

Sygn. akt: KIO 2328/23

## WYROK

z dnia 22 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Joanna Gawdzik-Zawalska**

**Protokolant: Tomasz Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 sierpnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 sierpnia 2023 r. przez wykonawców:

**ASD Sp. z o.o. Szczecin, Indemar Sp. z o.o. w Szczecinie**

ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

**Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych w Warszawie,**

przy udziale wykonawcy:

**Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne „TELEKOM WARMIA” sp. z o.o. w Olsztynie,**

zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu:

- a) unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenia oferty odwołującego,
- b) dokonać korekty innych omyłek w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) w pozycjach kosztorysu będącego załącznikiem do oferty odwołującego zakwestionowanych przez zamawiającego w decyzji z dnia 28 lipca 2023 r. o odrzuceniu oferty odwołującego poprzez usunięcie pozycji nadmiarowych w kosztorysie względem pozycji podstawowej przedmiaru robót przekazanego wykonawcom oraz zastąpienie opisu pozycji w kosztorysie innej od wskazanej w odpowiedniej pozycji przedmiaru robót na opis odpowiadający opisowi danej pozycji z przedmiaru robót,
- c) dokonać ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

**2. Kosztami postępowania obciąża** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego i:

- 2.1. zalicza w ich poczet poniesione przez odwołującego kwoty: 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu oraz 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika a także 1 978 zł 58 gr (słownie: jeden tysiąc dziewięćset siedemdziesiąt osiem złotych pięćdziesiąt osiem groszy) tytułem kosztów dojazdu oraz poniesione przez zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego koszty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
- 2.2. zasądza od zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 25 578 zł 58 gr (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy pięćset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:.....**

### UZASADNIENIE

Centrum Zasobów Cyberprzestrzeni Sił Zbrojnych im. Mariana Rejewskiego (ul. Żwirki i Wigury 9/13 00-909 Warszawa) (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej również: „Ustawa” lub „PZP”) w trybie przetargu ograniczonego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa postępowanie pn.: „Wędrzyn, Rozbudowa sieci teleinformatycznej w garnizonie oraz modernizacja systemu zasilania węzła łączności”, Znak: 2610.9.2023.MS. (dalej: Postępowanie). Warunki,

wymagania i przedmiot zamówienia opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej: SWZ).

W dniu 7 sierpnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie ASD Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (ul. Podgórna 46; 70-205 Szczecin) oraz Indemar Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie (Ul. Bronowicka 5/29; 71-012 Szczecin) (dalej: Odwołujący lub Konsorcjum) ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania.

W związku z przekazaniem wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia publicznego w ramach Postępowania dniu 8 sierpnia 2023 r. przez Zamawiającego kopii odwołania i wezwania do przystąpienia w dniu 10 sierpnia 2023 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza - Przedsiębiorstwo Telekomunikacyjne „TELEKOM WARMIA” sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie (ul. M. Zientary - Malewskiej 49,10-307 Olsztyn) (dalej: Przystępujący). W związku ze zgłoszeniem przystąpienia do postępowania odwoławczego w terminie i wypełnieniem warunków określonych w art. 525 Ustawy Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia.

Odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnej z Ustawą czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Przystępującego oraz odrzuceniu oferty Konsorcjum, jako niezgodnej z warunkami SWZ. Jako podstawę faktyczną wniesienia odwołania wskazano pismo Zamawiającego z dnia 28 lipca 2023r. stanowiące zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 223 ust. 1, art. 223 ust. 2 pkt 1 oraz art. 223 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 223 ust. 3 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 395 ust. 1 pkt 1 Pzp - poprzez zaniechanie zażądania od Odwołującego się złożenia wyjaśnień dotyczących treści jego oferty, a następnie zaniechanie poprawienia w jego ofercie oczywistych omyłek pisarskich oraz innych omyłek, polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści tej oferty, bez wskazania kryteriów stanowiących podstawę zaniechania czynności weryfikacyjno - sprawdzających względem oferty Odwołującego;

