

Sygn. akt: KIO 1679/20

WYROK
z dnia 2 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **31 sierpnia 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w **20 lipca 2020 r.** wykonawcę **TMB MAAT Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Józefowie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Ośrodek Sportu i Rekreacji "Żoliborz" m.st. Warszawy w Dzielnicy Żoliborz,**

przy udziale wykonawcy **HONAT Sp. z o.o., Sp. k., z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **TMB MAAT Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Józefowie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **TMB MAAT Sp. z o.o. Sp. k., z siedzibą w Józefowie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

W dniu 20 lipca 2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy TMB MAAT Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Józefowie (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Miejskiemu Ośrodkowi Sportu i Rekreacji m. St. Warszawy w Dzielnicy Żoliborz (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr ZP-2/OSIR/2020, którego przedmiotem jest: Modernizacja pokrycia dachu i jego izolacji termicznej w budynku pływalni Ośrodka Sportu i Rekreacji m. St. Warszawy w Dzielnicy Żoliborz:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy wykładania literalna zarówno treści SIWZ jak i oferty Odwołującego prowadzi do wniosku, że treść jego oferty odpowiada treści SIWZ;
- 2) art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 4 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że Zamawiający nie dokonał badania rażąco niskiej ceny w postępowaniu wyjaśniającym, podczas gdy przeprowadzenie takiego postępowania wyjaśniającego doprowadziłoby Zamawiającego do definitywnego rozstrzygnięcia, że zaoferowana przez Odwołującego cena pozwala mu na wykonanie zamówienia bez strat i dodatkowego finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, a ponadto że złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana, zatem nie stwarza zagrożeń dla prawidłowego wywiązania się Odwołującego z przyjętych obowiązków umownych;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie, a w konsekwencji odrzucenie oferty, podczas gdy zaoferowana cena została prawidłowo obliczona przez Odwołującego biorąc pod uwagę stan faktyczny sprawy, w szczególności zakres prac wykonanych przez Odwołującego i przyjętych przez Zamawiającego w ramach Umowy nr 22/OSIR/IX/2018/T z dnia 27 września 2018 r.;
- 4) art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie udzielenia zamówienia Odwołującemu, podczas gdy zgodnie z przepisami PZP oferta Odwołującego winna zostać uznana za najkorzystniejszą,

ewentualnie:

- 5) art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie przez Zamawiającego unieważnienia postępowania, podczas gdy z okoliczności sprawy wynika, że prowadzenie postępowania zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia prowadzi do zniweczenia robót budowlanych wykonanych przez Odwołującego i przyjętych przez Zamawiającego w ramach Umowy nr 22/OSIR/IX/2018/T z dnia 27 września 2018 r., a tym samym do niegospodarnego zarządzania środkami publicznymi;
- 6) art.93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie przez zamawiającego unieważnienia postępowania, podczas, gdy z okoliczności sprawy wynika, że wystąpiła niemożliwa do usunięcia wada, uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem zarzutów wskazanych w odwołaniu, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, ewentualnie: nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, ewentualnie: nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp; obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Modernizacja pokrycia dachu i jego izolacji termicznej w budynku pływalni Ośrodka Sportu i Rekreacji m. St. Warszawy w Dzielnicy Żoliborz”. W odpowiedzi na ww. ogłoszenie o zamówieniu Odwołujący złożył ofertę na modernizację pokrycia dachu i jego izolacji termicznej w budynku pływalni Ośrodka Sportu i Rekreacji m. St. Warszawy w Dzielnicy Żoliborz za ryczałtową cenę brutto: 156.350,80 zł.

Pismem z dnia 07 lipca 2020 r. (nr pisma OS-ZO.DTE.221.1.2020.AJ.) Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w tym do złożenia dowodów na okoliczność wyliczenia ceny. Zamawiający w piśmie z dnia 7 lipca 2020 r. zażądał od Odwołującego złożenia wyjaśnień w celu ustalenia czy oferta zawiera rażąco niską cenę. W uzasadnieniu do w/w pisma Zamawiający wskazał, że oferta Odwołującego odbiega od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT o 79,72%, a także że odbiega od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert o 75,19%. Jednocześnie Zamawiający zobowiązał Odwołującego

do ustosunkowania się do wybranych przez Zamawiającego pozycji kosztowych zawartych w Kosztorysie Ofertowym stanowiącym załącznik do oferty.

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na ww. wezwanie, Odwołujący pismem z dnia 09 lipca 2020 r. wskazał, że w związku z wykonaniem przez Odwołującego w 2018 roku robót budowlanych na podstawie Umowy nr 22/OSIR/IX/2018/T z dnia 27 września 2018 r., a objętych w znaczącej części niniejszym postępowaniem przetargowym i odebranych przez Zamawiającego. Odwołujący potraktował opis przedmiotu zamówienia w części obejmującej opis prac już wykonanych jako omyłkę. W uzasadnieniu do przedstawionego stanowiska Odwołujący wskazał, że trudno uznać za możliwe i prawdopodobne, ażeby Zamawiający dokonał zamówienia publicznego na wykonanie robót już wykonanych w ramach w/w Umowy. Odwołujący wyjaśnił również, że w ramach swojej oferty skalkulował więc roboty nieobjęte rozstrzygniętym w 2018 roku postępowaniem. W ocenie Odwołującego, w wyniku omyłki Zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, Odwołujący zobowiązany był skorygować i dostosować opis pozycji kosztorysowych do rzeczywistego zakresu prac do wykonania na podstawie dokumentacji technicznej. Kalkulacja ceny wreszcie wykonana była w taki sposób, ażeby oferta nie stanowiła czynu nieuczciwej konkurencji. Ponadto, w w/w piśmie Odwołujący przedstawił szczegółowe wyjaśnienia dotyczące poszczególnych pozycji kosztowych zawartych w Kosztorysie Ofertowym stanowiącym załącznik do oferty.

Pismem z dnia 15 lipca 2020 r. (przekazanym Odwołującemu w dniu 15 lipca 2020 r.) Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP, art. 90 ust. 3 PZP w zw. z art. 89 ust. 4 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W uzasadnieniu do odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, tak jak w Piśmie z dnia 7 lipca 2020 r., stanowiącym wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, że oferta Odwołującego odbiegała od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT o 79,72%, a także że odbiegała od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert o 75,19%. Ponadto, Zamawiający wskazał, że jego zdaniem Odwołujący nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej, a dodatkowo, że oferta nie jest niezgodna z SIWZ oraz nie zawiera błędów w obliczeniu ceny.

Dodatkowo Odwołujący wyjaśnił, że zawarł z Zamawiającym Umowę nr 22/OSIR/IX/2018/T z dnia 27 września 2018 r. Przedmiotem Umowy było wykonanie modernizacji pokrycia dachu i jego izolacji termicznej w budynku pływalni znajdującego się na terenie Ośrodka Sportu i Rekreacji m. st. Warszawy w dzielnicy Żoliborz ul. Potocka 1 w Warszawie. Strony w dniu 09 listopada 2018 r. podpisały Protokół konieczności dokonania robót dodatkowych, w których

określiły m.in. zakres rzeczowy dodatkowych robót do wykonania, a także ustaliły wynagrodzenie należne Odwołującemu za wykonanie tych robót. Do Protokołu załączono Kosztorys na roboty dodatkowe, który został parafowany przez strony. W dniu 11 stycznia 2019 r. strony podczas spotkania ustaliły termin przystąpienia odbioru na dzień 17 stycznia 2019 r. na godzinę 13.00. W dniu 17 stycznia 2019 r. strony dokonały odbioru końcowego robót. W protokole końcowym odbioru robót wskazano, że roboty zostały wykonane z usterkami, o których mowa w Załączniku nr 1 do Protokołu. Ponadto, strony ustaliły, że usterki zostaną usunięte przez Odwołującego do dnia 30 maja 2019 r. Pismem z dnia 21 stycznia 2019 r. Zamawiający wskazał, że Protokół odbioru końcowego robót z dnia 17 stycznia 2019 r. jest traktowany jako komisyjny przegląd stanu faktycznego, a wskazane w trakcie braki i uchybienia po uzupełnieniu i skwitowaniu przez Zamawiającego mogą być podstawą do skutecznego zgłoszenia gotowości do odbioru końcowego. Zamawiający w uzasadnieniu do ww. pisma wskazał również termin usunięcia usterek do dnia 30 kwietnia 2019 r. Na zlecenie Odwołującego, w dniu 22 stycznia 2019 r., została wykonana przez dr inż. L. K., rzeczoznawcy budowlanego w specjalności konstrukcyjno-budowlanej obejmującej wykonawstwo (77/00/R) i projektowanie (84/01 /R), członka Mazowieckiej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa (MAZ/BO/0038/01), rzeczoznawcy Inspekcji Handlowej ds. jakości produktów i usług - materiały i usługi budowlane leg. Nr 064, Ocena techniczna na okoliczność odbioru dachowych robót budowlanych na budynku pływalni Ośrodka Sportu i Rekreacji (OSiR) Dzielnicy Żoliborz w Warszawie przy ul. Potockiej 1. W treści ww. oceny wskazano m.in., że:

- a) wady fizyczne ujawnione w protokole z dnia 17 stycznia 2019 r. były jedynymi, których istnienie komisja w czasie czynności odbiorowych potwierdziła,
- b) stwierdzone w protokole odbioru wady są nieistotnymi wadami usuwalnymi nie uniemożliwiającymi normalne użytkowanie przedmiotowego budynku.

Okoliczność wykonania przez Odwołującego zamówienia w ramach Umowy nr 22/OSIR/IX/2Q18/T z dnia 27 września 2018 r. miała zatem istotny wpływ na złożoną przez Odwołującego ofertę, w szczególności sposób skalkulowania ceny i nie powinna zostać pominięta przez KIO przy ocenie zasadności niniejszego Odwołania.

Zarzut dotyczący odrzucenie przez Zamawiającego oferty wykonawcy z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp)

W ocenie Odwołującego, Zamawiający bezpodstawnie przyjął, że oferta Odwołującego nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co doprowadziło do błędnego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakazuje

ustalić treść SIWZ oraz ustalić treść oferty i dokonać porównania tych ustalonych treści, a w przypadku stwierdzenia niekompatybilności tych treści odrzucić taką ofertę. W ocenie Odwołującego ustalona treść SIWZ nie pozwala na uznanie, że treść oferty wykonawcy wybranego nie odpowiada treści SIWZ. Należy bowiem wskazać, że zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu, przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr ZP-2/OSIR/2020 jest modernizacja pokrycia dachu i jego izolacji termicznej w budynku pływalni Ośrodka Sportu i Rekreacji m. St. Warszawy w Dzielnicy Żoliborz, zaś oferta złożona przez Odwołującego za ryczałtową cenę brutto: 156.350,80 zł obejmuje modernizację pokrycia dachu i jego izolację termiczną w budynku pływalni Ośrodka Sportu i Rekreacji m. St. Warszawy w Dzielnicy Żoliborz. W szczególności należy wskazać, że Odwołujący w załączniku do oferty zwanym „Kosztorys ofertowy” ujął pozycje kosztowe odpowiadające dokumentacji projektowej stanowiącej Załącznik do SIWZ, w tym przedmiarze robót (Załącznik nr 8c do SIWZ) przy czym dla pozycji odpowiadającym poszczególnym pracom, które zostały wykonane i przyjęte przez Zamawiającego przypisał wartość „zero”.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że każdy zamawiający ma obowiązek dokonywania wykładni postanowień SIWZ tak jak zostały one napisane, a zatem wykładni literalnej, jako sprzyjającej zachowaniu zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (art. 7 ustawy Pzp). Dokonana przez Zamawiającego wykładnia SIWZ zawarta w Informacji o odrzuceniu oferty z dnia 15 lipca 2020 r. nie wypełnia powyższego warunku, ponieważ dokonywana jest z pominięciem pozycji kosztowych, którym Odwołujący przypisał wartość „zero”.

W ocenie Odwołującego nietrafiony jest także zarzut Zamawiającego, że wykonawca nie skorzystał z instytucji wezwania do wyjaśnień treści SIWZ na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp. Mając na względzie, iż Odwołujący kierował się doświadczeniem z dotychczas wykonywanych robót budowlanych, w szczególności wynikających z zawartej uprzednio z Zamawiającym Umowy nr 22/OSIR/IX/2018/T z dnia 27 września 2018 r., a tym samym nie miał wątpliwości co do treści SIWZ.

Zarzut dotyczący odrzucenie przez Zamawiającego oferty wykonawcy z uwagi na rażąco niską cenę (art. 90 ust. 3 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp)

a) Rażąco niska cena

Odwołujący wskazał, że w polskim prawie brak jest definicji rażąco niskiej ceny. Źródłem przepisów w tym zakresie jest motyw 103 preambuły dyrektywy Parlamentu Europejskiego Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej

dyrektywę 2004/18/WE i odpowiednio motyw 108 preambuły dyrektywy Parlamentu Europejskiego Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE. Zgodnie z art. 69 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE „Instytucje zamawiające wymagają od wykonawców wyjaśnień dotyczących ceny lub kosztów zaproponowanych w ofercie, jeżeli oferta wydaje się rażąco niska w stosunku do odnośnych robót budowlanych, dostaw lub usług. Pomimo tego, że ustawa PZP nie zawiera definicji ceny rażąco niskiej, to ustawodawca określa przesłanki kwalifikacji oferty wykonawcy jako oferty, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia publicznego (art. 90 ust. 1 ustawy PZP). Celem art. 90 ustawy Pzp jest ochrona zamawiającego przed nienależytym wykonaniem zamówienia w przyszłości, wspieranie zasad uczciwej konkurencji w postępowaniach o zamówienie publiczne i dbałość o to, aby środki publiczne były wydatkowane efektywnie (wyr. KIO z dnia 10.10. 2010 r., sygn. akt KIO 2338/10). Za cenę rażąco niską uważana jest cena nierealistyczna, niewiarygodna w porównaniu do cen rynkowych podobnych zamówień i innych ofert (wyr. Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28 kwietnia 2008 r., sygn. akt XIX Ga 128/08). Cena „rażąco niska” to taka, która została zaoferowana poniżej kosztów wytworzenia usługi, czy też dzieła przez tego wykonawcę, który ją zaoferował. Oznacza to, że dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu (wyr. Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 21 czerwca 2010 r., sygn. akt XIX Ga 175/10). Odwołujący wskazał, że także w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat finansowych, zamówienie to wykonać. O cenie rażąco niskiej można mówić, gdy jest oczywiste, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę za podaną cenę byłoby nieopłacalne, albo gdy cena w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego wartości, w szczególności gdy różnica ta nie będzie możliwa do uzasadnienia obiektywnymi względami pozwalającymi wykonawcy zrealizować to zamówienie bez strat i dodatkowego finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne (wyr. KIO z 7.01.2019 r., KIO 2640/18).

b) Obowiązek przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Jednak odrzucenie oferty pod kątem rażąco niskiej ceny musi zostać poprzedzone badaniem jej wystąpienia w postępowaniu wyjaśniającym. Celem postępowania wyjaśniającego jest definitywne rozstrzygnięcie przez zamawiającego faktów świadczących o tym, że zaoferowana przez wykonawców cena jest realna, wiarygodna i zapewni prawidłowe wykonanie przedmiotu zamówienia, inne ustalenia przesadzają o tym, że cena lub koszty są rażąco niskie. Obowiązkiem wykonawcy wezwanego do złożenia wyjaśnień jest zaś przedstawienie przekonujących wyjaśnień i dowodów na potwierdzenie tego, że cena oferty została skalkulowana w sposób rzetelny i gwarantuje realizację całego zakresu objętego zamówieniem. Wykonawca, który składa wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny powinien wskazać, co spowodowało obniżenie ceny, jak również w jakim stopniu wskazany czynnik wpłynął na jej obniżenie. Udzielone wyjaśnienia mają potwierdzić, iż złożona oferta jest rzetelnie przygotowana, a cena prawidłowo oszacowana, zatem nie stwarza zagrożeń dla prawidłowego wywiązania się wykonawcy z przyjętych obowiązków umownych (wyr. KIO z 25 kwietnia 2019 r., KIO 624/19). Jak wskazuje M. Sieradzka tylko konkretne wyjaśnienia i dowody przedstawione przez wykonawcę (w szczególności składniki cenotwórcze, np. oszczędność metody wykonania zamówienia, koszty pracy) pozwalają zamawiającemu na obiektywną ocenę czy cena oferty jest rażąco niska (M. Sieradzka, Glosa do wyroku KIO z dnia 18 marca 2015 r., KIO/UZP 439/15, LEX 2015; M. Sieradzka Wykładnia pojęcia rażąco niskiej ceny w świetle orzecznictwa sądowego z zakresu zamówień publicznych, GLOSA 2012, nr 1, s.82-90).

c) Obowiązek uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty

Podjęcie przez zamawiającego decyzji o odrzuceniu oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP musi być uzasadnione. Oznacza to, że zamawiający jest zobligowany przedstawić uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty wykonawcy (co wynika z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP) stanowiące przeciwdowód. Zatem zamawiający musi wskazać, z jakich względów wyjaśnienia dotyczące wysokości zaoferowanej ceny uznaje za niewystarczające. Uzasadnienie prawne i faktyczne odrzucenia oferty powinno być jasne i klarowne i jako takie nie powinno prowadzić do wątpliwości interpretacyjnych co do motywów kierujących zamawiającym (zob. M. Sieradzka (red.), Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa, C.H. Beck, 2018, s. 444). Wykonawca, którego oferta została odrzucona, nie może domyślać się przyczyn takiego rozstrzygnięcia. Niewypełnienie w sposób prawidłowy tego obowiązku przez zamawiającego skutkuje naruszeniem powyższych zasad. Tym samym odrzucenie oferty musi poprzedzać pełna i merytoryczna ocena wyjaśnień złożonych przez wykonawcę.

d) Stanowisko Odwoływającego

W ocenie Odwołującego zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niską ceną. Odwołujący w piśmie z dnia 9 lipca 2020 r. wykazał jakie czynniki decydowały o kalkulacji kosztów, a to przede wszystkim zakres robót wykonanych w ramach Umowy nr 22/OSIR/IX/2018/T z dnia 27 września 2018 r. i przyjętych przez Zamawiającego. Złożone przez Odwołującego wyjaśnienia uzasadniają kwoty wskazanych przez niego w Kosztorysie Ofertowym na podstawie których można ocenić czy przyjęte stawki są stawkami realnymi. Ponadto, w ocenie Odwołującego, wyjaśnienia te nie są zbyt ogólne, by uznać je za nie wystarczające do uznania, że Odwołujący nie zaoferował rażąco niskiej ceny. Odwołujący w szczególności wskazał okoliczności, które w jego ocenie wpływają na obniżenie ceny (jak powyżej), ale także wskazał sposoby tego wpływu i podał realne wartości obniżające cenę i wbrew temu co twierdzi Zamawiający, odniósł się do konkretów. Natomiast Zamawiający w decyzji o odrzuceniu oferty na okoliczność ustalenia rażąco niskiej ceny zawartej w ofercie Odwołującego wskazywał przede wszystkim na dysproporcję pomiędzy ceną zaoferowaną przez Odwołującego, a oszacowaniem Zamawiającego oraz ceną zaoferowaną przez innych wykonawców.

Ponadto, zdaniem Odwołującego wyjaśnienia wykonawcy mają wyczerpujący charakter. Nie można bowiem przyjąć, że odpowiedź Odwołującego ograniczyła się do formalnej odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia ceny w trybie art. 90 ust. 1 ustawy PZP (zob. wyr. KIO z dnia 13.03.2017 r., KIO 340/17). Po pierwsze, Odwołujący przedstawił obszernie wyjaśnienia dotyczące ceny oferty. Po drugie, w sposób kompleksowy ukazał Zamawiającemu metodykę budowania ceny oferty i ponoszonych kosztów. Kluczowe znaczenie ma bowiem fakt, iż roboty budowlane objęte postępowaniem zostały już wykonane, co znajduje potwierdzenie w Protokole końcowym odbioru robót z dnia 17 stycznia 2019 r.

Dodatkowo, w ocenie Odwołującego, decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego nie została prawidłowo uzasadniona. Jak wskazano powyżej, Zamawiający był zobligowany przedstawić uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty wykonawcy stanowiące przeciwdowód. Tymczasem na zarzut nieprawidłowego określenia stanu faktycznego przez Zamawiającego wynikającego z nieuwzględnienia w najmniejszym zakresie robót wykonanych przez Odwołującego w ramach nr 22/OSIR/IX/2018/T z dnia 27 września 2018 r. (przyjętych w znacznej części przez Zamawiającego), Zamawiający wskazał wyłącznie, że w/w umowa została rozwiązana z uwagi na nienależyte wykonanie umowy. Zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu odrzucenia oferty chociażby jaki zakres robót, jego zdaniem, wymaga ponownego wykonania. Samo już wskazanie przez Zamawiającego, że umowa została rozwiązana wskutek nienależytego wykonania umowy, a nie - niewykonania umowy, prowadzi do wniosku, że część robót wykonana była prawidłowo, co wpływa na kalkulację ceny.

Zamawiający nie przedstawił także żadnego uzasadnienia prawnego przemawiającego za tym, że czynniki wpływające na kalkulację ceny przez Odwołującego nie mogły być brane pod uwagę w niniejszym postępowaniu.

Zarzut dotyczący odrzucenie przez Zamawiającego oferty wykonawcy z uwagi na błąd w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp)

W ocenie Odwołującego biorąc pod uwagę treść art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp błędem w obliczeniu ceny jest błąd co do prawidłowego ustalenia stanu faktycznego, nie zaś wadliwe od strony technicznej wykonanie czynności arytmetycznych składających się na obliczenie ceny. Błąd w obliczeniu ceny zachodzi, jeśli cena oferty została obliczona w sposób niezgodny ze sposobem jej obliczenia podanym w dokumentacji przetargowej lub w cenie oferty uwzględniono niewłaściwą stawkę podatku VAT.

Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący wskazał, że Zamawiający oczekuje wykonania przedmiotu zamówienia, który już został wykonany. W stanie faktycznym sprawy Odwołujący w sposób prawidłowy ustalił stan faktyczny, ponieważ wziął pod uwagę, inaczej niż to czyni Zamawiający, zakres prac wykonanych przez Odwołującego i przyjętych przez Zamawiającego w ramach Umowy nr 22/OSIR/IX/2018/T z dnia 27 września 2018 r. - o czym świadczy m.in. podpisany przez Odwołującego i Zamawiającego Protokół z dnia 17 stycznia 2019 r. w którym strony wskazały, że roboty zostały wykonane z usterkami, o których mowa w Załączniku nr 1 do Protokołu.

Zarzut dotyczący unieważnienia postępowania z uwagi na wystąpienie istotnej zmiany okoliczności (art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp)

Z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący podniósł, że prowadzenie niniejszego postępowania w obecnym kształcie powoduje naruszenie interesu publicznego polegającego na niegospodarnym zarządzaniu środkami publicznymi. Ponadto należy wskazać, że Zamawiający swoim postępowaniem naraża się na zarzut naruszenia art. 44 ust. 3 pkt. 1) ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz.U. 2019 poz. 869) zgodnie z którym wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny. Zamawiający jako jednostka zobowiązana do przestrzegania ustawy o finansach publicznych, powinna wydatkować środki zgodnie z ich planowanym przeznaczeniem, zgodnie z celem na który zostały przekazane i zaplanowane. Naruszenia przepisów ustawy o finansach publicznych, wiążą się z negatywnymi i konsekwencjami prawnymi dla osób, które dopuszczają się takich naruszeń. Ocena, czy prowadzenie danego postępowania lub wykonanie

zamówienia leży w interesie publicznym, należy do zamawiającego. Należy pamiętać, że w przepisie jest mowa o interesie publicznym, który niekoniecznie musi być zbieżny z interesem zamawiającego. W ocenie Odwołującego można nawet postawić tezę, że powinien pozostawać w oderwaniu od interesu zamawiającego. Jak wskazuje J. Pieróg, nie brak udzielenia zamówienia ma powodować naruszenie interesu publicznego, a wręcz przeciwnie - wykonanie zadania (udzielenie zamówienia) ma być sprzeczne z interesem publicznym. Dlatego stosowanie tej przesłanki wymaga dużej rozwagi i wykazania rzeczywistej szkody, jaka w interesie publicznym mogłoby spowodować udzielenie zamówienia (J. Pieróg, komentarz do art. 93, Prawo zamówień publicznych, Legalis/el.).

W ocenie Odwołującego przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na modernizację pokrycia dachu i jego izolacji termicznej w budynku pływalni Ośrodka Sportu i Rekreacji m. St. Warszawy w Dzielnicy Żoliborz w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia będzie prowadzić do zniweczenia robót budowlanych wykonanych przez Odwołującego i przyjętych przez Zamawiającego w ramach Umowy nr 22/OSIR/IX/2018/T z dnia 27 września 2018 r. Można bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której wykonawca wybrany przez Zamawiającego w celu należytego wykonania zamówienia będzie musiał usunąć, a *de facto* po prostu zniszczyć to co wykonał wcześniej prawidłowo Odwołujący. To zaś oznacza, że Zamawiający (podatnicy) zapłaci dwa razy za te same prace. W ocenie Odwołującego prace stanowiące przedmiot zamówienia zostały wykonane. Zgodnie z Protokołem końcowym odbioru robót z dnia 17 stycznia 2019 r. tylko nieznaczna część robót budowlanych została wykonana z usuwalnymi usterkami. Ponadto, warunkiem unieważnienia postępowania jest wystąpienie dodatkowych przesłanek w postaci istotnej zmiany okoliczności oraz niemożliwość przewidzenia następstw tej zmiany okoliczności. Biorąc pod uwagę powyższe, należy wskazać że pozostali wykonawcy nie mieli wiedzy o zakresie robót wykonanych przez Odwołującego w ramach Umowy nr 22/OSIR/IX/2018/T z dnia 27 września 2018 r. (Zamawiający nie poinformował o tym pozostałych wykonawców na etapie składania ofert), co mogłoby wpłynąć istotnie na sposób skalkulowania przez nich ceny, a nawet odstąpienie od złożenia oferty z uwagi na niewielki zakres przedmiotu zamówienia.

Zarzut dotyczący unieważnienia postępowania z uwagi na wystąpienie niemożliwej do usunięcia wady, uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy (art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp)

W ocenie Odwołującego istnieje podstawa do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Wskazana przesłanka dotyczy sytuacji, gdy w postępowaniu o

udzielenie zamówienia publicznego popełniono takie naruszenia, które mają wpływ na wynik postępowania o zamówienie publiczne w postaci zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zaistniała w postępowaniu wada uniemożliwia podpisanie przez zamawiającego ważnej umowy z wybranym wykonawcą. Z pewnością za wadę postępowania należy uznać sytuację, o której stanowi art. 146 ust. 1 PZP, określający przesłanki do stwierdzenia nieważności umowy zawartej w sprawie zamówienia publicznego. Wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda niedająca się usunąć wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy.

W ocenie Odwołującego zamawiający unieważniając postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp są uprawnieni do brania pod uwagę zarówno okoliczności skutkujących unieważnieniem zawartej umowy wynikających z art. 146 ust. 1 PZP, jak i powinni brać pod uwagę okoliczności skutkujące unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w orzecznictwie wskazuje się, iż od pojęciem niemożliwej do usunięcia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego kryje się każde uchybienie przepisom PZP, którego skutków nie można usunąć przy zastosowaniu procedur z nich wynikających (wyrok z dnia 17 marca 2016 r. sygn. KIO 314/16). Jednocześnie owo usunięcie może nastąpić w dowolny sposób byleby nie był on sprzeczny z ustawą Pzp, a w szczególności nie prowadził do wypaczenia wyniku postępowania. Zatem pomiędzy dokonaniem przez zamawiającego czynności lub zaniechaniem dokonania czynności z naruszeniem przepisu PZP a wynikiem postępowania musi zatem zaistnieć związek pozwalający wykazać ich wpływ, realny lub potencjalny, na wybór oferty najkorzystniejszej. Do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP konieczne jest wykazanie zaistnienia wszystkich wymienionych w tym przepisie przesłanek. Do przesłanek należy zaliczyć:

1. fakt wystąpienia wady postępowania,
2. wada musi być niemożliwa do usunięcia,
3. niemożliwa do usunięcia wada musi powodować niemożność zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu,
4. zagrożenie unieważnieniem umowy musi wynikać z zaistnienia jednej z podstaw unieważnienia określonych w art. 146 ust. 1 lub 6 ustawy PZP.

W ocenie Odwołującego odnosząc powyższe do stanu faktycznego sprawy należy wskazać, że istnieje podstawa do unieważnienia postępowania z powodu wady tkwiącej w opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający bowiem prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na modernizację pokrycia dachu i jego izolacji termicznej w budynku pływalni Ośrodka Sportu i Rekreacji m. St. Warszawy w Dzielnicy Żoliborz. Wskazane roboty budowlane zostały jednak wykonane przez Odwołującego i przyjęte przez Zamawiającego w ramach Umowy nr 22/OSIR/IX/2018/T z dnia 27 września 2018 r., a wykonawcy nie zostali o tym fakcie poinformowani. W stanie faktycznym sprawy mamy zatem do czynienia z wadą SIWZ, która zakwalifikować należy jako wadę, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP. Zaistnienie takiej wady nie może zostać konwalidowane, a cel postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie może być osiągnięty.

Izba ustaliła co następuje:

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, w rozumieniu § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz.U. z 2018 r. poz. 1092).

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujący dokumenty: umowę nr 22/OSIR/IX/2018/T z dnia 27 września 2018 r., protokół końcowy odbioru robót z dnia 17 stycznia 2019 r., ocena techniczna na okoliczność odbioru dachowych robót budowlanych na budynku pływalni przy ul. Potockiej 1 z dnia 22 stycznia 2019 r. – na okoliczność wykazania zakresu robót wykonanych przez Odwołującego oraz prawidłowości złożonej oferty; protokół stanu faktycznego sporządzonego w dniu 05 września 2019 r. przez Komornika Sądowego przy Sądzie Rejonowym dla Warszawy-Żoliborza w Warszawie N. J. Kancelaria Komornicza nr VIII w Warszawie w ramach postępowania prowadzonego pod sygn. akt: Kmn 1/19 wraz z załącznikami, o na okoliczność: zakresu prac wykonanych przez Odwołującego w ramach Umowy nr 22/OSIR/IX/201 WT z dnia 27 września 2018 r. zawartej pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym, który świadczy o wadliwie sporządzonym opisie przedmiotu zamówienia, który w konsekwencji prowadzi do nieważności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr ZP-2/OSIR/2020, postanowienia Sądu Rejonowego dla Warszawy-Żoliborza w Warszawie, II Wydział Cywilny z dnia 11 sierpnia 2020 r., sygn. akt: II Co 434/20 w przedmiocie zabezpieczenia dowodu z oględzin nieruchomości przez biegłego z zakresu budownictwa w zakresie prac wykonanych przez TMB Maat Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Józefowie na dachu budynku pływalni miejskiej OSIR położonego w Warszawie przy ul. Potockiej 1 o na okoliczność: ustalenia, że udzielenie zamówienia publicznego na modernizację pokrycia dachu i jego izolacji termicznej w budynku pływalni Ośrodka Sportu i Rekreacji m. St.

Warszawy w Dzielnicy Żoliborz w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr ZP-2/OSIR/2020 w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia będzie prowadzić do zniweczenia robót budowlanych wykonanych przez Odwołującego i przyjętych przez Zamawiającego w ramach Umowy nr 22/0SIR/IX/2018/T z dnia 27 września 2018 r., co świadczy o wadliwie sporządzonym opisie przedmiotu zamówienia, co w konsekwencji prowadzi do nieważności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr ZP-2/OSIR/2020, korespondencji pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym dotyczącej usunięcia usterek stwierdzonych w Protokole końcowego odbioru robót z dnia 17 stycznia 2019 r. o na okoliczność: niedopuszczenia przez Zamawiającego do usunięcia usterek stwierdzonych w Protokole końcowego odbioru robót z dnia 17 stycznia 2019 r. oraz ustalenia, że udzielenie zamówienia publicznego na modernizację pokrycia dachu i jego izolacji termicznej w budynku pływalni Ośrodka Sportu i Rekreacji m. St. Warszawy w Dzielnicy Żoliborz w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr ZP-2/OSIR/2020 w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia będzie prowadzić do zniweczenia robót budowlanych wykonanych przez Odwołującego i przyjętych przez Zamawiającego w ramach Umowy nr 22/0SIR/IX/2018/T z dnia 27 września 2018 r., co świadczy o wadliwie sporządzonym opisie przedmiotu zamówienia, który w konsekwencji prowadzi do nieważności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr ZP-2/OSIR/2020, pismo Zamawiającego z dnia 14 czerwca 2019 r. na okoliczność ustalenia przyczyn odstąpienia od umowy z dnia 27 września 2018 r.

Izba ustaliła, że Zamawiający ogłosił w dniu 08.06.2020 r. postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Modernizacja pokrycia dachu i jego izolacji termicznej w budynku pływalni Ośrodka Sportu i Rekreacji m. st. Warszawy w Dzielnicy Żoliborz.

W pkt 7 SIWZ oraz pkt 11.4 Ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał, że: „Przedmiotem niniejszego zamówienia jest „Modernizacja pokrycia dachu i jego izolacji termicznej w budynku pływalni Ośrodka Sportu i Rekreacji m. st. Warszawy w Dzielnicy Żoliborz przy ul. Potockiej 1 w Warszawie”. Zamawiający opisał stan istniejący: „Zespół basenów został wybudowany w 1999 roku. Hala basenowa jest przykryta dachem, którego elementy nośne stanowią dźwigary z drewna klejonego w kształcie zbliżonym do fali a pokrycie jest z blachy fałdowej. Na pierwszym piętrze budynku znajduje się część biurowo - socjalna przykryta dachem łukowym o pokryciu z blachy fałdowej. Na parterze budynku znajduje się część rekreacyjna i zaplecze basenu, które przykryte są dachami płaskimi o pokryciu z papy lub membrany z tworzywa sztucznego. W 2018 r. została wykonana częściowa modernizacja dachu i jego termicznej izolacji w budynku pływalni OSiR Żoliborz.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa załącznik nr 1 do wzoru umowy oraz:

- a) Wzór umowy stanowiący załącznik nr 5 do SIWZ;
- b) Dokumentacja projektowa — załącznik nr 8a do SWZ stanowiąca równocześnie załącznik nr 2 do wzoru umowy
- c) Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót — załącznik nr 8b do SIWZ stanowiąca równocześnie załącznik nr 3 do wzoru umowy;
- d) Przedmiar robót — załącznik nr 8c do SIWZ.

W pkt 22 SIWZ, Zamawiający wskazał, że Wykonawca w formularzu ofertowym ma określić ryczałtową cenę ofertową brutto (z podatkiem VAT należnym Wykonawcy) za wykonanie przedmiotu zamówienia przy czym za podstawę jej obliczenia wskazał kosztorys ofertowy sporządzony w oparciu o przedmiar robót opracowany przez Wykonawcę. Wskazano również, że przedmiar robót zawarty w załączniku nr 8c do SIWZ opracowany przez Zamawiającego stanowi jedynie podstawę informacyjną o zakresie przedmiotu zamówienia. W przypadku nie uwzględnienia w przedmiarze robót opracowanym przez Wykonawcę, wszystkich robót i innych wydatków niezbędnych do zrealizowania przedmiotu umowy na warunkach określonych w pkt 6 SIWZ oraz we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 5 do SWZ i wynikających z dokumentacji projektowej stanowiącej załącznik nr 8a) do SIWZ, a także specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, stanowiącej załącznik nr 8b) do SIWZ, powstałe różnice stanowią element ryzyka Wykonawcy i nie skutkują zwiększeniem ceny, o której mowa w niniejszym punkcie.

Izba ustaliła, że Odwołujący złożył ofertę za cenę brutto 156.350,80 złotych. Cena oferty Odwołującego odbiegała od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT (opiewającej na kwotę 770.843.46 zł) o 79 72 % a od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert (630.117,70 zł) o 75 19%.

Zamawiający wystosował do Odwołującego w dniu 07.07.2020 r. na mocy art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwanie do złożenie wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. Na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący w dniu 9 lipca 2020 r. złożył wyjaśnienia w których wskazał, że w związku z wykonaniem przez niego robót budowlanych na podstawie umowy 22/OSIR/IX/2018/T zawartej w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a objętych w znaczącej części niniejszym postępowaniem przetargowym, Odwołujący potraktował opis przedmiotu zamówienia w części obejmującej opis prac już wykonanych jako omyłkę. W ocenie Odwołującego trudno było uznać za możliwe i prawdopodobne aby Zamawiający rozpiisał przetarg na wykonanie robót będących już obecnie we władaniu tychże. Odwołujący w ramach swojej oferty skalkulował więc roboty nieobjęte rozstrzygniętym w 2018

przetargiem w wyniku którego wykonano roboty budowlane na podstawie umowy z dnia 1 października 2018 r. lub sprawdzeniu tychże. W ocenie Odwołującego w wyniku omyłki Zamawiającego w zakresie przedmiotu zamówienia Odwołujący zobowiązany był skorygować i dostosować opis pozycji kosztorysowych do rzeczywistego zakresu prac do wykonania na podstawie dokumentacji technicznej. Kalkulacja ceny wreszcie dokonana była w taki sposób, ażeby oferta Odwołującego nie stanowiła czynu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący przedstawił również szczegółowe wyjaśnienia dot. poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, wskazując, iż szereg prac, których wykonania wymagał Zamawiający w ramach obecnie prowadzonego postępowania, zostały już przez Odwołującego wykonane w ramach realizacji umowy z dnia 27 września 2018 r. Odwołujący wskazał, że w związku z tym nie będzie deklarował wykonania robót, które w jego ocenie już wykonał. Odwołujący załączył również kosztorys ofertowy sporządzony metodą uproszczoną który potwierdza, że ww. pozycje kosztorysu zostały wyzerowane (wyzerowano obmiar oraz w miejscu na cenę wskazano 0 zł.).

Pismem z dnia 15 lipca 2020 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 4 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. W uzasadnieniu do odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, tak jak w Piśmie z dnia 7 lipca 2020 r., stanowiącym wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących wyliczenia ceny, że oferta Odwołującego odbiegała od wartości szacunkowej zamówienia powiększonej o podatek VAT o 79,72%, a także że odbiegała od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert o 75,19%. Ponadto, Zamawiający wskazał, że jego zdaniem Odwołujący nie udowodnił, że zaoferowana przez niego cena nie nosi znamion ceny rażąco niskiej, a dodatkowo, że oferta nie jest niezgodna z SIWZ oraz nie zawiera błędów w obliczeniu ceny.

Izba ustaliła, że Odwołujący zawarł z Zamawiającym Umowę nr 22/OSIR/IX/2018/T z dnia 27 września 2018 r. Przedmiotem Umowy było wykonanie modernizacji pokrycia dachu i jego izolacji termicznej w budynku pływalni znajdującego się na terenie Ośrodka Sportu i Rekreacji m. st. Warszawy w dzielnicy Żoliborz ul. Potocka 1 w Warszawie. Strony w dniu 9 listopada 2018 r. podpisały Protokół konieczności dokonania robót dodatkowych, w których określili m.in. zakres rzeczowy dodatkowych robót do wykonania, a także ustaliły wynagrodzenie należne Odwołującemu za wykonanie tych robót. Do Protokołu załączono Kosztorys na roboty dodatkowe, który został parafowany przez strony. W dniu 11 stycznia 2019 r. strony podczas spotkania ustaliły termin przystąpienia odbioru na dzień 17 stycznia 2019 r. na godzinę 13.00. W dniu 17 stycznia 2019 r. strony dokonały odbioru końcowego robót. W protokole końcowym odbioru robót wskazano, że roboty zostały wykonane z usterkami, o których mowa w

Załączniku nr 1 do Protokołu. Ponadto, strony ustaliły, że usterki zostaną usunięte przez Odwołującego do dnia 30 maja 2019 r. Pismem z dnia 21 stycznia 2019 r. Zamawiający wskazał, że Protokół odbioru końcowego robót z dnia 17 stycznia 2019 r. jest traktowany jako komisyjny przegląd stanu faktycznego, a wskazane w trakcie braki i uchybienia po uzupełnieniu i skwitowaniu przez Zamawiającego mogą być podstawą do skutecznego zgłoszenia gotowości do odbioru końcowego. Zamawiający w uzasadnieniu do ww. pisma wskazał również termin usunięcia usterek do dnia 30 kwietnia 2019 r.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 14 czerwca 2019 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odstąpieniu od umowy zawartej w dniu 27 września 2018 r. W treści pisma Zamawiający wskazał, że w związku z niedotrzymaniem przez Odwołującego wyznaczonego przez Zamawiającego na dzień 10 czerwca 2019 r. terminu na naprawę wadliwe wykonanych prac i dokończenia realizacji inwestycji, Zamawiający odstępuje od umowy.

Izba zważyła co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący – jako wykonawca, którego oferta, w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, może zostać wybrana jako najkorzystniejsza – spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

W ocenie Izby odwołanie podlega oddaleniu. W pierwszej kolejności wskazać należy, że pomimo, iż Odwołujący kwestionuje czynność Zamawiającego polegającą na odrzuceniu jego oferty, odwołanie w zasadniczej części dotyczy postanowień SIWZ. Zarzuty i argumenty podniesione bowiem przez wykonawcę w treści odwołania dotyczące zapisów SIWZ w zakresie nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia. Argumentacja Odwołującego sprowadza się do twierdzenia, że w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający nie uwzględnił prac jakie Odwołujący wykonał w ramach umowy zawartej w dniu 27 września 2018 r.

W ocenie Izby powyższe zarzuty i argumenty są w istocie polemiką Odwołującego z określonymi zapisami zawartymi w SIWZ, które były znane wykonawcy od dnia jej publikacji na stronie internetowej Zamawiającego tj. od dnia 8 czerwca 2020 r. Zamawiający w pkt 7 SIWZ oraz pkt II.4 Ogłoszenia o zamówienia opis zakres prac objętych przedmiotowym

postępowaniem. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia został określony w załączniku nr 1 do wzoru umowy. Zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, wnosi się w terminie 5 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub zamieszczenia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia na stronie internetowej. Tym samym termin na złożenie odwołania co do wymagań Zamawiającego w zakresie kwestionowanych zapisów SIWZ upłynął 13 czerwca 2020 roku. Wykonawca jest związany ustawowym terminem wniesienia odwołania, który ma charakter zawity, a jego upływ powoduje utratę możliwości skorzystania z tego środka ochrony prawnej.

Odnosząc się zaś do poszczególnych zarzutów podniesionych przez Odwołującego, Izba wskazuje co następuje:

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, której treść nie odpowiada treści SIWZ. Ustawodawca zobowiązał więc zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy złożyli ofertę niezgodną z wymaganiami zamawiającego określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji, z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty. Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp musi być możliwe uchwycenie na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi postanowieniami SIWZ.

W ocenie Izby w analizowanym stanie faktycznym Zamawiający zasadnie uznał, że Odwołujący złożył ofertę niezgodną z opisem przedmiotu zamówienia, dokonując samodzielnego i nieuprawnionego określenia przedmiotu zamówienia. Wskazać należy, że w dokumentacji postępowania Zamawiający określił zakres prac, który należy wykonać w ramach przedmiotowego postępowania. Odwołujący złożył ofertę niezgodną z SIWZ tj. obejmującą tylko część prac określonych w dokumentacji postępowania, uzasadniając swoją decyzję w wyjaśnieniach z dnia 9 lipca 2020 r. okolicznością, iż w jego ocenie prace

niewycenione przez wykonawcę zostały już przez niego wykonane w 2018 roku. Takie działanie Odwołującego uznać należy za nieprawidłowe i co więcej pozostaje w sprzeczności z innymi oświadczeniami zawartymi w złożonej dokumentacji ofertowej m.in. oświadczeniem Odwołującego zawartym w formularzu ofertowym, iż zapoznał się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, w tym ze wzorem umowy, jak też z wszystkimi innymi dokumentami oraz warunkami spełnienia świadczenia, do dokumentów i warunków nie wnosi żadnych zastrzeżeń i uznaje się za związanych określonymi w nich postanowieniami, a w przypadku wyboru jego oferty podpisze umowę zgodnie z treścią przedstawioną przez Zamawiającego. Odwołujący wskazał również w treści formularza, że oferuje wykonanie ww. przedmiotu zamówienia określonego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zgodnie z warunkami określonymi przez Zamawiającego za cenę brutto w wysokości 156.350,80 złotych.

W ocenie Izby wcześniejsza realizacja jakichkolwiek prac na dachu stanowiących przedmiot obecnego zamówienia nie daje legitymacji Odwołującemu do decydowania za Zamawiającego które prace należy obecnie wykonać i jakie prace należy wycenić w ramach obliczenia kosztów realizacji zamówienia. To bowiem Zamawiający samodzielnie decyduje co jest przedmiotem zamówienia, zaś wykonawcy na odpowiednim etapie postępowania mają możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej i zaskarżyć treść SIWZ. Tego zaś w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący nie uczynił. Za nieuprawnione, w ocenie Izby, uznać należy samodzielne i subiektywne określenie przez wykonawcę zakresu prac podlegających wycenie. Skutkuje to bowiem samodzielnym określeniem przez Odwołującego przedmiotu zamówienia, to zaś przekłada się na porównywalność ofert złożonych przez innych wykonawców w postępowaniu. Podkreślić należy, że Odwołujący w treści złożonych wyjaśnień z dnia 9 lipca 2020 r. sam potwierdził niezgodność oferty z opisem przedmiotu zamówienia, wskazując, iż nie uwzględnił w wycenie przedmiotu zamówienia określonych prac wskazanych w SIWZ, gdyż samodzielnie przyjął, iż prace te zostały już wykonane. Odwołujący samodzielnie określił zakres przedmiotu zamówienia podlegający wycenie, w konsekwencji czego Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby istota zarzutu Odwołującego sprowadza się do kwestionowania prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia sporządzonego przez Zamawiającego, co zresztą potwierdził sam Odwołujący podczas rozprawy. Jak Izba wskazała powyżej, termin na wniesienie odwołania co do zapisów SIWZ minął w dniu 13 czerwca 2020 r. Obecnie taki zarzut uznać należy za spóźniony. Odwołujący miał możliwość rozwiania swoich wątpliwości i mógł skorzystać z ustawowego przywileju określonego w art. 38 ust. 1 ustawy Pzp i mógł zwrócić się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie kwestii dotyczących zakresu prac, które są konieczne do wykonania, jak również, pomimo prawa do dokonania wizji lokalnej w obiekcie

Zamawiającego, Odwołujący z przedmiotowego przywileju nie skorzystał i nie złożył wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ jak również nie dokonał wizji lokalnej i sam podjął decyzję za Zamawiającego o zakresie robót do wykonania. Czynności podejmowane obecnie przez Odwołującego są, w ocenie Izby, spóźnione.

Zgodzić się należy z Zamawiającym, iż od czasu realizacji umowy w 2018 roku, stan techniczny dachu mógł ulec chociażby pogorszeniu, degradacji, czego Odwołujący zdaje się zupełnie nie wziął pod uwagę przygotowując ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Z góry założył, że prace przez niego wykonane zostały prawidłowo i do dnia złożenia oferty stan faktyczny nie uległ zmianie. Przyjęcie takiego założenia było, w ocenie Izby, niedopuszczalne. W SIWZ próżno szukać postanowień uprawniających Odwołującego do samodzielnego określenia przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu.

Podkreślić należy, że obowiązkiem wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego, jest złożenie oferty odpowiadającej treści SIWZ i zakresowi zamówienia, który określa Zamawiający. Trudno sobie wyobrazić, aby Zamawiający w wyniku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uzyskał przedmiot zamówienia odmienny od tego który był celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Gdyby przyjął stanowisko Odwołującego za prawidłowe to wykonawcy, a nie Zamawiający decydowałiby o zakresie zamówień publicznych, a swym działaniem i składaniem odmiennych ofert, doprowadzaliby do sytuacji w której oferty te byłyby nieporównywalne — tak jak ma to miejsce w przedmiotowej sprawie. Oferta Odwołującego jest bowiem w obecnym kształcie nieporównywalna względem pozostałych prawidłowo złożonych ofert. Obejmuje bowiem węższy zakres aniżeli żądał tego Zamawiający.

Mając zatem na uwadze powyższe oraz fakt, iż błąd Odwołującego ma charakter nieusuwalny i nie można go poprawić na mocy art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzo, jego oferta jest niezgodna z SIWZ i podlega odrzuceniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co Zamawiający zasadnie uczynił w przedmiotowym postępowaniu.

Zarzut naruszenia art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 4 ustawy Pzp

W zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 4 ustawy Pzp, to Izba również uznała, że Zamawiający swoim działaniem nie naruszył przepisów ustawy na jakie powołał się Odwołujący. Zgodnie z art. 90 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz ze złożonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską

cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Z kolei art. 89 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Wskazać należy, że Odwołujący złożył ofertę za cenę brutto 156 350,80 złotych. Zaproponowana przez Odwołującego cena za realizację zamówienia odbiegała od wartości szacunkowej zamówienia o 79,72% oraz o 75,19% średniej arytmetycznej złożonych ofert. Zamawiający wystosował do Odwołującego w dniu 7.07.2020 r. na mocy art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wezwanie do złożenie wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny. W treści wezwania Zamawiający wskazał w sposób precyzyjny pozycje kosztorysowe, które wzbudzały jego wątpliwości co do prawidłowości wyceny. W ocenie Izby, treść złożonych przez Odwołującego wyjaśnień potwierdzała, że zaoferowana cena za realizację zamówienia jest ceną rażąco niską.

Nie ulega wątpliwości, że Odwołujący zaoferował cenę nierealną, gdyż w wycenie kosztów realizacji zamówienia nie uwzględnił wszystkich prac składających się na przedmiot zamówienia i wskazanych w SIWZ. Zaoferowana przez Odwołującego cena w stosunku do przedmiotu zamówienia jest ceną odbiegającą od jego wartości, a rzeczona różnica nie jest uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi Odwołującemu, bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne zamówienie to wykonać. Za taką okoliczność nie może być uznana umowa z dnia 27 września 2018 r. i samodzielnie ustalony przez Odwołującego zakres prawidłowo wykonanych prac przez wykonawcę w ramach tego postępowania. Nie ma żadnych dowodów potwierdzających, że Odwołujący rzeczywiście w sposób prawidłowy wykonał prace, co do których oświadczył, iż nie będzie deklarował ich wykonania. Zarówno protokół końcowego odbioru prac z dnia 17 stycznia 2019 jak i protokół stanu faktycznego sporządzonego w dniu 5 stycznia 2019 r. wskazują na szereg nieprawidłowości w realizacji robót w 2018 r. Odwołujący w sposób ogólny w treści złożonych wyjaśnień z dnia 9 lipca 2020 r. wskazał, że określone prace w jego ocenie są już wykonane. Okoliczność ta nie została jednak potwierdzona ani protokołem odbioru robót ani innych obiektywnym dowodem. Ponadto podkreślić należy jeszcze raz, że uprawnieniem Zamawiającego było określenie zakresu prac objętych obecnie prowadzonym postępowaniem przetargowym, zaś obowiązkiem wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia było złożenie oferty odpowiadającej temu zakresowi.

Wskazać dalej należy, że wbrew zarzutom Odwołującego Zamawiający przeprowadził procedurę wyjaśniającą określoną w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, a dodatkowo wskazał uzasadnienie faktyczne i prawne odrzucenia oferty odnosząc się do pozycji kosztorysowych

oraz innych okoliczności swojej decyzji. Podał także powód odrzucenia powołując się na fakt, iż zaofferowana cena nie jest realna i stwarza zagrożenie prawidłowości wykonanych robót. Stad też, w ocenie Izby, zarzuty sformułowane przez Odwołującego w tym zakresie uznać należy za niezasadne.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błąd w obliczeniu ceny lub kosztu. Błędem takim w szczególności będzie zastosowanie niewłaściwych jednostek miary, niewłaściwego zakresu czynności, które trzeba wykonać w trakcie realizacji zamówienia, błędem będzie również przyjęcie niewłaściwej stawki podatku VAT. Błąd w rozumieniu omawianego przepisu jest więc błędem polegającym na tym, że wykonawca kalkulując cenę za realizację zamówienia nie uwzględnił cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu czy warunków realizacji określonych w SIWZ.

W analizowanym stanie faktycznym, po dokonaniu analizy wyjaśnień złożonych na wezwanie Zamawiającego na mocy art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający powziął wiedzę o fakcie, że powodem zaofferowania przez Odwołującego ceny ofertowej na poziomie 156.350,80 złotych brutto było nieuwzględnienie w ofercie części robót koniecznych do wykonania w przedmiotowym zamówieniu, będącego, w ocenie Izby, następstwem błędnej oceny stanu faktycznego polegającej na przyjęciu przez Odwołującego, że realizacja w 2018 roku robót budowlanych na dachu stanowiącym przedmiot modernizacji w obecnie prowadzonym postępowaniu, daje Odwołującemu uprawnienie do dobrowolnej zmiany opisu przedmiotu zamówienia i złożenia oferty niezgodnej z zakresem określonym w SIWZ. W ocenie Izby, Odwołujący działając pod wpływem błędnej oceny stanu faktycznego popełnił błąd w obliczeniu ceny nie uwzględniając przy jej kalkulacji całego zakresu zamówienia wskazanego w SIWZ. Zakres prac objętych przedmiotowym postępowaniem został określony przez Zamawiającego w SIWZ, zaś obowiązkiem Odwołującego było uwzględnienie w wycenie tak określonego przez Zamawiającego zakresu zamówienia. W konsekwencji, Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 6 oraz pkt 7 ustawy Pzp

W ocenie Izby nie ma podstaw do zastosowania powyższych przepisów w analizowanym stanie faktycznym. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Unieważnienie postępowania na

podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp wymaga wykazania, że wcześniej, czyli w momencie wszczęcia postępowania, nie można było przy zachowaniu odpowiedniej staranności przewidzieć, iż nastąpi istotna zmiana okoliczności, w wyniku której - kontynuowanie postępowania i udzielenie zamówienia publicznego nie będzie leżało w interesie publicznym. W ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do jakiegokolwiek zmiany okoliczności faktycznych, które winny uzasadniać unieważnienie postępowania. Zamawiający ogłaszając postępowanie miał pełną widzę o umowie z dnia 27 września 2018 r., o odstąpieniu od umowy, co usterkach stwierdzonych w protokole odbioru z dnia 17 stycznia 2019 r. Oczywistym dla Izby jest to, że Zamawiający znając treść postanowienia Sądu Rejonowego w Warszawie z dnia 11 sierpnia 2020 r. dotyczącego dowodu z oględzin nieruchomości przez biegłego jest związany treścią postanowienia sądu. Z treści postanowienia sądu wynika, że biegły miał dokonać oględzin w dniu 28 sierpnia 2020 r. Odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów na wykazanie, że takie oględziny nie zostały wykonane. Nie ma więc uzasadnienia dla twierdzenia Odwołującego, iż Zamawiający poprzez obecne postępowanie uniemożliwi ocenę prac wykonanych przez Odwołującego.

W ocenie Izby opinia biegłego co do zakresu prawidłowo wykonanych prac przez Odwołującego i wzajemnych rozliczeń stron wówczas prowadzonego postępowania jest kwestią irrelevantną dla obecnego postępowania. Zamawiający ma bowiem prawo do samodzielnego ustalenia zakresu zamówienia kierując się swoim doświadczeniem i swoją oceną stanu technicznego dachu pływalni. Nawet jeśli by hipotetycznie przyjąć słuszność stanowisko Odwołującego co do prawidłowości wykonanych prac, to okoliczność tak podlega ocenie sądu w ramach rozliczeń realizacji umowy z dnia 27 września 2018 r. Nie można zgodzić się z Odwołującym, że przesłanka istotnej zmiany okoliczności oraz niemożliwości jej przewidzenia to fakt, że inni wykonawcy nie mieli wiedzy o zakresie robót wykonanych przez Odwołującego w ramach umowy z dnia 27 września 2018 r. Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający opisał w SIWZ przedmiot zamówienia, umożliwił potencjalnym wykonawcom dokonanie oględzin, wykonawcy mieli możliwość zaskarżenia treści SIWZ lub składania wniosków o jej wyjaśnienie. Okoliczność, iż Odwołujący subiektywnie twierdzi, że wykonał prawidłowo jakiś zakres prac, nie może być uznana za nadzwyczajną okoliczność uzasadniającą unieważnienie postępowania. Okoliczność ta była bowiem znana Zamawiającemu w momencie wszczynania obecnego postępowania, zaś wykonawcy otrzymali od Zamawiającego niezbędne informacje do wyceny przedmiotu zamówienia określonego przez Zamawiającego w obecnym postępowaniu.

Odnosząc się do interesu publicznego, to w ocenie Izby, twierdzenia Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie. Odwołujący identyfikuje interes publiczny ze swoim interesem. Nie ulega

wątpliwości, iż prace zrealizowane przez Odwołującego w ramach umowy z dnia 27 września 2018 r. nie były wykonane prawidłowo, co wynika choćby z pism Odwołującego kierowanych do Zamawiającego z dnia 30 kwietnia 2019 r. czy 7 maja 2019 r. Usterki stwierdzone w protokole odbioru nie zostały usunięte, a w konsekwencji przedmiot zamówienia nie został zrealizowany w sposób wymagany przez Zamawiającego. Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, że udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego obejmującego zakres ustalony w dokumentacji postępowania służy realizacji interesu publicznego. W efekcie realizacji zamówienia Zamawiający otrzyma wyremontowany dach, który nie będzie zagrażał bezpieczeństwu użytkowników budynku, zaś jego prawidłowe wykonanie nie będzie narażało Zamawiającego na kolejne straty finansowe.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp i braku w dokumentacji postępowania informacji o fakcie wykonania robót przez Odwołującego co spowodowało w ocenie Odwołującego, że pozostali wykonawcy nie mieli rzekomo dostatecznej wiedzy przy kalkulacji ceny oferty, to Izba wskazuje, że w istocie argumentacja Odwołującego to kwestionowanie zapisów SIWZ po upływie terminu na wniesienie odwołania co do treści SIWZ. Skoro Odwołujący po zapoznaniu się z opisem przedmiotu zamówienia nie zgadzał się z jego zakresem oraz uznał, że postępowanie obarczone jest wspomnianą wadą, mógł skorzystać z prawa do złożenia wniosku o wyjaśnienie treści SIWZ zgodnie z art. 38 ustawy Pzp oraz ewentualnie mógł zaskarżyć jego treść na mocy art. 180 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp. W ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał żadnego błędu w opisie przedmiotu zamówienia. Wykonawca wyłącznie subiektywnie dostosowuje treść SIWZ do swojej indywidualnej sytuacji, podejmując nieuzasadnioną próbę narzucenia Zamawiającemu swojego stanowiska co powinno składać się na przedmiot zamówienia. Izba stoi na stanowisku, że Zamawiający nie miał obowiązku informowania w przedmiotowym postępowaniu jaki był zakres zamówienia (wykonany bądź też niewykonany w ramach wcześniej prowadzonych postępowań), zarówno gdyby to było w roku 2018 czy we wcześniejszych latach. Pozostaje to bez znaczenia dla przedmiotowej sprawy i dla składanych ofert. Wykonawca po zapoznaniu się z opisem przedmiotu zamówienia winien bowiem złożyć ofertę mu odpowiadającą i wiedza na temat jakichkolwiek robót we wcześniejszych latach pozostaje w ocenie Zamawiającego bezużyteczna, bo wykonawca zobowiązuje się do wykonania zakresu zamówienia określonego w konkretnym postępowaniu przetargowym. Zamawiający zaś umożliwił dokonanie oględzin jak również zawarł w SIWZ wymagany zakres informacji, co nie było kwestionowane przez wykonawców na etapie publikacji SIWZ.

Podkreślić również należy, że przytoczenie przez Odwołującego regulacji art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp nie stanowi, w ocenie Izby, uzasadnienia dla unieważnienia postępowania. W

ocenie Izby samo naruszenie przepisów ustawy Pzp w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia – niekwalifikowane jako jedno z naruszeń określonych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp – nie stanowi wystarczającej podstawy do unieważnienia umowy. Odwołujący winien więc wykazać, że zachodzą przesłanki unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego określone w kodeksie cywilnym. Wykazać związek przyczynowy pomiędzy rzekomą wadą postępowania o koniecznością unieważnienia umowy. Tego zaś Odwołujący nie uczynił. Rzekome błędne opisanie przez Zamawiającego przedmiotu zamówienia nie może być uznane za wadę postępowania skutkującą brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Co więcej, jak Izba wskazała powyżej, Odwołujący nie wykazał żadnej wady opisu przedmiotu zamówienia.

Odnosząc się do dowodów załączonych przez Odwołującego do pisma procesowego z dnia 30 sierpnia 2020 r. to, w ocenie Izby, dowody ten nie mają znaczenia dla sprawy. Protokół stanu faktycznego sporządzony w dniu 5 września 2019 r. złożony na okoliczność wykazania zakresu prac wykonanych przez Odwołującego na podstawie umowy z dnia 27 września 2018 r., który świadczy o wadliwym sporządzeniu opisu przedmiotu zamówienia i prowadzi do unieważnienia postępowania nie potwierdza okoliczności na jaki został złożony. Z treści protokołu w żaden sposób nie wynika zakres prac prawidłowo wykonanych przez Odwołującego. Treść protokołu opisuje wyłącznie stan techniczny obiektu, wskazując na wady techniczne ujawnione podczas oględzin obiektu. Treść protokołu w żaden sposób nie uzasadnia rzekomego błędu w opisie przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu. Co więcej, potwierdza stanowiska Zamawiającego, że prace zostały niewłaściwie wykonane przez Odwołującego. Dowód w postaci postanowienia Sądu Rejonowego z dnia 11 sierpnia 2020 r sygn. akt: II Co 434/20 na okoliczność ustalenia, że udzielenie zamówienia publicznego w zakresie wskazanym przez Zamawiającego w SIWZ będzie prowadzić do zniweczenia robót budowlanych wykonanych w ramach umowy z dnia 27 września 2018 r, co świadczy o wadliwym opisie przedmiotu zamówienia i winno prowadzić do unieważnienia postępowania również, w ocenie Izby, nie ma znaczenia dla zasadności podniesionych zarzutów. Jak Izba wskazała powyżej, z treści postanowienia wynika, że oględziny winny być dokonane w dniu 28 sierpnia 2020 r. Nie ma dowodów wskazujących, iż takie oględziny nie odbyły się. Ponadto podkreślić raz jeszcze należy, że to Zamawiający oceniał stan techniczny dachu, ustalił niezbędny zakres prac, który został wskazany w SIWZ, umożliwił wykonawcom dokonanie wizji lokalnej, zapewnił niezbędne informacje i narzędzie do wyceny przedmiotu zamówienia. Kwestia wykonania przez Odwołującego prac w poprzednim postępowaniu i rozliczenia z Zamawiającym jest irrelevantna dla obecnie prowadzonego postępowania przetargowego. Dowód w postaci korespondencji pomiędzy Odwołującym a Zamawiającym dotyczącej

usunięcia usterek stwierdzonych w protokole końcowego odbioru robót z dnia 17 stycznia 2019 na okoliczność niedopuszczenia przez Zamawiającego do usunięcia usterek stwierdzonych w ww. protokole oraz ustalenia, że obecnie prowadzone postępowanie w zakresie wskazanym przez Zamawiającego z opisie przedmiotu zamówienia będzie prowadzić do zniweczenie robót budowlanych wykonanych przez Odwołującego na podstawie umowy z dnia 17 września 2018 r., co świadczy o wadliwym opisie przedmiotu zamówienia i winno skutkować unieważnieniem postępowania, również, w ocenie Izby, jest bez znaczenia dla sprawy. Ponownie Izba podkreśla, że Odwołujący kwestionuje zapisy SIWZ po upływie terminu na składanie odwołań co do treści SIWZ. Po drugie, kwestia wykonania przez Odwołującego prac w poprzednim postępowaniu i rozliczenia z Zamawiającym jest irrelevantna dla obecnie prowadzonego postępowania przetargowego. To co Odwołujący subiektywnie uważa za prace wykonane w żaden sposób nie zobowiązywało Zamawiającego do uwzględnienia stanowiska wykonawcy w opisie przedmiotu zamówienia. Skoro Odwołujący twierdzi, że prace te wykonał prawidłowo, to w ramach prowadzonego postępowania sądowego z Zamawiającym będzie mógł tą okoliczność wykazać i żądać odpowiedniego wynagrodzenia. Odwołujący nie wykazał również, aby prowadzenie obecnego postępowania przez Zamawiającego uniemożliwiło wykonanie postanowienie sądu z dnia 11 sierpnia 2020 r. Podobnie okoliczność, iż Zamawiający rzekomo odmawiał Odwołującemu przystąpienia do usunięcia usterek nie ma znaczenia dla sprawy. Dotyczy ona innego postępowania przetargowego.

Mając na uwadze powyższe, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018, poz. 972 z zm.).

Przewodniczący: