

Sygn. akt: KIO 164/23

WYROK

z dnia 30 stycznia 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 stycznia 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2023 r. przez wykonawcę **MPJ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gminę Michałowice w Michałowicach**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu – **Gminie Michałowice w Michałowicach** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy **MPJ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, dokonanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy **Rembud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Przasnyszu** i dokonanie ponownej oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Gminę Michałowice w Michałowicach** i:

==

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **MPJ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego – **Gminy Michałowice w Michałowicach** – na rzecz wykonawcy **MPJ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Michałowice w Michałowicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest Budowa Centrum Inicjatyw Kulturalnych w Komorowie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 18 stycznia 2023 roku wykonawca MPJ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy P.z.p. czynności zamawiającego, polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Rembud Sp. z o.o. z siedzibą w Przasnyszu, pomimo iż oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera rażąco niską cenę, przez co oferta podlega odrzuceniu, zaś wykonawca Rembud winien być wykluczony z postępowania. Ponadto wniósł odwołanie wobec czynności bezprawnego odrzucenia oferty odwołującego oraz innych czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Rembud, pomimo iż wykonawca ten złożył ofertę o treści niezgodnej z warunkami zamówienia;
2. art. 226 ust.1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Rembud pomimo, iż wykonawca ten złożył ofertę z rażąco niską ceną,
3. art. 226 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, mimo iż złożył on oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą i przedłużenie ważności wadium wniesionego w pieniądzu, zaś zamawiający potwierdził otrzymanie takiego oświadczenia a rzekome wezwanie zamawiającego nie zostało przesłane do odwołującego,
4. art. 223 ust 1 ustawy P.z.p. poprzez jego wadliwe zastosowanie i wezwanie wykonawcy Rembud do wyjaśnień treści oferty, które prowadzi do nieuprawnionych negocjacji z wykonawcą i zmiany treści oferty wykonawcy Rembud,

5. art. 128 ust 1 ustawy P.z.p. poprzez bezpodstawne wezwanie wykonawcy Rembud do uzupełnienia oferty w zakresie kosztorysu ofertowego, które doprowadziło do zmiany treści oferty tj. zmiany cen jednostkowych w kosztorysie ofertowym,

6. art. 16 ust 1 ustawy P.z.p. poprzez nierówne traktowanie wykonawców w trakcie badania i oceny ofert,

7. § 5 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Prawy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zw. z art. 74 ust 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez udostępnienie odwołującemu protokołu postępowania wraz z załącznikami, w szczególności korespondencji pomiędzy zamawiającym a wykonawcami w postępowaniu z rażącym naruszeniem terminu na jego udostępnienie, co uniemożliwiło odwołującemu uzyskania dowodu braku otrzymania korespondencji zamawiającego z dnia 30 grudnia 2022 i dołączenia go do odwołania. Dokumenty zostały wykonawcy udostępnione w dniu 17 stycznia 2023 r. o g. 15:14, zaś w dniu 18 stycznia upływa termin na wniesienie odwołania.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
3. nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Rembud;
4. nakazanie zamawiającemu wykluczenia z postępowania wykonawcy Rembud;
5. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego
6. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert;
7. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący podniósł, że posiada interes we wniesieniu odwołania – w przypadku prawidłowego działania zamawiającego oferta odwołującego zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. odwołujący poniesie szkodę, bowiem utraci szansę na zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym nie uzyska wynagrodzenia z tytułu jego realizacji. Powyższe niezbiecie dowodzi naruszenia interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia i stanowi

wystarczającą przesłankę do skorzystania przez odwołującego ze środków ochrony prawnej przewidzianych w P.z.p.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 stycznia 2023 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: Budowę Centrum Inicjatyw Kulturalnych w Komorowie.

Zgodnie z rozdz. XV ust. 10 SWZ, ofertę stanowią: prawidłowo wypełniony Formularz Oferty (według załączonego druku, załącznik nr 1 do SWZ). W myśl ust. 11 pkt 1, wraz z ofertą powinien być złożony kosztorys ofertowy z podanymi cenami jednostkowymi z tabelą elementów scalonych opracowany przez wykonawcę na podstawie przedmiarów.

Zgodnie z rozdz. XVIII SWZ:

9. Przygotowany przez Wykonawcę „Kosztorys ofertowy” z podanymi cenami jednostkowymi z tabelą elementów scalonych na podstawie przedmiarów ma charakter pomocniczy, zasady jego stosowania określone zostały w „Projekcie umowy” stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ.

10. Ceny jednostkowe wskazane w „Kosztorysie ofertowym” są cenami ryczałtowymi.

11. Cena oferty, ma stanowić kwotę wynagrodzenia ofertowego - ryczałtowego, jakie Wykonawca chce uzyskać za kompletne wykonanie przedmiotu zamówienia.

12. Ceny jednostkowe zawierają: cenę roboczogodziny, sprzętu, materiałów oraz realizacji zamówienia.

19. Sposób poprawienia przez Zamawiającego omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny. Zamawiający poprawi omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny w następujący sposób:

1) w przypadku rozbieżności pomiędzy ceną podaną cyfrowo a słownie, jako wartość właściwa zostanie przyjęta cena podana słownie,

2) w przypadku omyłki rachunkowej w „Kosztorysie ofertowym” za wartość prawidłową zostanie uznana cena jednostkowa netto i w ten sposób Zamawiający dokona przeliczenia ceny oferty,

3) w przypadku nie podania przez Wykonawcę kwoty/ceny netto Zamawiający wyliczy ją na podstawie podanej przez Wykonawcę kwoty/ceny brutto i stawki podatku VAT,

4) jeżeli występuje rozbieżność pomiędzy ceną brutto określoną w Formularzu Oferty a kwotą w pozycji „Wartość oferty netto” w Kosztorysie ofertowym, przyjmuje się za prawidłową kwotę z Kosztorysu ofertowego.

Zgodnie z § 16 ust. 2 projektu umowy, zmiana należnego Wykonawcy wynagrodzenia w odniesieniu do robót zamiennych/dodatkových ustalona zostanie na podstawie kosztorysu ofertowego Wykonawcy, a w przypadku braku ich w kosztorysie ofertowym średnich cen wg SEKOCENBUD podanych dla danego kwartału w danym roku, a w przypadku ich braku, dla materiałów lub dostaw specjalistycznych wg faktur zakupu, dla sprzętu wg kalkulacji własnej, nakłady rzeczowe z odpowiednich katalogów (KNR-ów) a w przypadku ich braku wg kalkulacji własnej.

Zgodnie z odpowiedzią zamawiającego na pytanie nr 1 z dnia 15.11.2022 roku „Zamawiający informuje, że do wyceny należy przyjąć 5.98 m² kraty”. Odpowiedź dotyczyła Dokumentacja projektowa - rys. AR.06.01_ZESTAWIENIE BALUSTRAD I ZABUDOWY POD SCHODAMI. Zgodnie z udzieloną odpowiedzią wykonawcy zobowiązani byli uwzględnić dodatkową pozycję i jej koszt w kosztorysie ofertowym. W kosztorysie Rembud brak takiej pozycji i jej wyceny. Koszt tej pozycji w kosztorysie odwołującego to brutto 7281,83 zł.

Zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego nr 11,16 z dnia 22.11.2022 r. i 124 z dnia 25.11.2022 r. „Urządzenia CCTV są przedmiotem zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową TOM IT (Instalacje teletechniczne). Zamówienie nie dotyczy urządzeń AV, natomiast dotyczy instalacji AV. Zamówienie nie dotyczy instalacji i paneli fotowoltaicznych. Urządzenia CCTV są przedmiotem zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową”. Zgodnie z udzieloną odpowiedzią wykonawcy zobowiązani byli uwzględnić dodatkową pozycję i jej koszt w kosztorysie ofertowym W kosztorysie Rembud brak takiej pozycji i jej wyceny. Koszt tej pozycji w kosztorysie odwołującego to brutto 59 678,01 zł.

Zgodnie z odpowiedziami zamawiającego nr 17 z dnia 22.11.2022 r. oraz 96 i 127 z dnia 25.11.2022 r. „Rolety i zasłony przyciemniające są przedmiotem zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową(...). Tak, w zakresie zamówienia jest zakup i montaż rolet i zasłon.

Rolety i zasłony są opisane w TOMIE AR w zeszycie „Roboty montażowe” na stronie 30 jako pozycje [pozycje [AM-r1] oraz [AM-Z1] (...).” Zgodnie z udzieloną odpowiedzią wykonawcy zobowiązani byli uwzględnić dodatkową pozycję i jej koszt w kosztorysie ofertowym. W kosztorysie Rembud brak takiej pozycji i jej wyceny. Koszt tej pozycji w kosztorysie odwołującego to brutto 37 471,37 zł.

Zgodnie z odpowiedzią zamawiającego nr 18 z dnia 22.11.2022 r. „Ruchome wyposażenie kawiarni nie jest przedmiotem zamówienia, natomiast przedmiotem zamówienia jest zabudowa stolarska, która stanowi stałe wyposażenie kawiarni oraz jest integralną częścią budynku, zgodnie z dokumentacją projektową. Zamawiający celem doprecyzowania zamówienia umieszcza „Spis elementów wyposażenia objętych zamówieniem”. Zgodnie z udzieloną odpowiedzią wykonawcy zobowiązani byli uwzględnić dodatkową pozycję i jej koszt w kosztorysie ofertowym. W kosztorysie Rembud brak takiej pozycji i jej wyceny. Koszt tej pozycji w kosztorysie odwołującego to brutto 21 184,89 zł.

Zgodnie z odpowiedziami zamawiającego nr 19 i 29 z dnia 22.11.2022 r. „Przedmiotem zamówienia jest zabudowa stolarska, która stanowi stałe wyposażenie wszystkich pomieszczeń budynku oraz jest jego integralną częścią (m. in.: szafy, szafy wnękowe, wnęki gospodarcze, ławy wnękowe, szafki, lada kawiarniana, fotele do sali projekcyjnej, zasłony i rolety), zgodnie z dokumentacją projektową. Przedmiotem zamówienia jest kompletne wyposażenie pomieszczeń sanitarnych. Poza zakresem zamówienia są ruchome elementy wyposażenia budynku takie jak: biurka, stoły, krzesła, fotele, stanowiska do makijażu z wyjątkiem mobilnych trybun składanych do sali widowiskowej. Zamawiający celem doprecyzowania zamówienia umieszcza „Spis elementów wyposażenia objętych zamówieniem”. Zgodnie z udzieloną odpowiedzią wykonawcy zobowiązani byli uwzględnić dodatkową pozycję i jej koszt w kosztorysie ofertowym. W kosztorysie Rembud brak takiej pozycji i jej wyceny. Koszt tej pozycji w kosztorysie odwołującego to brutto 369 245,86 zł.

Zgodnie z odpowiedzią nr 49 z dnia 23.11.2022 r. oraz odpowiedzią 140 z dnia 25.11.2022 r. „Zgodnie z założeniami dokumentacji projektowej deski mają być opalane metodą Shou Sugi Ban”. Zgodnie z rozdz. XVIII pkt. 6 SWZ „Podstawą do ustalenia ceny oferty jest Dokumentacja projektowa, dokumentacja techniczna oraz Wzór umowy stanowiące załączniki do niniejszej SWZ (...).” Zgodnie z udzieloną odpowiedzią wykonawcy zobowiązani byli uwzględnić dodatkową pozycję i jej koszt w kosztorysie ofertowym. W kosztorysie Rembud brak takiej pozycji i jej wyceny. Koszt tej pozycji w kosztorysie odwołującego to brutto 344 609,66 zł.

Zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego nr 69 z dnia 25.11.2022 r. Miejsca dla niepełnosprawnych należy wykonać tak, aby spełnić wymogi ROZPORZĄDZENIA MINISTRA INFRASTRUKTURY I ROZWOJU w sprawie szczegółowych warunków technicznych dla znaków i sygnałów drogowych oraz urządzeń bezpieczeństwa ruchu drogowego i warunków ich umieszczania na drogach np. przez zastosowanie nawierzchni utwardzonej we wskazanej lokalizacji w całości lub częściowo. ”

Zgodnie z udzieloną odpowiedzią wykonawcy zobowiązani byli uwzględnić dodatkową pozycję i jej koszt w kosztorysie ofertowym. W kosztorysie Rembud brak takiej pozycji i jej wyceny. Koszt tej pozycji w kosztorysie odwołującego to brutto 1836,56 zł.

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie 112 z dnia 25.11.2022 Wykonanie konstrukcji stalowej zgodnie z dokumentacją projektową w tym m.in. z rysunkiem AR.07.02, detalem 03, zawierającym przekrój przez ścianę ażurową.” Zgodnie z udzieloną odpowiedzią wykonawcy zobowiązani byli uwzględnić dodatkową pozycję i jej koszt w kosztorysie ofertowym. W kosztorysie Rembud brak takiej pozycji i jej wyceny. Koszt tej pozycji w kosztorysie odwołującego to brutto 4775,07 zł.

Zgodnie z odpowiedzią zamawiającego nr 137 i 138 z dnia 25.11.2022 r. „Zamawiający potwierdza, że należy zaprojektować i wykonać system automatycznej regulacji, zgodnie z dokumentacją projektową”. Zgodnie z udzieloną odpowiedzią wykonawcy zobowiązani byli uwzględnić dodatkową pozycję i jej koszt w kosztorysie ofertowym. W kosztorysie Rembud brak takiej pozycji i jej wyceny. Koszt tej pozycji w kosztorysie odwołującego to brutto 66 871,28 zł.

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 92 z dnia 25.11.2022 r. „Wnosimy o uściślenie wymiarów słupów z drewna klejonego. W opisie jest podany przekrój 24x40 cm a w przedmiarze 24x30 cm”.

Zamawiający odpowiedział „Należy przyjąć materiał zgodnie z opisem projektu konstrukcji”. Tymczasem wykonawca Rembud nie uwzględnił tej odpowiedzi w ofercie i przyjął do wyceny elementy konstrukcyjne o wymiarach innych niż w projekcie i odpowiedzi zamawiającego, co spowodowało również zaniżenie wyceny tej pozycji.

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie 93 z dnia 25.11.2022 „Proszę o ujednoczenie z jakiej klasy betonu mają być wykonane fundamenty. W opisie jest C30/37 a w przedmiarze C20/25”.

Zamawiający odpowiedział „Należy przyjąć materiał zgodnie z opisem projektu konstrukcji”. Zaś na „ Pytanie nr 114 z dnia 25.11.2022 r.: „Wnosimy o informację, czy w

zakresie prac jest wykonanie ławy fundamentowe prostokątne żelbetowe, wymiary 0,6x0,4m z betonu klasy C30/37", zamawiający odpowiedział „Zamawiający potwierdza.” Wykonawca Rembud nie uwzględnił tej odpowiedzi w ofercie i przyjął do wyceny beton inny niż w dokumentacji i odpowiedziach zamawiającego co spowodowało również zaniżenie wyceny tej pozycji.

Zgodnie z odpowiedzią na Pytanie nr 94: z dnia 25.11.2022 „Proszę o ujednoczenie z jakiej klasy betonu mają być wykonane elementy monolityczne. W opisie jest C25/30 a w przedmiarze C20/25", zamawiający odpowiedział: „Należy przyjąć materiał zgodnie z opisem projektu konstrukcji”. Wykonawca Rembud nie uwzględnił tej odpowiedzi w ofercie i przyjął do wyceny beton inny niż w dokumentacji i odpowiedziach zamawiającego co spowodowało również zaniżenie wyceny tej pozycji

Zgodnie z odpowiedzią na Pytanie nr 115 z dnia 25.11.2022 r.: Wnosimy o informację, czy w zakresie prac jest wykonanie warstwy spadkowej płyty XPS, dach DH-01 w spadkach 7 do 15 cm", zamawiający odpowiedział „Zamawiający potwierdza.” Wykonawca Rembud nie uwzględnił tej odpowiedzi w ofercie.

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 143 z dnia 25.11.2022: „Zgodnie z opracowaniem projektowym do wyceny należy przyjąć warstwy opisane w punkcie 4.1.4.2 na stronie 32 w TOMIE AR w zeszycie "AS- Roboty stanu surowego" pod pozycją [DR-d2] Dach na konstrukcji drewnianej - sala warsztatowa (...). Wykonawca Rembud nie uwzględnił tej odpowiedzi w ofercie.

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 48 z dnia 23.11.2022 r. „Zamawiający potwierdza, że wykonanie przyłącza gazowego nie jest przedmiotem zamówienia. Umowa zawarta z gestorem sieci określa termin wykonania przyłącza przez gestora sieci do dnia 30.08.2023 r.” Wykonawca Rembud nie uwzględnił ww. odpowiedzi i zaoferował wykonanie przyłącza gazowego za cenę brutto 20 476,62 r.

W odpowiedzi na pytanie nr 3 z dnia 16 listopada 2022 roku zamawiający wskazał: „Zgodnie z rozdz. XVIII pkt. 6 SWZ „Podstawą do ustalenia ceny oferty jest Dokumentacja projektowa, dokumentacja techniczna oraz Wzór umowy stanowiące załączniki do niniejszej SWZ. Zamawiający zastrzega jednocześnie, że Wykonawca nie może powoływać się na ewentualne pominięcie niektórych robót w dostarczonym przez Zamawiającego przedmiarze robót Numer sprawy: ZP.271.1.70.2022 stanowiącym element Dokumentacji technicznej. Ma on bowiem jedynie charakter pomocniczy, a jego treść nie może być podstawą jakichkolwiek

roszczeń. Wykonawca korzystający wyłącznie z treści przedmiaru robi to na własne ryzyko, gdyż podstawą wyceny zamówienia jest dokumentacja projektowa, techniczna i pozostałe dokumenty tworzące SWZ". Przedmiary dostarczone przez Zamawiającego należy zatem traktować pomocniczo. Zamawiający uszczegóławia rozdział XV pkt. 11 SWZ o informację: w kosztorysie ofertowym należy uwzględnić wszystkie roboty budowlane, niezbędne do zrealizowania inwestycji zgodnie z dokumentacją projektową."

W odpowiedzi na pytanie nr 4 zamawiający wskazał: „Do oferty należy załączyć kosztorys ofertowy, uwzględniający wszystkie roboty budowlane, niezbędne do zrealizowania inwestycji zgodnie z dokumentacją projektową. Przedmiary załączone do postępowania należy traktować pomocniczo.”

W odpowiedzi na pytanie nr 79 o treści: „Załączając kosztorysy do oferty, należy je przedłożyć w wersji uproszczonej czy szczegółowej? Zamawiający odpowiedział: „Zamawiający nie określa formy kosztorysu ofertowego”.

W odpowiedzi na pytanie 138 zamawiający wskazał: „Zgodnie z rozdziałem XVIII SWZ „Podstawą do ustalenia ceny oferty jest Dokumentacja projektowa, dokumentacja techniczna oraz Wzór umowy stanowiące załączniki do niniejszej SWZ. Zamawiający zastrzega jednocześnie, że Wykonawca nie może powoływać się na ewentualne pominięcie niektórych robót w dostarczonym przez Zamawiającego przedmiarze robót stanowiącym element Dokumentacji technicznej. Ma on bowiem jedynie charakter pomocniczy, a jego treść nie może być podstawą jakichkolwiek roszczeń. Wykonawca korzystający wyłącznie z treści przedmiaru robi to na własne ryzyko, gdyż podstawą wyceny zamówienia jest dokumentacja projektowa, techniczna i pozostałe dokumenty tworzące SWZ.” Zamawiający wyjaśnia, że kosztorys ofertowy należy sporządzić na podstawie przedmiarów (które należy traktować pomocniczo) oraz pozostałej dokumentacji wymienionej w pkt. 6 ww. rozdziału.”

Zamawiający w dniu 8 grudnia 2022 r. zwrócił się do wykonawcy Rembud z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 P.z.p. Zgodnie z treścią wezwania *Wykonawca dopisał osobne pozycje, do których nie są doliczone narzuty (m.in. zysk, koszty pośrednie etc.) i dopiero po podsumowaniu pozycji bez narzutów do ostatecznej sumy Wykonawca doliczył je. W związku z powyższym Zamawiający wzywa Wykonawcę do złożenia kosztorysów ofertowych dla każdej z powyższych branż, w których narzuty będą przyporządkowane osobno do każdej odrębnej pozycji kosztorysowej tworząc dla niej ostateczną kwotę netto.*

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca Rembud dokonał zmiany kosztorysów zgodnie z wezwaniem. Dokonał również innych zmian w kosztorysach, tj. zmian cen netto w dwóch pozycjach: dział: wyposażenie terenowe, zagospodarowanie terenu, poz. 11 „Sadzenie roślin” (pierwotnie: 10 800,00 zł, po zmianie: 8 780,49 zł), poz. 12 „Roboty dodatkowe” (pierwotnie: 30 000,00 zł, po zmianie: 32 019,51 zł).

Zamawiający w dniu 15 grudnia 2022 r. poinformował, iż dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Rembud.

Odwołujący wniósł odwołanie od ww. czynności w dniu 20 grudnia 2022 r.

Pismem z dnia 23 grudnia 2022 roku zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty. Zamawiający wskazał, że *W związku z wniesionym odwołaniem, Zamawiający powziął wątpliwość co do poprawności oceny ofert w zakresie spełnienia kryterium oceny ofert oraz warunku udziału i przyznania punktów poszczególnym ofertom. Wobec powyższego zasadne jest unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonanie ponownej oceny ofert.*

Pismem z dnia 23 grudnia 2022 r., zamawiający wezwał wykonawcę Rembud do złożenia wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p.

Zgodnie z treścią wezwania: *Zamawiający wymaga potwierdzenia przez Wykonawcę, czy w zaoferowanej kwocie brutto Wykonawca uwzględnił bezwzględnie wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy zgodnie z projektem, odpowiedziami Zamawiającego na złożone w trakcie prowadzonego postępowania przetargowego na pytania Wykonawców, współczesną wiedzą techniczną, instrukcjami i wymaganiami producentów, Polskimi Normami oraz najwyższą, jakością robót.*

Zamawiający wyznaczył nieprzekraczalny termin na złożenie wyjaśnień: 29 grudnia 2022 roku, godz. 12.00.

Pismem z dnia 2 stycznia 2023 roku, podpisanym elektronicznie w dniu 3 stycznia 2023 roku, wykonawca Rembud oświadczył, że potwierdza, że w zaoferowanej kwocie brutto uwzględnił wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy zgodnie z projektem, odpowiedziami zamawiającego, wiedzą techniczną, instrukcjami i wymaganiami producentów, Polskimi Normami oraz najwyższą jakością robót.

Termin związania ofertą wyznaczony został na 31 grudnia 2022 roku.

Pismem z dnia 22 grudnia 2022 roku odwołujący złożył oświadczenie, że wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 1 lutego 2023 roku. Jednocześnie odwołujący oświadczył, że przedłuży okres ważności wadium wniesionego w pieniądzu na okres przedłużonego terminu związania ofertą.

Pismem z dnia 30 grudnia 2023 roku zamawiający wezwał wykonawców do złożenia oświadczenia w przedmiocie przedłużeniu terminu związania ofertą o 30 dni, tj. do dnia 30 stycznia 2023 roku z jednoczesnym przedłużeniem ważności wadium lub wniesieniem nowego wadium. Wezwanie to nie zostało wysłane do odwołującego.

Odwołujący w dniu 22 grudnia 2022 r. złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą do dnia 01.02.2023 r.

Zamawiający w dniu 23 grudnia 2022 r. unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i zapowiedział ponowną ocenę ofert.

Odwołujący w dniu 3 stycznia 2023 r. cofnął odwołanie z dnia 20 grudnia 2022 r. (sygn. KIO 3416/22).

Zamawiający w dniu 13 stycznia 2023 poinformował, iż dokonał ponownie wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Rembud.

Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 12 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą”. Zamawiający wskazał, iż odwołujący nie odpowiedział na wezwanie zamawiającego do przedłużenia terminu związania ofertą.

Dokumentacja postępowania została odwołującemu udostępniona w dniu 17 stycznia 2023 roku.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Rembud, pomimo iż wykonawca ten złożył ofertę o treści niezgodnej z warunkami zamówienia.

Izba podkreśla, że wykonawcy obowiązani byli wraz z ofertą złożyć kosztorys ofertowy, opracowany przez wykonawców na podstawie przedmiarów (rozd. XV ust. 10 SWZ). Następnie zamawiający w odpowiedzi na pytanie 3 i 4 z 16 listopada 2022 roku wskazał, że „Przedmiary dostarczone przez Zamawiającego należy zatem traktować pomocniczo. Zamawiający uszczegóławia rozdział XV pkt. 11 SWZ o informację: w kosztorysie ofertowym należy uwzględnić wszystkie roboty budowlane, niezbędne do zrealizowania inwestycji zgodnie z dokumentacją projektową.”(odp. na pytanie 3). „Do oferty należy załączyć kosztorys ofertowy, uwzględniający wszystkie roboty budowlane, niezbędne do zrealizowania inwestycji zgodnie z dokumentacją projektową. Przedmiary załączone do postępowania należy traktować pomocniczo (odp. na pytanie 4).

Dla oceny znaczenia kosztorysu ofertowego w przedmiotowym postępowaniu wymagana jest analiza dokumentów postępowania, w tym w szczególności – postanowień SWZ oraz projektu umowy. Izba takiej analizy dokonała i wnioski wynikające z tej analizy wskazują na daleko bardziej istotny charakter kosztorysu zamówienia aniżeli wskazywałby na to zamawiający. W szczególności treść rozdz. XV ust. 10 SWZ wskazuje, że kosztorys ofertowy ma być przygotowany na podstawie przedmiaru. Takie brzmienie nie pozostawia wątpliwości co do tego, że kosztorys ma być zbieżny z przedmiarem, a zamawiający w żadnym miejscu SWZ nie wskazał, że wykonawcy mogą przygotować kosztorys ofertowy z pominięciem niektórych części przedmiaru.

Powyższe stanowisko potwierdza stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na pytania do SWZ. Zamawiający wprost wskazał, że wykonawcy obowiązani są uwzględnić dodatkowe pozycje, które nie zostały ujęte w pierwotnym przedmiarze robót, oraz ich koszt w kosztorysie ofertowym, a w przypadku niektórych pozycji wskazał na materiał, jaki wykonawcy obowiązani są uwzględnić przy wycenie robót wskazanych w tych pozycjach.

Izba wskazuje, że zgodnie z rozdz. XVIII ust. 9 SWZ, przygotowany przez wykonawcę „Kosztorys ofertowy” z podanymi cenami jednostkowymi z tabelą elementów scalonych na

podstawie przedmiarów ma charakter pomocniczy, zasady jego stosowania określone zostały w „Projekcie umowy” stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ.

Z analizy powyższego postanowienia SWZ wynika, że kosztorys ofertowy miał charakter pomocniczy, niemniej jednak ocena pomocniczego charakteru kosztorysu ofertowego, nie może opierać się wyłącznie na początkowej treści wskazanego zapisu, ale na jego całości. A to oznacza, że przy jej dokonywaniu należy wziąć pod uwagę odpowiednie postanowienia projektu umowy.

W projekcie umowy zawarte zostało postanowienie, zgodnie z którym zmiana należnego wykonawcy wynagrodzenia w odniesieniu do robót zamiennych/dodatkových ustalona zostanie na podstawie kosztorysu ofertowego wykonawcy, a w przypadku braku ich w kosztorysie ofertowym średnich cen wg SEKOCENBUD podanych dla danego kwartału w danym roku, a w przypadku ich braku, dla materiałów lub dostaw specjalistycznych wg faktur zakupu, dla sprzętu wg kalkulacji własnej, nakłady rzeczowe z odpowiednich katalogów (KNR-ów) a w przypadku ich braku wg kalkulacji własnej (§ 16 ust. 2).

Z powyższego wynika, że pomocniczy charakter kosztorysu ofertowego polega na jego zastosowaniu w przypadku konieczności zmiany wynagrodzenia wykonawcy z powodu wykonania przez niego robót zamiennych czy dodatkowych. Kosztorys wykonawczy ma zatem posłużyć do wyceny robót, które nie zostały ujęte w przedmiocie zamówienia. Inna, rozszerzająca interpretacja pomocniczego charakteru kosztorysu, nie wynika z przytoczonego postanowienia umownego i nie może mieć zastosowania w niniejszym postępowaniu.

Z udzielanych przez zamawiającego odpowiedzi wynika, że to nie kosztorys ofertowy, a przygotowany przez zamawiającego przedmiar miał charakter pomocniczy w takim znaczeniu, że nie uwzględniał on wszystkich robót wymaganych w przedmiotowym postępowaniu. Wykonawcy obowiązani byli natomiast opracować kosztorys ofertowy w taki sposób, by uwzględniał on wszystkie roboty budowlane, niezbędne do zrealizowania inwestycji, zgodnie z dokumentacją projektową.

Jednocześnie Izba wskazuje, że zawarte w przytoczonym postanowieniu projektu umowy sformułowanie mówiące o możliwości braku w kosztorysie ofertowym pozycji koniecznej do wyceny danej roboty nie może być interpretowane w taki sposób, jak wskazywał na to zamawiający podczas rozprawy przed Krajową Izbą Odwoławczą, tzn., że wynika z niego, iż kosztorys ofertowy nie musi zawierać wszystkich pozycji wskazanych w przedmiarze robót. Brak danej pozycji w kosztorysie ofertowym dotyczy wyłącznie robót zamiennych i dodatkowych,

które ze swej natury nie znajdują w opisie przedmiotu zamówienia, a – tym samym – nie są uwzględniane w przedmiarze.

Zamawiający ani w odpowiedzi na odwołanie, ani też w wypowiedzi ustnej na rozprawie w dniu 30 stycznia 2023 roku, nie zakwestionował podniesionych w odwołaniu okoliczności, iż wykonawca Rembud w swoim kosztorysie ofertowym nie uwzględnił wszystkich pozycji wymaganych przedmiarem, jak również wymogów dotyczących materiałów koniecznych do wykonania zamówienia. Izba, na zasadzie art. 533 ust. 2 ustawy P.z.p., uznała zatem okoliczności te za przyznane.

Powyższe wskazuje, że oferta wykonawcy Rembud nie jest zgodna z warunkami zamówienia. Winna zatem zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. Zamawiający bezzasadnie zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Rembud, w związku z czym Izba w sentencji wyroku nakazała mu dokonanie tej czynności.

Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust.1 pkt 8 w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Rembud, pomimo iż wykonawca ten złożył ofertę z rażąco niską ceną.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że wykonawca Rembud nie dokonał wyceny wszystkich pozycji, o które zamawiający nakazał uzupełnić przedmiar robót przygotowany w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący podniósł, że szereg wycenionych pozycji wykazu została przez wykonawcę Rembud wyceniona poniżej ich wartości rynkowej. Odwołujący złożył dowód w postaci wykazu niedoszacowanych pozycji na okoliczność wykazania, że wskazane pozycje zostały zaniżone oraz że łączna wartość niedoszacowania poszczególnych pozycji w ofercie wykonawcy Rembud wynosi 2 549 787,30 brutto (dwa miliony pięćset czterdzieści dziewięć tysięcy siedemset osiemdziesiąt siedem złotych 30/100). Ponadto odwołujący, na potwierdzenie powyższego, złożył dowody w postaci ofert oraz ogólnie dostępnych katalogów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, ustosunkowując się do wskazanego wyżej zarzutu, stwierdził, że w sposób rzetelny zweryfikował oferty złożone w toku postępowania, w tym ofertę Rembud sp. z o.o. i nie stwierdził okoliczności, które przemawiałyby za wdrożeniem procedur odnoszących się do rażąco niskiej ceny. Odwołujący nie ustosunkował się do złożonych dowodów, w tym nie wniósł o ich oddalenie.

Izba wskazuje, że z okoliczności sprawy, w tym przedłożonych dowodów wynika, że poszczególne pozycje kosztorysu wykonawcy Rembud mogły zostać rażąco zaniżone. Podkreślenia wymaga, że – mimo tego, że cena oferty, zgodnie z rozdz. XVIII ust. 11 SWZ jest ceną o charakterze ryczałtowym – zamawiający przywiązywał wagę do cen poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego, czemu dał wyraz z ust. 10, wskazując, że ceny jednostkowe wskazane w „Kosztorysie ofertowym” są cenami ryczałtowymi.

Uzasadnione podejrzenie co do tego, zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, mogły zostać rażąco zaniżone w stosunku do przedmiotu, nakłada na zamawiającego obowiązek zażądania od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie przez niego art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p.

Pomimo uwzględnienia zarzutu, Izba nie nakazała zamawiającemu wzywania wykonawcy Rembud do wyjaśnienia zaoferowanej ceny lub ich istotnych części składowych, podkreślając, że uwzględniła zarzut dotyczący niezgodności oferty wykonawcy Rembud z warunkami zamówienia i nakazała zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Rembud. Nakazywanie wezwania wykonawcy Rembud do składania wyjaśnień na podstawie art. 224 ust. 1 ustawy P.z.p. byłoby zatem bezprzedmiotowe.

Izba uznała za uzasadnione zarzuty naruszenia:

- art. 226 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego, mimo iż złożył on oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą i przedłużenie ważności wadium wniesionego w pieniądzu, zaś zamawiający potwierdził otrzymanie takiego oświadczenia a rzekome wezwanie zamawiającego nie zostało przesłane do odwołującego,

- § 5 ust. 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zw. z art. 74 ust 1 i 2 ustawy P.z.p. poprzez udostępnienie odwołującemu protokołu postępowania wraz z załącznikami, w szczególności korespondencji pomiędzy zamawiającym a wykonawcami w postępowaniu z rażącym naruszeniem terminu na jego udostępnienie, co uniemożliwiło odwołującemu uzyskania dowodu braku otrzymania korespondencji zamawiającego z dnia 30 grudnia 2022 i dołączenia go do odwołania.

Zgodnie z art. 220 ust. 3 ustawy P.z.p., w przypadku gdy wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpi przed upływem terminu związania ofertą, zamawiający przed upływem terminu

związania ofertą, zwraca się jednokrotnie do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o wskazywany przez niego okres, nie dłuższy niż 60 dni. W myśl ust. 4, przedłużenie terminu związania ofertą, wymaga złożenia przez wykonawcę pisemnego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Z ustaleń dokonanych w sprawie, w tym oświadczenia zamawiającego wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie, wynika, że zamawiający – wbrew obowiązкови wynikającemu z art. 220 ust. 3 ustawy P.z.p., nie wezwał odwołującego do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, mimo że inni wykonawcy zostali do tego wezwani pismem z dnia 30 grudnia 2022 roku. Następnie zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p., stwierdzając, że odwołujący nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Izba wskazuje, że podstawa faktyczna odrzucenia oferty odwołującego nie miała miejsca. W szczególności zauważyć należy, że odwołujący nie mógł nie wyrazić zgody na przedłużenie terminu związania ofertą, ponieważ zamawiający nie zwrócił się do niego o wyrażenie takiej zgody. Tym samym odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 należy uznać za bezpodstawne.

Uwzględniając wskazane wyżej zarzuty, Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że odwołujący, samodzielnie, bez wezwania zamawiającego, pismem z dnia 22 grudnia 2022 roku, złożył oświadczenie, że wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą do dnia 1 lutego 2023 roku. Jednocześnie odwołujący oświadczył, że przedłuża okres ważności wadium wniesionego w pieniądzu na okres przedłużonego terminu związania ofertą.

W ocenie Izby czynność odwołującego z dnia 22 grudnia 2022 roku nie spowodowała, że doszło do skutecznego przedłużenia terminu związania ofertą odwołującego. Wskazać należy, że ustawodawca w ustawie P.z.p., zrezygnował z rozwiązania zawartego w nieobowiązującym już art. 85 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych z 29 kwietnia 2004 roku (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zgodnie z którym wykonawca był uprawniony do samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą. Aktualne rozwiązanie jest kompleksowe i – wbrew stanowisku odwołującego – nie uprawnia wykonawcy do przedłużenia terminu związania ofertą na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego.

W rozpoznawanym przypadku zamawiający będzie obowiązany ustalić, czy zachodzą przesłanki do zastosowania art. 252 ust. 2 ustawy P.z.p., zgodnie z którym, jeżeli termin związania ofertą upłynął przed wyborem najkorzystniejszej oferty, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę, do wyrażenia, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty.

Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 223 ust 1 ustawy P.z.p. poprzez jego wadliwe zastosowanie i wezwanie wykonawcy Rembud do wyjaśnienia treści oferty, które prowadzi do nieuprawnionych negocjacji z wykonawcą i zmiany treści oferty wykonawcy Rembud.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że pismem z dnia 23 grudnia 2022 r., zamawiający wezwał wykonawcę Rembud do złożenia wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p., w tym potwierdzenia, czy w zaoferowanej kwocie brutto Wykonawca Rembud uwzględnił bezwzględnie wszystkie koszty związane z realizacją przedmiotu umowy zgodnie z projektem, odpowiedziami Zamawiającego na złożone w trakcie prowadzonego postępowania przetargowego na pytania Wykonawców, współczesną wiedzą techniczną, instrukcjami i wymaganiami producentów, Polskimi Normami oraz najwyższą, jakością robót.

Pismem z dnia 2 stycznia 2023 roku, podpisanym elektronicznie w dniu 3 stycznia 2023 roku, wykonawca Rembud oświadczył, że potwierdza okoliczności wskazane w wezwaniu.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p., w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Regulacja art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. została ukształtowana jako prawo zamawiającego do żądania od wykonawcy w trakcie badania i oceny ofert wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Przy ocenie charakteru powyższej czynności nie można jednak pominąć obowiązku, jaki ciąży na zamawiającym, w postaci rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia.

W rozpoznawanym przypadku Izba stwierdziła, że oferta odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia. Rozstrzygnięcie i szczegółową argumentację w tym zakresie Izba zawarła wyżej, rozpoznając zarzut naruszenia art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez

zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Rembud, pomimo iż wykonawca ten złożył ofertę o treści niezgodnej z warunkami zamówienia.

Podkreślić należy, że analogiczny zarzut został podniesiony w odwołaniu wniesionym przez odwołującego w dniu 20 grudnia 2022 roku (sygn. akt: KIO 3416.22). Zamawiający w dniu 23 grudnia 2022 roku unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty i zapowiedział ponowną ocenę ofert.

W ocenie Izby zamawiający zaniechał dokonania czynności, do której zobowiązał się oświadczeniem z dnia 23 grudnia 2022 roku. Podkreślenia wymaga, że czynność oceny ofert wymaga ich zbadania z zastosowaniem rozwiązań przewidzianych w ustawie P.z.p. Zastosowanie art. 223 ust. 1 ustawy P.z.p. oznacza, że zamawiający żąda od wykonawców uszczegółowienia i wyjaśnienia niejasnych treści ofert oraz przedstawienia informacji dodatkowych. Czynności tej nie czyni zadość wezwanie wykonawcy do złożenia oświadczenia, że jego oferta odpowiada warunkom zamówienia. Tego rodzaju wezwanie świadczy wyłącznie o pozornych czynnościach zamawiającego.

Pomimo uwzględnienia zarzutu, Izba nie nakazała zamawiającemu dokonywania żadnych czynności w tym zakresie, podkreślając, że uwzględniła zarzut dotyczący niezgodności oferty wykonawcy Rembud z warunkami zamówienia i nakazała zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Rembud. Nakazywanie dokonywania jakichkolwiek innych czynności dotyczących oferty wykonawcy Rembud byłoby zatem bezprzedmiotowe.

Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 128 ust 1 ustawy P.z.p. poprzez bezpodstawne wezwanie wykonawcy Rembud do uzupełnienia oferty w zakresie kosztorysu ofertowego, które doprowadziło do zmiany treści oferty tj. zmiany cen jednostkowych w kosztorysie ofertowym.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że w dniu 8 grudnia 2022 r. zamawiający zwrócił się do wykonawcy Rembud z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 P.z.p., w tym do złożenia kosztorysów ofertowych dla każdej z branż, w których narzuty będą przyporządkowane osobno do każdej odrębnej pozycji kosztorysowej tworząc dla niej ostateczną kwotę netto. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca Rembud dokonał zmiany kosztorysów zgodnie z wezwaniem. Dokonał również innych zmian w kosztorysach, tj. zmian cen netto w dwóch pozycjach: dział: wyposażenie terenowe, zagospodarowanie terenu, poz. 11 „Sadzenie roślin” (pierwotnie: 10 800,00 zł, po zmianie: 8 780,49 zł), poz. 12 „Roboty dodatkowe” (pierwotnie: 30 000,00 zł, po zmianie: 32 019,51 zł).

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

Obowiązek dodatkowego wezwania dotyczy wyłącznie dokumentów lub oświadczeń wymaganych przez zamawiającego, do których złożenia wykonawca był wzywany w trybie – odpowiednio – art. 126 ust. 1 albo art. 274 ust. 1 ustawy P.z.p.

Wezwanie, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. nie dotyczy dokumentów innych niż:

- podmiotowe środki dowodowe, poprzez które, zgodnie z art. 7 pkt 17 ustawy P.z.p., należy rozumieć środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia własnego wykonawcy o niepodleganiu wykluczeniu, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, o którym mowa w art. 125 ust. 1,

- dokument JEDZ,

- pełnomocnictwa oraz inne dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania.

Wezwanie, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p., nie dotyczy kosztorysu ofertowego, który nie należy do żadnej z kategorii dokumentów wymienionych we wskazanym przepisie.

Pomimo uwzględnienia zarzutu, Izba nie nakazała zamawiającemu dokonywania żadnych czynności w tym zakresie, podkreślając, że uwzględniła zarzut dotyczący niezgodności oferty wykonawcy Rembud z warunkami zamówienia i nakazała zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Rembud. Nakazywanie dokonywania jakichkolwiek innych czynności dotyczących oferty wykonawcy Rembud byłoby zatem bezprzedmiotowe.

Uwzględnienie powyższych zarzutów przesądza o uznaniu za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 16 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez nierówne traktowanie wykonawców w trakcie badania i oceny ofert, który to zarzut stanowił logiczną konsekwencję innych zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: