

WYROK
z dnia 8 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel-Kowalczyk

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 marca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2021 r. przez wykonawcę **CDC Group Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Wielkopolskie – Ośrodek Integracji Europejskiej w Rokosowie**

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – wykonawcę CDC Group Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu i**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę **CDC Group Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **CDC Group Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** na rzecz **Województwo Wielkopolskie – Ośrodek Integracji Europejskiej w Rokosowie**, kwotę 4 168 złote 63 gr (słownie: cztery tysiące sto sześćdziesiąt osiem złotych, sześćdziesiąt trzy grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu oraz opłaty skarbowej.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 2020), na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Województwo Wielkopolskie – Ośrodek Integracji Europejskiej w Rokosowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Rewitalizacja zespołu pałacowo-parkowego w Rokosowie”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 10 lutego 2021 roku wykonawca CDC Group sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od czynności zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty i wyborze oferty najkorzystniejszej oferty Firmy Architektoniczno-Budowlanej Restauracji Zabytków „ARCHITEKTON” L. P., L. L. Sp. J.

W związku z powyższym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu nieprawidłowego wypełnienia kosztorysu, podczas gdy powyższe nie prowadziło do niezgodności oferty z SIWZ;
- 2) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez jego niezastosowanie w odniesieniu do oferty Odwołującego w zakresie objętym pozycją 214 kosztorysu etapu II, przy jednoczesnym zastosowaniu go w odniesieniu do innych pozycji kosztorysu;
- 3) art. 87 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp - poprzez jego niezastosowanie w odniesieniu do oferty Odwołującego w zakresie objętym pozycją 214 kosztorysu etapu II i niepoprawienie oczywistej omyłki pisarskiej w postaci błędnego tytułu tej pozycji, przy jednoczesnym zastosowaniu go w odniesieniu do innych pozycji kosztorysu, pomimo że nie doprowadziłoby to do istotnej zmiany treści oferty;
- 4) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców - poprzez odrzucenie oferty Odwołującego przy jednoczesnym wyborze oferty Architekton, podczas gdy żadna z tych ofert nie zawierała kosztorysu zgodnego z informacjami udostępnionymi przez Zamawiającego w dniu 8 grudnia 2020 r.;
- 5) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady przejrzystości postępowania - poprzez wielokrotne zmiany formularzy związanych z postępowaniem przez Zamawiającego, w tym formularza kosztorysowego, wycofywanie się i poprawianie ponowne raz zmienionych dokumentów, co skutkowało zupełnym brakiem przejrzystości przygotowanych dokumentów; jak również poprzez stosowanie różnych definicji „istotnej zmiany w treści oferty”, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wnioskował o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 5 lutego 2020 r.;
- 3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert w Postępowaniu z uwzględnieniem konieczności wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie pozycji 214 kosztorysu etapu II i poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w pozycji 214 kosztorysu etapu II;
- 4) ewentualnie (w przypadku nieuwzględnienia wniosków z pkt II.1) i 2) powyżej) unieważnienie Postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na to, że obarczone jest ono nienadającą się do usunięcia wadą, wskazaną pod zarzutem opisanym w pkt. 5) odwołania.
- 5) zasądzenie od Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu wniesionego odwołania odwołujący odnośnie podniesionych zarzutów wskazał:

Przedmiotem zamówienia jest: Rewitalizacja zespołu pałacowo-parkowego w Rokosowie prowadzona przez Ośrodek Integracji Europejskiej w Rokosowie pod nr ref. S.26-2/20. Na etapie składania pytań do treści dokumentacji Postępowania, Zamawiający opublikował kolejno następujące 11 pism z wyjaśnieniami SIWZ.

Skracając ten długotrwały proces dochodzenia do ostatecznych intencji Zamawiającego co do treści oferty, dla potrzeb niniejszego postępowania odwołujący wskazał, że do wyjaśnień z dnia 5 grudnia 2020 r. Zamawiający dołączył nowy wzór dokumentu przedmiarów obejmujących 2 etap

realizacji inwestycji. W dokumencie tym, w dziale „Roboty sanitarne – Klimatyzacja i wentylacja – etap drugi”, zastąpiono pozycję „Montaż systemu klimatyzacji w pomieszczeniach” pozycją „Przewód wentylacyjny stalowy OC prostokątny typ A1[...]” (dalej: pozycja 214). Następnie Zamawiający wyjaśnił, że był to błąd i w ramach zamówienia podtrzymuje obowiązek wykonania montażu klimatyzacji, a pozycję tę należy wycenić w ramach oferty. Odwołujący uwzględnił cenę montażu systemu klimatyzacji, zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego, w swojej ofercie.

Dalej odwołujący podał, że w dniu 18 grudnia 2020 r. Zamawiający dokonał otwarcia ofert i poinformował, że w Postępowaniu wpłynęło 8 ofert od wykonawców zainteresowanych

realizacją inwestycji. Następnie, w dniu 1 lutego 2021 r. Zamawiający poinformował oferentów, że najkorzystniejsza oferta złożona w Postępowaniu należy do odwołującego.

W dniu 3 lutego 2020 r. firma Architekton w piśmie skierowanym do Zamawiającego zarzuciła, że dokonał on wyboru oferty Odwołującego, podczas gdy oferta ta jest niezgodna z SIWZ i dokumentacją Postępowania, wskazując, że nie zawiera kosztorysu dla pozycji „montaż klimatyzacji w pomieszczeniu” (pozycja. 214).

W związku z powyższym, w dniu 3 lutego 2021 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 181 ust. 2 ustawy Pzp unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 1 lutego 2020 r., po czym dokonał ponownej oceny pozostałych ofert i w dniu 5 lutego 2021 r. odrzucił ofertę złożoną w Postępowaniu przez odwołującego i wybrał ofertę firmy Architekton.

Odwołujący podał, że pismem z dnia 8 lutego 2021 r. poinformował Zamawiającego o stwierdzonych w Postępowaniu nieprawidłowościach, w tym nieprawidłowym unieważnieniu czynności wyboru ofert z dnia 1 lutego 2021 r. oraz odrzuceniu oferty Odwołującego, po czym wniósł o przywrócenie stanu zgodnego z przepisami.

Odwołujący zwrócił uwagę Zamawiającego, że przygotowany przez niego kosztorys dotyczący wykonania klimatyzacji w pomieszczeniu, mimo błędnego oznaczenia, został zamieszczony we właściwej rubryce poświęconej „Robotom sanitarnym – Klimatyzacja i wentylacja – etap 2” (czyli dział 21 kosztorysu). Konsekwentnie również koszt tych prac został przez Odwołującego zawarty w złożonej w Postępowaniu ofercie.

Zamawiający nie ustosunkował się do wspomnianego wyżej pisma Odwołującego. W związku z czym odwołujący wniósł odwołanie.

Przedstawiając uzasadnienie prawne w zakresie naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący zauważył, że nieobjęcie kosztorysem pewnych pozycji, nie może być utożsamiane z nieuwzględnianym tej pozycji w ofercie Odwołującego. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2014 r., o sygn. akt KIO 1515/14.

Odwołujący podniósł, że koszt wykonania klimatyzacji w postaci zgodnej z przedmiarem zawarł w swojej ofercie, opatrzył go jednak – omyłkowo – błędnym opisem, innym niż ten, którego Zamawiający finalnie wymagał od oferentów (w wyniku licznych zmian dokumentów postępowania). W ocenie odwołującego powyższy wyrok potwierdza jednak, że nawet, gdyby odwołujący pominął w kosztorysie wycenę pewnych robót, sytuacja ta nadal nie dawałaby podstaw do uznania, że oferta odwołującego jest niezgodna z SIWZ. Zdaniem odwołującego oznacza to, że zarówno zakres oferowanych prac, jak i ich wartość nie ulegną zmianie wskutek zmiany opisu pozycji 214 w ofercie odwołującego.

Odwołujący przywołał wyniki kontroli doraźnej z dnia 12 sierpnia 2013 r. sygn. UZP/DKD/KND/47/12.

W ocenie odwołującego, w sytuacji, gdy w kosztorysie odwołującego pojawiła się kategoria (rubryka) 21 nazwana „Roboty sanitarne – Klimatyzacja i wentylacja – etap 2” i została ona wyceniona na kwotę 6.942,47 zł, trudno zgodzić się z Zamawiającym, że jego ustalenia o braku ujęciu w ofercie tej pozycji były „niebudzące wątpliwości”.

Odwołujący wskazał, że w sytuacjach, w których popełnione przez wykonawcę błędy są mało istotne, nie powodują zmiany ceny ofertowej lub wynikają z oczywistych przesunięć kalkulacyjnych – czyli dokładnie takiej, jaka ma miejsce w niniejszym Postępowaniu, nie skutkują one odrzuceniem oferty. Taka interpretacja jest powszechna w orzecznictwie KIO. Co więcej, stanowisko Izby jeszcze dalej stawia granicę, która obliuguje zamawiających do odrzucania ofert

obarczonych wadliwością. Tytułem przykładu, przywołał wyrok z dnia 24 stycznia 2013 r., sygn. KIO 49/13.

