

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 marca 2024 r. przez wykonawcę: **Demiurg sp. z o.o., ul. Górnicza 2/143A, 60-107 Poznań** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Starostwo Powiatowe w Poznaniu, ul. Jackowskiego 18, 60-509 Poznań**,

A. przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy: **Constructo Sp. z o.o., Rogówko 6a, 87-162 Lubicz**,

B. przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy: **JACK-BUD Polska Sp. z o.o. Sp. k., ul. Obornicka 352, 60-689 Poznań**,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę: **Demiurg sp. z o.o., ul. Górnicza 2/143A, 60-107 Poznań**, i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Demiurg sp. z o.o., ul. Górnicza 2/143A, 60-107 Poznań** tytułem wpisu od odwołania,

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

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 820/24

### Uzasadnienie

Zamawiający, Powiat Poznański - Starostwo Powiatowe w Poznaniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 a 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) w przedmiocie „Przebudowa wybranych pomieszczeń na I i II piętrze w budynku Starostwa Powiatowego w Poznaniu”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2023/BZP 00454660 z dnia 20 października 2024 r.

Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 22 lutego 2024 r.

Wykonawca, Demiurg sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, wniósł odwołanie wobec:

1. bezpodstawnego dokonania w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp poprawy omyłek w treści oferty złożonej przez wykonawcę CONSTRUCTO sp. z o.o., które powodują wprowadzenie istotnych zmian w treści tej oferty,
2. bezpodstawnego dokonania w oparciu o art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp poprawy omyłek treści oferty JACK-BUD POLSKA sp. z o.o. sp.k., które powodują istotne zmiany w treści tej oferty,
3. braku wezwania wykonawcy CONSTRUCTO sp. z o.o. do wyjaśnienia treści oferty i wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu,
4. wadliwego wyboru oferty wykonawcy CONSTRUCTO sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 223 ust. 2) pkt 3) Pzp, poprzez dokonanie poprawy omyłek polegających na niezgodności treści oferty CONSTRUCTO sp. z o.o. z dokumentami zamówienia, pomimo, że dokonane zmiany mają charakter zmian istotnych treści oferty i powodują modyfikację zaoferowanego przez tego wykonawcę przedmiotu umowy,
- 2) art. 223 ust. 2) pkt 3) Pzp, poprzez dokonanie poprawy omyłek polegających na niezgodności treści oferty JACK-BUD POLSKA sp. z o.o. sp.k. z dokumentami zamówienia, pomimo, że dokonane zmiany mają charakter zmian istotnych treści oferty i powodują modyfikację zaoferowanego przez tego wykonawcę przedmiotu umowy,
- 3) art. 128 ust. 4 w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania CONSTRUCTO sp. z o.o. do wyjaśnienia treści oferty i wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w dziale IV. pkt 1 ppkt. 4) lit. a) SWZ, bowiem z przedłożonego przez wykonawcę wykazu robót, jak i załączonych referencji nie wynika, aby wykonał on dwa

zamówienia polegające na budowie nowego lub nadbudowie, przebudowie, rozbudowie funkcjonującego budynku użyteczności publicznej, o powierzchni użytkowej objętej pracami budowlanymi, nie mniejszej niż 800 m<sup>2</sup>. W zakresie każdego ww. wskazanego zamówienia powinny wchodzić roboty: konstrukcyjno-budowlane, instalacyjne – sanitarne (wod.-kan., wentylacja, klimatyzacja), elektryczne/elektroenergetyczne, instalacyjne – telekomunikacyjne/teletechniczne, 4) art. 239 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez CONSTRUCTO sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta złożona przez tę firmę nie jest ofertą najkorzystniejszą i podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty CONSTRUCTO sp. z o.o., jako najkorzystniejszej;
- 2) odrzucenia oferty CONSTRUCTO sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią SWZ;
- 3) odrzucenia oferty JACK-BUD POLSKA sp. z o.o. sp.k. jako niezgodnej z treścią SWZ;
- 4) dokonania ponownej oceny ofert niepodlegających odrzuceniu,
- 5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Odwolujący wyjaśnił, że złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która jest na pozycji nr 3 w rankingu ofert opublikowanym przez Zamawiającego pod względem przyjętych w treści specyfikacji warunków zamówienia kryteriów oceny ofert. Oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu, bowiem spełnia warunki udziału w postępowaniu. W wypadku uwzględnienia odwołania, a następnie odrzucenia ofert CONSTRUCTO sp. z o.o. oraz JACK-BUD POLSKA sp. z o.o. sp.k. oferta Odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą i wykonawca ten zostałby zaproszony do zawarcia umowy. Odwołujący wskazał, że w dniu 20 października 2023 r. Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu. W odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu Zamawiający otrzymał 13 ofert. Wraz z czynnością otwarcia ofert Zamawiający poinformował, że kwota jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia to 4.700.000,00 zł brutto. Wynagrodzenie wykonawcy zostało określone, jako wynagrodzenie kosztorysowe. Wykonawcy zobowiązani byli do przedłożenia w ofercie kosztorysu prac wraz z rozbiem ceny ofertowej na poszczególne zakresy robót. Rozbicie to winno uwzględniać koszty pośrednie, bezpośrednie oraz zysk wykonawcy. Opracowany przez wykonawców kosztorys winien oddawać całość oferowanego przedmiotu umowy, jak i ustalenie jednostkowych ilości oraz cen poszczególnych zakresów prac.

Oferta CONSTRUCTO sp. z o.o.

Odwolujący podniósł, że w toku badania ofert Zamawiający w dniu 30 stycznia 2024 r. wezwał wykonawcę CONSTRUCTO sp. z o.o. w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp do wyrażenia zgody na dokonanie poprawy omyłek polegających na niezgodności ww. oferty z dokumentami zamówienia, gdyż w ocenie Zamawiającego, dokonanie zmian w treści oferty nie miało charakteru istotnego i nie zmieniało przedmiotu zamówienia. Zamawiający dokonał samodzielnej modyfikacji oferty CONSTRUCTO polegającej na:

- 1) usunięciu pozycji 1-21 oraz 68-90 z kosztorysu branży sanitarnej,
- 2) zmianie przedmiotu zamówienia oferowanego w pozycji 40 kosztorysu branży budowlanej, gdzie zamiast oferowanej przez wykonawcę warstwy wyrównawczej i wygładzającej – pogrubienie warstwy o 2 mm, Zamawiający określił, że wykonawca oferuje wykonanie warstwy wyrównawczej i wygładzającej – pogrubienie warstwy o 4 mm (warstwa 2mm x2),
- 3) zmianie przedmiotu zamówienia oferowanego w pozycji 8 kosztorysu branży budowlanej, gdzie zamiast oferowanych przez wykonawcę nakładów uzupełniających za każde dalsze rozpoczęcie 0,5 km transportu ponad 1 km samochodami samowyładowczymi po terenie lub po drogach gruntowych ziemi kat I-II, Zamawiający określił, że wykonawca oferuje 10 krotnie wyższe nakłady uzupełniające za każde dalsze rozpoczęcie 0,5 km transportu ponad 1 km samochodami samowyładowczymi po terenie lub po drogach gruntowych ziemi kat I-II (krotność =10).

Wykonawca CONSTRUCTO wyraził zgodę na dokonanie ww. modyfikacji oferty.

Zamawiający pismem z dnia 09 lutego 2024 r. wezwał tego wykonawcę do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i złożenia środków dowodowych w postaci:

- 1) wykazu robót budowlanych wraz z referencjami,
- 2) oświadczenia na temat wykształcenia i kwalifikacji kadrowych kadry kierowniczej wykonawcy.

W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca CONSTRUCTO przedłożył wykaz robót:

- 1) Budowa sali gimnastycznej z częścią dydaktyczną przy Szkole Podstawowej nr 68 na os. Jana III Sobieskiego” w Poznaniu,
- 2) „Przedszkole nr 121 - modernizacja i rozbudowa na potrzeby 5-oddziałowego Przedszkola” w Poznaniu,
- 3) „Przebudowa budynku należącego do Zespołu Szkół nr 1 w Nowym Tomysku na cele kształcenia zawodowego”
- 4) „Wykonanie przebudowy budynku przy ul. Wojska Polskiego 71A w Poznaniu”.

W ocenie Odwołującego, przedłożony wykaz robót oraz referencje i dowody mające potwierdzić spełnienie

warunku udziału w postępowaniu nie pozwalają na stwierdzenie, że wykonawca w sposób należyty wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Z przedłożonego przez ww. wykonawcę wykazu robót, jak i załączonych referencji nie wynika, aby wykonał on dwa zamówienia polegające na budowie nowego lub nadbudowie, przebudowie, rozbudowie funkcjonującego budynku użyteczności publicznej, o powierzchni użytkowej objętej pracami budowlanymi, nie mniejszej niż 800 m<sup>2</sup>. W zakresie każdego wskazanego zamówienia powinny wchodzić roboty: konstrukcyjno-budowlane, instalacyjne – sanitarne (wod.-kan., wentylacja, klimatyzacja), elektryczne/elektroenergetyczne, instalacyjne – telekomunikacyjne/teletechniczne.

Oferta JACK-BUD POLSKA sp. z o.o. sp.k.

Odwolujący podniósł, że w toku badania ofert Zamawiający w dniu 30 stycznia 2024 r. wezwał wykonawcę JACK-BUD POLSKA sp. z o.o. sp.k. w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp do wyrażenia zgody na dokonanie poprawy omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, gdyż w ocenie Zamawiającego, dokonanie poniższych zmian w treści oferty nie miało charakteru istotnego i nie zmieniało przedmiotu zamówienia. Zamawiający dokonał samodzielnej modyfikacji oferty JACK-BUD polegającej na:

- 1) usunięciu pozycji 1-21 oraz 68-90 z kosztorysu branży sanitarnej;
- 2) zmianie przedmiotu zamówienia oferowanego w pozycji 45 kosztorysu ofertowego branży elektrycznej (instalacje elektryczne) na „Przyciski jednobiegunowe podtynkowe w puszcze instalacyjnej z modulem wejść DAL”;
- 3) zmianie przedmiotu zamówienia oferowanego w pozycji 46 kosztorysu ofertowego branży elektrycznej (instalacje elektryczne) na „Montaż czujki ruchu-z pomiarem natężenia oświetlenia w pomieszczeniu (multisensor) + zasilacz magistrali DAL”;
- 4) zmianie przedmiotu zamówienia oferowanego w pozycji 48 kosztorysu ofertowego branży elektrycznej (instalacje elektryczne) na „Przewód wtynkowy łączny przekrój żył do 7.5 mm<sup>2</sup> N2XH-0 2x1,5”;
- 5) zmianie przedmiotu zamówienia oferowanego w pozycji 71 kosztorysu ofertowego branży teletechnicznej (instalacje teletechniczne) na „Montaż wyposażenia szafy, urządzenie aktywne - rozbudowa istniejącego stacka złożonego z urządzeń sieciowych Catalyst 9200L - 2 komplety”;
- 6) zmianie przedmiotu zamówienia oferowanego w pozycji 147 kosztorysu ofertowego branży sanitarnej (instalacje sanitarne) na „Centrala wentylacyjna NW2. Centrala wyposażona w komplet automatyki. Podkonstrukcja w zakresie branży budowlanej”;
- 7) zmianie przedmiotu zamówienia oferowanego w pozycji 148 kosztorysu ofertowego branży sanitarnej (instalacje sanitarne): na „Centrala wentylacyjna NW3. Centrala wyposażona w komplet automatyki. Podkonstrukcja w zakresie branży budowlanej”.

Wykonawca JACK-BUD wyraził zgodę na dokonanie ww. modyfikacji oferty.

I. Zarzut naruszenia art. 223 ust. 2. pkt 3) Pzp, poprzez dokonanie poprawy omyłek polegających na niezgodności treści oferty CONSTRUCTO sp. z o.o. z dokumentami zamówienia, pomimo, że dokonane zmiany mają charakter zmian istotnych treści oferty i dokonują modyfikacji zaoferowanego przez tego wykonawcę przedmiotu umowy

Odwolujący wskazał, że obowiązek poprawienia innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, jest wyjątkiem od zasady, że zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (art. 226 ust.1 pkt 5 Pzp). Przed poprawieniem, zamawiający musi zbadać trzy przesłanki stanowiące o obowiązku poprawienia innej omyłki.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający błędnie uznał, że ziszczyły się łącznie wszystkie trzy przesłanki uprawniające do dokonania zmiany treści złożonej przez CONSTRUCTO oferty.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że zaoferowane przez wykonawcę roboty i co za tym idzie koszty ich wykonania, przy założeniu profesjonalnego charakteru działalności były świadome zaoferowane. Złożona oferta w zmienionych przez Zamawiającego pozycjach nie może stanowić omyłki. Omyłki, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp muszą mieć taki charakter, by czynności ich poprawy zamawiający mógł dokonać samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Omyłka musi wynikać z treści oferty i być możliwa do zidentyfikowania przez zamawiającego. Wprowadzone przez Zamawiającego modyfikacje oferty tego wykonawcy w istocie nie prowadzą do poprawienia oczywistych omyłek, a zaoferowanie przez tego wykonawcę zupełnie innego przedmiotu Umowy.

W treści opisowej projektu budowlanego dla przedmiotu zamówienia w pkt 8.1 posadzki str. 22 Zamawiający wskazał, że wymagane jest wykonanie posadzki wyrównawczej w grubości 3-5 mm. Dokumentacja projektowa w sposób jednoznaczny określa, że wykonanie warstwy wyrównawczej na poziomie 2mm zaoferowanej przez wykonawcę będzie niewystarczające dla zapewnienia możliwości równej powierzchni posadzki i zapewnienia bezkolizyjnego, bezskokowego ułożenia finalnej warstwy wykończeniowej posadzki pozwalającej na spełnienie warunków technicznych i dostosowania budynku do wymogów korzystania z obiektów użyteczności publicznej i mieszkaniowego budownictwa

wielorodzinnego przez osoby niepełnosprawne. Obniżenie warstwy posadzki z 4mm do 2mm nie pozwoli na spełnienie tych warunków.

Zdaniem Odwołującego, zmiana przez tego wykonawcę poz. 8 kosztorysu branży budowlanej i zlikwidowanie 10-krotności transportu odpadów samochodami samowyladowczymi skutkuje zaoferowaniem i skalkulowaniem transportu tych odpadów na odległość bliższą od terenu budowy niż to wynikało z kosztorysu. Okoliczność ta powoduje brak możliwości porównania ofert wykonawców, którzy skalkulowali transport odpadów zgodnie z warunkami SWZ i na odległości dalsze niż wykonawca CONSTRUCTO, co jednocześnie skutkuje niezgodnością zaoferowanych robót w tym zakresie z SWZ.

W przedmiotowym postępowaniu doszło do określenia charakteru wynagrodzenia wykonawcy jako kosztorysowego. Powołując się na orzecznictwo KIO Odwołujący podniósł, że dokonane przez Zamawiającego modyfikacje treści oferty tego wykonawcy doprowadziło do istotnej zmiany oferowanego przedmiotu zamówienia. Tym samym, poprawa tej oferty została dokonana w sprzeczności z art. 223 ust. 2 pkt. 3) Pzp.

II. Zarzut naruszenia art. 223 ust. 2) pkt 3) Pzp, poprzez dokonanie poprawy omyłek polegających na niezgodności treści oferty JACK-BUD sp. z o.o. sp.k. z dokumentami zamówienia, pomimo że dokonane zmiany mają charakter zmian istotnych treści oferty i dokonują modyfikacji zaoferowanego przez tego wykonawcę przedmiotu Umowy.

Obowiązek poprawienia innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, jest wyjątkiem od zasady, że zamawiający odrzuca ofertę, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp). Przed poprawieniem, zamawiający musi zbadać trzy przesłanki stanowiące o obowiązku poprawienia innej omyłki.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający błędnie stwierdził, że ziszczyły się wszystkie trzy przesłanki uprawniające do dokonania zmiany treści złożonej przez JACK-BUD oferty.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że zaoferowane przez wykonawcę roboty i co za tym idzie koszty ich wykonania, przy założeniu profesjonalnego charakteru działalności były świadome zaoferowane. Złożona przez JACK-BUD oferta w zmienionych przez Zamawiającego pozycjach nie może stanowić omyłki. Omyłki, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp muszą mieć taki charakter, by czynności ich poprawy mógł dokonać zamawiający samodzielnie, bez udziału wykonawcy w tej czynności. Omyłka musi wynikać z treści oferty i być możliwa do zidentyfikowania przez zamawiającego. Wprowadzone przez Zamawiającego modyfikacje oferty tego wykonawcy w istocie nie prowadzą do poprawienia oczywistych omyłek, a zaoferowanie przez tego wykonawcę zupełnie innego przedmiotu Umowy.

Zaproponowane przez JACK-BUD m.in. kable YDY czy czujki ruchu bez pomiarów natężenia oświetlenia w pomieszczeniu są materiałem niezgodnym z treścią dokumentacji projektowej, przedmiarami i tym samym z SWZ. Już sama ta okoliczność powoduje, że doszło do niezgodności złożonej oferty z SWZ i istniała podstawa do odrzucenia oferty JACK-BUD. Wprowadzenie przez Zamawiającego zmiany przedmiotu oferty JACK-BUD poprzez zastosowanie innych materiałów niż to wynikało z treści złożonej oferty w ocenie Odwołującego stanowi przekroczenie uprawnienia wynikającego z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu doszło do określenia charakteru wynagrodzenia wykonawcy jako kosztorysowego. W ocenie Odwołującego, dokonanie przez Zamawiającego modyfikacji treści oferty tego wykonawcy w istocie doprowadziło do istotnej zmiany oferowanego przedmiotu zamówienia. Tym samym modyfikacja oferty została dokonana w sprzeczności z art. 223 ust. 2 pkt. 3) Pzp.

III. Zarzut naruszenia art. 128 ust. 4 w zw. z 223 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy CONSTRUCTO sp. z o.o. do wyjaśnienia treści oferty poprzez wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonego w dział IV. pkt 1. ppkt. 4) lit. a) SWZ.

W ocenie Odwołującego, przedłożone przez CONSTRUCTO dokumenty mające wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w dział IV. pkt 1. ppkt. 4) lit. a) SWZ nie pozwalają na uznanie, że wykonawca ten spełnia postawiony warunek.

Z przedłożonych dokumentów oraz publicznie dostępnych informacji:

1) Budowa sali gimnastycznej z częścią dydaktyczną przy Szkole Podstawowej nr 68 na os. Jana III Sobieskiego w Poznaniu,

-z materiałów prasowych inwestora – Miasta Poznań wynika, że powierzchnia Sali gimnastycznej to wyłącznie 400 m2, <https://www.poznan.pl/mim/smartcity/news,1014/szkola-podstawowa-nr-68-bedzie-miala-sale-gimnastyczna,142966.html>

-z przekazanego protokołu odbioru robót nie wynika, aby w zakresie przedmiotu zamówienia było wykonanie instalacji klimatyzacji,

-z przekazanego protokołu odbioru robót nie wynika, wartość przedmiotu zamówienia,

- 2) Przedszkole nr 121 - modernizacja i rozbudowa na potrzeby 5-oddziałowego Przedszkola" w Poznaniu,  
-z przekazanych referencji nie wynika, aby przedmiotem zamówienia było wykonanie instalacji klimatyzacji,  
3) Przebudowa budynku należącego do Zespołu Szkół nr 1 w Nowym Tomyślu na cele kształcenia zawodowego.  
-z dokumentów zamówienia opublikowanych na <https://platformazakupowa.pl/transakcja/461582> jednoznacznie wynika, że przedmiotem zamówienia nie było wykonanie instalacji klimatyzacyjnych, (w załączeniu dokumentacja projektowa),  
-z przekazanego protokołu odbioru nie wynika, aby przedmiotem zamówienia było wykonanie instalacji klimatyzacji,  
-z przekazanego protokołu odbioru robót nie wynika powierzchnia na której były wykonywane roboty budowlane,  
4) „Wykonanie przebudowy budynku przy ul. Wojska Polskiego 71A w Poznaniu”  
-z przekazanych referencji nie wynika, aby przedmiotem zamówienia było wykonanie instalacji klimatyzacji.

Okoliczności te winny skutkować wezwaniem w trybie art. 128 ust. 4 w zw. z 223 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia przedłożonych referencji i dokumentów w celu wykazania, że wykonawca CONSTRUCTO spełnia warunek udziału w postępowaniu.

W tym stanie rzeczy, w przypadku uznania, że oferta CONSTRUCTO nie była niezgodna z SWZ i nie powinna podlegać odrzuceniu (zarzut nr 1), to na etapie badania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający winien co najmniej wezwać tego wykonawcę do wyjaśnienia i wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w dziale IV. pkt 1. ppkt. 4) lit. a) SWZ.

IV. Zarzut naruszenia art. 239 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez CONSTRUCTO sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, pomimo że ww. oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą i podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp.

W ocenie Odwołującego, wyżej określone nieprawidłowości w prowadzeniu postępowania doprowadziły do naruszenia art. 239 Pzp i dokonania wyboru oferty podlegającej odrzuceniu jako niezgodnej z treścią SWZ. Nieudolna próba konwalidowania czynności wykonawcy CONSTRUCTO i zaoferowania przez tego wykonawcę przedmiotu zamówienia niezgodnego z oczekiwaniami Zamawiającego, niezgodnego z treścią SWZ i o zakresie innym niż to wynikało z dokumentów postępowania nie może zostać uznana za zgodną z przepisami Pzp.

Wykonawcy: Constructo Sp. z o.o. z siedzibą w Rogówku oraz JACK-BUD Polska Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Poznaniu, zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zmawiającego. Obaj wykonawcy wnieśli o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie – pismo z dnia 25 marca 2024 r. wniósł o oddalenie odwołania i obciążenie Odwołującego kosztami zastępstwa procesowego Zamawiającego. Zdaniem Zamawiającego, zarzutów wniesionych przez odwołującego nie sposób uznać za zasadne.

Zdaniem Zamawiającego, zarzuty, że wprowadzone przez Zamawiającego zmiany zostały dokonane w sprzeczności z art. 223 ust. 2 ppkt 3) Pzp są całkowicie chybione. Zamawiający wyjaśnił, że dokonał następujących modyfikacji w ofercie CONSTRUCTO sp. z o.o.:

1) wykonawca wycenił pozycję 1-21 oraz 68-90 przedmiaru robót branży sanitarnej (instalacje sanitarne), dotyczące wentylacji mechanicznej w zakresie linii NW1, które zgodnie z treścią wyjaśnień do SWZ z dnia 14.11.2023 r., pakiet VII - nie były objęte przedmiotem zamówienia i nie podlegały wycenieniu. Uwzględniając powyższe dokonano korekty wartości oferty.

2) w toku badania i oceny ofert, Zamawiający stwierdził, że w opisie pozycji 40 kosztorysu ofertowego branży budowlanej (roboty budowlane), tj. *Warstwy wyrównawcze i wygładzające - pogrubienie warstwy o 2 mm*, brak jest na końcu opisu wskazania krotności. Wobec powyższego, Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o wyrażenie zgody na korektę treści przedmiotowej pozycji, na: *Warstwy wyrównawcze i wygładzające - pogrubienie warstwy o 2 mm, krotność = 2*,

3) w toku badania i oceny ofert, Zamawiający stwierdził, że w opisie pozycji 8 kosztorysu ofertowego branży budowlanej (kanalizacja teletechniczna), tj. *Nakłady uzupełniające za każde dalsze rozpoczęte 0.5 km transportu ponad 1 km samochodami samowładowymi po terenie lub drogach gruntowych ziemi kat.I-II*, brak jest na końcu opisu podania krotności. Wobec powyższego, Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o wyrażenie zgody na korektę treści przedmiotowej pozycji na: *Nakłady uzupełniające za każde dalsze rozpoczęte 0.5 km transportu ponad 1 km samochodami samowładowymi po terenie lub drogach gruntowych ziemi kat.I-II, krotność = 10*.

Wykonawca wyraził zgodę na poprawienie niezgodności, wynikającą z powyższych omyłek i drobnych uchybień.

Zamawiający wyjaśnił, że wraz z ogłoszeniem o zamówieniu opublikował dokumentację projektową obejmującą cały zakres prac do realizacji. W materiałach stanowiących załącznik do SWZ udostępniony został między innymi przedmiar robót, stanowiący podstawę do obliczenia wartości robót. Zgodnie z rozporządzeniem Ministra rozwoju i technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U. z 2021 r. poz. 2458), przedmiar robót to dokument zawierający zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania, wraz z ich szczegółowym

opisem, miejscem wykonania lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis, z obliczeniem i zestawieniem liczby jednostek przedmiarowych robót podstawowych.

Zamawiający, zgodnie z zapisami rozdziału VI ust. 1 pkt 3 SWZ, w ramach dokumentów ~~załączonych~~ do oferty, wymagał złożenia kosztorysu ofertowego, opracowanego metodą kalkulacji uproszczonej, nie określając zasad i formy, zgodnie z którymi wykonawca winien sporządzić kosztorys ofertowy. Weryfikację złożonych kosztorysów ofertowych, przeprowadzono analizując kompletność zakresu robót, prawidłowość opisów poszczególnych pozycji kosztorysowych, przyjętych ilości i jednostek obmiarowych oraz prawidłowości przeliczenia wartości poszczególnych pozycji kosztorysów.

Zamawiający wyjaśnił, że udostępnił wykonawcom przedmiary robót w formacie pdf., w związku z czym wykonawcy, przygotowując oferty, musieli przepisać ponad 450 pozycji przedmiaru. Wskazał, że część wykonawców korzystała z programów kosztorysowych i baz Katalogów Nakładów Rzeczowych (KNR), co również doprowadziło do rozbieżności w opisach poszczególnych pozycji pomiędzy przedmiarami a kosztorysami ofertowymi. Dodatkowo, w trakcie postępowania przetargowego Zamawiający w 8 zbiorach, udzielił odpowiedzi na wszystkie pytania wykonawców, które wpłynęły do prowadzonego postępowania. W wyniku udzielonych wyjaśnień, dokonano zmian w dokumentacji postępowania.

Zdaniem Zamawiającego, przypuszczalnie z tego powodu wszystkie 13 ofert obarczone były omyłkami lub błędami, polegającymi na:

- niedokładnościach, niedopatrzeniach lub rozbieżnościach w opisach pozycji,
- różnicach ilości jednostek miary (ilości robót),
- różnicach w jednostkach miary,
- omyłkach rachunkowych, np. w zaokrągleniach przeliczeń wartości poszczególnych pozycji kosztorysowych,
- uwzględnieniu robót nieobjętych dokumentacją, a wskazanych w przedmiarze.

W załączeniu Zamawiający przedstawił wykaz stwierdzonych omyłek i błędów wszystkich ofert złożonych do przedmiotowego postępowania.

Zdaniem Zamawiającego, wbrew temu, co twierdzi Odwołujący, spełniły się wszystkie trzy przesłanki uzasadniające dokonanie poprawienia omyłek przez Zamawiającego w ofercie, tj. omyłki były nieintencjonalne, polegały na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia w rozumieniu art. 7 pkt 3 Pzp, oraz poprawienie omyłek nie spowodowało istotnej zmiany w treści oferty.

Poprawienie pierwszego pakietu omyłek skutkowało usunięciem z oferty zakresu robót nie objętych zamówieniem. Na skutek licznych zapytań wykonawców w postępowaniu, pierwotna dokumentacja uległa modyfikacjom i w przedmiarze sporządzonym przez Zamawiającego pozostały wymienione prace, których nie obejmowało zamówienie. Powyższa omyłka znalazła się w 10 na 13 złożonych kosztorysów, w tym również w ofercie złożonej przez Odwołującego. Wskazuje to na nieintencjonalny charakter tej omyłki, a jej poprawa nie wypłynęła na istotną treść oferty.

Odnosnie dwóch kolejnych poprawek w ofercie CONSTRUCTO sp. z o.o. opisanych w pkt 2) i 3) powyżej, to wynikały one z konieczności przepisania pozycji przedmiaru do kosztorysu ofertowego, co powodowało liczne omyłki w opisach wycenianych prac. Zamawiający porównał poz. 8 i 40 kosztorysu z wszystkich ofert.

Odnosnie pozycji 40 kosztorysu branży budowlanej zaproponowane przez wykonawców ceny wahały się od 5,10 zł do 22,28 zł. CONSTRUCTO sp. z o.o. zaoferował cenę 21,00 zł (odwołujący natomiast 14,40 zł), w związku z tym, iż kwota ta wskazywała na ujęcie w cenie krotności x2, Zamawiający uznał, iż oferent podczas sporządzania kosztorysu ominął w opisie słowa „krotności x2”. Przyjęcie innego rozumowania było wbrew zasadom doświadczenia życiowego i logiki, skoro cena zaproponowana przez pozostałych oferentów wahała się od 5,10 do 22,28 zł, to przyjęta 2 krotność ceny czyli 42,00 zł była nieuzasadniona.

Co do pozycji 8 branży budowlanej, Zamawiający posłużył się tym samym tokiem rozumowania. W tym przypadku rozbieżność w cenach zaproponowanych przez oferentów była większa, gdyż wahała się od 24,52 zł do 357,50 zł. CONSTRUCTO sp. z o.o. zaproponował kwotę 24,52 zł (Odwołujący 33,58 zł). Ze względu na fakt, iż wyłącznie dwie oferty znacząco odbiegały cenowo od reszty, Zamawiający uznał, iż ponownie w opisie pozycji kosztorysu ofertowego, oferent pominął słowa „krotność = 10”.

Zdaniem Zamawiającego, omyłki te miały charakter nieistotny i nie spowodowały zmiany treści złożonej oferty i nie zniekształciły w żadnym stopniu oświadczenia woli wykonawcy ubiegającego się o zamówienie.

II

Odnosnie usunięcia z kosztorysu ofertowego wykonawcy JACK -BUD POLSKA sp. z o.o. sp. z pozycji 1-21 oraz 68-90 przedmiaru robót branży sanitarnej Zamawiający wyjaśnił, iż zgodnie z treścią wyjaśnień do SWZ z dnia 14.11.2023 r., pakiet VII, nie były one objęte przedmiotem zamówienia i nie podlegały wycenie. Uwzględniając konsekwencje rachunkowe, dokonano korekty wartości oferty. Poprawienie pierwszego pakietu omyłek skutkowało usunięciem z oferty zakresu robót nie objętych zamówieniem. Jak Zamawiający wyjaśniał powyżej, na skutek licznych

zapytań wykonawców w postępowaniu pierwotna dokumentacja uległa modyfikacjom i w przedmiarze sporządzonym przez Zamawiającego pozostały wymienione prace, których nie obejmowało zamówienie. Jak już wcześniej wskazano, powyższa omyłka znalazła się w 10 z 13 złożonych przez oferentów kosztorysach, w tym również w ofercie złożonej przez Odwołującego, co wskazuje na nieintencjonalny charakter tej omyłki, a jej poprawa nie wypłynęła na istotną treść oferty.

W toku badania i oceny ofert, Zamawiający stwierdził, że:

- 1) opis pozycji 45 kosztorysu ofertowego branży elektrycznej (instalacje elektryczne), tj. *Łączniki i przyciski jednobiegunowe podtynkowe w puszcze instalacyjnej*, jest niepełny. Wobec powyższego, Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o wyrażenie zgody na korektę treści przedmiotowej pozycji na: *przyciski jednobiegunowe podtynkowe w puszcze instalacyjnej z modulem wejść DALI*, zgodnie z opisem pozycji 45 przedmiaru,
- 2) w opisie pozycji 46 kosztorysu ofertowego branży elektrycznej (instalacje elektryczne), tj. *Montaż czujki ruchu-pasywna podczerwień*, brak jest części opisu. Wobec powyższego, Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o wyrażenie zgody na korektę treści przedmiotowej pozycji na: *Montaż czujki ruchu- z pomiarem natężenia oświetlenia w pomieszczeniu (multisensor) + zasilacz magistrali DALI*, zgodnie z opisem pozycji 46 przedmiaru,
- 3) w opisie pozycji 48 kosztorysu ofertowego branży elektrycznej (instalacje elektryczne), tj. *Przewód wtykowy łączny przekrój żył do 7.5 mm<sup>2</sup> YDY 2x1,0*, wystąpiła rozbieżność z opisem pozycji 48 przedmiaru branży elektrycznej (instalacje elektryczne). Wobec powyższego, Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o wyrażenie zgody na korektę treści przedmiotowej pozycji na: *Przewód wtykowy łączny przekrój żył do 7.5 mm<sup>2</sup> N2XH-0 2x1,5*, zgodnie z opisem pozycji 48 ww. przedmiaru,
- 4) opis pozycji 71 kosztorysu ofertowego branży teletechnicznej (instalacje teletechniczne) tj. *Montaż aparatów elektrycznych o masie do 5 kg – switch*, jest niepełny. Dodatkowo wykonawca zastosował jednostkę miary *sztuka*, zamiast jednostki miary *komplet*. Wobec powyższego, Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o wyrażenie zgody na korektę treści przedmiotowej pozycji na: *Montaż wyposażenia szafy, urządzenie aktywne -rozbudowa istniejącego stacka złożonego z urządzeń sieciowych Catalyst 9200L*, zgodnie z opisem pozycji 2.8 przedmiaru oraz potwierdzenia, że cena jednostkowa w ww. pozycji odnosi się do kompletu,
- 5) w opisie pozycji 147 kosztorysu ofertowego branży sanitarnej (instalacje sanitarne) tj. *Centrala wentylacyjna NW2*, brak jest na końcu części opisu. Wobec powyższego, Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o wyrażenie zgody na korektę treści przedmiotowej pozycji na: *Centrala wentylacyjna NW2. Centrala wyposażona w komplet automatyki. Podkonstrukcja w zakresie branży budowlanej.*, zgodnie z opisem pozycji 147. przedmiaru,
- 6) w opisie pozycji 148 kosztorysu ofertowego branży sanitarnej (instalacje sanitarne) tj. *Centrala wentylacyjna NW3*, brak jest na końcu części opisu. Wobec powyższego, Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o wyrażenie zgody na korektę treści przedmiotowej pozycji na: *Centrala wentylacyjna NW3. Centrala wyposażona w komplet automatyki. Podkonstrukcja w zakresie branży budowlanej.*, zgodnie z opisem pozycji 148 przedmiaru.

Wykonawca wyraził zgodę na poprawienie niezgodności, wynikającą z powyższych omyłek i niedopatrzeń.

Zamawiający wyjaśnił, że udostępnił wykonawcom przedmiary robót w formie pdf., w związku z czym wykonawcy, przygotowując oferty, musieli przepisać ponad 450 pozycji przedmiaru. Część z nich korzystała z programów kosztorysowych i baz Katalogów Nakładów Rzeczowych (KNR), co również doprowadziło do rozbieżności w opisach poszczególnych pozycji pomiędzy przedmiarami a kosztorysami ofertowymi.

Zdaniem Zamawiającego, poprawione w ofercie JACK – BUD POLSKA sp. z o.o. sp.k. omyłki nie były istotne gdyż poprawa ich nie prowadzi do znacznego zniekształcenia oświadczenia wykonawcy w zakresie treści merytorycznej oferty.

Wbrew temu, co twierdzi Odwołujący, w niniejszym postępowaniu nie zaistniała potrzeba wzywania wykonawcy CONSTRUCTO sp. z o.o. do wyjaśnienia treści oferty, poprzez wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonego w dziale IV.pkt.1 pkt. 4 lit. a SWZ w trybie art. 128 ust. 4 w zw. z 223 ust 1 Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu w toku weryfikacji dokumentów złożonych przez wykonawcę CONSTRUCTO sp. z o.o., Zamawiający stwierdził, iż:

- 1) przedstawione w poz. 1 wykazu robót budowlanych zamówienie „Budowa sali gimnastycznej z częścią dydaktyczną przy Szkole Podstawowej nr 68 na os. Jana III Sobieskiego” w Poznaniu, spełnia warunek określony w rozdziale IV ust. 1 pkt 4) lit. a) SWZ. Spełnienie warunku potwierdzone zostało *Protokołem odbioru końcowego* z dnia 24.05.2021 r., oraz oświadczeniem Wykonawcy, że zamówienie spełnia warunek określony w rozdziale IV ust. 1 pkt 4) lit. a) SWZ. Przedłożone dokumenty nie zawierają sprzeczności, wskazują na spełnienie wszystkich wymaganych warunków przez zamawiającego (w okresie pięciu lat przed terminem składania ofert wykonał należycie zamówienie polegające na budowie nowego, lub nadbudowie, przebudowie, rozbudowie funkcjonującego budynku użyteczności publicznej, o powierzchni użytkowej objętej pracami budowlanymi nie mniejszej niż 800 m<sup>2</sup>, w zakres którego wchodziły roboty w szczególności instalacyjno-sanitarne (wod.-kan., wentylacja, klimatyzacja)).

2) przedstawione w poz. 3 wykazu zamówienie „Przebudowa budynku należącego do Zespołu Szkół nr 1 w Nowym Tomyślu na cele kształcenia zawodowego” spełniania warunek określony w rozdziale IV ust. 1 pkt 4) lit. a) SWZ. Spełnienie powyższego warunku potwierdzone zostało *Protokołem w sprawie odbioru końcowego* z dnia 27.06.2022 r., oraz oświadczeniem Wykonawcy, że zamówienie spełnia warunek określony w rozdziale IV ust. 1 pkt 4) lit. a) SWZ. Przedłożone dokumenty nie zawierają sprzeczności, wskazują na spełnienie wszystkich wymaganych warunków przez zamawiającego (w okresie pięciu lat przed terminem składania ofert wykonał należycie zamówienie polegające na budowie nowego, lub nadbudowie, przebudowie, rozbudowie funkcjonującego budynku użyteczności publicznej, o powierzchni użytkowej objętej pracami budowlanymi nie mniejszej niż 800 m<sup>2</sup>, w zakres którego wchodziły roboty w szczególności instalacyjno-sanitarne (wod.-kan., wentylacja, klimatyzacja)).

3) przedstawione w poz. 4 wykazu zamówienie „Wykonanie przebudowy budynku przy ul. Wojska Polskiego 71A w Poznaniu” spełnia warunek określony w rozdziale IV ust. 1 pkt 4) lit. a) SWZ. Spełnienie powyższego warunku zostało potwierdzone *Referencjami* z dnia 10.01.2020 r., oraz oświadczeniem wykonawcy, że zamówienie spełnia warunek określony w rozdziale IV ust. 1 pkt 4) lit. a) SWZ. Przedłożone dokumenty nie zawierają sprzeczności, wskazują na spełnienie wszystkich wymaganych warunków przez zamawiającego (w okresie pięciu lat przed terminem składania ofert wykonał należycie zamówienie polegające na budowie nowego, lub nadbudowie, przebudowie, rozbudowie funkcjonującego budynku użyteczności publicznej, o powierzchni użytkowej objętej pracami budowlanymi nie mniejszej niż 800 m<sup>2</sup>, w zakres którego wchodziły roboty w szczególności instalacyjno-sanitarne (wod.-kan., wentylacja, klimatyzacja)). W oświadczeniu wykonawcy wskazał, iż wykonał roboty instalacyjno-sanitarne (wod.-kan., wentylacja, klimatyzacja), natomiast w referencjach jest mowa o wykonaniu instalacji sanitarnych chłodzenia powietrza, przy czym w instalacjach elektrycznych wykonano zasilanie instalacji klimatyzacyjnych, wobec powyższego zamawiający uznał, iż warunek został spełniony.

4) przedstawione w poz. 2 wykazu zamówienie „Przedszkole nr 121 – modernizacja i rozbudowa na potrzeby 5-oddziałowego Przedszkola” w którym na potwierdzenie spełnienia warunku określonego w rozdziale IV ust. 1 pkt 4) lit. a) SWZ złożył oświadczenie oraz *Poświadczenie* z dnia 13.07.2021 r., w którym stwierdza się, że nowoprojektowana część budynku miała powierzchnię całkowitą 859,43 m<sup>2</sup>, wobec wymaganej przez Zamawiającego [...] *powierzchni użytkowej objętej pracami budowlanymi, nie mniejszej niż 800 m<sup>2</sup>* [...]. Wobec faktu użycia określenia całkowita, spełnienie przez wymienione zamówienie warunku określonego w rozdziale IV ust. 1 pkt 4) lit. a) SWZ wzbudziło wątpliwość Zamawiającego.

Zgodnie z zapisami Rozdziału IV pkt 2 SWZ, ocena spełnienia warunków wskazanych w pkt 1 zostanie dokonana na zasadzie spełnia/nie spełnia, w oparciu o informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach wyszczególnionych w Rozdziale VI niniejszego SWZ, tj. w szczególności wykazu robót, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 2 ppkt 4) lit a). W związku z powyższym Zamawiający uznał, że wykonawca inwestycjami wskazanymi w poz. 1, poz. 3 i poz. 4 spełnił warunek określony w Rozdziale IV ust. 1 pkt 4) lit. a) SWZ. Biorąc pod uwagę, że na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający wymagał wykazania należytego wykonania dwóch zamówień, uznano za niecelowe wzywanie CONSTRUCTO sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień.

#### IV

W ocenie Zamawiającego, nie doszło także do naruszenia art. 239 Pzp, ponieważ wybrana oferta CONSTRUCTO sp. z o.o. była najkorzystniejszą ofertą niepodlegającą odrzuceniu, złożoną przez wykonawcę spełniającego warunki udziału w postępowaniu i którego oferta stanowi realną odpowiedź na zgłoszone w dokumentach zamówienia zapotrzebowanie zamawiającego. Tak samo, jak konkurencyjne oferty, których odrzucenia domaga się Odwołujący, również i on, wycenił w swojej ofercie zakres prac, który nie był objęty przedmiotem zamówienia, co pominął w odwołaniu. Wszystkie złożone do postępowania oferty zawierały omyłki lub błędy. W zaistniałej sytuacji Zamawiający w celu równego traktowania, zwrócił się do wszystkich oferentów, których oferty były kompletne tzn. zawierały cały zakres przedmiotu zamówienia o wyrażenie zgody na dokonanie korekt.

**Krajowa Izba Odwoławcza** uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:  
Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Uwzględniając przedstawioną przez Odwołującego argumentację i w oparciu o okoliczności sprawy Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Wykonawca: Constructo sp. z o.o. z siedzibą w Rogówku oraz wykonawca Jack-Bud Polska sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Poznaniu, zgodnie z wymogami art. 525 ust. 1-3 Pzp zgłosili swoje przystąpienia do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie, stając się uczestnikami postępowania po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła:

Przedmiotem zamówienia jest robota budowlana polegająca na przebudowie wybranych pomieszczeń na I i II

piętrze w budynku Starostwa Powiatowego w Poznaniu.

W prowadzonym postępowaniu wpłynęło do Zamawiającego 13 ofert.

Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia kwotę 4.700.000,00 zł brutto.

W prowadzonym postępowaniu wynagrodzenie wykonawcy zostało określone jako wynagrodzenie kosztorysowe. Wykonawcy zobowiązani byli do przedłożenia w ofercie kosztorysu prac wraz z rozbiem ceny ofertowej na poszczególne zakresy robót. Rozbicie to winno uwzględniać koszty pośrednie, bezpośrednie oraz zysk wykonawcy. Opracowany przez wykonawców kosztorys winien oddawać całość oferowanego przedmiotu umowy, jak i ustalenie jednostkowych ilości oraz cen poszczególnych zakresów prac.

Zamawiający opublikował dokumentację projektową obejmującą cały zakres prac do realizacji. W materiałach stanowiących załącznik do SWZ udostępniony został między innymi przedmiar robót, stanowiący podstawę do obliczenia wartości robót. Zgodnie z rozporządzeniem Ministra rozwoju i technologii z dnia 20 grudnia 2021 r. w sprawie określenia metod i podstaw sporządzania kosztorysu inwestorskiego, obliczania planowanych kosztów prac projektowych oraz planowanych kosztów robót budowlanych określonych w programie funkcjonalno-użytkowym (Dz.U. z 2021 r. poz. 2458), przedmiar robót to dokument zawierający zestawienie przewidywanych do wykonania robót podstawowych w kolejności technologicznej ich wykonania, wraz z ich szczegółowym opisem, miejscem wykonania lub wskazaniem podstaw ustalających szczegółowy opis, z obliczeniem i zestawieniem liczby jednostek przedmiarowych robót podstawowych.

Zamawiający zgodnie z postanowieniami rozdziału VI ust. 1 pkt 3 SWZ, w ramach dokumentów załączonych do oferty, wymagał złożenia w ofercie kosztorysu ofertowego, opracowanego metodą kalkulacji uproszczonej, nie określając zasad i formy, zgodnie z którymi wykonawca winien sporządzić kosztorys ofertowy.

Weryfikację złożonych kosztorysów ofertowych, Zamawiający przeprowadził, analizując kompletność zakresu robót, prawidłowość opisów poszczególnych pozycji kosztorysowych, przyjętych ilości i jednostek obmiarowych oraz prawidłowości przeliczenia wartości poszczególnych pozycji kosztorysów.

Zamawiający udostępnił wykonawcom w prowadzonym postępowaniu przedmiary robót w formacie pdf., w związku z czym wykonawcy, przygotowując oferty, musieli przepisać ponad 450 pozycji przedmiaru. Jak wyjaśnił Zamawiający, czemu Odwołujący nie zaprzeczał, część wykonawców korzystała z programów kosztorysowych oraz baz Katalogów Nakładów Rzeczowych (KNR), co mogło powodować rozbieżności w opisach poszczególnych pozycji zawartych w przedmiarach w porównaniu do kosztorysów ofertowych. Jak wynika z dokumentacji postępowania, w trakcie postępowania Zamawiający w 8 zbiorach, udzielił odpowiedzi na liczne pytania wykonawców do treści SWZ. W wyniku udzielonych wyjaśnień, dokonane zostały liczne zmiany w dokumentacji postępowania.

Dokumentacja postępowania potwierdza, że wszystkie 13 złożonych w postępowaniu ofert obarczone były omyłkami lub błędami, polegającymi na: niedokładnościach, niedopatrzeniach lub rozbieżnościach w opisach pozycji, różnicach ilości jednostek miary (ilości robót), różnicach w jednostkach miary, omyłkach rachunkowych, np. w zaokrągleniach przeliczeń wartości poszczególnych pozycji kosztorysowych, uwzględnieniu robót nieobjętych dokumentacją, a wskazanych w przedmiarze. Wykaz stwierdzonych omyłek i błędów wszystkich ofert Zamawiający przedstawił do akt sprawy.

Powyższe okoliczności nie były sporne pomiędzy stronami i uczestnikami postępowania odwoławczego.

Ad. zarzut nr 1 i 2 – naruszenia art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, poprzez dokonanie przez Zamawiającego poprawy omyłek polegających na niezgodności treści oferty wykonawcy Constructo sp. z o.o. oraz treści oferty wykonawcy Jack-Bud Polska sp. z o.o. sp.k. z dokumentami zamówienia, pomimo, że dokonane zmiany mają charakter zmian istotnych treści oferty i powodują modyfikację zaoferowanego przez ww. wykonawców przedmiotu umowy.

OFERTA CONSTRUCTO sp. z o.o.

W toku badania ofert Zamawiający poprawił omyłki w treści oferty wykonawcy Constructo w następującym zakresie:

- 1) pozycje 1-21 oraz 68-90 przedmiaru robót branży sanitarnej (instalacje sanitarne), dotyczące wentylacji mechanicznej w zakresie linii NW1, które zgodnie z treścią wyjaśnień do SWZ z dnia 14.11.2023 r., pakiet VII nie były objęte przedmiotem zamówienia i nie podlegały wycenie. Zamawiający usunął ww. pozycje i dokonał korekty ceny oferty,
- 2) pozycja 40 kosztorysu ofertowego branży budowlanej (roboty budowlane), tj. *Warstwy wyrównawcze i wygładzające - pogrubienie warstwy o 2 mm* - brak na końcu opisu pozycji wskazania krotności. Zamawiający dokonał korekty treści opisu ww. pozycji, na: *Warstwy wyrównawcze i wygładzające - pogrubienie warstwy o 2 mm, krotność = 2*,
- 3) pozycja 8 kosztorysu ofertowego branży budowlanej (kanalizacja teletechniczna), tj. *Nakłady uzupełniające za każde dalsze rozpoczęte 0.5 km transportu ponad 1 km samochodami samowładkowymi po terenie lub drogach gruntowych ziemi kat.I-II* - brak na końcu opisu pozycji podania krotności. Zamawiający dokonał korekty opisu ww. pozycji na: *Nakłady uzupełniające za każde dalsze rozpoczęte 0.5 km transportu ponad 1 km samochodami samowładkowymi po terenie lub drogach gruntowych ziemi kat.I-II, krotność = 10*

Zamawiający w dniu 30 stycznia 2024 r. wezwał wykonawcę Constructo w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp do

wyrażenia zgody na dokonanie poprawy omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia. W ocenie Zamawiającego dokonanie zmian w treści oferty nie miało charakteru istotnego i nie zmieniało przedmiotu zamówienia.

Wykonawca Constructo wyraził zgodę na dokonanie ww. zmian w treści oferty.

OFERTA JACK-BUD POLSKA sp. z o.o. sp.k.

W toku badania ofert Zamawiający poprawił treść oferty wykonawcy Jack-Bud w następującym zakresie:

- 1) pozycje 1-21 oraz 68-90 przedmiaru robót branży sanitarnej - zgodnie z treścią wyjaśnień do SWZ z dnia 14.11.2023 r., pakiet VII ww. pozycje nie były objęte przedmiotem zamówienia i nie podlegały wycenieniu. Zamawiający usunął ww. pozycje i dokonał korekty ceny oferty.
- 2) pozycja 45 kosztorysu ofertowego branży elektrycznej (instalacje elektryczne), tj. *Łączniki i przyciski jednobiegunowe podtynkowe w puszcze instalacyjnej*, opis pozycji jest niepełny. Zamawiający dokonał korekty opisu ww. pozycji na: *przyciski jednobiegunowe podtynkowe w puszcze instalacyjnej z modułem wejść DALI*, zgodnie z opisem pozycji 45 przedmiaru,
- 2) pozycja 46 kosztorysu ofertowego branży elektrycznej (instalacje elektryczne), tj. *Montaż czujki ruchu-pasywna podczerwieni*, brak jest części opisu. Zamawiający dokonał korekty opisu ww. pozycji na: *Montaż czujki ruchu- z pomiarem natężenia oświetlenia w pomieszczeniu (multisensor) + zasilacz magistrali DALI*, zgodnie z opisem pozycji 46 przedmiaru,
- 3) pozycja 48 kosztorysu ofertowego branży elektrycznej (instalacje elektryczne), tj. *Przewód wtykowy łączny przekrój żył do 7.5 mm<sup>2</sup> YDY 2x1,0*. Zamawiający dokonał korekty opisu przedmiotowej pozycji na: *Przewód wtykowy łączny przekrój żył do 7.5 mm<sup>2</sup> N2XH-0 2x1,5*, zgodnie z opisem pozycji 48 ww. przedmiaru,
- 4) pozycja 71 kosztorysu ofertowego branży teletechnicznej (instalacje teletechniczne) tj. *Montaż aparatów elektrycznych o masie do 5 kg – switch*. Zamawiający dokonał korekty opisu pozycji na: *Montaż wyposażenia szafy, urządzenie aktywne -rozbudowa istniejącego stacka złożonego z urządzeń sieciowych Catalyst 9200L*, zgodnie z opisem pozycji 2.8 przedmiaru, w tym jednostkę miary - komplet,
- 5) pozycja 147 kosztorysu ofertowego branży sanitarnej (instalacje sanitarne) tj. *Centrala wentylacyjna NW2* (brak części opisu). Zamawiający dokonał korekty opisu ww. pozycji na: *Centrala wentylacyjna NW2. Centrala wyposażona w komplet automatyki. Podkonstrukcja w zakresie branży budowlanej.*, zgodnie z opisem pozycji 147 przedmiaru,
- 6) pozycja 148 kosztorysu ofertowego branży sanitarnej (instalacje sanitarne) tj. *Centrala wentylacyjna NW3*, (brak części opisu). Zamawiający dokonał korekty opisu ww. pozycji na: *Centrala wentylacyjna NW3. Centrala wyposażona w komplet automatyki. Podkonstrukcja w zakresie branży budowlanej*, zgodnie z opisem pozycji 148 przedmiaru.

Zamawiający w dniu 30 stycznia 2024 r. wezwał wykonawcę Jack-Bud w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp do wyrażenia zgody na dokonanie poprawy omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia.

Wykonawca Jack-Bud wyraził zgodę na dokonanie ww. zmian w treści złożonej oferty.

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

W ramach niniejszego zarzutu Odwołujący podnosił, że dokonanie poprawy omyłek polegających na niezgodności treści oferty wykonawcy Constructo oraz treści oferty wykonawcy Jack-Bud z dokumentami zamówienia narusza przepis art. 223 ust. 2. pkt 3 Pzp z uwagi na fakt, że dokonane zmiany mają charakter zmian istotnych treści oferty i stanowią modyfikację zaoferowanego przez ww. wykonawców przedmiotu umowy.

Izba wskazuje, że ze względu na charakter sankcyjny przepisu, zanim zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, ma obowiązek poprawiania innych omyłek polegających na niezgodności treści oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający ma obowiązek zbadać przesłanki uprawniające do poprawiania w treści oferty innej omyłki, możliwej do poprawienia w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Zamawiający powinien ustalić czy zaistniała omyłka wynika z niezamierzonego działania wykonawcy, czy omyłka polega na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia oraz ocenić, czy poprawienie tej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty.

W ocenie Izby, Zamawiający prawidłowo uznał, że ziszczy się przesłanki uprawniające do dokonania poprawy treści ww. ofert, zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Treść złożonych ofert w zmienionych przez Zamawiającego pozycjach była wynikiem innych omyłek, o których mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Jak wynika z dokumentacji postępowania, Zamawiający dokonał czynności poprawy stwierdzonych omyłek samodzielnie, bez udziału wykonawców w tej czynności. Zamawiający w szczególności nie wzywał wykonawców do wyjaśnienia treści złożonych ofert w powyższym zakresie. Charakter omyłek wskazuje, że były one wynikiem przeoczenia, niezamierzonego pominięcia części opisów pozycji kosztorysowych, braku wprowadzenia zmian w opisie pozycji wynikających z wyjaśnień treści SWZ przez Zamawiającego w odpowiedzi na pytania wykonawców. Zamawiający w oparciu o dokumentację postępowania potwierdził, że na etapie formułowania postanowień SWZ, wpłynęły liczne

pytania od wykonawców dotyczące treści wymagań, w tym wynikających z przedmiaru robót, co spowodowało konieczność wprowadzenia wielu zmian w treści przedmiarów. Zamawiający nie ujednolicił przedmiarów, co powodowało, że wykonawcy musieli samodzielnie wprowadzać zmiany do opisu pozycji kosztorysowych. Ponadto, Zamawiający udostępnił wykonawcom przedmiary robót w formacie pdf., w związku z czym wykonawcy musieli przepisać do kosztorysów ponad 450 pozycji przedmiaru.

W ocenie Izby, Zamawiający prawidłowo uznał, że obszerne przedmiary i wprowadzone do nich zmiany mogły spowodować trudność po stronie wykonawców w bezbłędnym przygotowaniu kosztorysów ofertowych na ich podstawie. Ten fakt potwierdził się w toku badania przez Zamawiającego złożonych ofert, gdyż wszystkie złożone oferty posiadały omyłki, w tym niektóre omyłki powtarzały się w ofertach, co wskazuje, że nie powstały one na skutek zamierzonego działania wykonawców, lecz wynikały z okoliczności zewnętrznych, leżących po stronie Zamawiającego oraz specyfiki prowadzonego postępowania.

Uwzględniając powyższe, Zamawiający samodzielnie dokonał poprawy treści ofert, wprowadzając w kosztorysach ofertowych prawidłowe opisy pozycji wynikające ze zmodyfikowanego w toku postępowania przedmiaru robót. W niniejszej sprawie Nie ma podstaw do uznania, że w przypadku ww. ofert mamy do czynienia z umyślnym zastosowaniem przez wykonawców rozwiązań odmiennych od wymagań Zamawiającego, co wyłączałoby zastosowanie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. W wyniku dokonanej przez Zamawiającego poprawy omyłek nie doszło do zastosowania innych materiałów niż to wynikało z treści złożonej oferty. Podkreślenia wymaga fakt, że wprowadzenie powyższego przepisu miało na celu wyeliminowanie sytuacji odrzucania ofert z powodu drobnych, niezamierzonych uchybień w treści ofert, w szczególności w przypadku zamówień na roboty budowlane, w których przygotowanie oferty obejmuje opracowanie kosztorysu ofertowego.

Mając powyższe na uwadze, w ocenie Izby, dokonanie przez Zamawiającego poprawy omyłek w treści ofert wykonawców było zgodne z art. 223 ust. 2 pkt. 3 Pzp oraz z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w tym m.in. w odniesieniu do Odwołującego, który podobnie jak inni wykonawcy wycenił w swojej ofercie zakres prac, który nie był objęty przedmiotem zamówienia (pozycje 1-21 oraz 68-90 przedmiaru robót branży sanitarnej).

Ad. zarzut nr 3 - naruszenia art. 128 ust. 4 w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Constructo sp. z o.o. do wyjaśnienia treści oferty i wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w dziale IV. pkt 1. ppkt. 4) lit. a) SWZ.

Zamawiający pismem z dnia 09 lutego 2024 r. wezwał wykonawcę Constructo do wykazania m.in. spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w dziale IV pkt 1. ppkt. 4) lit. a) SWZ i złożenia środków dowodowych, w tym wykazu robót budowlanych wraz z referencjami. W treści ww. warunku Zamawiający wymagał wykazania, że wykonawca wykonał dwa zamówienia polegające na budowie nowego lub nadbudowie, przebudowie, rozbudowie funkcjonującego budynku użyteczności publicznej, o powierzchni użytkowej objętej pracami budowlanymi, nie mniejszej niż 800 m<sup>2</sup>, przy czym w zakres każdego wskazanego zamówienia powinny wchodzić roboty: konstrukcyjno-budowlane, instalacyjne – sanitarne (wod.-kan., wentylacja, klimatyzacja), elektryczne/elektroenergetyczne, instalacyjne – telekomunikacyjne/teletechniczne.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca Constructo przedłożył wykaz robót obejmujących następujące zadania:

- 1) Budowa sali gimnastycznej z częścią dydaktyczną przy Szkole Podstawowej nr 68 na os. Jana III Sobieskiego” w Poznaniu,
- 2) „Przedszkole nr 121 - modernizacja i rozbudowa na potrzeby 5-oddziałowego Przedszkola” w Poznaniu,
- 3) „Przebudowa budynku należącego do Zespołu Szkół nr 1 w Nowym Tomyślu na cele kształcenia zawodowego”
- 4) „Wykonanie przebudowy budynku przy ul. Wojska Polskiego 71A w Poznaniu”.

Z treści przedłożonego przez wykonawcę Constructo wykazu robót, jak i z załączonych referencji/protokołów odbioru wynika, że ww. wykonawca wykonał co najmniej dwa zamówienia polegające na budowie nowego lub nadbudowie, przebudowie, rozbudowie funkcjonującego budynku użyteczności publicznej, o powierzchni użytkowej objętej pracami budowlanymi, nie mniejszej niż 800 m<sup>2</sup>, obejmujące roboty: konstrukcyjno-budowlane, instalacyjne – sanitarne (wod.-kan., wentylacja, klimatyzacja), elektryczne/elektroenergetyczne, instalacyjne – telekomunikacyjne/teletechniczne.

Zgodnie z postanowieniami Rozdziału IV pkt 2 SWZ, ocena spełnienia warunków wskazanych w pkt 1 była dokonywana na zasadzie spełnia/nie spełnia, w oparciu o informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach wskazanych w Rozdziale VI SWZ, tj. w szczególności wykazu robót, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 2 ppkt 4) lit a).

Zamawiający w wyniku badania przedłożonych przez wykonawcę Constructo podmiotowych środków dowodowych stwierdził, że wykonawca wykazanymi zadaniami w poz. 1, poz. 3 i poz. 4 spełnił warunek udziału w postępowaniu określony w Rozdziale IV ust. 1 pkt 4) lit. a) SWZ. W zakresie poz. nr 2 wykazu robót Zamawiający powziął

wątpliwości co do spełniania wymogu powierzchni użytkowej budynku objętej pracami budowlanymi, nie mniejszej niż 800 m<sup>2</sup>, biorąc jednak pod uwagę, że na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający wymagał wykazania należytego wykonania dwóch zamówień, nie było podstaw do wezwania wykonawcy Constructo do złożenia wyjaśnień dotyczących pozycji nr 2 wykazu.

Podkreślenia jednocześnie wymaga, że dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót (np. referencje, protokoły odbioru itp.) nie są składane dla potwierdzenia szczegółowych wymagań określonych w ramach warunku udziału w postępowaniu. Dokumenty te mają potwierdzać należyte wykonanie danych robót przez wykonawcę. Fakt, że wykonawca Constructo potwierdził należyte wykonanie wskazanych w wykazie robót nie był kwestionowany przez Odwołującego.

Obowiązek wezwania wykonawcy do wyjaśnień w trybie art. 128 ust 4 Pzp aktualizuje się w przypadku, gdy złożone oświadczenia lub dokumenty budzą wątpliwości. Celem wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o którym mowa w art. 128 ust. 4 Pzp jest uzyskanie dodatkowych informacji w przypadku wątpliwości lub niejasności co do treści tych oświadczeń lub dokumentów. Przepis art. 223 ust. 1 Pzp uprawnia zamawiającego do żądania od wykonawców wyjaśnień, dotyczących treści złożonych ofert lub przedmiotowych środków dowodowych lub też innych składanych dokumentów lub oświadczeń.

Zamawiający nie miał podstaw do wezwania wykonawcy Constructo w trybie art. 128 ust. 4 czy też art. 223 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia przedłożonych przedmiotowych środków dowodowych w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w dziale IV. pkt 1. ppkt. 4) lit. a) SWZ.W przedmiotowym postępowaniu w toku badania wykazu robót i referencji, tj. dokumentów złożonych przez wykonawcę Constructo Zamawiający w sposób zgodny z zasadami oceny określonymi w SWZ stwierdził, że przedstawione w poz. 1, 3 i 4 wykazu robót zadania spełniają warunek określony w rozdziale IV ust. 1 pkt 4) lit. a) SWZ. Przedłożone przez wykonawcę dokumenty nie zawierają sprzeczności, wskazują na spełnienie wszystkich wymaganych przez Zamawiającego warunków. Zgłaszane przez Odwołującego wątpliwości co do braku potwierdzenia spełniania ww. warunku przez wykonawcę Constructo nie potwierdziły się także w świetle przedłożonych przez tego wykonawcę na rozprawie dowodów, w postaci wyciągów z dokumentacji projektowej dotyczącej zrealizowanych robót wskazanych w wykazie.

Ad. zarzut nr 4 - naruszenia art. 239 Pzp, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Constructo sp. z o.o., pomimo iż oferta złożona przez tę firmę nie jest ofertą najkorzystniejszą i podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Izba stwierdziła, że badane w toku postępowania odwoławczego czynności Zamawiającego nie prowadzą do naruszenia przepisu art. 239 Pzp. Oferta wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza nie podlega odrzuceniu w zakresie wskazanym w odwołaniu, tj. jako niezgodna z treścią SWZ. Jak wynika z dokonanych w toku postępowania odwoławczego ustaleń, oferta wykonawcy Constructo nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zamawiający prawidłowo skorzystał z uprawnienia wynikającego z art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, dokonując poprawy w treści oferty wybranej oraz w treści oferty drugiego wykonawcy w rankingu ofert innych omyłek polegających na niezgodności treści ww. ofert z dokumentami zamówienia niepowodujących istotnych zmian treści tych ofert. Oferta wykonawcy Constructo uzyskała najwyższy bilans oceny w ramach kryteriów oceny ofert, zatem jest ofertą najkorzystniejszą w prowadzonym postępowaniu.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

**Przewodniczący:** .....