2)art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 Pzp przez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego się, pomimo że treść jego oferty była zgodna z warunkami zamówienia lub byłaby zgodna 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,

3)art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz 17 ust. 2 Pzp - przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w prowadzonym postępowaniu, po wcześniejszym bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego się, będące następstwem naruszeń opisanych w pkt. 1-2 powyżej

4)art. 253 ust. 1 pkt 2 Pzp - poprzez zaniechanie sporządzenia należytego uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia oferty Odwołującego się, przez co wobec Odwołującego się nie zostały zagwarantowane prawa dla prawidłowego zabezpieczenia jego interesów w postępowaniu odwoławczym, Zamawiający bowiem nie wskazał w jakim zakresie, w jego ocenie, oferta Odwołującego się nie spełnia warunków określonych w SWZ i dlaczego odstąpił od nałożonych na niego obowiązków, o których mowa w 223 ust. 2 pkt 1 i 3 Pzp.

W związku z przywołanymi zarzutami Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienia odrzuceniu oferty Odwołującego się, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, dokonania ponownego badania i oceny ofert.

Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania.

Pismem z dnia 21 sierpnia 2023 r. Przystępujący zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia w całości odwołania.

Strony powoływały się na dokumenty postępowania, SWZ w szczególności przedmiar robót i zestawienie materiałów, protokół Komisji przetargowej w sprawie oceny z dnia 28 lipca 2023 r, pismo Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 28 lipca 2023 r., oferty Odwołującego.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba nie dopatrzyła się zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała również, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika Izba uwzględniła odwołanie. Ustalając stan faktyczny Izba dopuściła dowody wnioskowane przez strony i uczestnika, oparła się na dokumentach Postępowania i uwzględniła stanowiska i oświadczenia stron zaprezentowane w pismach procesowych i na rozprawie.

Izba ustaliła, że w niniejszej sprawie stan faktyczny Postępowania nie był sporny. Spór dotyczył oceny niezgodności poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego z SWZ (w zakresie opisu pozycji albo doszczegółowienia/ uzupełnienia pozycji zgodnej z SWZ dodatkowymi pozycjami oznaczonymi jako prim) jako nieuprawnionej zmiany kosztorysu ofertowego względem SWZ (zaoferowania produktu niezgodnego z SWZ) tj. błędu nieusuwalnego uzasadniającego odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy albo błędu podlegającego poprawieniu jako omyłki oczywistej pisarskiej lub innej na podstawie art. 223 ust. 2 pkt. 2 lub 3 Ustawy.

Izba ustaliła, że Zamawiający w Rozdziale XVI ust. 4 SWZ - SPOSÓB OBLICZENIA CENY OFERTY - określił Zamawiający żąda złożenia kosztorysu jako integralnej części oferty - sporządzany metodą szczegółową, a drukowany jako uproszczony. Kosztorys w całości musi odpowiadać treści i układowi przedmiaru robót udostępnionego Wykonawcom zaproszonym do składania ofert i musi być sporządzony w sposób umożliwiający dokonanie jego oceny porównanie z kosztorysami innych Wykonawców. W stosunku do wzoru przedmiaru robót kosztorys ofertowy musi zawierać dodatkowo dwie kolumny - kolumnę cena jednostkowa i kolumnę wartość. Niedopuszczalne jest wprowadzenie jakichkolwiek zmian w kosztorysie w opisach pozycji, które potwierdzają zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia z przedmiarem robót, zmiany ich pozycji, oznaczeń, nazewnictwa, numeracji, jednostek miary i ilości. " Jednocześnie w ust. 3 Rozdziału XVI SWZ wskazano: „3. Cenę oferty należy obliczyć metodą kalkulacji szczegółowej, 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. 2021 poz. 2458) przy zachowaniu następujących zasad: 1)

podstawą do określenia cen poszczególnych elementów, jak i ceny całkowitej oferty jest zakres robót określony w przedmiarze robót - załącznik nr 5 do SWZ; 2) przed obliczeniem ceny Wykonawca powinien dokładnie i szczegółowo zapoznać się z dokumentacją projektową (siedziba Zamawiającego), specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych i przedmiarem robót (przekazanymi Wykonawcom zaproszonym do składania ofert), zwracając szczególną uwagę, czy dokumentacja zawiera w swojej treści wszystkie niezbędne rozwiązania do wykonania przedmiotu zamówienia oraz czy przedmiar robót obejmuje zakres rzeczowy zgodny z dokumentacją; 3) Wykonawca nie może korygować ilości robót umieszczonych w przedmiarach robót. Jeżeli w wyniku dokonanej przez siebie analizy i obliczeniu ilości robót uzna je za niewłaściwe, stwierdzi w dokumentach, o których mowa w pkt 2) braki, wady lub sprzeczności, to wprowadzenie zmian może dochodzić procedurą pytań opisaną w SWZ; 4) Wykonawca upewni się, co do prawidłowości oraz ilości robót wymienionych w przedmiarze robót, które powinny pokryć wszystkie jego zobowiązania umowne, a także wszystko, co może być konieczne dla właściwego wykonania i wykończenia robót. ”.

Izba ustaliła, że załącznik nr 5 do SWZ zawiera przedmiar robót w podziale na 45 rozdziałów, składających się z 833 pozycji kosztorysowych oraz zestawienie materiałów zawierające 270 pozycji.

Izba podzieliła oczywisty pogląd Zamawiającego, że „wskazanie w SWZ, w przypadku przyjęcia w umowie wynagrodzenia kosztorysowego, że Wykonawca wraz z formularzem oferty składa wyceniony przedmiar robót budowlanych, który stanowi integralną część treści oferty oznacza, że sposób wyceny przedmiaru robót budowlanych stanowi ustalony przez Zamawiającego sposób obliczenia ceny (w przypadku wynagrodzenia kosztorysowego).”

Dalej Izba ustaliła, co było bezsporne pomiędzy stronami, że oferta (kosztorys ofertowy) Odwołującego zawierała zapis odmienny od określonych w SWZ pozycji przedmiarowych w zakresie określonym decyzją o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 28 lipca 2023 r. tj. co do pozycji przedmiarowych/ kosztorysowych nr: 185 d.5.6, 225 d.5.8, 258 d.5.9, 283 d.5.10, 308 d.5.11, 333 d.5.14, 570 d.21, 605 d.24, 606 d.24, 655 d.28,

659 d.28, 669 d.29, 670 d.29, 704d.31, 714d.32, 723d.33, 741 d.35, 750d.36, 759 d.37, 768 d.38, 777 d.39, 786 d.40, 796 d.41, 815 d.43, 824 d.44, 833 d.45, 522 d.17, 535 d.18, 547 d.19, 559 d.20, 583 d.22, 523 d.17, 536 d.18, 548 d.19, 560 d.20, 572 d.21, 584 d.22, 596 d.23, 607 d.24, 608 d.24, 619 d.25, 620 d.25, 528 d.17, 541 d.18, 565 d.20, 577 d.21, 589 d.22, 601 d.23, 613 d.24, 625 d.25, 637 d.26, 665 d.28, 681 d.29, 693 d.30.

Izba ustaliła także, bezsporną pomiędzy stronami okoliczność, że:

Zgodnie z przedmiarem robót powinno być: Poz. nr 185 d.5.6: Montaż szaf dystrybucyjnych 19" 9U / W ofercie Konsorcjum jest: Poz. nr 185 d.5.6: Montaż szaf dystrybucyjnych 19" stojących

Zgodnie z przedmiarem robót powinno być: Poz. nr 225 d.5.8: Montaż szaf dystrybucyjnych 19" wiszących / W ofercie Konsorcjum jest: Poz. nr 225 d.5.8: Montaż szaf dystrybucyjnych 19" stojących

Zgodnie z przedmiarem robót powinno być: Poz. nr: 258 d.5.9, 283 d.5.10, 308 d.5.11: Montaż wyposażenia szaf dystrybucyjnych 19" - zasilacz awaryjny 3300VA/2700W / W ofercie Konsorcjum jest: Poz. nr: 258 d.5.9, 283 d.5.10, 308 d.5.11: Montaż wyposażenia szaf dystrybucyjnych 19" - zasilacz awaryjny

Zgodnie z przedmiarem robót powinno być: Poz. nr 333 d.5.14: Montaż wyposażenia dodatkowego szafki zewnętrznej / W ofercie Konsorcjum jest: Poz. nr 333 d.5.14: Montaż zespołów łączówek szczelinowych jednostronnych zabezpieczonych uszczelnionych i nieuszczelnionych o 10 parach zacisków w zespole

Zgodnie z przedmiarem robót powinno być: Poz. nr 570 d.21: Rurociągi miedziane o średnicy zewnętrznej 18,0mm w połączeniach lutowanych, na ścianach w budynkach niemieszkalnych- dz19,05 w izolacji chłodniczej gr 13 mm-poz. zas / W ofercie Konsorcjum jest: Poz. nr 570 d.21: Rurociągi miedziane o średnicy zewnętrznej 15,0mm w połączeniach lutowanych, na ścianach w budynkach niemieszkalnych w izolacji chłodniczej gr 15 mm-poz. zas / W ofercie Konsorcjum jest: Poz. nr 570 d.21: Rurociągi miedziane o średnicy zewnętrznej 15,0mm w połączeniach lutowanych, na ścianach w budynkach niemieszkalnych – dz 15.88

w izolacji chłodniczej gr 15 mm

Zgodnie z przedmiarem robót powinno być: Poz. nr 605 d.24: Rurociągi miedziane o średnicy zewnętrznej 10,0mm w połączeniach lutowanych, na ścianach w budynkach niemieszkalnych- dz 6,35 w izolacji chłodniczej gr 13 mm-poz.

zast. / W ofercie Konsorcjum jest: Poz. nr 605 d.24: Rurociągi miedziane o średnicy zewnętrznej 10,0mm o połączeniach lutowanych, na ścianach w budynkach niemieszkalnych połączeniach lutowanych, na ścianach w budynkach niemieszkalnych - dz 9,53 w izolacji chłodniczej gr 13 mm

Zgodnie z przedmiarem robót powinno być: Poz. nr 606 d.24: Rurociągi miedziane o średnicy zewnętrznej 15,0mm o połączeniach lutowanych, na ścianach w budynkach niemieszkalnych- dz 12,70 w izolacji chłodniczej gr 15 mm-poz. zas / W ofercie Konsorcjum jest: Poz. nr 606 d.24: Rurociągi miedziane o średnicy zewnętrznej 15,0mm o połączeniach lutowanych, na ścianach w budynkach niemieszkalnych połączeniach lutowanych, na ścianach w budynkach niemieszkalnych-dz 15.88

w izolacji chłodniczej gr 15 mm

Zgodnie z przedmiarem robót powinno być: Poz. nr 655 d.28: Rurociągi miedziane o średnicy zewnętrznej 15,0mm o połączeniach lutowanych, na ścianach w budynkach niemieszkalnych- dz 15,88 w izolacji chłodniczej gr 15 mm-poz. zast. / W ofercie Konsorcjum jest: Poz. nr 655 d.28: Rurociągi miedziane o średnicy zewnętrznej 15,0mm o połączeniach lutowanych, na ścianach w budynkach niemieszkalnych połączeniach lutowanych, na ścianach w budynkach niemieszkalnych - dz 19,05 w izolacji chłodniczej gr 13 mm

Zgodnie z przedmiarem robót powinno być: Roz. nr 659 d.28: Kurki gazowe przelotowe o połączeniach gwintowanych o średnicy 15mm-dn15 / W ofercie Konsorcjum jest: Poz. nr 659 d.28: Kurki gazowe przelotowe o śr. 15 mm o połączeniach gwintowanych (dn 12 mm)

Zgodnie z przedmiarem robót powinno być: Poz. nr 669 d.29: Rurociągi miedziane o średnicy zewnętrznej 10,0mm o połączeniach lutowanych, na ścianach w budynkach niemieszkalnych- dz 6,35 w izolacji chłodniczej gr 13 mm-poz. zast. / W ofercie Konsorcjum jest: Poz. nr 669 d.29: Rurociągi miedziane o średnicy zewnętrznej 10,0mm o połączeniach lutowanych, na ścianach w budynkach niemieszkalnych połączeniach lutowanych, na ścianach w budynkach niemieszkalnych - dz 9,53 w izolacji chłodniczej gr 13 mm

Zgodnie z przedmiarem robót powinno być: Poz. nr 670 d.29: Rurociągi miedziane o średnicy zewnętrznej 15,0mm o połączeniach lutowanych, na ścianach w budynkach niemieszkalnych- dz 12,70 w izolacji chłodniczej gr 15 mm-poz. zast. / W ofercie Konsorcjum jest: Poz. nr 670 d.29: Rurociągi miedziane o średnicy zewnętrznej 12,0mm o połączeniach lutowanych, na ścianach w budynkach niemieszkalnych połączeniach lutowanych, na ścianach w budynkach niemieszkalnych-dz 12,70 w izolacji chłodniczej gr 13 mm

Zgodnie z przedmiarem robót powinno być: Poz. nr: 704 d.31, 714 d.32, 723 d.33, 732 d.34, 741 d.35, 750 d.36, 759 d.37, 768 d.38, 777 d.39, 786 d.40, 796 d.41, 806 d.42, 815 d.43, 824 d.44, 833 d.45: Wywiezienie gruzu sprzymowanego samochodami samowładowczymi na odległość 15 km z opłatą za wysypisko / W ofercie Konsorcjum jest: Poz. nr: 704 d.31, 714 d.32, 723 d.33, 732 d.34, 741 d.35, 750 d.36, 759 d.37, 768 d.38, 777 d.39, 786 d.40, 796 d.41, 806 d.42, 815 d.43, 824 d.44, 833 d.45: Wywiezienie gruzu sprzymowanego samochodami samowładowczymi na odległość 15 km

Zgodnie z przedmiarem robót powinno być: Poz. nr: 522 d.17, 535 d.18, 547 d.19, 559 d.20, 571 d.21, 583 d.22: Kurki gazowe przelotowe o połączeniach gwintowanych o średnicy 15mm-dn8 / W ofercie Konsorcjum jest: Poz. nr: 522 d.17, 535 d.18, 547 d.19, 559 d.20, 571 d.21, 583 d.22: Kurki gazowe przelotowe o śr. 15 mm o połączeniach gwintowanych

Zgodnie z przedmiarem robót powinno być: Poz. nr: 523 d.17, 536 d.18, 548 d.19, 560 d.20, 572 d.21, 584 d.22: Kurki gazowe przelotowe o połączeniach gwintowanych o średnicy 15mm- dn15 / W ofercie Konsorcjum jest: Poz. nr: 523 d.17, 536 d.18, 548 d.19, 560 d.20, 572 d.21, 584 d.22: Kurki gazowe przelotowe o śr. 15 mm o połączeniach gwintowanych

Zgodnie z przedmiarem robót powinno być: Poz. nr 595 d.23 Kurki gazowe przelotowe o połączeniach gwintowanych o średnicy 15mm-dn12 / W ofercie Konsorcjum jest: Poz. nr 595 d.23 Kurki gazowe przelotowe o śr. 15 mm o połączeniach gwintowanych

Zgodnie z przedmiarem robót powinno być: Poz. nr 596 d.23 Kurki gazowe przelotowe o połączeniach gwintowanych o średnicy 20mm-dn18 / W ofercie Konsorcjum jest: Poz. nr 596 d.23 Kurki gazowe przelotowe o śr. 20 mm o połączeniach gwintowanych

Zgodnie z przedmiarem robót powinno być: Poz. nr 607 d.24 Kurki gazowe przelotowe o połączeniach gwintowanych o średnicy 15mm-dn6 / W ofercie Konsorcjum jest: Poz. nr 607 d.24 Kurki gazowe przelotowe o śr. 15 mm o połączeniach gwintowanych

Zgodnie z przedmiarem robót powinno być: Poz. nr 608 d.24 Kurki gazowe przelotowe o połączeniach gwintowanych o średnicy 15mm-dn12 / W ofercie Konsorcjum jest: Poz. nr 608 d.24 Kurki gazowe przelotowe o śr. 15 mm o połączeniach gwintowanych

Zgodnie z przedmiarem robót powinno być: Poz. nr 619 d.25 Kurki gazowe przelotowe o połączeniach gwintowanych o średnicy 15mm-dn8 / W ofercie Konsorcjum jest: Poz. nr 619 d.25 Kurki gazowe przelotowe o śr. 15 mm o połączeniach gwintowanych

Zgodnie z przedmiarem robót powinno być: Poz. nr 620 d.25 Kurki gazowe przelotowe o połączeniach gwintowanych o średnicy 15mm-dn15 / W ofercie Konsorcjum jest: Poz. nr 620 d.25 Kurki gazowe przelotowe o śr. 15

mm o połączeniach gwintowanych

Zgodnie z przedmiarem robót powinno być: Poz. nr: 528 d.17, 541 d.18, 553 d.19, 565 d.20, 577 d.21, 589 d.22, 601 d.23, 613 d.24, 625 d.25, 637 d.26, 649 d.27, 665 d.28, 681 d.29, 693 d.30: Okładziny jednowarstwowe z płyt gipsowo-kartonowych RIGIPS na rusztach drewnianych z łąt nośnych mocowanych bezpośrednio do stropu-poz. zast.- obudowa rur prowadzonych pod stropem / W ofercie Konsorcjum jest: Poz. nr: 528 d.17, 541 d.18, 553 d.19, 565 d.20, 577 d.21, 589 d.22, 601 d.23, 613 d.24, 625 d.25, 637 d.26, 649 d.27, 665 d.28, 681 d.29, 693 d.30: Okładziny dwuwarstwowe z płyt gipsowo-kartonowych RIGIPS na rusztach drewnianych z łąt nośnych mocowanych bezpośrednio do stropu - poz. zastępcza

Jednocześnie Konsorcjum dodało dodatkowa pozycję nr 514' d. 15 z opisem: „Rozdzielnica do zasilania gniazd elektrycznych w szafie ZPD” w ilości 1 kpi. i wartości 20 184,45 zł, która nie występuje w przedmiarze robót.

Izba ustaliła, że odwołanie dotyczyło wszystkich zakwestionowanych decyzją o odrzuceniu zapisów oferty – kosztorysu ofertowego Odwołującego.

Izba, dając wiarę wyjaśnieniom Odwołującego niekwestionowanym przez Zamawiającego, ustaliła, także, że:

- kosztorys szczegółowy Odwołującego przygotowany został w oparciu o program NORMA, poprzez wczytanie załącznika nr 5 SWZ tj. przedmiaru robót - plik zapisany w „PDF” do tego programu. „Następnie dokonano w programie NORMA translacji przedmiaru na kosztorys szczegółowy. Następnie dla poszczególnych pozycji kosztorysowych kosztorysu szczegółowego przypisane materiały, które określił Zamawiający w „Wykaz Materiałów”, zlokalizowany w części końcowej Załącznika nr 5 do SWZ.”,

- część zmian wynikała z automatycznej transkrypcji, część wynikała z potrzeby dostosowania opisu pozycji przedmiarowych do wskazanego w pozycji przedmiarowej numeru KNR.

Izba ustaliła także, że pomiędzy opisami i przywoływanymi pozycjami KNR istniały niezgodności, co było okolicznością niekwestionowaną przez Zamawiającego i której Izba dała wiarę w oparciu o wyjaśnienia Odwołującego oraz zapisy pozycji przedmiarowych i KNR oraz wyjaśnień Zamawiającego do SWZ do pytania nr 7 z dnia 29 czerwca 2023r.

Izba ustaliła, że: kwestionowane zmiany, nie skutkują błędem w obliczeniu ceny i zakresu prac i sprowadzają się do błędu w opisie lub dodatkowych pozycjach doszczegóławiających pozycję podstawą; Skorygowanie błędów poprzez dostosowanie opisu kosztorysu do opisu z przedmiaru robót Zamawiającego lub poprzez usunięcie pozycji doszczegóławiających pozycje z przedmiaru robót pozostaną bez wpływu na cenę ofertową Odwołującego; Sporne pozycje kosztorysu ofertowego to 22 sztuki; Wartość pozycji odbiegających od przedmiaru robót równa się 51 544 zł, co w odniesieniu do oferty Odwołującego (18 895 137 zł) stanowi 0,27% ceny ofertowej.

Izba uznała za wiarygodne uzasadnienie i wyjaśnienie przyczyn wprowadzenia przez Odwołującego zmian w kosztorysie ofertowym w stosunku do pozycji przedmiarowych zakwestionowanych decyzją o odrzuceniu oferty zaprezentowane w Odwołaniu w całości oraz, że sama prawidłowość wyceny kwestionowanych pozycji, w tym również ich zakres ilościowy nie były kwestionowane przez Zamawiającego.

Izba ustaliła także, że uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty wskazywało na zakres i motywy treści kwestionowanych przez Zamawiającego pozycji kosztorysu ofertowego a także zawierało podstawy prawne czynności.

Zgodnie z art. 16 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 ust. 1 Ustawy : Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) Ustawy Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jest niezgodna z warunkami zamówienia. Pojęcie „warunków zamówienia” zostało zdefiniowane w art. 7 pkt 29 Ustawy, zgodnie z którym poprzez warunki zamówienia 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.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 i ust. 2 pkt. 2) Ustawy 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, przy czym zamawiający poprawia w ofercie: oczywiste omyłki pisarskie oraz inne omyłki, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 Ustawy zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy ustawodawca zobowiązał więc zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w specyfikacji warunków

zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Jednak aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 226 ust.1 pkt 5 PZP musi być możliwe do określenia na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami SWZi jednocześnie odrzuceniu podlega wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią SWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z SWZ niemających istotnego charakteru, a także omyłek rachunkowych i pisarskich. O ile każdorazowo treść oświadczenia woli składanego w postępowaniu w ramach oferty należy rozpatrywać przez pryzmat zamiaru wykonawcy, wyrażającego się wolą uczestnictwa w postępowaniu, o tyle kluczową sprawą jest, czy w konkretnym stanie faktycznym możliwe jest ustalenie treści oświadczenia co do oferowanego przedmiotu w sposób nie naruszający nadrzędnej zasady zachowania uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Reasumując, o niezgodności treści oferty z treścią SWZ można mówić tylko w przypadku, gdy przedmiot zamówienia, w tym także kosztorys będący częścią oferty nie odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w SWZ, co ocenione winno być po zrealizowaniu przez zamawiającego obowiązków przepisanych normą art. 223 PZP. W ocenie Izby w niniejszym przypadku wobec charakteru niezgodności oferty – kosztorysu ofertowego Odwołującego z SWZ Zamawiający zobowiązany był do zastosowania normy art. 223 ust. 2 pkt. 3) PZP i dokonania korekt opisanych decyzją o odrzuceniu oferty Konsorcjum i zarzutem odwołania pozycji kosztorysowych, czego zaniechał. Stąd Izba uwzględniła zarzut stwierdzając naruszenie normy art. 223 ust. 2 pkt. 3) Ustawy poprzez zaniechanie przez Zamawiającego obowiązku skorygowania pozycji kosztorysowych poprzez dostosowanie ich nazwy do wynikającej z SWZ lub usunięcie pozycji nadmiarowych względem wynikających z SWZ.

Institucja poprawiania omyłek służy udzieleniu zamówienia wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą i ma eliminować sytuacje, gdy z powodu omyłek odrzucane byłyby oferty gwarantujące realizację zamówienia zgodnie z jego warunkami, a więc także gdy zakres niezgodności nie jest istotny i korekta nie powoduje istotnej zmiany oferty.

Izba stwierdza też, że Zamawiający w SWZ zawarł w sposób wyraźny wymagania dotyczące treści oferty jednak pozycje przedmiaru robót w zakresie określonym odwołaniem zawierają nieścisłości pomiędzy opisem poszczególnych pozycji a zakresami prac określonymi przypisanymi im numerami KNR, co powodować mogło utrudnienia w konstruowaniu kosztorysu ofertowego w sposób wymagany SWZ. Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane winien złożyć ofertę zgodną pod względem treści w zakresie przedmiotu zamówienia z jego opisem zawartym w specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót budowlanych, jak również pod względem zgodnym z przedmiarem robót, co wynika z SWZ. Ocena zgodności oferty z SWZ nastąpić jednak winna jednak po wyczerpaniu obowiązku zamawiającego zweryfikowania, czy ewentualne niezgodności oferty z SWZ podlegają korektom w trybie opisanym art. 224 Ustawy, czego w ocenie Izby Zamawiający zaniechał.

Izba ustaliła, że usunięcie omyłek nie powoduje zmiany ceny oferty ani innych jej istotnych parametrów. Zmiana odnosi się do opisu pozycji, która pod względem ilościowym odpowiada pozycji wymaganej przez SWZ lub usunięciu nadpisanych do pozycji zgodnej z SWZ pozycji doszczegóławiających pozycję podstawową uwzględnionych w cenie pozycji podstawowych zgodnych z SWZ. Zmiany opisu pozycji kosztorysowych i usunięcia pozycji nadmiarowych nie mają wpływu na klasyfikację cenową ofert.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że czynność odrzucenia oferty naruszyła Ustawę wobec zaistnienia konieczności wyjaśnienia niezgodności oferty z SWZ i dalej, w konsekwencji, jej skorygowania. Izba stwierdza, że zmiany nie powodują istotnej zmiany treści oferty i są możliwe do usunięcia zgodnie z art. 223 ust. 2 Pzp.

W ocenie Izby zakwestionowane decyzją o odrzuceniu oferty Odwołującego pozycje kosztorysowe i objęte odwołaniem niezgodności mają charakter innych omyłek podlegających obowiązkowi skorygowania przez Zamawiającego w trybie art. 223 ust 2 pkt. 3) Ustawy.

Jednocześnie bez wpływu na powyższe ustalenie i ocenę zachowania Zamawiającego ma fakt uznania decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego za uzasadnioną zgodnie z art. 253 Pzp. Izba uwzględniła zarzut najdalej idący. Zarzut odnoszący się do zakresu i sposobu uzasadnienia decyzji o odrzuceniu niezależnie od jego zasadności pozostaje bez wpływu na rozstrzygnięcie. Cała decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty dotknięta była błędem i stąd Izba uwzględniła odwołanie w całości.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 i art. 574 Ustawy oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt. 2 zw. z § 5 Rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący .....