

**WYROK**  
z dnia 18 listopada 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący: Danuta Dziubińska**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 października 2020 r. przez **J. N.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: **Zakład Drogowo-Budowlany NOJAN J. Nw** Grodzisku Wielkopolskim w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto i Gminę Buk**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **TARDROG Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa, T. A i T. N.** prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą: **PPHU TOM-BUD** siedzibą dla lidera w Tarnowie Podgórnym zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie;**

**2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego J. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Zakład Drogowo-Budowlany NOJAN J. N. w Grodzisku Wielkopolskim, i:**

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego **Miasta i Gminy Buk** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika strony.

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

**Przewodniczący:.....**

Sygn. akt:KIO 2790/20

**Uzasadnienie**

Miasto i Gmina BUK (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej: „ustawą Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Budowa ul. Kwiatowej i Storczykowej wraz z kanalizacją deszczową oraz przebudową linii oświetleniowej, numer referencyjny: ZP.271.04.2020. Wartość przedmiotu zamówienia nie przekracza kwoty określonej na podstawie art. 11 ust 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w dniu 3 czerwca 2020-06-03 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 547079-N-2020.

W dniu 22 października 2020 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze oferty najkorzystniejszej i o odrzuceniu oferty złożonej przez J. N. Zakład Drogowo - Budowlany NOJAN (dalej: „Odwołujący”), który w dniu 27 października 2020 r. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wadliwą czynność odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

W oparciu o przedstawione zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, co spowoduje wybór oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący m.in. wskazał, że przedmiotem zamówienia jest wykonanie budowy nawierzchni ulicy Kwiatowej i Storczykowej (na odcinku od działki nr 392/210 do ul. Kwiatowej), w miejscowości Wielka Wieś, w granicach pasa drogowego wyżej wymienionych ulic, wraz z budową nawierzchni chodników, zatok postojowych i zjazdów, oraz budowę infrastruktury technicznej odprowadzającej wodę deszczową z obszaru objętego inwestycją, przebudowę sieci oświetleniowej, inwestycja obejmuje również wykonanie włączenia projektowanej kanalizacji deszczowej w istniejącą sieć zlokalizowaną ul. Otuskiej. Wszystkie prace prowadzone będą w granicach pasów drogowych ww. ulic oraz ulic przyległych w zakresie skrzyżowań z ulicami objętymi opracowaniem. Prace związane z budową obejmować będą następujące roboty: Prace geodezyjne związane z wytyczeniem elementów projektowanych (prowadzone przez cały okres wykonywania prac budowlanych), Wykonanie oznakowania tymczasowego, Zdjęcie warstwy humusu gr. 10 cm - w miejscach istniejących pasów zieleni, Wykonanie rozbiórki istniejących nawierzchni chodników i zjazdów oraz krawężników betonowych oraz obrzeży, Wykonanie kanalizacji deszczowej wraz z infrastrukturą, Wykonanie przebudowy istniejącej linii oświetleniowej, Wykonanie zabezpieczeń istniejącej infrastruktury technicznej, Wykonanie ław betonowych po projektowane krawężniki, obrzeża, Ustawienie projektowanych krawężników betonowych, Wykonanie

koryta projektowanej nawierzchni chodników i zjazdów, miejsc postojowych, Wykonanie projektowanych elementów odwodnienia, Wykonanie regulacji pionowej infrastruktury podziemnej [studnie, zawory, skrzynki], Wykonanie koryta projektowanej nawierzchni ulic, Wykonanie konstrukcji chodników i zjazdów, miejsc postojowych, Wykonanie konstrukcji projektowanych ulic, Humusowanie i obsianie trawą powierzchni zielonych, Przeprowadzenie prac porządkowych, Wykonanie oznakowania pionowego i poziomego, Usunięcie oznakowania tymczasowego związanego z prowadzonymi pracami. Zgodnie z SIWZ przedmiot zamówienia należy wykonać zgodnie z:

- 1) Projektem wykonawczym
- 2) Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia,
- 3) obowiązującymi przepisami prawa budowlanego i przepisami prawa dotyczącymi warunków technicznych oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej,
- 4) szczegółowymi specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót,
- 5) decyzją pozwolenia na budowę.

Zgodnie z SIWZ Rozdział 13. Opis sposobu przygotowywania ofert: Na ofertę składają się: a) wypełniony formularz oferty (wg wzoru stanowiącego załącznik nr 1); c) kosztorys ofertowy; W zakresie dotyczącym Opisu sposobu obliczenia ceny - Rozdział 15 SIWZ:

1. Przewiduje się rozliczenie za wykonane roboty wynagrodzeniem kosztorysowym, w oparciu o rzeczywiste obmiary wykonanych robót zawarte w Księdze Obmiarów Robót oraz ceny i stawki zawarte w kosztorysie ofertowym Wykonawcy, złożonym wraz z ofertą przetargową podczas postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na realizację niniejszego zadania.
2. Cenę ofertową należy obliczyć metodą kalkulacji uproszczonej, opartą na jednostkowych cenach robót, przy zachowaniu następujących założeń:
  - 1) zakres robót który jest podstawą do określenia ceny ofertowej musi być zgodny z zakresem robót opisanym w przedmiarze robót oraz SSTWiORB. Zamawiający zastrzega zakaz ingerencji w treść przedmiaru robót - dopisywania pozycji. zmiany ilości robót zmianą opisów.
  - 2) cena ofertowa musi zawierać wszelkie koszty związane z realizacją zadania, wynikające wprost z przedmiaru robót

Zgodnie z SSTWiORB pkt 9.1. Podstawą płatności jest cena jednostkowa skalkulowana przez Wykonawcę za jednostkę obmiarową ustaloną dla danej pozycji Kosztorysu. Dla pozycji kosztorysowych wycenionych ryczałtowo podstawą płatności jest wartość (kwota) podana przez Wykonawcę w danej pozycji Kosztorysu. Cena jednostkowa lub kwota ryczałtowa pozycji Kosztorysowej będzie uwzględniać wszystkie czynności, wymagania i badania składające się na lei wykonanie, określone dla tej Roboty w Specyfikacji Technicznej i w Dokumentacji Projektowej. Ceny jednostkowe lub kwoty ryczałtowe Robót będą obejmować: Robociznę bezpośrednią wraz z towarzyszącymi kosztami; Wartość zużytych Materiałów wraz z kosztami zakupu, magazynowania, ewentualnych ubytków i transportu na Teren Budowy; Wartość pracy Sprzętu wraz z towarzyszącymi kosztami; Koszty pośrednie, zysk kalkulacyjny i ryzyko; Podatki obliczane zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Podsumowując Odwołujący stwierdził, że w postępowaniu przyjęto na potrzeby wyceny ofertowej, jak również rozliczenia zamówienia, zasadę rozliczenia kosztorysowego.

Następnie Odwołujący podał, że zgodnie z wymaganiami SIWZ złożył wraz z ofertą wymagany przez Zamawiającego kosztorys ofertowy. Kosztorys złożony w postępowaniu nie zawierał jakichkolwiek wad, pominięć, niespójności itp. - został wypełniony w sposób poprawny i całkowicie zgodny z SIWZ. W trakcie postępowania Zamawiający nie kwestionował zgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ, a w szczególności nie podnosił niezgodności kosztorysu ofertowego z wymaganiami SIWZ. Także treść decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego nie wskazuje aby kosztorys ofertowy, jako treść oferty sensu stricto, był niezgodny z treścią SIWZ. Uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania nie zawiera jakichkolwiek zastrzeżeń odnoszących się bezpośrednio do treści oferty wykonawcy. Powyższe w ocenie Odwołującego wskazuje na brak podstawy odrzucenia jego oferty. Wskazując na przywołane orzecznictwo KIO Odwołujący stwierdził, że to kosztorys ofertowy, przy przyjętym kosztorysowym sposobie rozliczenia robót, w trakcie realizacji zamówienia, stanowi ofertę wykonawcy i identyfikuje treść zobowiązania wykonawcy.

Treść oferty Odwołującego jest w jego ocenie wprost zgodna z treścią SIWZ. Skoro Zamawiający nie zgłaszał w trakcie całego Postępowania żadnych zastrzeżeń odnośnie złożonego wraz z ofertą kosztorysu ofertowego, już od strony stricte formalnoprawnej stwierdzić należy, że treść oferty pozostaje zgodna z SIWZ, co wyklucza odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustaw Pzp. Brzmienie przesłanki odrzucenia oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp służy podkreśleniu stanowiska, że treść oferty, to tylko i wyłącznie zawarte w niej postanowienia określające istotne zobowiązania wzajemne zamawiającego i wykonawcy. Żadnej innej treści oświadczenia woli wykonawcy zrekonstruować tu nie sposób. Konsekwentnie nie sposób również stawiać zarzutów niezgodności oferty z SIWZ w zakresie zobowiązań, które w ofercie nie zostały wyrażone.

Odwołujący podał, że Zamawiający w dniu 2 lipca 2020r. wezwał go do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty na podstawie art. 90 ust. 1a ustawy Pzp. Odwołujący w dniu 3 lipca 2020 r., z zachowaniem wyznaczonego terminu, złożył wyjaśnienia, wskazując istotne czynniki cenotwórcze, które w jego ocenie miały szczególne znaczenie dla ustalenia ceny ofertowej. Zamawiający w dniu 17 lipca 2020 r. zwrócił się do wykonawcy o doprecyzowanie złożonych wyjaśnień, w tym o złożenie dowodów, dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu, w zakresie wymienionych w treści wezwania enumeratywnie wskazanych pozycji kosztorysowych dotyczących robót drogowych i kanalizacyjnych. Odwołujący w wyznaczonym terminie 21 lipca 2020 r. złożył wymagane doprecyzowanie do złożonych wyjaśnień, wskazując kalkulacje szczegółowe pozycji wymienionych w piśmie nr ZP.271.04.2020 z dnia 17 lipca 2020 r., zgodnie z treścią wezwania. Składając szczegółowe kalkulacje Wykonawca podkreślił jednocześnie, że wszystkie wskaźniki użyte do obliczenia cen przedstawionych w złożonej ofercie opierają się na dotychczasowych doświadczeniach w wykonywaniu analogicznych robót, a ceny jednostkowe poszczególnych pozycji kosztorysowych są zbliżone do cen składanych w innych postępowaniach przetargowych. Wykonawca wskazał także na fakt rażącego przeszacowania wyceny zamówienia przez Zamawiającego, nieposiadający odzwierciedlenia w aktualnych cenach rynkowych.

Wykonawca dla każdej z pozycji będącej przedmiotem wezwania przedłożył szczegółowe wyliczenia elementów składowych wyceny. Jednocześnie dla każdej pozycji kosztorysowej, która była wyjaśniana, poza wyceną, przedstawił metodę i sposób kalkulacji wyceny pozycji.

Pierwotne rozstrzygnięcie postępowania z dnia 6 sierpnia 2020 r. w zakresie dotyczącym Odwołującego, wskazywało na rażąco niską cenę oferty. Zamawiający wskazał w decyzji w sposób ogólnikowy, lakoniczny i nieprecyzyjny dlaczego uznał, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę miały dowodzić, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący wniósł wobec decyzji o odrzuceniu oferty odwołanie do KIO. Izba wyrokiem z dnia 17 września 2020 r. sygn. akt: KIO 1885/20, uwzględniając odwołanie nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazała ponowne badanie i ocenę ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego z zastosowaniem wymogu z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, przez podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego podjętej czynności. Jak wynika z treści decyzji Zamawiającego z dnia 22 października 2020 r. Zamawiający nie uznał jednak ostatecznie, aby oferta Odwołującego zawierała rażąco niską cenę. Jak wynika zarówno z uzasadnienia faktycznego jak i prawnego czynności odrzucenia oferty Odwołującego z dnia 22 października 2020 r., będącej podstawą aktualnego odwołania, Zamawiający uznał ostatecznie, powołując się na art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, że jednak to treść oferty Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ. Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty wskazuje na następujące niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ: (...) *oraz wyjaśnień wykonawcy Zakład Drogowo - Budowlany NOJAN J. N., Zamawiający stwierdził że zawiera ona elementy niezgodne ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Elementy te dotyczą następujących pozycji:*

*Ob.: Koszty kwalifikowane rob. Roboty drogowe:*

*Dział 2:*

- nr 2 KNR 231-04-01-03-00 Rowek pod krawężnik o wym. 30x30 cm na gruncie kategorii A,*
- nr 3 KNR 231-04-01-01-00 Rowek pod krawężnik o wym 20x20 cm na gruncie kat A*

*Dział 4:*

- nr 9 KNR 231-01-18-01-00 Pielęgnacja podbudowy piaskiem z polewaniem wodą ul. Kwiatowa (3564,8+5751,3)= 9316,1m<sup>2</sup>*

*Ob.: Koszty niekwalifikowane rob. Roboty drogowe:*

*Dział 2:*

- nr 2 KNR 231-04-01-03-00 Rowek pod krawężnik o wym. 30x30 cm na gruncie kategorii A,*
- nr 3 KNR 231-04-01-01-00 Rowek pod krawężnik o wym 20x20 cm na gruncie kat A*

*Dział 4:*

- nr 9 KNR 231-01-18-01-00 Pielęgnacja podbudowy piaskiem z polewaniem wodą ul. Kwiatowa (178,35+157,3) = 335,65m<sup>2</sup>*

Odwołujący stwierdził, że treść oferty jaką złożył w przedmiotowym postępowaniu jest zgodna z SIWZ, co potwierdza wprost kosztorys ofertowy, który został wypełniony i złożony ściśle zgodnie z SIWZ. Zatem nie może być mowy o niezgodności o której mowa w art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp. Okoliczność ta wydaje się być niesporna pomiędzy stronami. Dalsza część uzasadnienia odrzucenia wskazuje na faktyczną przyczynę odrzucenia, której Zamawiający upatruje wyłącznie w treści wyjaśnień rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy. Odwołujący wskazał, że w przypadku odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp podstawą niezgodności musi być bezpośrednio treść oferty złożonej w postępowaniu, a wyjaśnienia składane w trybie art. 90 ustawy Pzp nie służą do ustalenia tej treści ale ustaleniu czy cena oferty nie jest rażąco niska. W przypadku gdy treść oferty wykonawcy na podstawie zestawienia jej z treścią SIWZ jest z nią niezgodna, nie może być mowy o badaniu rażąco niskiej ceny takiej oferty. Inaczej mówiąc, niezgodność treści oferty z SIWZ stanowi samodzielną, bezpośrednią i wystarczającą podstawę odrzucenia zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp i gdyby była stwierdzona przez Zamawiającego w postępowaniu, wezwania (dwukrotne) do wyjaśnienia ceny, byłyby zbędne. Przesłanki odrzucenia oferty o których mowa w art. 89 ust 1 pkt 2 oraz 4 Pzp stanowią samodzielne podstawy odrzucenia. Zamawiający anulował odrzucenie oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny, tak więc wyłączną podstawą odrzucenia miała być niezgodność pierwotna oferty, tkwiąca w samej jej treści.

Odnosząc się do merytorycznych zastrzeżeń Zamawiającego zawartych w uzasadnieniu odrzucenia oferty, Odwołujący wskazał, że oferta Odwołującego nie zawiera elementów niezgodnych z SIWZ i została sporządzona zgodnie z wymaganiami SIWZ, przedmiarem robót oraz SSTWiORB, stanowiącymi załączniki do SIWZ. Odwołując wskazał na kosztorys ofertowy jaki złożył w postępowaniu i pozycje, które Zamawiający w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty uznał za podstawę odrzucenia oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz stwierdził, że Zamawiający uzasadniając odrzucenie oferty pomija kwestię zasadniczą, wyznaczającą podstawę badania zgodności treści oferty z treścią SIWZ. Zgodnie z SIWZ podstawą wyceny jest zakres robót opisany w przedmiarze. Tym samym biorąc pod uwagę opis pozycji „Rowek pod krawężnik o wym. ...” opisy pozycji nie określają formy prowadzenia prac, a jedynie zakres robót, jakie mają być wykonane. Tym samym wyjaśnienia Odwołującego z dnia 21 lipca 2020 r. pozostają zgodne z opisem pozycji znajdujących się w przedmiarze. Odwołujący nie dokonał żadnych zmian w opisie wyżej wymienionych pozycji czego dowodem jest kopia oferty złożonej w postępowaniu. W złożonych na wezwanie Zamawiającego wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny zostało szczegółowo doprecyzowane w jaki sposób została obliczona cena kosztorysowa wykonania wyżej wymienionych pozycji.

Odwołujący podał jakie złożył wyjaśnienia rażąco niskiej ceny, m.in. wskazując, że w odniesieniu pozycji „Rowek pod krawężnik (...)” podał: *Pozycja kosztorysowa zakłada wykonanie rowka poprzez wykonanie robót ziemnych ręcznie, podczas gdy w rzeczywistości można je wykonać mechanicznie, przy wykorzystaniu odpowiedniego naczynia roboczego. W ciągu godziny koparka lub koparko-ładowarka jest w stanie wykopać do (...), oraz przytoczył uzasadnienie odrzucenia oferty: Przedstawione powyżej sytuacje dotyczące zastosowania innej technologii niż wymagana w SIWZ, czy też zastosowanie innych materiałów należy ocenić pod względem zgodności treści oferty z SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp). W sytuacji, kiedy zamawiający nie dopuszcza wykonania alternatywnego sposobu wykonania zamówienia, to wykonawca niezależnie od możliwości technicznych musi wycenić ofertę według ustaleń zamawiającego w SIWZ. (...) Wycena według*

*innych metod prowadzi w szczególności do naruszenia art. 7 ust 1 Pzp w zakresie możliwości porównywalności złożonych w postępowaniu ofert. Z punktu widzenia wykonawców zasadność wprowadzenia do SIWZ określonych technologii wykonania robót mogła podlegać kwestionowaniu na etapie przedstawienia treści SIWZ wykonawcom, a nie na etapie po otwarciu i ocenie ofert (...).*

Jednocześnie Odwołujący zaznaczył, że w postępowaniu zastosowanie ma rozliczenie kosztorysowe, a nie ryczałtowe. Jeśli przy ryczałcie co do zasady kosztorysy stanowią element informacyjny, to w przypadku rozliczania wykonanych robót metodą kosztorysową, to każda pozycja w kosztorysie ofertowym winna zawierać wszystkie koszty ( dane kalkulacyjne) w oparciu o które będzie wyliczane wynagrodzenia dla wykonawcy. Zasadniczą część uzasadnienia odrzucenia zawierają jednak załączone do decyzji opinie zewnętrzne, odpowiednio: Inspektora Nadzoru Inwestorskiego – M. Ś. [opinia z dnia 16.10.2020r. mbs projekt M. Ś. ul Księdza Jakuba Przewoźnego 34 62-090 Cerekwica), Projektanta – M. W. [opinia z dnia 19.10.2020r. - MIM - PROJEKT M. W. Kowalew ul Kościelna 26,63-300 Pleszew). Obydwa dokumenty zawierają zasadniczo stanowisko, którego nie podzielili Zamawiający w decyzji o odrzuceniu, wskazujące na rażąco niską cenę wybranych pozycji oferty Odwołującego. Uwzględniając fakt, że ostateczne odrzucenie oferty Odwołującego nie nastąpiło w oparciu o zarzut rażąco niskiej ceny, zdaniem Odwołującego, uznać należy, że powyższe ustalenia opinijujących w zakresie rażąco niskiej ceny są bezprzedmiotowe.

Odnosząc się do stanowiska zawartego ww. opinii Odwołujący podał, że Opiniująca wskazuje jako podstawę wyceny KNR, jednak takie założenie pozostaje niezgodne z postanowieniami SIWZ, które wyraźnie wskazują jako podstawę wyceny opis pozycji. SIWZ określa ponadto, że wyłącznie w odniesieniu do robót dodatkowych, których sklasyfikowanie według kosztorysu ofertowego nie jest możliwe, wystąpi ewentualnie w trakcie realizacji zamówienia konieczność obliczeń przy wykorzystaniu Katalogów Nakładów Rzeczowych oraz wskaźników cenotwórczych ujętych w ofercie Wykonawcy. Ustosunkowując się do dalszej części opinii Projektanta dotyczącej kwestii istniejących sieci podziemnych, Odwołujący podał, że wszelkie instalacje oraz sieci podziemne są prowadzone minimum 0,8 m pod poziomem terenu, a tym samym wykonanie rowka pod krawężnik o głębokości 0,3 m lub 0,2 m nie stanowi podstawy do założenia prowadzenia prac wyłącznie w sposób ręczny w przypadku robót polegających na wykonaniu rowka pod krawężnik. Opiniujący w odniesieniu do pozycji dotyczących rowka pod krawężnik podał natomiast, że w projekcie (podstawa KNR) przyjęto wykonanie wykopów pod krawężniki w technologii ręcznej z uwagi na dużą liczbę istniejących mediów oraz warunki techniczne wydane przez poszczególnych gestorów sieci (nakaz prowadzenia robót ziemnych w sposób ręczny w rejonie sieci podziemnych). Zmiana sposobu prowadzenia prac uniemożliwia prawidłowe porównanie cen oferentów. Wprowadzenie zmiany może narazić Inwestora na straty spowodowane przez uszkodzenia sieci (odszkodowania, koszty naprawy, koszty spowodowane brakiem dostaw mediów) oraz ewentualne przesunięcia terminu wykonania prac z uwagi na konieczność usuwania awarii uszkodzonych mediów. Postępując zgodnie z logiką przedstawioną przez Projektanta, wszelkie roboty ziemne (także te dotyczące wykonania koryta pod konstrukcję nawierzchni oraz roboty związane z wykonaniem kanalizacji deszczowej, prowadzone na większe głębokości niż rowki), przewidziane do wykonania w ramach niniejszej inwestycji, powinny być prowadzone wyłącznie w technologii ręcznych wykopów, a tak nie jest. Powyższa kwestia jest jednak w uzasadnieniu pomijana, pomimo faktu, że prace związane z wykonaniem koryta pod konstrukcję nawierzchni oraz odcinki kanalizacji deszczowej są prowadzone głębiej niż w przypadku rowków pod krawężniki. Jeżeli Projektant lub Zamawiający faktycznie zamierzał narzucić realizację prac w jeden, dokładnie sprecyzowany sposób, to powinno to znaleźć swoje bezpośrednie odzwierciedlenie w opisie pozycji kosztorysowej, czego nie dokonano, bowiem obowiązujące brzmienie opisu pozycji wskazuje zgodnie z SIWZ: „Rowek pod krawężnik o wym. 30x30 cm w gruncie kategorii 1/2”. W odniesieniu do kwestii sugerowanego w opinii Projektanta, możliwego przedłużenia terminu realizacji robót w oparciu o konieczność naprawy ewentualnych uszkodzonych elementów sieci podziemnych Odwołujący wskazał, że zgodnie z SIWZ za uszkodzenia sieci odpowiednich gestorów, jak również koszty z tym związane, odpowiada Wykonawca robót i nie stanowią one podstawy do przedłużenia terminu realizacji zamówienia. Wymieniony przez Projektanta argument o rzekomym przedłużeniu terminu realizacji robót w związku z problemami wynikającymi bezpośrednio z kwestii istniejących sieci podziemnych ma zastosowanie w przypadku kolizji, które nie zostały uwzględnione w projekcie i których nie można było przewidzieć na etapie projektowym oraz etapie sporządzania oferty, a które wymagają przebudowy fragmentu sieci lub zmian w projekcie przedłożonym Wykonawcy na przekazaniu placu budowy. Dodatkowo Odwołujący stwierdził, że roboty ziemne prowadzone w sposób ręczny (na które Projektant powołuje się w odniesieniu do uzgodnień z poszczególnymi gestorami sieci), dotyczą wyłącznie pojedynczych miejsc w bezpośrednim otoczeniu wybranych sieci podziemnych, a zatem są to punktowe i pojedyncze miejsca, niezwiązane z pełnym zakresem prac, określonych w formie liniowych robót ziemnych (co wynika wprost z jednostki pozycji przedmiarowych) opisanych w pozycjach przedmiarowych w poz. 2 i 3, dziale 2 robót drogowych (kwalifikowanych i niekwalifikowanych), których ewentualne oraz niemożliwe do konkretnego określenia na etapie ofertowym koszty, są uwzględnione w kosztach pośrednich każdej z wymienionych pozycji.

Ustosunkowując się do argumentacji Zamawiającego przedstawionej w uzasadnieniu odrzucenia oferty dotyczącej pozycji nr 9 w dziale 4 - pielęgnacja podbudowy, Odwołujący podał, że także w tym wypadku nie dokonał w złożonej ofercie zmiany opisu pozycji przedmiarowej, oferując cenę jednostkową wykonania wskazanych robót, a zatem złożona oferta pozostaje zgodna z zapisami będącymi podstawą przygotowania oferty. Składając wyjaśnienia dotyczące braku rażąco niskiej ceny oferty z dnia 21 lipca 2020r. doprecyzował w jaki sposób obliczył cenę wykonania pozycji wskazując w tym zakresie m.in.: *Kalkulacja zakłada pielęgnację podbudowy poprzez zakrycie kruszywem oraz polewaniem wodą. Kruszywo staro tym samym początkową część warstwy podbudowy z kruszywa, a koszty związane z jej wykonaniem zostały uwzględnione w pozycji dotyczącej wykonania górnej warstwy podbudowy z kruszywa.* Następnie Odwołujący stwierdził, że niezgodne z prawdą jest stwierdzenie Projektanta, że dokumentacja nie dopuszcza pielęgnacji warstwą kruszywa. Stanowiący opis przedmiotu zamówienia SSTWiORB) wskazuje wyraźnie, że: *Pielęgnacja powinna być przeprowadzona według jednego z następujących sposobów:*

- a) skroplenie warstwy emulsją asfaltową, albo asfaltem D200 lub D300 w ilości od 0,5 do 1,0 kg/m<sup>2</sup>,
- b) skroplenie specjalnymi preparatami powłokotwórczymi posiadającymi aprobatę techniczną wydaną przez uprawnioną jednostkę, po uprzednim zaakceptowaniu ich użycia przez Inżyniera,
- c) utrzymanie w stanie wilgotnym poprzez kilkakrotne skraplanie wodą w ciągu dnia, w czasie co najmniej 7 dni,
- d) przykrycie na okres 7 dni nieprzepuszczalną folią z tworzywa sztucznego, ułożoną na zakład o szerokości co najmniej 30 cm i zabezpieczoną przed zerwaniem z powierzchni warstwy przez wiatr,

e) przykrycie warstwą piasku lub grubej włókniny technicznej i utrzymywanie jej w stanie wilgotnym w czasie co najmniej 7 dni.

Inne sposoby pielęgnacji, zaproponowane przez Wykonawcę i inne materiały przeznaczone do pielęgnacji mogą być zastosowane po uzyskaniu akceptacji Inżyniera.

Odwołujący stwierdził, że biorąc pod uwagę kwestię uzyskania akceptacji ze strony Inspektora Nadzoru Inwestorskiego, zaproponowane rozwiązanie polegające na zabezpieczeniu podbudowy kruszywem jest wprost zgodne z SSTWiORB. Uzyskanie lub nie, akceptacji na zaproponowaną formę pielęgnacji nie stanowi przedmiotu sprawy na aktualnym etapie, a pozostaje kwestią pomiędzy Wykonawcą wykonującym roboty [związany treścią zawartej z Zamawiającym umową], a przedstawicielem Zamawiającego w postaci Inspektora Nadzoru, co jednoznacznie wynika z postanowień zawartych w SSTWiORB. Z drugiej strony gdyby możliwość taka była wykluczona w SIWZ to SSTWiORB nie przewidywałby takiej procedury a wręcz wprost nie dopuszczała takiej możliwości. Stanowisko Projektant o odmowie wyrażenia zgody nie zostało zawarte w SIWZ a zostało zaprezentowane dopiero w opinii wykonanej na zlecenie Zamawiającego i służącej na potrzeby odrzucenia oferty Odwołującego. W kwestii nieprawidłowej pielęgnacji podbudowy i potencjalnym ryzyku spowodowania uszkodzenia warstwy podbudowy, Odwołujący wskazał na kolejny fragment SSTWiORB (s. 85) zgodnie z którym: Ulepszone podłoże po wykonaniu, a przed ułożeniem następnej warstwy, powinny być utrzymywane w dobrym stanie. Jeżeli Wykonawca będzie wykorzystywał, za zgodą Inżyniera, gotowe ulepszone podłoże do ruchu budowlanego, to jest obowiązany naprawić wszelkie uszkodzenia podbudowy, spowodowane przez ten ruch. Koszt napraw wynikłych z niewłaściwego utrzymania ulepszonego podłoża obciąża Wykonawcę robót. Wykonawca jest zobowiązany do przeprowadzenia bieżących napraw ulepszonego podłoża uszkodzonych wskutek oddziaływania czynników atmosferycznych, takich jak opady deszczu i śniegu oraz mrozów, Odwołujący podał, że z powyższego fragmentu dokumentacji postępowania wynika, że wszelkie uszkodzenia, jakie mogą powstać w wyniku zaproponowanej pielęgnacji oraz ewentualnego ruchu technologicznego wynikającego z proponowanej metody obciążają wykonawcę, a ich ewentualna naprawa należy do Wykonawcy i nie może stanowić podstawy do przedłużenia terminu realizacji robót. Kwestie wytrzymałościowe należy kontrolować poprzez formy badań i sprawdzeń podbudowy, zgodnie z zapisami określonymi w SSTWiORB i to na ich podstawie określa się parametry faktyczne wbudowanego materiału, które Wykonawca ma obowiązek spełniać, niezależnie od tego w jaki sposób będzie prowadzona pielęgnacja. Jakiegokolwiek prace, prowadzone w ramach inwestycji są zabezpieczone gwarancją jakości udzielaną przez Wykonawcę, a zatem to Wykonawca, a nie Inwestor odpowiada za konsekwencje wynikające z podjętych decyzji co do możliwych i zaakceptowanych przez Inspektora Nadzoru rozwiązań materiałowych oraz technologicznych. Nie bez znaczenia pozostaje również kwestia wyraźnie pomijana w całej sprawie przez Zamawiającego, a wynikająca z obowiązujących przepisów odrębnych. Zablockowanie przejazdu prowadzi do naruszenia praw i obowiązków jakich musi przestrzegać każdy wykonawca podczas prowadzenia prac drogowych na terenach zamieszkałych (zurbanizowanych). Tym samym wykonawca w toku prowadzenia prac drogowych jest także zobligowany do zapewnienia dojazdu dla mieszkańców oraz upoważnionych służb. W odniesieniu do powyższego, w świetle posiadanej wiedzy technicznej oraz doświadczenia w realizacji analogicznych inwestycji, przewidziano zabezpieczenie świeżej, właściwie zagęszczonej warstwy podbudowy (gruntu stabilizowanego cementem) poprzez zakrycie kruszywem, umożliwiając tym samym uzasadnione przepisami, poruszanie się po terenie budowy, włącznie z dojazdem do posesji położonych wzdłuż realizowanej inwestycji co w przypadku niezabezpieczenia warstwy podbudowy z gruntu stabilizowanego cementem lub zabezpieczenia jej wyłącznie piaskiem byłoby całkowicie niemożliwie przez minimum 7 dni. W związku z powyższym to opisane w opinii Projektant działania Zamawiającego, nie tylko będą prowadziły do znaczących utrudnień dla mieszkańców oraz upoważnionych służb, ale również pozostałyby w konflikcie z obowiązującymi przepisami.

Zdaniem Odwołującego założenie technologii będącej podstawą obliczenia ceny wskazanych pozycji kosztorysowych nie jest jednoznaczne z wyrażeniem zgody przez przedstawiciela Zamawiającego w postaci Inspektora Nadzoru, ale jest wystarczające do umożliwienia kalkulacji ceny wskazanej pozycji bez naruszenia warunków określonych w SIWZ, opisach poszczególnych pozycji oraz SSTWiORB, będących podstawą postępowania przetargowego. Stroną do zatwierdzania materiałów oraz technologii prowadzenia robót jest Wykonawca robót, a taki ma zostać wyłoniony w wyniku prawidłowo przeprowadzonego postępowania przetargowego.

Odnosząc się do treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego w relacji do załączonych opinii, Odwołujący stwierdził, że faktyczną podstawą odrzucenia są wyłącznie pozycje dotyczące rowków pod krawężniki oraz pielęgnacja podbudowy. W konsekwencji wszelkie pozostałe kwestie i inne zastrzeżenia zawarte w złożonych opiniach nie stanowią podstawy faktycznej odrzucenia oferty, a w konsekwencji Odwołujący nie przedstawia wobec nich odrębnej argumentacji. Uzupełniająco Odwołujący przedstawił, w jaki sposób kształtuje się wartość robót w pozycjach dotyczących pielęgnacji podbudowy będących jednym z powodów odrzucenia, w stosunku do wartości całego kontraktu, celem wskazania, że pozycje wskazane przez Zamawiającego, przy uwzględnieniu wszystkich wyżej przytoczonych argumentów i wyjaśnień, mają całkowicie marginalny wpływ na należytą realizację zamówienia. Zestawienie prezentuje poziom wyceny oferty Odwołującego i oferty wybranej.

Odwołujący wskazał z ostrożnością, że nawet gdyby w trakcie realizacji zamówienia Projektant ostatecznie nie wyraziła zgody na zaproponowaną technologię pielęgnacji podbudowy, mogłoby to powodować wzrost kosztów wykonania zamówienia po stronie wykonawcy na poziomie około 12 000,00 zł netto, co stanowiłoby (0,44 % wartości kontraktu). Rozliczenie robót ma charakter kosztorysowy a zatem podstawą rozliczenia będą obmiary wykonanych robót przy uwzględnieniu stawki jednostkowej pozycji zawartej w kosztorysie ofertowym a ta nie może ulegać zmianom. Zatem w takim przypadku Zamawiający bez względu na zgodę lub jej brak ze strony Projektant otrzyma przedmiot świadczenia wykonawcy zgodny z SIWZ i w cenie oferty wykonawcy i w żadnym przypadku wynagrodzenie wykonawcy za wskazaną pozycję kosztorysową nie ulegnie zmianie, zatem wyłączne ryzyko w tym zakresie poniosłby wykonawca. Mając na względzie założony i zaprezentowany w postępowaniu poziom zysku wykonawcy około 10 % kwota powołana powyżej w żaden sposób nie ma wpływu na możliwość wykonania zamówienia z dodatnim wynikiem finansowym.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał m.in., że w postępowaniu zostało przewidziane rozliczenie kosztorysowe, a nie ryczałtowym, co przesądza, że zawartość kosztorysów ofertowych stanowi treść oferty, o której mowa w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Ujęcie w kosztorysach ofertowych we właściwych pozycjach wymaganego zakresu prac oraz ich prawidłowa wycena pozwala zamawiającemu na etapie badania i oceny ofert na porównanie ofert z zachowaniem zasad art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Na etapie wykonywania zamówienia prawidłowa wycena poszczególnych pozycji umożliwiła

zapłatę wykonawcy za prace rzeczywiście wykonane. Odwołujący mija się z prawdą w zakresie twierdzeń, iż „w trakcie postępowania Zamawiający nie kwestionował zgodności treści oferty z siwz”. Oferta była kwestionowana już na etapie przed pierwszym rozstrzygnięciem, co znalazło się w pierwszym odrzuceniu oferty Wykonawcy. W wyroku KIO zostało wskazane, że Zamawiający dokonał jednak złej klasyfikacji czynu dokonanego przez Wykonawcę. Wobec powyższego wystąpiła konieczność ponownego badania oferty Wykonawców, co Zamawiający zrobił.

Zamawiający w ramach badania oferty Odwołującego, zwracał się - wobec podjęcia wątpliwości, co do jej treści - do Inspektora Nadzoru, a później także do Projektanta w celu zaczerpnięcia fachowej wiedzy na temat informacji przekazywanych przez Odwołującego w Ofercie, a także późniejszych wyjaśnieniach. Otrzymane przez Zamawiającego opinie Inspektora Nadzoru i Projektanta w sposób jednoznaczny potwierdzają że treść oferty złożonej przez Odwołującego jest niezgodna z SIWZ. Faktem jest, że Zamawiający bazuje na treści wyjaśnień Odwołującego. W orzecznictwie KIO ukształtowany jest pogląd, że wszelkie wyjaśnienia obligatoryjnie muszą być traktowane jako treść złożonej oferty. Wyjaśnienia wykonawcy, to nic innego jak wykładnia oferty. Zamawiający dokonując badania wyjaśnień dotyczących ceny ofertowej dla zamówienia będącego przedmiotem niniejszego odwołania, musiał traktować je jako części złożonej oferty. Zamawiający, powołując się na wyrok KIO 2524/19 stwierdził, że ma prawo odrzucić ofertę z powodu stwierdzonej niezgodności ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia - jeśli takowego stwierdzenia dokona - nawet jeśli na etapie składania ofert nie żądał na potwierdzenie danej okoliczności konkretnych dokumentów. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie zawiera bowiem żadnych ograniczeń co do zakresu niezgodności (poza omyłkami, o których mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp), w tym do cech udowodnianych w postępowaniu odrębnymi dokumentami. Mogą być to zatem także cechy, co do których wykonawca składa ogólne oświadczenie o "zgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia".

Zastosowanie innej technologii niż wymagana w SIWZ, czy też zastosowanie innych materiałów, należy ocenić pod względem zgodności treści oferty z SIWZ. W sytuacji, kiedy zamawiający nie dopuszcza wykonania alternatywnego sposobu wykonania zamówienia, to wykonawca niezależnie od możliwości technicznych musi wycenić ofertę według ustaleń zamawiającego w SIWZ. Wycena według innych metod prowadzi w szczególności do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie możliwości porównywalności złożonych w postępowaniu ofert. Z punktu widzenia wykonawców zasadność wprowadzenia do SIWZ określonych technologii wykonania robót mogła podlegać kwestionowaniu na etapie przedstawienia treści SIWZ wykonawcom, a nie na etapie po otwarciu i ocenie ofert. Nado dodać należy, że zasadność oceny prawidłowości skalkulowania ceny odpowiednich pozycji kosztorysu dotyczy tylko kwestii, kiedy oferta w tym zakresie jest zgodna z SIWZ. W innej sytuacji, analiza ceny nie ma racji bytu, gdyż w przypadku niezgodności oferty z SIWZ i braku możliwości naprawy tej sytuacji w trybie przepisu art. 87 ust. 2 Pzp oferta podlega odrzuceniu jako niezgodna z SIWZ (por. wyrok KIO z dnia 17 września 2020 r. sygn. akt KIO 1885/20). Odwołujący kształtując treść składanych wyjaśnień, winien wziąć pod uwagę wszystkie wytyczne zamawiającego postawione w tym postępowaniu i przedstawić je w taki sposób, aby Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości w zakresie oferowanych rozwiązań jako zgodnych z treścią SIWZ. Wyjaśnienia treści oferty składane na niezakwestionowane wezwanie Zamawiającego wystosowane w toku badania oferty, wiążą Odwołującego się wykonawcę na równi z treścią pierwotnie złożonej oferty i winny być traktowane analogicznie jak treść złożonej oferty. Dlatego stwierdzone w toku badania wyjaśnień sprzeczności mogą stanowić podstawę do uznania, iż oferta złożona w postępowaniu podlegała odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zamawiający podkreślił, że nie jest uprawnieniem Wykonawcy decydowanie za Zamawiającego jakie rozwiązanie techniczne czy materiał są dla Zamawiającego lepsze niż te ujęte w dokumentacji technicznej. Opis przedmiotu zamówienia leży w wyłącznych kompetencjach Zamawiającego. Tym samym wykonawca, zarówno na etapie składania ofert jak i na etapie ewentualnej realizacji przedmiotu zamówienia, nie ma prawa - o ile takie uprawnienie nie wynika z treści w SIWZ - dokonywać jakichkolwiek zmian i rozwiązań technicznych w stosunku do tych opisanych w dokumentacji postępowania. Nie ma przy tym znaczenia fakt, że niezgodne z SIWZ są tylko niektóre elementy ujęte w kosztorysie - oferta wykonawcy ma w pełni, a nie tylko w części, odpowiadać wymogom i treści SIWZ.

Zaniechanie odrzucenia oferty Odwołującego oraz jej wybór jako najkorzystniejszej w postępowaniu, w ocenie Zamawiającego, byłoby niezgodne z wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający naruszyłby w efekcie również art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Na rozprawie strony podtrzymały swoje stanowiska.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego oraz dowód złożony przez Odwołującego na rozprawie w postaci rysunku Przekrój K2-K2 wskazującego na głębokość rowków.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Uzasadniając swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał, iż jego oferta zgodnie z rankingiem ofert wynikającym z danych udostępnionych po czynności otwarcia ofert, przy uwzględnieniu dokonanych przez Zamawiającego pozostałych decyzji o odrzuceniu ofert konkurencyjnych wykonawców po jej przywróceniu byłaby ofertą najkorzystniejszą. Wskutek czynności odrzucenia oferty Odwołującego jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia w postępowaniu doznał więc uszczerbku, bowiem gdyby nie zaskarżone czynności i zaniechania Zamawiającego, to Odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie, tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z Zamawiającym.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania Odwołujący mógłby liczyć na udzielenie zamówienia.

Następnie Izba ustaliła, że przywołana powyżej treść odwołania prawidłowo przywołuje istotne dla rozpatrzenia sprawy postanowienia SIWZ oraz okoliczności faktyczne wskazane przez Zamawiającego jako podstawa odrzucenia

oferty Odwołującego. W związku z tym nie istnieje potrzeba ich powtarzania.

### **Izba zważyła, co następuje.**

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania, w granicach których, stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy lzp, Izba orzeka.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Na wstępie zaznaczenia wymaga, że specyfikacja istotnych warunków zamówienia (SIWZ) jest dokumentem, który zawiera wymagania zamawiającego m.in. w zakresie przedmiotu zamówienia, wskazuje jakiego świadczenia oczekuje w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, jeśli uważają, że jej treść z określonych przyczyn powinna być zmieniona, mogą przed terminem składania ofert wystąpić do zamawiającego z pytaniem czy wnioskiem o zmianę jej postanowień, bądź w razie uzasadnionych podstaw, skorzystać, w terminie ustawowym, ze środków ochrony prawnej. W przypadku braku wprowadzenia przez zamawiającego wnioskowanych przez wykonawcę zmian, składając ofertę wykonawca jest zobowiązany zastosować się do wymogów określonych w tym dokumencie. Po terminie składania ofert treść SIWZ jest bowiem wiążąca zarówno dla zamawiającego jak i wykonawców i to porównanie jej treści z treścią złożonych w postępowaniu ofert, w szczególności porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem wykonania oraz terminem jego realizacji, które są wymagane przez zamawiającego, pozwala na ocenę, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ.

W analizowanym postępowaniu nie jest sporne, że kosztorys ofertowy stanowił element oferty i powinien być sporządzony według wskazań wynikających z SIWZ.

Jeśli chodzi o zakres robót obejmujący rowki pod krawężniki, nie jest sporne, na co wskazują także twierdzenia Odwołującego zawarte w odwołaniu, że podstawa KNR przyjęta w projekcie według którego ma być wykonany przedmiot zamówienia wskazuje na wykonanie wykopów pod krawężniki w technologii ręcznej. Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego przedstawionych na rozprawie zostało tak to przewidziane z uwagi na dużą liczbę istniejących mediów oraz warunki techniczne wydane przez poszczególnych gestorów sieci ((nakaz prowadzenia robót ziemnych w sposób ręcznych w rejonie sieci podziemnych).

Wbrew temu, co wynika ze stanowiska Odwołującego, sporządzając ofertę wykonawcy winni uwzględniać nie tylko przewidziany w dokumentacji postępowania zakres poszczególnych robót, ale też przewidziany sposób ich wykonania, nawet jeśli ich zdaniem, inny sposób byłby bardziej odpowiedni. Skoro Odwołujący nie podjął próby doprowadzenia do zmiany odnośnych postanowień dokumentów składających się do dokumentacji postępowania, a jak sam stwierdza *pozycja kosztorysowa zakłada wykonanie rowka poprzez wykonanie robót ziemnych ręcznie, podczas gdy w rzeczywistości można je wykonać mechanicznie, przy wykorzystaniu odpowiedniego naczynia roboczego, to oznacza, że z pełną świadomością złożył ofertę, która nie spełnia oczekiwań Zamawiającego, a nadto jest ofertą nieporównywalną z innymi ofertami, skoro zawiera inny sposób wykonania przedmiotowego zakresu zamówienia.*

Oczekiwanie Odwołującego, że Zamawiający pominięte pozyskała od Odwołującego wiedzę, co do tego, że wykonawca ten przewidział inną technologię wykonania robót, niż wynikająca z SIWZ, ograniczając się do formalnego aspektu badania treści kosztorysu ofertowego i tym samym zaakceptuje wprowadzone przez Odwołującego odstępstwo od SIWZ, oznaczałoby wprowadzenie zmiany SIWZ po terminie składania ofert. Jak wyżej zaznaczono jest to niedopuszczalne. Skutkowało by to nie tylko akceptacją wykonania zamówienia w sposób odmienny niż wynikający z SIWZ, ale też nierówne traktowanie wykonawców, w sytuacji, gdy inni sporządzili kosztorys zgodnie z SIWZ.

Nadto, jak zostało wskazane na rozprawie przez Zamawiającego i Przystępującego głębokości rowków mogą być większe, niż podaje Odwołujący. Jak wyżej zaznaczono, skoro według Odwołującego powinna być zmieniona technologia wykonania rowków na mechaniczną, to mógł wystąpić do Zamawiającego przed terminem składania ofert przedstawiając argumentację w tym zakresie i byłby zwolniony z obowiązku zastosowania się do wymogów SIWZ wówczas, gdyby przekonał Zamawiającego do zmiany SIWZ. W braku zmiany SIWZ Odwołujący był obowiązany zastosować się do oczekiwań Zamawiającego wyrażonych w SIWZ, co do których, jak wynika z jego twierdzeń, nie miał wątpliwości na etapie sporządzania oferty, chociaż obecnie podważa rolę KNR w tym zakresie. Jak natomiast zauważył na rozprawie Przystępujący KNR jest przedmiotowo istotny, bowiem w postępowaniu ma zastosowanie rozliczenie kosztorysowe. Służy on także do wyliczenia ceny. Skoro ceną jest oparta na KNR, to jest to ważne dla opisu przedmiotu zamówienia, a z KNR podanych w SIWZ nie wynika, że możliwe jest wykonanie rowków mechanicznych.

Skoro przewidziany przez Odwołującego sposób wykonania rowków jest odmienny od wymaganego przez Zamawiającego i skutkuje ryzykiem uszkodzeń sieci z tego konsekwencjami, m.in. dla terminu realizacji przedmiotu zamówienia, odszkodowaniami, naprawą, kosztami spowodowane brakiem dostaw mediów, to podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że w takim przypadku to wykonawca ponosiłby konsekwencje finansowe, nie może być uznana za wyłączającą ocenę wynikającą z porównania sposobu realizacji zamówienia, przewidzianego w SIWZ i ofercie Odwołującego.

Odwołujący na rozprawie stwierdził, iż zgadza się, że wyjaśnienia rażąco niskiej ceny należy czytać wraz z ofertą, ale treść wyjaśnień nie może zmieniać treści oferty. W SIWZ według twierdzeń Zamawiającego określił zamierzony sposób realizacji zamówienia, jednakże zdaniem Odwołującego, to na etapie realizacji umowy Inżynier, który ją nadzoruje wyraża zgodę na konkretną technologię zgodną z SIWZ.

W ocenie Izby powyższe twierdzenia Odwołującego sugerują, że w wyjaśnieniach rażąco niskiej ceny doszło do zmiany treści oferty, z czym trudno się zgodzić, skoro te przedstawiają właśnie stanowisko Odwołującego, co do tego, jaki sposób wykonania przedmiotu zamówienia uwzględnił w swojej ofercie, oraz zawierają jego stwierdzenie, z którego jasno wynika, że ma świadomość, że jest to odmienny sposób, niż wymagany przez Zamawiającego. W związku z tym akceptacja takiej oferty oznaczałaby zgodę Zamawiającego na etapie oceny ofert na zmianę sposobu wykonania zamówienia.

Nie można także podzielić argumentacji Odwołującego przedstawionej na poparcie stawianego zarzutu, który przynajmniej, że w zamówieniu przewidziane jest wynagrodzenie kosztorysowe i wskazując, iż podstawą jest obmiar robót, jednocześnie stwierdza, że sama kwota jest ryczałtowa bez względu na zastosowaną technologię. Odwołujący

pomija bowiem, że to właśnie zmiana przez niego technologii wykonania robót, wskazuje na niezgodność złożonej oferty z SIWZ. Zatem przyznanie wprowadzenia zmiany technologii wykonania robót potwierdza taką niezgodność.

Odnosząc się do twierdzenia Odwołującego, że w SIWZ nie są przywołane konkretne numery KNR i Zamawiający nie wskazał na konkretną technologię, w związku z tym numery KNR podane przy przedmiarze mają charakter jedynie pomocniczy, zauważenia wymaga, że nawet jeśli tak jest, to wykonawcy byli obowiązani przewidzieć technologię wykonania robót i dokonać wyceny zgodnie z tym co z nich wynikało, a jak sam przyznaje, wynikało z nich wykonanie robót ręcznie, zatem sam przyznaje, że zaoferował inny sposób realizacji zamówienia, niż oczekiwany przez Zamawiającego i dokonał w związku z tym wyceny robót, nawet jeśli takich samych co do zakresu, to jednak wykonanych inną technologią. Wskazuje to, że w razie akceptacji takiej oferty, Zamawiający musiałby się liczyć z wykonaniem tego zakresu robót odmiennie, niż przewidział to w SIWZ.

Jeśli chodzi o pielęgnację podbudowy zauważenia wymaga, że zamiast przewidzianej w SIWZ metody wykonania piaskiem z polewaniem wodą, Odwołujący przewidział zakrycie kruszywem i polewanie wodą. W pkt 13 SSTWIOR zostało podanych pięć sposobów, jakie są dopuszczane do pielęgnacji podbudowy w okresie po wykonaniu, a przed ułożeniem następnej warstwy, lecz żaden nie dopuszczał metody zastosowanej przez Odwołującego. Jak zauważył na rozprawie Zamawiający, z przedmiaru także wynika, że metoda pielęgnacji podbudowy zastosowana przez Odwołującego nie została tam przewidziana. Występują w nim bowiem dwie pozycje tj. wykonanie podbudowy oraz pielęgnacja piaskiem i wodą. Pięć pozostałych ewentualnych metod to metody do ewentualnego wprowadzenia na etapie realizacji umowy, a nie w ofercie. To w trakcie wykonywania umowy Inżynier kontraktu może się wypowiedzieć w tym zakresie, po uzyskaniu wystąpienia wykonawcy o zmianę technologii. W związku z tym wykonawca w ofercie powinien uwzględnić wyłącznie pielęgnację piaskiem i wodą.

W ocenie Izby nie można uznać za przekonującą argumentacji Odwołującego, z której wynika, że skoro nie zmienił wykonania, a jedynie sposób pielęgnacji, który jest racjonalny, to nie występuje niezgodność oferty z SIWZ. Nie można zaakceptować także stanowiska Odwołującego, że dopuszczenie zastosowanej przez niego metody pielęgnacji podbudowy, nastąpiło poprzez wskazanie w ww. pkt 13 SSTWIOR na dopuszczalność innej metody. Jak bowiem zostało powyżej przedstawione inne sposoby pielęgnacji, zaproponowane przez wykonawcę i inne materiały przeznaczone do pielęgnacji mogą być zastosowane po uzyskaniu akceptacji Inżyniera kontraktu, a zatem na etapie realizacji umowy, a nie na etapie sporządzenia oferty. Ta, dla zapewnienia porównywalności ofert złożonych w postępowaniu, powinna uwzględniać metodę przewidzianą przez Zamawiającego w SIWZ.

Zaznaczenia wymaga, że nie jest dopuszczalna sytuacja, w której wykonawca np. uznając określone rozwiązanie za lepsze, przypisuje sobie prawo do zmiany treści opisu przedmiotu zamówienia i sporządza ofertę z uwzględnieniem własnego wyobrażenia o sposobie wykonania przedmiotu zamówienia. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i to jego potrzeby mają być zaspokojone w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stwierdzenie przez Odwołującego, że obliczając cenę oferty dokonał kalkulacji z uwzględnieniem, w ww. pozycjach kosztorysu, innych rozwiązań i materiałów, niż oczekiwane przez Zamawiającego, stanowi dowód na niezgodność merytoryczną oferty z SIWZ. Jak słusznie zauważył Zamawiający, wyjaśnienia Odwołującego dotyczące rażąco niskiej ceny, wprost wskazywały, że wykonawca ten zakłada stosowanie innej technologii, innych rozwiązań oraz innych materiałów, niż przewidziane przez Zamawiającego. Odwołujący podkreśla ten fakt także w odwołaniu. Wskazuje to, że Odwołujący zakładał stosowanie innych technologii, pomijając fakt, że powoduje to, że jego oferta staje się nieporównywalna z ofertami innych wykonawców, jak również pomijając, że zakładając inną technologię, niż przewidziana przez Zamawiającego, ingeruje w treść SIWZ.

Mając powyższe na uwadze nie potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Stosownie do art. 91 ust. 1 ustawy Pzp: *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

Zgodnie z art. 7 ust 1 ustawy Pzp: *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Zarzut ten, jak należy sadzić, wobec braku jego uzasadnienia, Odwołujący wiąże z brakiem wyboru złożonej przez niego oferty. Jak wyżej wskazano, oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu, a zatem nie mogła zostać do naruszenia przez Zamawiającego zasad przewidzianych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b), zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr tytułem uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony, na podstawie złożonej przed zamknięciem rozprawy.

**Przewodniczący:** .....