PIĘTRO; 11.3 Grzejniki, pozycja 277 d.11.3- brak w opisie pozycji materiałowej średnicy fi 15;
- h) Element 6 RZUT 1 KONDYGNACJI PARTER; 6.3 Grzejniki, pozycja 92 d. 6.3- opis pozycji niezgodny z opisem pozycji materiałowej - brak wymiarów grzejnika.

Powinno być: Grzejniki stalowe łazienkowe c.o.o szer. 400 mm i wys. do 1100 mm, montaż grzejników na ścianie.

Jest: Grzejniki stalowe łazienkowe drabinkowe c.o. lakierowane z kompletem uchwytów montażowych;

- i) Element 7 RZUT 2 KONDYGNACJI 1 PIĘTRO; 7.3 Grzejniki, pozycja 134 d. 7.3 - opis pozycji niezgodny z opise pozycji materiałowej - brak wymiarów grzejnika.

Powinno być: Grzejniki stalowe łazienkowe c.o.o szer. 400 mm i wys. do 1100 mm, montaż grzejników na ścianie.

Jest: Grzejniki stalowe łazienkowe drabinkowe c.o. lakierowane z kompletem uchwytów montażowych

- j) Element 8 RZUT 3 KONDYGNACJI 2 PIĘTRO; 8.3 Grzejniki, pozycja 174 d. 8.3- opis pozycji niezgodny z opisem pozycji materiałowej - brak wymiarów grzejnika.

Powinno być: Grzejniki stalowe łazienkowe c.o. o szer. 400 mm i wys. do 1100 mm, montaż grzejników na ścianie.

Jest: Grzejniki stalowe łazienkowe drabinkowe c.o. lakierowane z kompletem uchwytów montażowych.

- k) Element 9 RZUT 4 KONDYGNACJI 3 PIĘTRO; 9.3 Grzejniki- pozycja 212 d. 9.3 - opis pozycji niezgodny z opise pozycji materiałowej - brak wymiarów grzejnika

Powinno być: Grzejniki stalowe łazienkowe c.o. o szer. 400 mm i wys. do 1100 mm, montaż grzejników na ścianie.

Jest: Grzejniki stalowe łazienkowe drabinkowe c.o. lakierowane z kompletem uchwytów montażowych;

- l) Element 10 RZUT 5 KONDYGNACJI 4 PIĘTRO; 10.3 Grzejniki- pozycja 250 d. 10.3 - opis pozycji niezgodny z opise pozycji materiałowej - brak wymiarów grzejnika.

Powinno być: Grzejniki stalowe łazienkowe c.o. o szer. 400 mm i wys. do 1100 mm, montaż grzejników na ścianie.

Jest: Grzejniki stalowe łazienkowe drabinkowe c.o. lakierowane z kompletem uchwytów montażowych;

- m) Element 11 RZUT 6 KONDYGNACJI 5 PIĘTRO; 11.3 Grzejniki- pozycja 288 d. 11.3 - opis pozycji niezgodny z opisem pozycji materiałowej - brak wymiarów grzejnika.

Powinno być: Grzejniki stalowe łazienkowe c.o.o szer. 400 mm i wys. do 1100 mm, montaż grzejników na ścianie.

Jest: Grzejniki stalowe łazienkowe drabinkowe c.o. lakierowane z kompletem uchwytów montażowych;

7. Przyłącza i instalacja wod-kan

a) Element 2 PRZYŁĄCZE KANALIZACJI SANITARNEJ; 2.6 Roboty montażowe, pozycja 82 d. 2.6, 83 d. 2.6 - błąd w pozycji materiałowej.

Powinno być: kręgi żelbetowe.

Jest: Kręgi betonowe.

b) Element 2 PRZYŁĄCZE KANALIZACJI SANITARNEJ; 2.6 Roboty montażowe, pozycja 95 d. 2.6 - opis poz niezgodny z opisem pozycji materiałowej- przyjęto złą średnicę.

Powinno być: Wcinka do istniejącej studzienki kanalizacyjnej betonowej Ø1200 przewodem Ø200 wykonanie wcinki po stronie Sosnowieckich Wodociągów S.A.

Jest: Wcinka do istniejącej studzienki kanalizacyjnej betonowej Ø1000 przewodem DN 200.

c) Element 4 KANALIZACJA DESZCZOWA PARKINGI OD STUDZIENKI D22 DO STUDZIENKI D35; pozycja 210 214 d. 4.5 - błąd w pozycji materiałowej Powinno być: kręgi żelbetowe.

Jest: Kręgi betonowe.

d) Element 1 PRZYŁĄCZE WODOCIĄGOWE; 1.5 Roboty montażowe, pozycja 25 d.1.5, - dodana krotność=2, której r powinno być;

e) Element 4 KANALIZACJA DESZCZOWA PARKINGI OD STUDZIENKI D22 DO STUDZIENKI D35, 4.5 f montażowe, pozycja 227 d.4.5 - dodana krotność=2, której nie powinno być;

f) Element 5 DRENAŻ; 5.4 Roboty montażowe, pozycja 280 d. 5.4 – dodana krotność=2, której nie powinno być;

g) Ponadto w pozycjach, w których występowały kalkulacje własne – brak nakładów na robociznę.

Pozycje: 17 d.1.5, 50 d. 1.7, 95 d. 2.6, 104 d.2.8, 105 d.2.8, 155 d.3.8, 156 d.3.8, 165 d.3.10, 166 d.3.10, 180 d.3.11.3, 181d.3.11.3, 230 d.4.5, 238 d.4.7, 240 d.4.7, 241 d.4.7, 242 d.4.7, 256 d.4.8.3, 278 d.5.4.

Odnosząc się do podniesionych przez Odwołującego w pkt 1-7 w Załączniku nr 6 do odwołania zarzutów dotyczących braku nakładów na robociznę we wskazanych pozycjach kosztorysu Przystępującego, jak wskazał Zamawiający, dotyczą one tych pozycji kosztorysu Przystępującego, które stanowią wycenę własną charakteryzującą się dużym stopniem zróżnicowania, jeśli chodzi o przyjętą metodę wyceny. Nie zawsze przy tym jest możliwe ustalenie ceny w rozbiciu na cenę materiału i robocizny. Dzieje się tak wówczas, gdy taka wycena jest oparta o ofertę podwykonawcy nieuwzględniającej takiego rozbicia. Zamawiający podkreślił, że podobną metodę, jeśli chodzi o wycenę własną przyjął Odwołujący, który podobnie nie zawsze wykazywał oddzielne koszty dotyczące materiału, robocizny

i sprzętu, pomimo iż było wiadome, że takie koszty należało wykazać. Jako przykład Zamawiający wskazał poz. 292 kosztorysu roboty budowlane – Dostawa i montaż: Zadaszonego placu gospodarczego o wym. 800x500 cm h=250-240 cm. Zamawiający nie kwestionował takiego sposobu przygotowania kosztorysu.

Zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę co do sposobu wyceny pozycji kosztorysowych objętych kalkulacją indywidualną w odróżnieniu od pozycji określonych za pomocą katalogów KNR, posiadających określone założenia, a którymi należało się kierować przy sporządzaniu oferty (z pewnymi wyjątkami dotyczącymi niektórych pozycji opartych na założeniach KNR-u, które należało każdorazowo uzupełniać o materiały, które występowały w dokumentacji projektowej lub innym wymaganiu Zamawiającego).

Zestawienie materiałów, sprzętu i robocizny stanowiło zagregowane zestawienie wyodrębnionych nakładów w kosztorysie, jednak nie oznaczało, że określony element nie został wyceniony, a jedynie, że nie został on wyodrębniony.

Wobec powyższego dowód złożony na rozprawie w dniu 20 lutego 2024 r. w postaci porównania ofert Odwołującego i Przystępującego dotyczący różnicy w ilości roboczogodzin zawartych w tych ofertach mający na celu wykazanie, że Przystępujący nie wycenił w ponad 100 pozycjach robocizny, okazał się w ocenie Izby nieprzydatny do wykazania ww. okoliczności.

Wobec powyższego, Izba mając na uwadze stanowisko Zamawiającego dotyczące wyceny własnej w kosztorysie Przystępującego, stwierdziła, że brak wyodrębnienia nakładów na robociznę nie oznaczał, że nie zostały one uwzględnione w kosztorysie Przystępującego.

Zarzut zawarty w pkt 2 załącznika nr 6 do odwołania: a) Element 2 URZĄDZENIA

I WYPOSAŻENIE pozycja 12 d. 2 - opis pozycji niezgodny z opisem pozycji materiałowej oraz b) Element 3 SYSTE ODPROWADZENIA SPALIN pozycja 13 d.3 - brak w materiale szczegółów dotyczących systemu powietrzn spaliniowego okazał się w ocenie Izby niezasadny, ponieważ Przystępujący wskazał w powyższym punkcie, że komplet materiałów jest zgodny z PT, co oznacza, że zaoferował wykonanie robót zgodnie z projektem technicznym, czyli zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia. Podobna sytuacja miała miejsce w odniesieniu do pkt 3 z załącznika nr 6 do odwołania. Natomiast Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący zaoferował materiały niezgodne z warunkami zamówienia.

Ponadto Izba miała również na uwadze, że zarzut w części jaką obejmował, podnoszoną przez Odwołującego w ramach pkt 3 dokładnie taką samą nieprawidłowość w ofercie Przystępującego, jaką Zamawiający zarzucał Odwołującemu został przez Zamawiającego uwzględniony.

Jeśli chodzi o pkt 6 w załączniku 6 do odwołania Instalacja grzewcza – budynek A i B (błędnie wskazany jako 7), Izba stwierdziła, że Przystępujący wskazał, że w tym zakresie wykona komplet materiałów do montażu zgodnie z PT, co w ocenie Izby oznaczało wykonanie robót zgodnie z projektem technicznym, czyli zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze pozostałe wyjaśnienia Zamawiającego zawarte w załączniku nr 4 do odpowiedzi na odwołanie zawarte w pkt 7 Izba doszła do przekonania, że Odwołujący nie wykazał, iż nieprawidłowości w ofercie (kosztorysie ofertowym) Przystępującego, zawierały tego samego typu nieścisłości jak w kosztorysie Odwołującego, a wobec powyższego oferta Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, powinna zatem być również odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Wobec powyższego zarzut nr 6 odwołania również podlegał oddaleniu.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz

w oparciu o § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania, mając na uwadze wynik postępowania i obciążyła tymi kosztami Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....