Odwołujący stwierdził, że zawarł we właściwym miejscu informacje w zakresie kosztów wykonania klimatyzacji w pomieszczeniach, opatrzył ją jedynie błędnym opisem, a pomyłka ta wynikała w dużej mierze z błędów samego Zamawiającego popełnionych podczas prowadzenia Postępowania w zakresie sporządzania dokumentacji, na co wyraźnie wskazuje nie tylko ilość, ale i zakres wyjaśnień i zmian, które Zamawiający wprowadzał do postępowania w okresie zaledwie 1,5 miesiąca (listopad-połowa grudnia). Tym samym, skoro KIO dopuszcza możliwość wyjaśnienia oferty, w celu uniknięcia jej odrzucenia z postępowania w przypadku omyłki polegającej na pominięciu całej pozycji w kosztorysie, tym bardziej uzasadnione jest uznanie, że pomyłka polegająca na uwzględnieniu pewnej pozycji kosztorysu, ale opatrzeniu jej nieprawidłowym opisem, nie aktualizuje obowiązku odrzucenia oferty przez Zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że nie bez znaczenia jest również fakt, że – jak wskazano wyżej – błąd odwołującego wyniknął po części z winy Zamawiającego. Przywołał wyrok KIO z dnia 24 stycznia 2013 r. KIO 49/13 oraz w wyroku z 4 marca 2011 r., KIO 333/11).

Mając na uwadze powyższe okoliczności, odwołujący stwierdził, że nie powinno ulegać wątpliwości, że w stanie Postępowania nie zaktualizowały się przesłanki art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, skutkujące obowiązkiem odrzucenia przez zamawiającego oferty odwołującego. Pomyłka wykonawcy nie rzutuje na prawidłowość złożonej oferty oraz nie wyklucza możliwości wzięcia przez wykonawcę udziału w Postępowaniu. Na potwierdzenie powyższej tezy przywołał wyrok KIO z dnia 13 listopada 2018 r. KIO 2238/18.

W zakresie naruszenia art. 87 ust. 1 i art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, odwołujący podniósł, że niezależnie od powyższego, zamawiający powinien był wezwać go do wyjaśnienia złożonej przez siebie oferty w trybie art. 87 ust. 1 zd. 1 ustawy Pzp, czego z nieznanymi powodów w tym akurat przypadku zaniechał. Odwołujący wskazał, że zamawiający zwracał się do odwołującego w tym trybie lecz w innym zakresie z żądaniem wyjaśnień złożonej

oferty pismem z dnia 11 stycznia 2021 r. odwołujący wyjaśnił wątpliwości zamawiającego i te wyjaśnienia zostały przyjęte. Co więcej, pismem z dnia 20 stycznia 2021 r. zamawiający poinformował odwołującego o korektach przedłożonej przez niego oferty powołując się na art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wezwanie z 11 stycznia 2021 r. dotyczyło podwójnego uwzględnienia (a więc i podwójnego zabudżetowania) pozycji „Odbudowa pomostu ze stawem”, mimo że Zmawiający wymagał tylko jednej takiej pozycji. Zmiana, która nastąpiła wskutek wezwania była więc nawet dalej idąca niż ta, która wynikałaby ze zmiany jedynie OPISU pozycji 214. Zmiana opisu nie wpłynęłaby bowiem na łączną wartość określoną w kosztorysie, a ograniczyłaby się tylko do zamiany kilkunastu słów na stronie 48 kosztorysu Etapu II. Co istotne, zmiana wprowadzona do oferty na skutek wezwania z 11 stycznia 2021 r. wymagała trzech stron opisu (pismo Zamawiającego z 20 stycznia 2021 r.), gdyż tak dużo pozycji musiało ulec zmianie w skutek usunięcia z oferty jednej, mylnie policzonej dwukrotnie, roboty (obniżenie wszystkich kosztów ofertowych o wartość jednej pozycji „Odbudowa pomostu ze stawem”). Skoro zaś zmiana zainicjowana 11 stycznia 2021 r. nie została uznana przez Zmawiającego za istotną w rozumieniu przepisów (a tak wprost wskazał Zmawiający w piśmie z 20 stycznia 2021 r.), nie sposób znaleźć powodów, dla których za istotną uznana miałyby być ewentualna zmiana opisu pozycji 214. Taka decyzja zamawiającego, w ocenie odwołującego, świadczy o jego daleko idącej niekonsekwencji w ocenie przesłanek stosowania art. 87 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazuje dalej, że z powyższych względów tym bardziej niezrozumiałe jest w jego ocenie, dlaczego zamawiający, jeśli powziął jakiegokolwiek wątpliwości dotyczące zakresu robót, do których wykonania zobowiązał się odwołujący, nie zwrócił się on o wyjaśnienie takich okoliczności do odwołującego przed odrzuceniem jego oferty, podobnie jak zrobił to 11 stycznia 2021 r. Odwołujący stwierdził, że nie kwestionuje, że wezwanie do wyjaśnień treści oferty stanowi uprawnienie Zamawiającego, zgodnie z literalnym brzmieniem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Należy jednak mieć na względzie, że Zamawiający dążąc do zachowania uczciwej konkurencji w Postępowaniu powinien był w sposób prawidłowy zbadać wszystkie oferty. Zaniechanie wezwania do wyjaśnień może stanowić naruszenie podstawowych zasad zamówień publicznych (tak np. art. 87 nPZP red. Jaworska 2020, wyd. 12/J. Jarnicka, Legalis).

Zdaniem odwołującego wezwanie go do złożenia wyjaśnień w przedmiocie jego oferty, byłoby tym bardziej uzasadnione, że oczywista omyłka w przeklepaniu treści kosztorysu nie powstałaby bez udziału samego Zamawiającego, który w sposób wielokrotny zmieniał treść dokumentów „przedmiar robót”, robiąc to również błędnie i w konsekwencji poprawiając wielokrotnie te same pozycje. Nie powinno więc dziwić, że przy ponad 700 stronach oferty, każdy oferent mógł popełnić podobny błąd. Odwołujący podniósł, że nie uchronił się przed tym błędem również i sam konkurent Odwołującego – spółka Architekton.

Rozważając możliwość zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Odwołujący zwrócił uwagę na jego ratio legis. W doktrynie wskazuje się, że zmiany w dokumentach kosztorysowych są najczęstszymi spośród zmian dokonywanych na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3. (tak: J. Piróg [w:] Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz). Przyczyną tego jest niewątpliwie częsta obszerność kosztorysów, zawierających setki i tysiące pozycji. Co więcej, błędy w kosztorysie ofertowym niewielkie w swej treści legły u podstaw nowelizacji przepisu art. 87 i wprowadzenia do niego właśnie ust. 2 pkt 3. Odwołujący przytoczył uzasadnienie z druku nr 471 z 2008-04-24 [w:] Druki Sejmowe VI kadencja; <http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/wgdruku/471>).

Odwołujący wskazał, że powyższe fakty pozostają istotne z perspektywy Postępowania, gdzie biorąc pod uwagę nieprecyzyjne odpowiedzi Zamawiającego na pytania oferentów opublikowane w dniu 5 grudnia 2020 r. oraz 8 grudnia 2020 r. oraz wyniki z związku z tym trudności z właściwym sformułowaniem opisu kosztorysu, Zamawiający miał w ocenie Odwołującego jednoznaczną możliwość ustalenia, że mimo przedstawienia kosztorysu z nieaktualnym opisem, wskazane przez Odwołującego we właściwej rubryce (Roboty sanitarne – Klimatyzacja i wentylacja – etap 2”) koszty dotyczą właśnie wykonania klimatyzacji w pomieszczeniu oraz odpowiadają treści SIWZ.

W dowód powyższego twierdzenia, Odwołujący zwrócił uwagę, że również oferta konkurenta, firmy Architekton, została przedłożona z tożsamym błędem, polegającym na zawarciu w przedmiarze robót obejmującym 2 etap realizacji inwestycji błędnego opisu rubryki 214 przewidującej zamiast „montażu klimatyzacji w pomieszczeniu” pozycję „Przewód wentylacyjny stalowy OC prostokątny typ A1[...]”.

W ocenie odwołującego, zaistniały przesłanki pozwalające na zastosowanie przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 pkt. 3) ustawy Pzp tj. poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej, jaką było nieprawidłowe nazwanie pozycji kosztorysu. Działanie takie jest uzasadnione w ocenie doktryny i praktyki orzeczniczej. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 14 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 689/11 oraz wyrok z dnia 4 marca 2011 r., sygn. akt KIO 333/11.

Podsumowując tę część rozważań, odwołujący zauważył, że ewentualna zmiana opisu pozycji 214 nie stanowiłaby, istotnej zmiany treści oferty, a zatem winna być dokonana w trybie podobnym, jaki Zamawiający zastosował 11 i 20 stycznia 2021 r. w odniesieniu do pozycji „Odbudowy pomostu ze stawem”.

W zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – zasada równego traktowania wykonawców, odwołujący stwierdził, że nie sposób nie odnieść się do naruszenia uczciwej konkurencji między oferentami, co niewątpliwie miało miejsce w Postępowaniu z winy Zamawiającego. Należy bowiem wskazać, że gdyby prawdziwe były twierdzenia, co do wadliwości oferty złożonej przez Odwołującego, wówczas Zamawiający nie mógłby wybrać oferty także firmy Architekton, bowiem ta obarczona była tożsamym do Odwołującego błędem (a na pewno o

tym samym poziomie „istotności”). Odwołujący wskazał, że Architekton w swojej ofercie równie nieprawidłowo wskazał koszty wykonania klimatyzacji, opatrując go tożsamym opisem „Przewód wentylacyjny stalowy OC prostokątny typ A1[...]” w poz. 214. W kontekście wyjaśnień przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego, przekazanych przez Zamawiającego w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 5 lutego 2021 r., dodanie pozycji na końcu oferty również jest działaniem

niezgodnym z oczekiwaniem Zamawiającego, który oczekiwał podmiany pozycji 214.

Tym samym, w ocenie odwołującego, dokonanie przez Zamawiającego unieważnienia wyboru oferty Odwołującego, a następnie odrzucenie oferty odwołującego z powodu jej wątpliwej niezgodności z SIWZ i dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, w konsekwencji czego wybrana została oferta Architekton, która również - w świetle stanowiska Zamawiającego, stosowanego konsekwentnie wobec wszystkich wykonawców - powinna być uznana za niezgodną SIWZ, stanowi oczywiście naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady uczciwego i równego traktowania wykonawców. Odwołujący przywołał wyrok KIO z dnia 22 czerwca 2020 r. KIO 593/20. Zdaniem odwołującego, w przedmiotowej sprawie nie budziło wątpliwości, że odrzucenie jego oferty z powodu jej „wadliwości” przy jednoczesnym wyborze w Postępowaniu oferty Architekton, obarczonej podobnymi omyłkami, kreuje podwójne standardy w traktowaniu przez Zamawiającego oferentów i narusza powołane wyżej przepisy i fundamentalne zasady ustawy Pzp.

W zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – zasada równego traktowania wykonawców, odwołujący zauważył, że zakres zmian w Postępowaniu, które doprowadziły do licznych błędów w ofertach, jak również nierówne traktowanie tych błędów przez Zamawiającego, powoduje, iż Postępowanie jest obarczone nieusuwalną wadą w postaci braku przejrzystości wymagań Zamawiającego w zakresie składanych ofert, a w szczególności ich formy.

W konsekwencji w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawę Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp konieczne jest, w ocenie odwołującego unieważnienie Postępowania.

Podsumowując, w ocenie odwołującego zamawiający uchybił swoim obowiązkom wynikającym z PZP, a wskutek podjętych czynności doprowadził do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, w związku z czym wniesienie niniejszego odwołania było uzasadnione.

W dniu 5 marca 2021 r. Zamawiający przekazał odpowiedź na odwołanie w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości, przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu oraz zasądzenie od odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Uzasadniając swoje stanowisko zamawiający wskazał, że jego ocenie zawarte w treści odwołania zarzuty dotyczące naruszenia przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp są nieuzasadnione z następujących powodów:

1) zarzut naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp „poprzez odrzucenie oferty odwołującego z powodu nieprawidłowego wypełnienia kosztorysu, podczas gdy powyższe nie prowadziło do niezgodności oferty z SIWZ”.

Zamawiający wskazał, iż przedmiot zamówienia opisany został w rozdziale II Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ), a szczegółowo przedmiot ten zgodnie z postanowieniami rozdz. II pkt 4 pkt 6 określały między innymi przedmiary robót stanowiące załącznik Nr 15 do SIWZ. W przedmiotowym załączniku w przedmiarze robót dotyczącym ETAPU nr 2 w Lp. 21 pn. „Roboty sanitarne – Klimatyzacja i wentylacja – etap drugi” Zamawiający w poz. 211 (str. 88 przedmiaru robót ETAP nr 2) wymagał by w ramach przedmiotu zamówienia wykonany został montaż systemu klimatyzacji w pom. 1 kmpl na co składała się dostawa systemu klimatyzacji VRF 1 szt/kmpl oraz montaż systemu klimatyzacji 9 szt/kmpl.

Zamawiający podał, że w wyniku wielu pytań i wątpliwości wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz konieczności udzielenia szczegółowych odpowiedzi i wyjaśnień, aby umożliwić potencjalnym wykonawcom prawidłowe przygotowanie ofert po otrzymaniu przez nich wyjaśnień, dokonał zgodnie z przepisami ustawy Pzp zmiany SIWZ w zakresie terminu składania i otwarcia ofert z dnia 27 listopada 2020 r. na dzień 18 grudnia 2020 r. Zmiana SIWZ i zmiana ogłoszenia o zamówieniu ukazała się w dniu 20 listopada 2020 r. W dniu 5 grudnia 2020 r. (tj. na 12 dni przed upływem terminu składania ofert) Zamawiający udzielił odpowiedzi na zgłoszone przez wykonawców pytania i wątpliwości, zamieszczając je na stronie internetowej. Do wyjaśnień Zamawiający dołączył załączniki w tym zaktualizowane przedmiary robót ETAP nr 1 i ETAP nr 2.

W zaktualizowanym przedmiarze robót dotyczącym ETAPU nr 2 str. 98 w Lp. 21 pn. „Roboty sanitarne – Klimatyzacja i wentylacja – etap drugi” w poz. 214 ujęto wykonanie pozycji pn. "Przewód wentylacyjny stalowy OC prostokątny typ A1, do 35% udziału kształtek i obwodzie do 1800". Taki sam zakres robót był określony w przedmiarze robót ETAP nr 1 str. 279 w Lp. 16 pn. „Roboty sanitarne – Klimatyzacja i wentylacja – pierwszy etap” poz. 757 dz. 16.

W dniu 7 grudnia 2020 r. wpłynęło do Zamawiającego między innymi zapytanie następującej treści: *„do odpowiedzi na pytania z dnia 5.12.2020 załączono nowe, obowiązujące przedmiary. W przedmiarze dla etapu 2 w dziale "Roboty sanitarne-Klimatyzacja i wentylacja - etap drugi" usunięto pozycję "Montaż systemu klimatyzacji w pomieszczeniach". W jej miejsce pojawiła się pozycja "Przewód wentylacyjny stalowy OC prostokątny typ A1, do 35% udziału kształtek i obwodzie do 1800". Czy Zamawiający rezygnuje z montażu klimatyzacji wg projektu wykonawczego?"*

W odpowiedzi zamieszczonej na stronie internetowej w dniu 8 grudnia 2020 r. Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:

„Zamawiający nie rezygnuje z montażu klimatyzacji. Przy przygotowaniu uzupełnienia kosztorysowego błędnie dwa razy użyto tej samej pozycji w Etapie nr I i Etapie nr II . Prawidłowo w drugim etapie powinna być pozycja „Montaż systemu klimatyzacji w pomieszczeniu”

1 Klimatyzacja i wentylacja

1 Montaż systemu klimatyzacji w pom. obmiar = 1 kmpl

-- M --

1 Dostawa systemu klimatyzacji VRF 1szt/kmpl*

2 Montaż systemu klimatyzacji 9szt/kmpl*

W załączeniu prawidłowy przedmiar robót dotyczący montażu systemu klimatyzacji w pomieszczeniu w etapie nr II.”.

Załączony do wyjaśnień przedmiar robót dotyczył tylko tej jednej pozycji tj. montażu systemu klimatyzacji w pomieszczeniach i był tam ujęty ten sam zakres prac, który wynikał z przedmiaru robót ETAP nr 2 stanowiącego załącznik nr 15 do SIWZ zamieszczony wraz z ogłoszeniem przetargu w dniu 29 października 2020 r.

W terminie do dnia 18 grudnia 2020 r. do godz. 12:00 złożonych zostało 8 ofert. Najtańszą ofertę za kwotę 8 317 962,01 zł. złożyła Firma Architektoniczno-Budowlana Restauracji Zabytków Architekton L. P. L. L. Sp. J. Rynek 4A, 67-200 Głogów, natomiast odwołujący złożył ofertę za kwotę 8 395 122,81 zł.

W trakcie badania i oceny ofert Zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, zwrócił się w dniu 11 stycznia 2021 r. z żądaniem złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty do dwóch oferentów tj.:

1) oferty Firma Architektoniczno-Budowlana Restauracji Zabytków Architekton L. P. L. L. Sp. J. ul. Rynek 4A, 67-200 Głogów – żądanie dotyczyło podania wartości robocizny, materiałów, kosztów zakupu, kosztów sprzętu, kosztów ogólnych oraz zysku, które składały się na ceny jednostkowe 3 pozycji kosztorysu ofertowego,

2) oferty firmy CDC Group ul. Skarbowców 4, 53-025 Wrocław - żądanie dotyczyło złożenia wyjaśnień różnicy pomiędzy ilością sztuk wykazanych w kosztorysie ofertowym, a ilością sztuk wskazaną w przedmiarze robót w tej pozycji kosztorysu ofertowego.

Dalej zamawiający podał, że po uzyskaniu przedmiotowych wyjaśnień od w/w wykonawców dotyczących złożonych ofert w zakresie ujętych w kosztorysach ofertowych pozycji wynikających z przedmiaru robót, lecz w ilościach niezgodnych z tym przedmiarem, na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Zamawiający dokonał poprawy innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Obydwie firmy nie

zakwestionowały dokonanych poprawek. W wyniku poprawienia przedmiotowych omyłek zmianie uległa cena za wykonanie przedmiotu zamówienia i przedstawiała się następująco:

a) oferta Firmy Architektoniczno-Budowlana Restauracji Zabytków Architekton L. P. L. L. Sp. J. Rynek 4A, 67-200 Głogów – cena 8 361 034,62 zł (przed poprawkami 8 317 962,01 zł);

b) oferta CDC Group sp. z o.o. – cena 8 306 228,55 zł (przed poprawką 8 395 122,81 zł.).

Po dokonaniu oceny i przedłożeniu niezbędnych dokumentów jako najkorzystniejszą zamawiający wybrał ofertę Odwołującego.

Zawiadomienie do wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty CDC Group sp. z o.o. zawierające informacje, o których mowa w art. 92 ust. 1 ustawy Pzp wysłano do wykonawców w dniu 1 lutego 2020 r. W tym samym dniu udostępniono na stronie internetowej informację, o której mowa w art. 92 ust. 2 ustawy Pzp.

W dniu 3 lutego 2020 r. wpłynęło do Zamawiającego pismo od firmy Architektoniczno-Budowlana Restauracji Zabytków Architekton L. P. L. L. Sp. J zwracające się z prośbą o ponowne rozważenie zasadności dokonanego wyboru oferty CDC Group sp. z o.o. ze względu, że przedstawiony do oferty i stanowiący część tej oferty kosztorys ofertowy nie obejmował wszystkich pozycji z kosztorysu zerowego i brak było pozycji „Montaż sytemu klimatyzacji w pom.” dla II etapu robót.

Zamawiający wskazał, że po ponownej analizie oferty Odwołującego ustalono, iż w kosztorysie ofertowym dotyczącym II etapu str. 48 (str. 217 oferty) w Lp. 21 pn. „ Roboty sanitarne-Klimatyzacja i wentylacja - etap drugi" w pozycji 214 pn. "Przewód wentylacyjny stalowy OC prostokątny typ A1, do 35% udziału kształtek i obwodzie do 1800" wykonawca uwzględnił wykonanie tej pozycji w ilości 63,000 m² za cenę jednostkową 110,198 zł za 1 m² tj. wartość ogółem tej pozycji stanowi kwotę 6.942,47 zł. Ponadto w żadnej innej pozycji kosztorysu ofertowego nie było pozycji pn. "Klimatyzacja i wentylacja – Montaż systemu klimatyzacji w pom. – 1kmpł", który zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego z dnia 8 grudnia 2020 r. oraz dodatkowym przedmiarem robót dla tej pozycji powinien być uwzględniony w ofercie każdego wykonawcy.

Wbrew twierdzeniom odwołującego zawartym w odwołaniu „...*że przygotowany przez niego kosztorys dotyczy wykonania klimatyzacji w pomieszczeniu, mimo błędnego oznaczenia, został zamieszczony we właściwej rubryce poświęconej „Robotom sanitarnym – Klimatyzacja i wentylacja – etap 2” (czyli dział 21 kosztorysu). Konsekwentnie również koszt tych prac został przez Odwołującego zawarty w złożonej w Postępowaniu ofercie.*” i dalej „....., *Odwołujący koszt wykonania klimatyzacji w postaci zgodnej z przedmiarem zawarł w swojej ofercie, opatrzył go jednak – omyłkowo błędnym opisem, innym niż ten, którego Zamawiający finalnie wymagał od oferentów (w wyniku licznych zmian dokumentów*

postępowania)", Zamawiający wskazał, iż przedmiot zamówienia wykazany w pozycji 214 kosztorysu ofertowego Odwołującego nie zawiera montażu systemu klimatyzacji w pom 1 kmpl, na który zgodnie z przedmiarem (stanowiącym załącznik do wyjaśnień z dnia 8 grudnia 2020 r.) składa się dostawa systemu klimatyzacji VRF 1 szt/kmpl oraz montaż systemu klimatyzacji 9 szt/kmpl.

Zamawiający podkreślił, że cała pozycja 214 w kosztorysie ofertowym Odwołującego, a nie tylko nazwa dotyczy zakresu robót z zaktualizowanego przedmiaru robót stanowiącego załącznik do wyjaśnień z dnia 5 grudnia 2020 r., która jak wskazał jednoznacznie Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 8 grudnia 2020 r. była błędnie wpisana i Zamawiający wskazał w sposób nie budzący wątpliwości jaki zakres prac powinny uwzględniać złożone oferty w zakresie wykonania „Klimatyzacji i wentylacji - etap drugi”.

W ocenie Zamawiającego wymagania stawiane wykonawcom w SIWZ należało czytać jako całość tj. wraz z odpowiedziami Zamawiającego na pytania wykonawców złożone na etapie postępowania przed złożeniem ofert, gdyż odpowiedzi te stanowią wykładnię autentyczną, która wiąże zarówno Zamawiającego jak i wykonawców. W tym miejscu zamawiający przywołał wyrok KIO z dnia 25 listopada 2020 r. sygn. KIO 2816/20.

Zamawiający stwierdził, iż nie można również uznać argumentu, że odwołujący koszt wykonania klimatyzacji zgodnej z przedmiarem zawarł w swojej ofercie, gdyż jak wskazano wyżej koszt ten stanowił wartość ogółem stanowiącą kwotę 6.942,47 zł, podczas gdy 6 oferentów zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 8 grudnia 2020 r. oraz załączonym do wyjaśnień przedmiarem robót wypełniło kosztorysy ofertowe i ujęło w zakresie przedmiotu zamówienia montaż systemu klimatyzacji w pom 1 kmpl, na który składa się dostawa systemu klimatyzacji VRF 1 szt/kmpl oraz montaż systemu klimatyzacji 9 szt/kmpl. Cena zaoferowana przez tych 6 oferentów za montaż systemu klimatyzacji, o którym mowa w wyjaśnieniach Zamawiającego z dnia 8 grudnia 2020 r. oraz dołączonym do wyjaśnień przedmiarem robót wynosi od kwoty netto 74.672,00 zł do kwoty netto 175.100 zł, co daje średnią arytmetyczną z tych ofert stanowiącą kwotę 120.974,73 zł. Zamawiający podkreślił, iż gdyby uznał, argumenty odwołującego, że jego oferta uwzględnia w poz. 214 jego kosztorysu ofertowego ETAP nr 2 montaż systemu klimatyzacji w pom 1 kmpl, na który składa się dostawa systemu klimatyzacji VRF 1 szt/kmpl oraz montaż systemu klimatyzacji 9 szt/kmpl za cenę 6.942,47 zł., a tylko błędny jest opis tej pozycji naruszyłby zasadę równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i zasadę uczciwego konkurencyjności.

Zamawiający wskazał, że wszystkie te okoliczności uwzględnił przy ponownej ocenie ofert i uznał, że oferta wraz z kosztorysem ofertowym odwołującego nie uwzględniała w przedmiocie zamówienia wykonania w ramach ETAPU nr 2 poz. „Klimatyzacja i wentylacja - montażu systemu klimatyzacji w pom 1 kmpl”, na który składa się dostawa systemu klimatyzacji VRF 1 szt/kmpl oraz montaż systemu klimatyzacji 9 szt/kmpl zgodnie z

wyjaśnieniami Zamawiającego i dołączonym przedmiarem robót, a ponadto nie określała ceny jednostkowej dla tej pozycji przedmiaru robót i tym samym nie obejmowała całego zakresu przedmiotu zamówienia wymaganego zapisami SIWZ, co - w świetle postanowień pkt 2 - 4 rozdz. XIII SIWZ pn. „Sposób obliczenia ceny oferty” zobowiązujących wykonawców do:

a) wypełnienia załączonych kosztorysów ofertowych obejmujących przedmiot zamówienia oraz arkusz zbiorczy kosztów,

b) wypełnienia kosztorysów ofertowych ściśle według kolejności pozycji i ich opisów, według załącznika do SIWZ,

c) określenia cen jednostkowych oraz wartości netto dla wszystkich pozycji występujących w formularzu kosztorysu ofertowego. Wykonawca musi uwzględnić wszystkie pozycje kosztorysów ofertowych, które należy wypełnić z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku - spowodowało, że treść oferty CDC Group sp. z o.o. nie odpowiadała treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a Zamawiający nie mógł samodzielnie bez udziału wykonawcy zgodnie z przepisem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawić omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Zgodnie z postanowieniami SIWZ wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia jest wynagrodzeniem kosztorysowym, co powoduje, iż tylko prawidłowa wycena wszystkich pozycji, a tym samym wszystkich prac i całego zakresu przedmiotu zamówienia pozwala na porównanie ofert, a w przypadku braków w tym kosztorysie oferta z takimi brakami, których nie da się zwalidować w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp podlega odrzuceniu. Kosztorys składany przez wykonawcę w postępowaniu stanowił podstawę do oceny nie tylko poprawności określenia ceny oferty, lecz stanowił podstawowe i jedyne źródło ustalenia, czy treść oferty odpowiada treści SIWZ. Zamawiający przywołał wyrok KIO z dnia 27 października 2020 r. sygn. KIO 2343/20, wyrok KIO z 5 kwietnia 2017 r. sygn. KIO 501/17 oraz wyrok KIO z dnia 3 listopada 2020 r. sygn. KIO 2489/20.

2) Odnośnie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zamawiający wskazał, iż na podstawie tego przepisu zamawiający może dokonać poprawy innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, a nie oczywistej omyłki pisarskiej, które Zamawiający poprawia na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Ponadto pomimo, że Odwołujący w odwołaniu wielokrotnie wskazywał, iż jego zdaniem była to oczywista omyłka pisarska, to w ocenie Zamawiającego nie była to oczywista omyłka pisarska lecz inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z specyfikacją istotnych warunków zamówienia, co potwierdza pośrednio sam Odwołujący, który wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez niezastosowanie w odniesieniu do oferty

Odwołującego w zakresie pozycji 214. Przepis ten nakazuje Zamawiającemu poprawić inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Jednak by dokonać takich poprawek Zamawiający musi dysponować danymi wynikającymi ze SIWZ oraz złożonej przez wykonawcę oferty, które to dane pozwolą w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości dokonać poprawienia innych omyłek w szczególności takimi jak cena jednostkowa i ilość danej pozycji kosztorysu ofertowego .

Ponadto Zamawiający wskazał, że wprowadzone na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprawki muszą stanowić odzwierciedlenie złożonego przez wykonawcę oświadczenia woli zawartego w ofercie oraz kosztorysach ofertowych stanowiących element składowy całej oferty. W przypadku możliwości poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp błędu w pozycji 214 kosztorysu ofertowego ETAP nr 2 (str. 48) Zamawiający nie posiadał wiedzy o cenie jednostkowej montażu systemu klimatyzacji w pom 1 kmpl, na który składa się dostawa systemu klimatyzacji VRF 1 szt/kmpl oraz montaż systemu klimatyzacji 9 szt/kmpl, gdyż oświadczenie woli Odwołującego wyrażone w ofercie nie miało w żadnym miejscu odzwierciedlenia do tego zakresu przedmiotu zamówienia, na podstawie którego Zamawiający mógłby dokonać poprawy takiej omyłki. Na potwierdzenie swoich tez zamawiający przywołał wyrok KIO z 30 czerwca 2010 r. sygn. KIO 1132/10, wyrok KIO z 24 listopada 2011 r. sygn.. KIO 2443/11 oraz wyrok KIO z 17 października 2019 r. sygn. KIO 1964/19.

Natomiast odnosząc się do ogólnej uwagi Odwołującego zawartej w pkt. 32 (str. 11) odwołania, iż „... ewentualna zmiana opisu pozycji 214 nie stanowiłaby, istotnej zmiany treści oferty, a zatem winna być dokonana w trybie podobnym, jaki Zamawiający zastosował 11 i 20 stycznia 2021 r. w odniesieniu do pozycji „Odbudowy pomostu ze stawem”, Zamawiający podkreślił, że zmiana w pozycji 214 by doprowadzić tą pozycję do zgodności z wymaganiami Zamawiającego dotyczącymi przedmiotu zamówienia oraz z przedmiarem robót nie mogłaby polegać tylko i wyłącznie na zmianie opisu tej pozycji, ale na wpisaniu zupełnie nowej pozycji z cenami, do czego jak wyżej wskazano przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 nie daje podstaw. Natomiast zmiana dokonana na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w ofercie Odwołującego w dniu 20 stycznia 2021 r. polegała na poprawieniu omyłki polegającej na niezgodności ilości kpl pozycji pn. „Odbudowa pomostu nad stawem”, gdzie Odwołujący w ofercie uwzględnił 2 kpl, natomiast zgodnie z przedmiarem robót był do wykonania 1 kpl. Zamawiający z treści oferty znał cenę jednostkową 1 kpl, która wyszczególniona była w kolumnie 6 o wartości 72.271,56 zł i dokonał poprawienia tej omyłki w ofercie Odwołującego w treści oferty - kosztorysie ofertowym ETAP – nr 2, str 191 oferty (str. 22 kosztorysu ofertowego ETAP nr 2), dz. 5 pozycja 133 pn. „Odbudowa pomostu nad stawem” w następujący sposób:

„jest wpisane: w kolumnie 5 (Ilość) „ 2” oraz kolumnie 10 (Wartość zł) „144 543,52”;
poprawiono na: w kolumnie 5 (Ilość) „1” oraz w kolumnie 10 (Wartość zł) „72 271,56” i
konsekwentnie na skutek tej poprawki Zamawiający zmniejszył o kwotę 72.271, 56 zł
wartość oferty w innych częściach oferty. Zamawiający nie potrzebował w tej sprawie
wyjaśnień Odwołującego i mógł samodzielnie w w/w sposób dokonać poprawienia omyłki
polegającej na niezgodności oferty z SIWZ (przedmiarem robót), gdyż z treści oferty
wynikało jaką wartość należy przypisać 1 kpl pomostu nad stawem.

W związku z powyższym, w ocenie zamawiającego, sugestia odwołującego, iż zamawiający
winien poprawić pozycję 214 w trybie podobnym do poprawienia omyłki w dniu 20 stycznia
2021 r. w odniesieniu do pozycji odbudowy pomostu nad stawem jest chybiona i nie znajduje
uzasadnienia w obowiązującym przepisie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a wręcz sugestia ta
jest contra legem temu przepisowi.

W związku z powyższym w ocenie Zamawiającego zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 2
pkt 3 ustawy Pzp jest niezasadny.

3) zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp – poprzez „jego niezastosowanie w
odniesieniu do oferty Odwołującego w zakresie objętym pozycją 214 kosztorysu etapu II przy
jednoczesnym zastosowaniu go do innych pozycji kosztorysu;”.

Zamawiający wskazał, iż zgodnie z przepisem art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i
oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści
złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą
negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie
jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z przepisu tego wynika uprawnienie a nie obowiązek
zamawiającego do żądania od wykonawców wyjaśnień. Zamawiający, korzystając z tego
uprawnienia ma możliwość wyjaśnienia treść złożonej oferty. Celem wyjaśnienia treści
złożonej oferty jest uzyskanie dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości,
niejasności co do treści złożonej oferty pozwoli zamawiającemu dokonać należytego badania
i oceny złożonej oferty. Zamawiający wskazał, iż po dokonaniu powtórnego badania oferty
odwołującego na skutek pisma wniesionego przez firmę Architekton w dniu 3 lutego 2021 r. i
szczegółowej analizie kosztorysu ofertowego nie miał żadnych wątpliwości, iż odwołujący nie
uwzględnił nie tylko w poz. 214 kosztorysu ofertowego ETAP nr 2 ale w również w innych
częściach kosztorysu ofertowego i ofercie montażu systemu klimatyzacji w pomieszczeniach
1 kmpl, na który składa się dostawa systemu klimatyzacji VRF 1 szt/kmpl oraz montaż
systemu klimatyzacji 9 szt/kmpl zgodnie z wyjaśnieniami z dnia 8 grudnia 2020 r., z których
jednoznacznie wynikało, że do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia niezbędny
jest montaż tego systemu klimatyzacji, a odwołujący tego elementu przedmiotu zamówienia
w swej ofercie nie uwzględnił. Uzyskanie jakichkolwiek wyjaśnień od odwołującego
dotyczących nieuwzględnienia montażu klimatyzacji w pomieszczeniach nie mogło

doprowadzić do poprawienia omyłki polegającej na doprowadzeniu oferty CDC Group sp. z o.o. do zgodności z SIWZ, gdyż Zamawiający nie mógł zmienić w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oświadczenia odwołującego, który pominął w ofercie ten element przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, iż wyjaśnienia nie mogą rozszerzać treści oferty lecz mają stanowić pewnego rodzaju wykładnię elementów oferty, ale elementy w tym te muszą z oferty wynikać i muszą być w niej ujęte. W przypadku oferty odwołującego element oferty dotyczący montażu klimatyzacji w pomieszczeniach 1 kmpl w ETAPIE nr 2 nie był w tej ofercie ujęty, co było oczywiste i ewentualne uzyskane wyjaśnienia nie zmieniłyby faktu, iż element ten został przez Odwołującego pominięty. Takie stanowisko prezentowane jest również w orzecznictwie Sądów oraz Krajowej Izby Odwoławczej, w tym miejscu zamawiający przywołał wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 30 marca 2010 r. sygn. akt X Ga 7/10; wyrok KIO z dnia 14 stycznia 2021 r. sygn. KIO 3297/20; wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2020 r. sygn. 2968/20.

W ocenie zamawiającego w świetle powyższego zarzut odwołującego wskazujący na naruszenie przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest niezasadny.

4) zarzut naruszenia art. 7 ust. ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców – poprzez „odrzućenie oferty odwołującego przy jednoczesnym wyborze oferty Architekton, podczas gdy żadna z tych ofert nie zawierała kosztorysu zgodnego z informacjami udostępnionymi przez Zamawiającego w dniu 8 grudnia 2020 r.”

Zamawiający wskazał, iż jest zasadnicza różnica pomiędzy ofertą złożoną przez odwołującego a ofertą złożoną przez firmę Architektoniczno-Budowlaną Restauracji Zabytków Architekton L. P. L. L. Sp. J., ze względu na fakt, iż oferta firmy Architekton zawiera nie tylko błędnie podaną w zaktualizowanym przedmiarze robót ETAP nr 2 w dz. 21 pn. „Roboty sanitarne – Klimatyzacja i wentylacja – etap drugi” pozycję 214 uwzględniającą wykonanie „Przewodu wentylacyjnego stalowego OC prostokątnego typ A1, do 35% udziału kształtek i obwodzie do 1800” o wartości 10.142,53 zł, ale również uwzględnia wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 8 grudnia 2020 r. i kosztorysie ofertowym dotyczącym ETAPU nr 2 (str. 27) w Dz. 41 pn. „Klimatyzacja i wentylacja” w poz. 1 pn. „Montaż systemu klimatyzacji w pom.” ujęto montaż 1 kmpl za cenę 140.875,00 zł. Z powyższego wynika, iż oferta firmy Architekton uwzględniła cały zakres przedmiotu zamówienia w tym montaż systemu klimatyzacji w pomieszczeniu 1 kmpl, którego zamontowania żądał zamawiający co jednoznacznie wskazał w wyjaśnieniach z dnia 8 grudnia 2020 r., a czego nie uwzględniła oferta odwołującego. Ponadto - na co uwagę zwrócił odwołujący – oferta firmy Architekton zawiera również do wykonania pozycję 214 z błędnym opisem na kwotę 10.142,53 zł, czyli o jedną pozycję więcej niż wynikało to z wyjaśnień zamawiającego z dnia 8 grudnia 2020 r. Jednakże zamawiający w trakcie ponownego badania ofert uznał, iż oferta firmy Architekton spełnia wszystkie wymagania co do zakresu przedmiotu zamówienia, a ze względu na fakt,

iż do wyjaśnień z dnia 8 grudnia 2020 r. dołączył przedmiar do tylko jednej pozycji zakresu przedmiotu zamówienia ETAPU nr 2, co mogło sugerować wykonawcom, że oprócz pozycji 214 w zaktualizowanym przedmiarze robót załączonym do wyjaśnień z 5 grudnia 2020 r. należy dodatkowo uwzględnić pozycję z dodatkowego przedmiaru robót będącego załącznikiem do wyjaśnień z dnia 8 grudnia 2020 r. i z tego powodu Zamawiający nie ingerował w ofertę.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, iż twierdzeniem „odrzucenie oferty odwołującego przy jednoczesnym wyborze oferty Architekton, podczas *gdy żadna z tych ofert nie zawierała kosztorysu zgodnego z informacjami udostępnionymi przez Zamawiającego w dniu 8 grudnia 2020 r.*” Odwołujący potwierdził, że jego oferta nie zawierała kosztorysu zgodnego z wyjaśnieniami z dnia 8 grudnia 2020 r.

5) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. „zasady przejrzystości postępowania – poprzez „wielokrotne zmiany formularzy związanych z postępowaniem przez Zamawiającego, w tym formularza kosztorysowego, wycofywanie się i poprawianie ponowne raz zmienionych dokumentów, co skutkowało zupełnym brakiem przejrzystości przygotowanych dokumentów; jak również poprzez stosowanie różnych definicji „istotnej zmiany treści oferty”, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp”.

Na wstępie Zamawiający wskazał, iż nie stosował w niniejszym postępowaniu różnych definicji „istotnej zmiany treści oferty”, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 co wykazano w w pkt 2 (str. 9) niniejszej odpowiedzi na odwołanie i zarzut ten w ocenie Zamawiającego jest niezasadny.

Odwołujący postawił zarzut naruszenia zasady przejrzystości postępowania poprzez wielokrotne zmiany formularzy związanych z postępowaniem w tym formularzy kosztorysowych, wycofywanie się i poprawianie ponowne raz zmienionych dokumentów. Zamawiający wskazuje, iż w trakcie prowadzonego postępowania dokonywał następujących zmian dokumentacji postępowania:

a) w dniu 3 listopada 2020 r. do odpowiedzi na pytania wykonawców, Zamawiający dołączył poprawny rysunek rzutu parteru;

b) w dniu 5 listopada 2020 r. zmiana treści siwz i ogłoszenia o zmianie treści ogłoszenia w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności technicznej i zawodowej, w której częściowo uwzględniono propozycję zawartą w pytaniu jednego z wykonawców,

c) w dniu 6 listopada 2020 r. do odpowiedzi na pytania wykonawców, Zamawiający dołączył 2 rysunki uzupełniające do dokumentacji przedmiotu zamówienia;

d) w dniu 15 listopada 2020 r. do odpowiedzi na pytania wykonawców, Zamawiający uzupełnił dokumentację dotyczącą przedmiotu zamówienia o rysunki oraz wykaz sprzętu do kuchni;

e) w dniu 20 listopada 2020 r. zmiana treści siwz i ogłoszenia o zmianie treści ogłoszenia w związku z wydłużeniem terminu składania ofert z 27 listopada 2020 r. na 18 grudnia 2020 r.;

f) w dniu 5 grudnia 2020 r. do odpowiedzi na pytania wykonawców, Zamawiający dołączył zaktualizowane przedmiary robót ETAP nr 1 i nr 2, projekty wykonawcze budowlany, elektryczny i sanitarny, rzut ławy fundamentowej muru oporowego, rysunek nadbudowy ogrodu zimowego oraz mapę do celów projektowych;

g) w dniu 8 grudnia 2020 r. do wyjaśnień dołączono przedmiar robót dotyczący montażu klimatyzacji w pomieszczeniach.

Zamawiający stwierdził, iż z powyższego zestawienia wynika, iż zamawiający w zakresie przedmiotu zamówienia dokonał raz aktualizacji przedmiarów robót oraz projektów wykonawczych, raz dokonał uzupełnienia zaktualizowanego przedmiaru robót oraz uzupełniał dokumentację o rysunki techniczne. Wszystkie te zmiany i uzupełnienia były wynikiem zadawanych pytań przez wykonawców i nie było to zmiany wielokrotne w tym również wielokrotne wycofywanie się i powtórne poprawianie jak sugeruje odwołujący. Ponadto skoro obecnie odwołujący ma zastrzeżenia do wielokrotnej jego zdaniem zmiany dokumentacji postępowania dotyczącej przedmiotu zamówienia w tym formularzy kosztorysowych, to Zamawiający wskazał, iż zgodnie z przepisem art. 180 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, odwołujący miał prawo złożenia odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej na czynność Zamawiającego dotyczącą opisu przedmiotu zamówienia. Jednakże Odwołujący z tego prawa nie skorzystał ani też nie stawiał tych zarzutów na etapie postępowania w tym również, gdy pierwotnie jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, a zarzuty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia skierował dopiero po unieważnieniu przez Zamawiającego oferty CDC Group sp. z o.o. jako najkorzystniejszej oraz odrzuceniu jego oferty i wyborze oferty firmy Architekton jako najkorzystniejszej.

W ocenie zamawiającego, z treści odwołania wynika, iż za błąd popełniony przez CDC Group sp. z o.o. polegający na nieuwzględnieniu w swej ofercie montażu klimatyzacji w pomieszczeniach w ETAPIE nr 2 Odwołujący obarcza Zamawiającego. Jednakże należy wskazać, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty powinny być prawidłowo przygotowane zgodnie z SIWZ i wyjaśnieniami Zamawiającego, a wykonawcy powinni zachować w zakresie przygotowania ofert należyłą staranność obowiązująca w profesjonalnym obrocie gospodarczym, na co zwróciła również uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 października 2019 r. sygn. KIO 2021/2019, w którym Izba wskazała, iż: *„Na wstępie oceny prawidłowości postępowania Zamawiającego w tym zakresie wskazać należy, że Izba stoi na stanowisku, że zmiany w ofercie przetargowej po jej otwarciu powinny być co do zasady wykluczone z zastrzeżeniem możliwości korekty*

omyłek o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1-3 Pzp. Inne podejście do kwestii możliwości zmian niewątpliwie prowadzi do naruszenia zasady przejrzystości, równości wykonawców i możliwości uczciwego konkutowania. Tym samym zasadą jest niezmiennosc złożonej oferty. W postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający oczekuje złożenia prawidłowo przygotowanych ofert. Wykonawcy składający ofertę powinni więc w tym zakresie zachować należyta staranność obowiązującą w profesjonalnym obrocie gospodarczym."

Ponadto w ocenie Zamawiającego postępowanie prowadzone było z przestrzeganiem zasad równego traktowania wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz przejrzystości postępowania, o czym świadczy fakt udzielania szczegółowych wyjaśnień na pytania składane przez wykonawców oraz zmiana terminu składania i otwarcia ofert polegająca na jego wydłużeniu o 20 dni tak by wykonawcy mogli prawidłowo przygotować oferty.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej wyjaśnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie należy zaznaczyć, iż w przypadku odwołań wniesionych po 31 grudnia 2020 r., a dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosowanie do art. 92 ust. 2 ustawy z dn. 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) do postępowania odwoławczego zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dn. 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zwana dalej „nową Pzp” lub „nPzp”.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 nPzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 nPzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba uznała za nieskuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy Firmy Architektoniczno-Budowlanej Restauracji Zabytków „ARCHITEKTON” L. P., L. L. Sp. J. Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie

nie spełnia przesłanek formalnych określonych w art. 525 ust. 1 nPzp, który stanowi, że wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo w formie elektronicznej albo w postaci elektronicznej, z tym, że przystąpienia do postępowania odwoławczego wniesione w postaci elektronicznej wymaga opatrzenia podpisem zaufanym. Wniesione przez Firmę Architektoniczno-Budowlaną Restauracji Zabytków „ARCHITEKTON” L. P., L. L. Sp. J. zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego wpłynęło do Izby w dn. 18 lutego 2021 r. Zamawiający poinformował, że zawiadomienia o wpływie odwołania zostało przesłane do wykonawców w dn. 11 lutego 2021 r., wobec czego termin 3 dniowy na wniesienie przystąpienia upłynął w dn. 15 lutego 2021 r. W ocenie Izby nie został zachowany termin zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego z art. 525 ust. 1 nPzp. W tym stanie rzeczy nie można było uznać zgłoszenia za skuteczne.

Izba ustaliła, że:

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Rewitalizację zespołu pałacowo- parkowego w Rokosowie”. W dniu 29 października 2020 r. opublikował w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamówieniu pod numerem 603571-N-2020.

Opisany w treści odpowiedzi na odwołanie stan faktyczny sprawy odpowiada rzeczywistości, wobec czego nie będzie tu powtarzany.

Uzupełniająco Izba ustaliła, że zgodnie z rozdziałem XIII SIWZ opis sposobu ustalenia ceny oferty zamawiający postanowił, że:

1. Cenę kosztorysową należy ustalić na podstawie kalkulacji własnej, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia.
2. Wykonawca wypełni załączone kosztorysy ofertowe obejmujące przedmiot zamówienia oraz arkusz zbiorczy kosztów.
3. Wykonawca wypełni kosztorysy ofertowe ściśle według kolejności pozycji i ich opisów, według załącznika do SIWZ.
4. Wykonawca określi ceny jednostkowe oraz wartości netto dla wszystkich pozycji występujących w formularzu kosztorysu ofertowego. Wykonawca musi uwzględnić wszystkie pozycje kosztorysów ofertowych, które należy wypełnić z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. (...)

Stosownie do § 4 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ, wykonawcy przysługuje od zamawiającego wynagrodzenie kosztorysowe określone w ofercie wykonawcy stanowiącej załącznik nr 1 do niniejszej umowy (...).

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowód z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i jej wyjaśnień i zmian, informacji z otwarcia ofert, ofert wykonawców CDC Group Sp. z o.o. oraz Firmy Architektoniczno-Budowlanej Restauracji Zabytków „ARCHITEKTON” L. P., L. L. Sp. J. oraz zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty odwołującego z dn. 5 lutego 2021 r.

Izba wzięła pod uwagę również stanowisko wyrażone w odwołaniu, odpowiedź na odwołanie, jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 8 marca 2021 r.

Izba oceniła zgromadzony materiał dowodowy w następujący sposób:

Izba oceniła, że materiał dowodowy jest wszechstronny i umożliwia wydanie rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Wydając wyrok Izba uznała za istotne dla sprawy i rozstrzygające poniższe kwestie.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp tj. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;
2. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp tj. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.
3. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp tj. Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia,

niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

4. Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

ewentualnie Odwołujący wnosił o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 ustawy Pzp tj. Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Bezsporna między Stronami postępowania odwoławczego była okoliczność, iż odwołujący w kosztorysie ofertowym branży sanitarnej - klimatyzacja i wentylacja – etap drugi nie przedstawił pozycji 214 w brzmieniu oczekiwanym przez Zamawiającego zgodnie z wyjaśnienia mi z 8 grudnia 2020 r. tj. pozycji o następującym opisie „montaż systemu klimatyzacji w pomieszczeniu”. Nie było także sporu, iż zamawiający wymagał od wykonawców zgodnie z rozdziałem XIII SIWZ pkt określenia cen jednostkowych oraz wartości netto dla wszystkich pozycji występujących w formularzu kosztorysu ofertowego. Wykonawca musiał uwzględnić wszystkie pozycje kosztorysów ofertowych, które należało wypełnić z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Bezsporne było również, że zamawiający przewidział kosztorysowy charakter wynagrodzenia. Osią sporu było natomiast to, czy zamawiający uprawniony był do odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z SIWZ czy też zobowiązany był do wezwania go w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do przedstawienia wyjaśnień odnośnie powyższego uchybienia w ofercie lub poprawienia zaistniałego uchybienia w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez poprawienie spornej pozycji i nadanie jej prawidłowego

Wskazać należy, iż zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że podstawą faktyczną odrzucenia oferty z powodu jej niezgodności z SIWZ może być tylko rzeczywista treść oferty, o ile nie odpowiada wymogom jasno określonym w dokumentacji postępowania. Przy czym, jeśli mówimy o niezgodności, nie mamy na myśli jakichkolwiek wymagań, które zamawiający opisze w dokumentacji (SIWZ) ale takich, które odnoszą się do ukształtowania przyszłego świadczenia - przedmiotu umowy, w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Z kolei termin oferta należy odczytywać na gruncie art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz.U. z 2017 r. poz. 459 ze zm.), który stanowi że oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne

postanowienia tej umowy. Stąd każdorazowo należy oceniać jakie wymagania postawił zamawiający w dokumentacji postępowania, które nie zostały przez wykonawcę spełnione oraz jaki zakres oferowanego przedmiotu zamówienia nie odpowiada wymaganiom opisanym przez zamawiającego w SIWZ. Na gruncie Prawa zamówień publicznych to zamawiający ustala w SIWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie następnie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia (tak KIO w wyroku z dnia 14 stycznia 2021 r., sygn. akt KIO 3297/20).

Izba wskazuje, iż oferta odwołującego była sporządzona w sposób niezgodny z postanowieniami SIWZ zobowiązującymi wykonawców do ustalenia ceny oferty na podstawie cen jednostkowych oraz wartości netto dla wszystkich pozycji występujących w formularzu kosztorysu ofertowego, wykonawca musiał uwzględnić wszystkie pozycje kosztorysów ofertowych, które należało wypełnić z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, w warstwie merytorycznej a nie formalnej (z taką niezgodnością mamy do czynienia np. w przypadku zmiany kolejności pozycji). W ocenie Izby wobec tak ukształtowanych postanowień SIWZ Zamawiający podniósł rangę kosztorysów do rangi obligatoryjnych elementów treści oferty, wymagając ich wypełnienia w sposób zgodny z wymogami specyfikacji oraz podania ceny jednostkowej dla każdej pozycji kosztorysowej. Kluczowe było także to, iż w świetle postanowień SIWZ Zamawiający przyjął wynagrodzenie o charakterze kosztorysowym. Nie budzi wątpliwości, iż natura wynagrodzenia kosztorysowego opiera się na tym, że tylko prawidłowa wycena wszystkich pozycji, a tym samym wszystkich prac i całego zakresu pozwala na porównanie ofert, a przede wszystkim na rozliczenie zadania publicznego.

Odnosząc się do argumentacji prezentowanej przez odwołującego Izba wskazuje, że nie podzieliła jego stanowiska jakoby samo uwzględnienie w ofercie działu 21 Roboty sanitarne klimatyzacja – wentylacja – etap drugi oraz nienaruszenie struktury przedmiaru powinno budzić wątpliwości zamawiającego co do faktycznej treści pozycji 214. Ze złożonej przez odwołującego oferty bezspornie wynika, iż w pozycji 214 zaoferował „Przewód wentylacyjny stalowy OC prostokątny typu A1, do 35% udziału kształtek i obwodzie do 1800”, zgodnie z przedmiarem po zmianach z dn. 5 grudnia 2020 r. gdyż odwołujący zastosował w tej pozycji również właściwy dla tego opisu KNR oraz jednostkę miary. Podczas gdy zamawiający w odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców, 8 grudnia 2020 r. wyjaśnił, iż omyłkowo nadał pozycji 214 brzmienie „Przewód wentylacyjny stalowy OC prostokątny typu A1, do 35% udziału kształtek i obwodzie do 1800”, a prawidłowo w tej pozycji w drugim etapie powinna być ujęta pozycja „Montaż systemu klimatyzacji w pomieszczeniu”, obmiar – 1 kmpl. W skład tej pozycji wchodziła dostawa systemu klimatyzacji VRF 1 szt./kmpl oraz montaż systemu klimatyzacji 9 szt./kmpl – do wyjaśnień zamawiający załączył prawidłowy przedmiar

robót dotyczący montażu systemu klimatyzacji w pomieszczeniu w etapie nr II. W ocenie Izby nie można uznać zaistniałej sytuacji za błąd mało istotny czy też oczywiste przesunięcie kalkulacyjne jak stara się wywieść odwołujący. Przedmiotową pozycję odwołujący nie tylko opatrzył błędnym opisem, ale również niewłaściwą podstawą wyceny, jednostką miary oraz ilością. Odwołujący starał się w odwołaniu wytworzyć przekonanie, że uchybienie w jego ofercie jest nieistotne i nieznaczące, a nadto powstałe z winy zamawiającego i niejednoznacznej dokumentacji. Powyższe nie potwierdziło się. Izba uznała, że zamawiający jednoznacznie w wyjaśnieniach z 8 grudnia 2020 r. określił jaka winna być treść pozycji 214. Tym samym, w ocenie Izby, dokładając należytej staranności, do jakiej zobowiązany jest profesjonalny wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, przy analizie treści specyfikacji wraz z jej wyjaśnieniami, bez trudu można było ustalić ostateczną treść wzorów kosztorysów ofertowych.

Nie zasługiwała również na uwzględnienie argumentacja odwołującego, iż złożona oferta jakkolwiek w warstwie graficznej(błędny opis pozycji) różniła się od oczekiwań Zamawiającego, to jednak w warstwie merytorycznej spełniała wymogi Zamawiającego, miała charakter kompletny i zawierała zobowiązanie do wykonania całego przedmiotu zamówienia (odwołujący zawarł koszt wykonania klimatyzacji w postaci zgodnej z przedmiotem w swojej ofercie). Izba wskazuje, iż podstawą odrzucenia oferty odwołującego nie była niezgodność jego oferty co do układu graficznego, lecz brak odzwierciedlenia i wyceny w kosztorysie branży sanitarnej - klimatyzacja i wentylacja istotnego przedmiotowo elementu wynikającego z postanowień specyfikacji. Zauważyć trzeba, że ogólne deklaracje i oświadczenia wykonawcy zawarte w formularzu oferty nie mogą zastąpić oświadczenia wykonawcy w zakresie dokonanego zakresu wyceny kosztorysowej.

Izba zwraca również uwagę, iż nie potwierdziło się również twierdzenie odwołującego, że oferta wybranego wykonawcy zawiera tożsamy błąd. W ofercie Firmy Architektoniczno-Budowlanej Restauracji Zabytków „ARCHITEKTON” L. P., L. L. Sp. J. faktycznie figuruje poz. 214 w brzmieniu tożsamym z oferowaną przez odwołującego lecz wykonawca ten dopisał pozycję właściwą do kosztorysu i ją wycenił. Odwołujący z tego tytułu wywodzi błędne wnioski i nie zauważa różnicy pomiędzy nie zawarciem danej pozycji w ofercie, a wskazaniem i wycenieniem jej w innym miejscu kosztorysu. Brak ujęcia pozycji stanowi o jej niezgodności merytorycznej z treścią SIWZ, a ujęcie żądanej pozycji w innym miejscu kosztorysu można co najwyżej uznać za uchybie formalne, a uwzględnienie pozycji która nie powinna być ujęta w kosztorysie może zostać przez zamawiającego samodzielnie skorygowane w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby, taka sytuacja nie potwierdza naruszenia przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. U podstaw różnych działań zamawiającego leżały różne stany faktyczne.

Dalej Izba stwierdza, że popiera argumentację zamawiającego, iż wezwanie odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w spornym zakresie naruszałoby zakaz negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywania jakichkolwiek zmian w jej treści. Wskazać należy, że procedura wyjaśniania treści oferty nie może co do zasady skutkować wprowadzaniem zmian do treści oferty. Wyjaśnienia nie mogą rozszerzać treści oferty, mają stanowić swoistą wykładnię elementów oferty przedmiotowo istotnych, ale elementy te muszą z oferty wynikać, muszą być w niej ujęte. Z przedmiaru złożonego przez odwołującego nie wynika, iż obejmuje on montaż systemu klimatyzacji w pomieszczeniach. Odwołujący jako profesjonalny podmiot obrotu gospodarczego powinien mieć świadomość, iż możliwość poprawienia błędów w ofertach musi być jasna, oczywista, wynikać z danych zawartych w samej ofercie bez jej uzupełnienia przez wykonawcę. Z taką sytuacją mieliśmy do czynienia w przypadku poprawienia przez zamawiającego podwójnego uwzględnienia w ofercie odwołującego pozycji „Odbudowa pomostu za stawem”. Odnośnie tej pozycji zamawiający miał wszelkie dane aby samodzielnie dokonać poprawy tej pozycji i jej konsekwencji.

W niniejszej sprawie oferta odwołującego, zgodnie z twierdzeniem zamawiającego, nie zawierała pozycji analogicznej, do której zamawiający mógłby się odwołać poprawiając pozycję nr 214. Tym samym, brak było podstaw do poprawienia oferty odwołującego w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Izba podkreśla, iż intencją ustawodawcy na gruncie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp było uczynienie dopuszczalnym poprawianie wszelkiego rodzaju błędów, omyłek, nieścisłości i innych niedoskonałości oferty, o ile tylko nie spowodują one zniekształcenia woli wykonawcy w istotnym zakresie. O istotności zmiany treści oferty każdorazowo będą decydowały okoliczności konkretnej sprawy, tj. na ile zmiana oddaje pierwotny sens i znaczenie treści oferty, a na ile stanowi wytworzenie całkowicie nowego oświadczenia, odmiennego od złożonego przez wykonawcę w stopniu nakazującym uznać, że wykonawca nie złożyłby takiego oświadczenia, bowiem nie odzwierciedla ono jego intencji wyrażonych w poddawanej poprawie ofercie. Izba podziela również pogląd, że poprawienie omyłek w trybie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp nie może prowadzić do dostosowania treści oferty do wymagań zamawiającego, wyartykułowanych w treści SIWZ, czyli do rekonstrukcji oświadczenia woli wykonawcy na podstawie wymogów zamawiającego, choć oświadczenie woli zawarte w ofercie nie daje takich podstaw. Izba nie zgadza się z twierdzeniem odwołującego, iż zmiana opisu pozycji 214 to tylko zmiana kilkunastu słów na stronie 48 kosztorysu etapu II, gdyż pod tymi kilkoma słowami kryje się wprowadzenie do oferty zmiany o charakterze merytorycznym w zakresie w jakim zmiana ta jest niedopuszczalna na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe Izba stwierdziła, że oferta odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ponadto odnosząc się do ewentualnego wniosku o unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na to, że jest ono obarczone nienadającą się do usunięcia wadą tj. ze względu na naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie zasady przejrzystości postępowania i równego traktowania wykonawców – poprzez wielokrotne zmiany formularzy związanych z postępowaniem przez Zamawiającego, w tym formularza kosztorysowego, wycofywanie się i poprawianie ponowne raz zmienionych dokumentów, co skutkowało zupełnym brakiem przejrzystości przygotowanych dokumentów; jak również poprzez stosowanie różnych definicji „istotnej zmiany w treści oferty”, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba stwierdziła, iż brak jest podstaw do jego uwzględnienia. Odwołujący nie wykazał, aby zamawiający w sposób nie równy traktował wykonawców. Jak już powyżej wykazano, różne działania zamawiającego podejmowane przez zamawiającego w toku postępowania, na które w sposób skonkretyzowany powoływał się odwołujący wynikały, w ocenie Izby, z różnych stanów faktycznych leżących u ich podstaw. Ponadto odwołujący nie wykazał, iż przygotowana przez zamawiającego dokumentacja była nieprzejrzysta. W tym zakresie odwołujący poprzestał wyłącznie na stwierdzeniu, iż zakres zmian doprowadził do licznych błędów w ofertach oraz do nieusuwalnej wady postępowania w postaci braku przejrzystości wymagań zamawiającego w zakresie składanych ofert. Odwołujący nie przywołał w tym zakresie żadnych konkretnych postanowień SIWZ, czy też wyjaśnień, innych niż te które leżały u podstaw odrzucenia jego ofert, a którym jak już wskazano powyżej trudno zarzucić brak przejrzystości. Izba zauważa, iż postępowanie przed Izbą jest postępowaniem kontradiktoryjnym i to na odwołującym spoczywał ciężar dowodu (stosownie do art. 534 ust.1 nPzp), któremu odwołujący nie sprostał.

W postępowaniu wpłynęło 8 ofert, z których odrzuconych zostało co prawda 5 z nich, jednakże 4 oferty zostały odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 a ustawy Pzp tj. wykonawcy Ci nie wyrazili zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucona została wyłącznie oferta odwołującego. Powyższe nie potwierdza więc tezy odwołującego o istnieniu podstaw do unieważnienia postępowania w oparciu o sformułowany przez odwołującego wniosek i istnienia po stronie wykonawców istotnych problemów ze złożeniem prawidłowych ofert.

Mając na uwadze wszystko powyższe Izba uznała, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy nPzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2019 r. oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

.....