

Sygn. akt: KIO 720/23

WYROK

z dnia 30 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe OK-BUD P. M. w Nasielsku oraz ELTIM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Nasielsk

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie, w jakim odnosił się do poz. 18 kosztorysu ofertowego odwołującego;
2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe OK-BUD P. M. w Nasielsku oraz ELTIM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:
  - 3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
  - 3.2. zasądza od odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia P. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe OK-BUD P. M. w Nasielsku oraz ELTIM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie na rzecz zamawiającego Gminy Nasielsk kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 720/23

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Gmina Nasielsk (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie w trybie podstawowym pn. „Poprawa dostępności w szkołach podstawowych w GN w ramach projektu Dostępna Szkoła - Szkoła Podstawowa im. Księcia Józefa Poniatowskiego w Starych Pieścirogach” (numer referencyjny: IZP.271.3.2023). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 6 lutego 2023 r. nr 2023/BZP 00082895/01. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza progów unijnych, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 15 marca 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia P. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Uslugowe OK-BUD P. M. w Nasielsku oraz ELTIM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wnieśli odwołanie w ww. postępowaniu, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia, pomimo iż nie zachodzą przesłanki do jej odrzucenia, a oferta jest zgodna z warunkami zamówienia i wymaganymi przez Zamawiającego dokumentami. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności oceny ofert i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając ww. zarzut Odwołujący wskazał, iż jego oferta nie jest niezgodna z treścią zamówienia w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zaś opis pozycji kosztorysowych zamieszczony w kosztorysie ofertowym Odwołującego jest tożsamy z opisem pozycji kosztorysowych zawartych w przedmiarach robót zamieszczonych do SWZ.

W odniesieniu do poz. 15 kosztorysu ofertowego Odwołujący wskazał, iż tablele przedmiaru robót przedstawione przez

Zamawiającego zawierają kody pozycji przedmiaru oparte o Katalog Nakładów Rzeczowych wraz z opisem pozycji oraz podanym obliczeniem jednostek miary. W przedmiarze tym, w poz. 15 jako podstawę wskazano numer KNR 2-31 0407-05, opisując je jednocześnie jako „Obrzeża betonowe o wymiarach 30x50 cm.” Podany w przedmiarze numer KNR 2-31 0407-05 w rzeczywistości odpowiada obrzeżom betonowym 30x8, a uzupełniający tę pozycję opis przedmiaru jest błędny, albowiem obrzeża 30x50 cm, jako w ogóle nie występujące w obrocie gospodarczym, nie są klasyfikowane. Kosztorys Odwołującego, oparty na tak przedstawionym przedmiarze w odpowiedniej pozycji zawiera

ten sam numer KNR, tj. 2-31 0407-05 i odpowiadający mu prawidłowy opis, tj.: Obrzeża betonowe o wymiarach 30x8 cm. Przedstawiony kosztorys jest zatem zgodny z przedmiotem zamówienia, albowiem przy innym założeniu (tj. według opisu, nie zaś według numeru katalogowego KNR), jego wykonanie przy użyciu produktu nie występującego w obrocie gospodarczym byłoby niemożliwe. Odwołujący zauważył ponadto, że wybrana oferta posługuje się w swoim kosztorysie tym samym kodem KNR 2-31 0407-05, co określony przez Zamawiającego w przedmiarze, dotyczącym obrzeży 30x8 cm, przenosząc z przedmiaru błędny opis produktu nie występującego na rynku (obrzeże 30x50 cm) i oferta ta została uznana za zgodną z przedmiotem zamówienia. Odwołujący dodał, że kierował się tymi samymi przesłankami, tj. kodem KNR 2-31 0407-05, wyceniając według niego pozostałe dwie pozycje przedmiaru, w których podobnie jak w poz. 15 został podany dokładnie ten sam kod, choć z innym opisem (poz. 11 oraz 16).

Odnosząc się do poz. 18 kosztorysu, Odwołujący wskazał, iż w przyjętej kalkulacji, choć zawiera ona wzmiankę o folii (bez jej różnicowania), do wyceny przyjęto koszt folii kubełkowej. Różnica w cenie folii kubełkowej jest możliwa wbrew twierdzeniu Zamawiającego do zidentyfikowania i mimo, że nie ma ona wielkiego wpływu na wartość pracy określonej w poz. 18 przedmiaru, który wymaga zastosowania 17 metrów bieżących tej folii. Biorąc pod uwagę cenę folii kubełkowej nawet choćby w konsumenckim handlu detalicznym należy stwierdzić, że cena ta jest na tyle niska, że nie jest parametrem wysoce kosztownym: cena 20 metrów bieżących w handlu tym kosztuje 135 zł, zatem cena jednego metra wynosi 6,75 zł. Wartość materiałowa 17 metrów bieżących wynosi zatem 114,75 zł, co w zestawieniu z wartością wszystkich prac ujętych w poz. 18 kosztorysu Odwołującego, wynoszącą 9.758,88 zł, jest wartością na tyle znikomą, że faktycznie może być wartością trudną do uchwycenia dla Zamawiającego, jednakże parametr ten nie ma najmniejszego wpływu na ocenę możliwości wykonania zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił ponadto, iż po opublikowaniu informacji o odrzuceniu jego oferty i po zapoznaniu się z uzasadnieniem przedstawionym przez Zamawiającego dokonał analizy porównawczej sporządzonych przez Zamawiającego dokumentów, tj. Opisu przedmiotu zamówienia, sporządzonego przez firmę PDN Inżynieria K. T. oraz przedmiaru opracowanego przez kosztorysanta, tech. bud. Z. B. Dokumenty te są niezgodne ze sobą w części dotyczącej zasadniczego zarzutu kierowanego przez Zamawiającego wobec oferty Odwołującego, tj. w części dotyczącej wyznaczenia miejsca postojowego. Zgodnie z OPZ (str. 15) do wykonania chodników należy stosować krawężniki betonowe o wymiarach dla chodnika 100x20x6cm oraz krawężnik drogowy na styku chodnika z drogą o wymiarach 500x30x15cm. Krawężnik drogowy o wymiarach 500x30x15cm jest produktem nieznanym na rynku, podobnie jak wspomniane wcześniej obrzeże 30x50 cm i nie został uwzględniony w

żadnej pozycji przedmiaru. Z kolei zamiast obrzeży o wymiarach 100x20x6cm przedmiar posługuje się obrzeżami wymiarowanymi jako 30x8, zawierając we wszystkich jego pozycjach odpowiadające mu kody KNR 2-31 0407-05 - prawidłowo opisane w poz. 11 i 16, całkowicie błędnie natomiast w poz. 15. Zatem o ile w zamierzeniu Zamawiającego miały być użyte inne materiały, niż opisane w przygotowanym przez niego przedmiarze kodem KNR 231 0407-05, to przedmiar powinien zawierać zamiast błędnych właściwe kody KNR, uzupełnione też nie nasuwającym żadnych wątpliwości interpretacyjnych, właściwym i odpowiadającym tym kodom rzeczywistym opisem, zamiast opisu błędnego, nie odpowiadającego podawanym kodom. Odwołujący podkreślił, iż zarówno w doktrynie, jak w dotychczasowym orzecznictwie, interpretując art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przyjmuje się, że do odrzucenia oferty niezgodnej z warunkami zamówienia może dojść wyłącznie wówczas, gdy oferta jest niezgodna z nimi w sposób zasadniczy i nieusuwalny. Zaś zamawiający jednoznacznie potrafi stwierdzić, że złożona oferta nie zapewni realizacji zamierzonego celu. Zamawiający nie może przy tym odrzucić oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, jeżeli opisał te warunki w sposób mało precyzyjny i pozostawiający pole do interpretacji. Postanowienia, które nie są jednoznacznie zrozumiałe, należy interpretować w sposób względniejszy dla wykonawcy, to jest przyjmować taką wykładnię, jaką przyjął wykonawca, w przeciwnym wypadku, poprzez eliminację wykonawców na podstawie niejasnych postanowień dokumentów zamówienia, dochodziłoby do naruszenia zasady przejrzystości sformułowanej w art. 16 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 24 marca 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Jednocześnie zasygnalizował, iż w przypadku przyjęcia przez KIO, że zarzut odwołującego dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zakresie w jakim Odwołujący odnosi się do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia z uwagi na wskazanie w treści kosztorysu ofertowego błędnej nazwy folii – brak wskazania, że jest to folia kubełkowa, stanowi odrębny zarzut odwołania, Zamawiający skłonny jest w tym aspekcie odwołanie uwzględnić (w tej części). Niemniej nawet uwzględnienie zarzutu nie przekłada się na możliwość zmiany rozstrzygnięcia i uznania, że Zamawiający winien uważać czynności wyboru ofert, bowiem oferta Odwołującego, w dalszym ciągu nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, bowiem w treści kosztorysu wykorzystane zostały błędne obrzeża betonowe – o błędnych wymiarach i w tym zakresie odwołanie pozostaje bezzasadne.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego dotyczącej poz. 15 kosztorysu ofertowego Zamawiający przywołał postanowienia SWZ, podkreślając obowiązek, by opis pozycji kosztorysowych zamieszczony w kosztorysach ofertowych był tożsamy z opisem pozycji kosztorysowych zawartych w przedmiarze robót zamieszczonym do SWZ.

Zamawiający zauważył, że Odwołujący jest profesjonalistą w zakresie prowadzonej działalności i nie jest to pierwszy przetarg w którym bierze on udział, w tym również nie pierwszy organizowany przez Zamawiającego, w konsekwencji z całą pewnością jest mu znane brzmienie przepisów i konieczność zapoznania się z całością dokumentacji przetargowej

oraz uprawnienie do zwrócenia się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ. Podkreślił, że niekwestionowanym obowiązkiem wykonawcy jest zapoznanie się z całością dokumentacji opublikowanej przez Zamawiającego, w tym również przedmiarem oraz OPZ. Zamawiający przywołał na potwierdzenie swojego stanowiska stosowne orzecznictwo.

Zamawiający ponadto uznał za mało przekonujące stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym uznaje on, że treść SWZ, a konkretnie opis zawarty w kwestionowanym punkcie 15 przedmiaru dotyczącego wykonania miejsca postojowego dla osób niepełnosprawnych był dla niego jasny i zrozumiały, a z drugiej zaś strony wadliwie zrozumiał treść analizowanych dokumentów przyjmując, że Zamawiający się pomylił i w obu dokumentach (przedmiar oraz 15 strona OPZ) błędnie wskazał, że obrzeża betonowe winny być zastosowane w wymiarach 50X30 (ewentualnie 500x30 cm). Co więcej samodzielnie podjął się usunięcia tej niezgodności i przyjął, że wiążącym dla niego jest wskazanie numeru KNR odnoszącego się do osadzenia innego elementu – znacznie mniejszego obrzeża o wymiarach 30x8 cm, do którego odnosi się właśnie przytoczony numer KNR. Co więcej wskazuje on, że tego rodzaju obrzeża w jego ocenie na rynku nie występują, pomijając przy tym, iż w toku postępowania złożył ofertę również podmiot który ze zrozumieniem odczytał postanowienia SWZ i zastosował się do wymagań Zamawiającego w pełni składając kosztorys z odpowiednim opisem bez poprawiania rzekomego błędu. Zamawiający ponownie podkreślił, że Odwołujący zawodowo prowadzi działalność z zakresu prowadzenia robót budowlanych i bierze udział w przetargach podobnych do przedmiotowego. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że wbrew twierdzeniom zawartym w odwołaniu, obrzeża o wymiarach podanych przez Zamawiającego w przedmiarze tj. 50x30 cm występują na rynku i są powszechnie dostępne. Na tę okoliczność złożył opinię prywatną sporządzoną przez mgr inż. K. T., w której projektant zamieścił przykładową ofertę zakupu obrzeża tego rodzaju.

Zamawiający wskazał ponadto, że KNR nie stanowi dokumentu o charakterze normatywnym i nie jest on bezwzględnie wytyczną, na podstawie której muszą być tworzone wszelkie kosztorysy. Co więcej KNR nie jest również rejestrem zupełnym – nie przewiduje on wszystkich dostępnych czynności oraz produktów wykorzystywanych w procesie budowlanym. Innymi słowy zdarzają się powszechnie sytuacje, w których realizacja danej, rzadziej występującej w obrocie podczas prowadzenia robót budowlanych czynności nie jest w tym rejestrze ujęta. Z tego rodzaju sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym stanie faktycznym. Zamawiający wyjaśnił, iż zasady korzystania i stosowania z katalogów takich jak

KNR podczas tworzenia kosztorysu inwestorskiego zostały określone w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z 18 maja 2004 r., zgodnie z którym dla potrzeb opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający może korzystać z katalogów: 1) poprzez wskazanie w przedmiarze konkretnego symbolu (nazwa katalogu, numer, tablica), ale nie jako obligatoryjnej podstawy kalkulacji, 2) poprzez odpowiednie dostosowanie dla potrzeb przedmiaru opisów z katalogów. Zamawiający stwierdził, że jakkolwiek w ramach przedmiaru dopuszczalne jest stosowanie określonego katalogu stanowiącego punkt odniesienia, przykładowo KNR (numer, tablica, kolumna), przy czym numer taki może stanowić wyłącznie tzw. kod pozycji przedmiaru, tj. oznaczenie rozumiane jako ciąg znaków - liter i cyfr. KNR nie powinien być stosowany w przedmiarze jako podstawa, którą należy przyjmować do kalkulacji kosztorysowej. Zamawiający zwrócił uwagę, że użycie KNR można uznać za właściwe wyłącznie w przypadku, gdy założenia wyjściowe do kosztorysowania będą zawierały ustalenia dotyczące konkretnych wariantów materiałowych i technologicznych, które z kolei będą odpowiadały opisowi robót w określonej tablicy katalogu w powiązaniu z założeniami ogólnymi i szczegółowymi. Innymi słowy nawet przy wykorzystaniu w kosztorysie KNR dopuszczalne jest przyjęcie rozwiązań, bądź czynności nieujętych w KNR, bądź uregulowanych odmiennie. Odwołujący słusznie wskazał, że posadawienie obrzeża, które określił wykonawca w OPZ i przedmiarze nie występuje w KNR. Nie oznacza to jednak, że obrzeże takie nie jest dostępne na rynku, a tym bardziej, że wykorzystanie takiego obrzeża jest zakazane w ramach realizacji zamówienia publicznego. W ramach przedmiotowego stanu faktycznego wystąpiła zatem sytuacja, w której brak jest numeru KNR niezbędnego dla opisanie czynności, którą kosztorysujący ma wykonać. W takiej sytuacji osoba tworząca kosztorys ofertowy powinna albo zapytać Zamawiającego o wyjaśnienie rozbieżności, albo powołać się na analogię przy wykorzystaniu numerów KNR. Żadna z tych okoliczności nie miała jednak w analizowanym stanie faktycznym. Zamawiający przy tym podkreślił, że konstrukcja odnosząca się do wykorzystania tzw. analogii do KNR podczas tworzenia kosztorysu nie tylko nie jest obca w toku przetargów opartych na Pzp, ale wręcz powszechnie stosowana. Zarówno w przedmiarze jak i samej kalkulacji mogą pojawić się w powiązaniu z odpowiednimi numerami KNR sformułowania typu „analogia”, „interpolacja”, „ekstrapolacja”. Odwołujący nie zadał Zamawiającemu pytania co do treści OPZ i pozycji 15 przedmiaru uznając ją za błąd i samowolnie zmieniając opis danej pozycji w sposób, który bardziej mu odpowiadał, ponieważ wprost wynikał z KNR, przez co oferta we wskazanym zakresie całkowicie przestała odpowiadać wymogom określonym w SWZ

W konsekwencji w ocenie Zamawiającego należy przyjąć, że stanowisko Odwołującego i wniesione przez niego odwołanie ma na celu nie tyle wykazanie błędu Zamawiającego, które doprowadziło do jego pokrzywdzenia, ile próbę uniknięcia

konsekwencji swojego zaniedbania i przeniesienia odpowiedzialności za wadliwe sporządzenie kosztorysu na Zamawiającego. Zamawiający nie może przy tym zgodzić się z takim stanowiskiem, co czyni argumentację Odwołującego irrelevantną. Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że zastosowanie obrzeża betonowego o konkretnych wskazanych przez Zamawiającego w pozycji 15 przedmiaru wymiarach, nie pozostaje bez znaczenia dla realizacji przedmiotu zamówienia. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym przez mgr inż. K. T. w treści opinii z dnia 21 marca 2023 r. obrzeża o takich właśnie wymiarach (50X30X8) musi zostać wykorzystane z uwagi na charakterystykę terenu, na którym mają być prowadzone prace: „Chodnik dojścia dla osób niepełnosprawnych realizowany będzie w terenie nieutwardzonym o zróżnicowanej wysokości terenu - różnica wysokości około 13cm w środkowej części projektowanego chodnika. W miejscu realizacji chodnika, obecnie istnieje tzw. „dziki parking” dla rodziców dowożących i odbierających dzieci ze szkoły. Grunt „dzikiego parkingu” z racji braku utwardzenia w sezonach wiosennych oraz jesiennych przy zwiększonej ilości opadów atmosferycznych ulega rozluźnieniu a następnie rozjeżdżany jest przez samochody rodziców dowożących dzieci do szkoły co skutkuje jego rozluźnieniu do głębokości około 12-18cm. Miejsce wykonania chodnika

dojścia dla osób niepełnosprawnych kolidowało będzie z funkcjonującym „dzikim parkingiem”, co z kolei powodować może częste najeżdżanie kołami samochodów osobowych na nowy chodnik a to prowadzić będzie do jego uszkodzenia. Mając na względzie powyższe uwarunkowania terenu zdecydowano się na zastosowanie obrzeży chodnikowych o zwiększonej wysokości tj. 30cm zamiast klasycznych 20cm w celu obsadzenia obrzeży na ławach betonowych z oporem umieszczonych na głębokości 45cm poniżej istniejącego terenu co zapobiegać będzie ich obluzowaniu a z czasem rozchodzenia się na boki. W tym celu przewidziano również prace związane z mechanicznym wykonaniem koryta na całej szerokości chodnika w gruncie istniejącym na głębokości 45 cm a następnie obsadzenie obrzeży betonowych oraz wykonanie podbudowy z podsypki centowo-piaskowej gr. 45cm w celu zapewnienia stabilnego podłoża dla chodnika oraz zapobiegnięciu jego osiadania.”

Zdaniem Zamawiającego należy przyjąć że realizacja zamówienia zgodnie z ofertą Odwołującego, przy wykorzystaniu innych obrzeży doprowadzi do wadliwego wykonania prac, a być może wręcz uniemożliwi ich prawidłowe wykonanie. Oferta obarczona jest zatem istotnym błędem, który jest wynikiem działania, bądź zaniechania Wykonawcy, a nie Zamawiającego. Przedstawiona powyżej argumentacja w sposób jasny obrazuje, że odwołanie nie bazuje na obiektywnych przesłankach, a jedynie na subiektywnym przedstawieniu stanu faktycznego w sposób minimalizujący rzeczywistą odpowiedzialność Odwołującego za własne niedopatrzenie. W ocenie Zamawiającego całokształt odwołania i zawartej w nim argumentacji sprowadza się do kwestionowania treści OPZ oraz

przedmiaru, a raczej braku ich zrozumienia przez Odwołującego. Odwołujący prowadzi aktualnie polemikę z treścią dokumentu przedmiaru i usiłuje przekonać KIO do interpretacji postanowień tych dokumentów zgodnie z własną wolą, nie zaś obiektywnymi przesłankami i ich literalnym brzmieniem, co należy uznać za bezzasadne. Nie może zatem być mowy w przedmiotowym zakresie o dopuszczalności stosowania w odniesieniu do Odwołującego interpretacji treści przedmiaru, bądź OPZ na jego korzyść, bowiem jak wynika z powyższego po prostu w sposób wadliwy zrozumieli on treść przedmiaru uznając, że decydującym w opisie danego punktu jest kod KNR, a nie treść opisu, co należy uznać za pozbawione podstaw i wskazuje na brak odpowiedniej fachowości, która nie usprawiedliwia podmiotu będącego profesjonalistą

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, iż przystąpienie zgłoszone do postępowania odwoławczego przez wykonawcę Łukasza Ciesielskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DLC Łukasz Ciesielski było bezskuteczne, ponieważ zostało wniesione z uchybieniem ustawowego terminu. Zgodnie z art. 525 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Izba ustaliła, iż Zamawiający przekazał ww. wykonawcy kopię odwołania w dniu 16 marca 2023 r., a zatem termin na zgłoszenie przystąpienia upływał w dniu 20 marca 2023 r. (jako, że ostatni dzień terminu – 19 marca 2023 r. przypadał w niedzielę, a zgodnie z art. 509 ust. 2 ustawy Pzp w takim przypadku termin upływa dnia następnego). Zgłoszenie przystąpienia wpłynęło zaś do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 marca 2023 r., czyli po upływie trzydniowego terminu zawitego. Dodatkowo Izba zauważa, iż zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) pisma w postępowaniu odwoławczym w postaci elektronicznej wnoszone przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, zgodnie z art. 508 ust. 2 ustawy, przekazuje się na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu lub na wskazany adres poczty elektronicznej, przy użyciu których obsługiwana jest korespondencja Izby, przy czym odwołanie i zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przekazuje się na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu. Pismo zawierające zgłoszenie przystąpienia ww. wykonawcy nie wpłynęło na elektroniczną skrzynkę podawczą Urzędu (ePuap), lecz na adres poczty elektronicznej (e-mail), a zatem z użyciem innego niż dedykowany sposobu komunikacji.

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie, w jakim odnosił się do poz. 18 kosztorysu ofertowego odwołującego. Zamawiający na posiedzeniu w dniu 27 marca 2023 r. potwierdził, iż w ww. zakresie uwzględni odwołanie, podtrzymując jednocześnie wyrażone w odpowiedzi na odwołanie stanowisko, iż nie wpływa to na prawidłowość czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Zgodnie z art. 522 ust. 4 zdanie pierwsze i drugie ustawy Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Taka sytuacja miała miejsce w rozpoznawanej sprawie – Zamawiający uwzględnił odwołanie w części, zaś po jego stronie w sposób skuteczny nie przystąpił do postępowania odwoławczego żaden wykonawca.

Następnie Izba uznała, iż Odwołujący, jako podmiot ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, który złożył ofertę w postępowaniu i który wnosząc odwołanie dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności SWZ wraz z załącznikami, oferty wykonawców oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z załączonego do odwołania wydruku z programu kosztorysowego Norma Pro oraz ze złożonej przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie opinii PDN Inżyniera K. T., na okoliczności wynikające z treści tych dokumentów, wskazane przez Strony w pismach.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Rozdziałem 3 SWZ przedmiotem zamówienia jest wykonanie robót budowlanych oraz dostawa materiałów dydaktycznych, mebli i urządzeń w następujących placówkach: 1) Szkoła Podstawowa im. Księcia Józefa Poniatowskiego w Starych

Pieścirogach, ul. Kolejowa 65, 05-191 Nasielsk. Celem wykonania zamówienia jest poprawa dostępności szkół podstawowych dla uczniów. Prace należy wykonać zgodnie z opracowanym dla poszczególnych szkół Indywidualnym Planem Poprawy Dostępności (IPPD). Szczegółowy zakres i opis robót stanowi: 1) opis przedmiotu zamówienia w formie IPPD – Załącznik nr 10 do SWZ, 2) przedmiar robót – Załącznik nr 9 do SWZ.

Zamawiający w Rozdziale 3 pkt 11 SWZ wskazał, iż w przypadku, gdy dokumentacja projektowa lub przedmiary nie podają w sposób szczegółowy technologii wykonywania robót lub wykonania określonego elementu przedmiotu zamówienia, bądź też nie precyzują dostatecznie rodzaju i standardu materiałów, wykonawca zobowiązany jest wystąpić do zamawiającego o wyjaśnienie.

W Rozdziale 14 SWZ zawarto opis sposobu obliczenia ceny oferty. W pkt 1 wskazano, iż cenę oferty należy policzyć stosując następujące założenia: 1) zakres robót, który jest podstawą do określenia ceny musi być zgodny z zakresem robót określonym w przedmiarze robót, stanowiącym załącznik nr 9 do SWZ. Należy skalkulować wszystkie pozycje przedmiaru robót. W sytuacji braku wycenionej pozycji przedmiaru w kosztorysie ofertowym, oferta zostanie odrzucona. Opis pozycji kosztorysowych zamieszczony w kosztorysach ofertowych musi być tożsamy z opisem pozycji kosztorysowych zawartych w przedmiarze robót zamieszczonym do SWZ; 2) kosztorys ofertowy należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej, polegającej na obliczeniu wartości kosztorysowej robót objętych przedmiarem jako sumy iloczynów ilości jednostek przedmiarowych robót i ich cen jednostkowych bez podatku od towarów i usług. Obliczenia wykonywać z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. Do tak wyliczonej wartości kosztorysu należy doliczyć wartość podatku VAT; w cenie wyliczonej zgodnie z pkt. 1) wykonawca winien uwzględnić również następujące koszty: wszelkich robót przygotowawczych, porządkowych, projektu organizacji placu budowy wraz z jego organizacją i późniejszą likwidacją, wszelkie koszty utrzymania zaplecza budowy, obsługi geodezyjnej, koszty związane z odbiorami wykonanych robót, wykonania dokumentacji powykonawczej, inne koszty wynikające z umowy, której wzór stanowi załącznik nr 8 do SWZ; 4) ilości w przedmiarach dla poszczególnych miejscowości i odcinków są wiążące przy wykonywaniu umowy oraz stanowią podstawę do odbioru robót.

W załączonym do SWZ przedmiarze robót w dziale 2 „Wyznaczenie 1 miejsca postojowego dla OzN wraz z wykonaniem chodnika dojścia” w poz. 11 wskazano nr KNR 231 0407-05 oraz opis Obrzeża betonowe o wymiarach 30x8 cm na podsypce cementowo-piaskowej - obrzeża z demontażu, w poz. 15 wskazano nr KNR 2-31 0407-05 oraz opis obrzeża betonowe o wymiarach 30x50 cm na podsypce cementowo-piaskowej - w koło nowego miejsca OzN, nowe obrzeże zamontować w obniżeniu do poziomu - 0,5 cm ponad krawędź kostki, w poz. 16 wskazano nr KNR 2-31 0407-05 oraz opis obrzeża betonowe

o wymiarach 30x8 cm na podsypce cementowo-piaskowej. W opisie przedmiotu zamówienia, w opisie zakresu prac w pkt 3.2. „Wyznaczenie 1 miejsca postojowego dla OzN wraz z wykonaniem chodnika dojścia” wskazano, iż do wykonania chodników należy stosować krawężniki betonowe o wymiarach dla chodnika 100x20x6cm oraz krawężnik drogowy na styku chodnika z drogą o wymiarach 500x30x15. W § 1 ust. 3 projektowanych postanowień umowy wskazano, iż szczegółowy zakres robót będących przedmiotem umowy określa przedmiar robót, Specyfikacja Warunków Zamówienia oraz Dokumentacja projektowa. Zgodnie z § 5 ust. 1 wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu umowy jest wynagrodzeniem kosztorysowym (wyliczonym na podstawie kosztorysu ofertowego).

W postępowaniu wpłynęły trzy oferty: oferta nr 1 z ceną 349 699,60 zł, oferta nr 2 z ceną 338 250,00 zł oraz oferta Odwołującego z ceną 249 741,71 zł. Odwołujący w kosztorysie ofertowym w poz. 15 wskazał w opisie „Obrzeża betonowe o wymiarach 30x8 cm na podsypce cementowo-piaskowej - w koło nowego miejsca OzN, nowe obrzeże zamontować w obniżeniu do poziomu - 0,5 cm ponad krawędź kostki.”

Zamawiający w dniu 10 marca 2023 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający wskazał, iż zgodnie z zapisami w SWZ ustalił wynagrodzenie kosztorysowe za wykonanie przedmiotu zamówienia. Cenę oferty należało policzyć stosując następujące założenia: zakres robót, który jest podstawą do określenia ceny musi być zgodny z zakresem robót określonym w przedmiarach robót, stanowiących załącznik nr 9 do SWZ. Należy skalkulować wszystkie pozycje każdego z przedmiaru robót. W sytuacji braku wycenionej pozycji przedmiaru w kosztorysie ofertowym, oferta zostanie odrzucona. Opis pozycji kosztorysowych zamieszczony w kosztorysach ofertowych musi być tożsamy z opisem pozycji kosztorysowych zawartych w przedmiarach robót zamieszczonych do SWZ. Wykonawca składając ofertę miał w obowiązku dołączyć wycenione pozycje wszystkich przedmiarów. W przedstawionym przez Wykonawcę kosztorysie ofertowym:

- poz. 15 – wycena produktu niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Treść rzeczowej pozycji zgodnie z przedmiarem brzmi: Obrzeża betonowe o wymiarach 30x50 cm na podsypce cementowo-piaskowej - w koło nowego miejsca OzN, nowe obrzeże zamontować w obniżeniu do poziomu - 0,5 cm ponad krawędź kostki, zaś zgodnie z kosztorysem Wykonawcy : Obrzeża betonowe o wymiarach 30x8 cm na podsypce cementowo-piaskowej -w koło nowego miejsca OzN, nowe obrzeże zamontować w obniżeniu do poziomu - 0,5 cm ponad krawędź kostki. Wykonawca wycenił pozycję niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego.
- poz. 18 - wycena produktu niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Treść rzeczowej

pozycji zgodnie z przedmiarem brzmi: Ułożenie na podbudowie cementowo-piaskowej kostki typ. BAUMA w kolorze czerwonym – sposób układania zgodny z istniejącym

układem/podziałek kostek na chodniku ( stosować folię kubelkową od strony elewacji budynku - 17 mb), zaś zgodnie z kosztorysem Wykonawcy : Ułożenie na podbudowie cementowo-piaskowej kostki typ. Bauma w kolorze czerwonym sposób układania zgodny z istniejącym układem /podziałek kostek na chodniku (stosować folię od strony elewacji budynku -17 mb). Wykonawca wycenił pozycję niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego. Zamawiający powołał się ponadto na art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, wskazując, że w świetle opinii UZP istotne przy poprawianiu omyłek jest to, aby w wyniku poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej nie zmieniła się treść oferty rozumianej jako treść oświadczenia woli wykonawcy. Opinia mówi o granicy, którą wyznacza przepis 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wskazując, że zmiana nie może powodować istotnej zmiany treści oferty. W wyroku z dnia 28 czerwca 2011 r. Krajowa Izba Odwoławcza przyznała rację zamawiającemu, iż w kosztorysie ofertowym odwołującego znalazły się takie błędy, które nie były możliwe do skorygowania w oparciu o art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Skład Orzekający zwrócił uwagę, iż prawdą jest, że możliwość poprawy drobnych błędów w ofercie na podstawie ww. przepisu, w szczególności błędów pojawiających się w kosztorysach i leżący po stronie zamawiającego obowiązek ich poprawy nie ma charakteru nieograniczonego. W ocenie Izby, nie zachodziły przesłanki do poprawy oferty odwołującego, która we wskazanych wyżej częściach jest sprzeczna z treścią SIWZ, a jej poprawienie spowodowałoby istotną zmianę jej treści, chociażby ze względu na zmianę zakresu rzeczowego robót i zmianę rodzaju materiałów. Izba nie podzieliła poglądów odwołującego, że jedyną przesłankę stosowania normy art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, stanowi „niewielka” różnica cenowa ewentualnej dokonanej korekty. Odwołujący nie zaoferował całego zakresu rzeczowego. Przede wszystkim oferta musiałaby kwalifikować się do poprawy w oparciu o jej pierwotną zawartość, bez składania przez wykonawcę jakichkolwiek nowych oświadczeń woli (poza wyjaśnieniami), ingerujących w treść złożonej oferty. Zamawiający wskazał, iż wycena folii zwykłej a nie kubelkowej oraz wycena obrzeży rozmiar 30x8 a nie 30x50 nie kwalifikuje się do zastosowania art. 87 ustawy Pzp, ponieważ Zamawiający nie ma możliwości zidentyfikować niewycenionej części na podstawie porównania pozostałych dokumentów stanowiących treść oferty, a tym samym jej wycenić. Biorąc pod uwagę wyżej przytoczoną argumentację zdaniem Zamawiającego na podstawie art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp oferta złożona przez wykonawcę zostaje odrzucona – treść oferty niezgodna z warunkami zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia Izba uznała za bezzasadny.

Zgodnie z tym przepisem Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Poprzez warunki zamówienia, zgodnie z art. 7 pkt 29 ustawy Pzp należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi co do zasady wtedy, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom. W ramach powyższego katalogu mieścić się będzie zatem m.in. sytuacja, kiedy wykonawca oferuje wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób inny niż wymagany w świetle dokumentów zamówienia.

Izba wskazuje, iż Zamawiający w Rozdziale 14 SWZ jednoznacznie wskazał, iż opis pozycji kosztorysowych zamieszczony w kosztorysach ofertowych musi być tożsamy z opisem pozycji kosztorysowych zawartych w przedmiarze robót. Zamawiający wymagał, aby zakres robót, który jest podstawą do określenia ceny był zgodny z zakresem robót określonym w przedmiarze robót. Zamawiający przygotowując postępowanie przyjął określone założenia co do sposobu realizacji robót budowlanych będących przedmiotem zamówienia, czemu dał wyraz opracowując dokumenty zamówienia, w szczególności opis przedmiotu zamówienia oraz przedmiar robót. Z dokumentów tych wynikał zakres prac do wykonania uwzględniający m.in. rodzaj materiałów, jakie należało zastosować. Obowiązkiem wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia jest zapoznanie się z dokumentami zamówienia i przygotowanie oferty, która uwzględniać będzie wymagania z nich wynikające. Jeżeli Odwołujący miał wątpliwości co do prawidłowości przyjętych przez Zamawiającego założeń, w szczególności prawidłowości opisu pozycji 15 przedmiaru robót, to powinien był zasygnalizować to Zamawiającemu na odpowiednim etapie – zwrócić się do Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie treści dokumentów zamówienia przed upływem terminu składania ofert lub skorzystać z prawa do wniesienia odwołania wobec treści dokumentów zamówienia, jeśli ich treść była w jego ocenie niejednoznaczna czy błędna. W orzecznictwie podkreśla się, iż wykonawca, który twierdzi, że treść dokumentacji nie jest jednoznaczna, wprowadza w błąd, uwzględniając zawodową staranność wymaganą od profesjonalisty (art. 355 § 2 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp) powinien co najmniej, przy wykorzystaniu możliwości

wynikającej z art. 135 ust. 1 ustawy Pzp, zadać w tym zakresie zamawiającemu pytania, celem uzyskania wyjaśnienia i doprecyzowania brzmienia wymogów SWZ. Wykonawca, który wątpliwości co do treści dokumentacji nie wyjaśni, co do zasady traci możliwość powoływania się na te okoliczności jako przemawiające na jego korzyść (por. m.in. wyrok KIO z dnia 2 września 2021 r., sygn. akt KIO 2266/21).

W ocenie Izby już samo zadanie pytania Zamawiającemu w spornym aspekcie pozwoliłoby uniknąć Odwołującemu dotkliwego w skutkach błędu w kosztorysie ofertowym. Odwołujący jednak ani nie zwrócił się do Zamawiającego o wyjaśnienia, ani nie zaskarżył treści dokumentów zamówienia, zatem stały się one dla niego wiążące. Ustalona treść dokumentów zamówienia była także wiążąca dla Zamawiającego. Jak wskazuje się w orzecznictwie odstępianie od literalnej treści wymagania na etapie oceny ofert stanowiłoby naruszenie przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 ustawy Pzp wyrażającego zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu. W wyroku z dnia 5 maja 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 22/21 Sąd Okręgowy w Warszawie potwierdził, iż treść SWZ jest wiążąca dla wszystkich uczestników postępowania przetargowego, a literalne i ścisłe jej egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Sąd podkreślił, iż zamawiający, na etapie oceny ofert, nie jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji warunków zamówienia czy nadawania jego zapisom innego znaczenia niż wynikające z ich oczywistego brzmienia. Postanowienia specyfikacji są dla niego wiążące i wyłączenie na ich podstawie może on oceniać treść złożonych ofert.

Izba stwierdziła, iż postanowienia SWZ były jednoznaczne – wymagały od wykonawców zgodności między kosztorysem ofertowym, a opisami prac wskazanymi w załączonym do SWZ przedmiarze. Jednoznaczna była także treść poz. 15 przedmiaru – Zamawiający wskazał konkretne wymiary obrzeży (50x30), jakie należało zastosować. Korelowały one z wymiarami podanymi w opisie przedmiotu zamówienia (pkt 3.2), gdzie wskazano, iż należy stosować krawężnik drogowy na styku chodnika z drogą o wymiarach 500x30x15. Zamawiający co prawda pomylił się w OPZ dodając jedno zero (wskazał 500 zamiast 50), niemniej była to oczywista omyłka pisarska. Analizując przedmiar robót, jak i OPZ nie sposób wywieść wniosku, jakoby Zamawiający wymagał dla prac związanych z wyznaczeniem 1 miejsca postojowego dla OzN wraz z wykonaniem chodnika dojazdu, obrzeży o wymiarach 30x8, jakie przyjął w swojej ofercie Odwołujący. Odwołujący nie dokonał weryfikacji postanowień SWZ na odpowiednim etapie, na co sam wskazał w treści odwołania przyznając, że dokonał analizy porównawczej opisu przedmiotu zamówienia oraz przedmiaru robót już po odrzuceniu jego oferty (przedostatnia strona odwołania). Analizę taką Odwołujący powinien zaś co do zasady przeprowadzić przed złożeniem oferty. Zamiast

tego, nie prosząc Zamawiającego o wyjaśnienie treści SWZ, Odwołujący samodzielnie zmienił opis poz. 15 w kosztorysie ofertowym względem opisu tej pozycji wskazanego w przedmiarze robót, uwzględniając w kosztorysie ofertowym obrzeża betonowe o innych niż założone przez Zamawiającego wymiarach. Tym samym jego oferta stała się niezgodna z warunkami zamówienia - Odwołujący zaoferował bowiem wykonanie robót z użyciem innych niż wymagane obrzeży i dokonał nieprawidłowej wyceny tej pozycji. Opis pozycji w kosztorysie ofertowym Odwołującego nie jest tożsamy z opisem pozycji zawartych w przedmiarze robót. Niezgodność ta w ocenie Izby nie budziła wątpliwości.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, iż podany w poz. 15 numer KNR 2-31 040705 odpowiada obrzeżom betonowym 30x8, a uzupełniający opis przedmiaru jest błędny, Izba wskazuje, iż powyższy wniosek Odwołującego o tym, że nastąpił błąd w opisie pozycji był zbyt daleko idący. Kod pozycji przedmiaru określany jest w praktyce najczęściej na podstawie odpowiednich publikacji zawierających normy nakładów rzeczowych (jak KNR) i ma znaczenie pomocnicze. Co do zasady to opis pozycji przedmiaru wraz z obliczeniami jednostek miary dla danej pozycji przedmiarowej identyfikuje zakres robót objętych przedmiotem zamówienia, które powinny być podstawą do wyceny w kosztorysie ofertowym. Opis ten może być modyfikowany względem opisów przyjętych w katalogach nakładów rzeczowych, które siłą rzeczy, jako pewien zbiór, nie będą wyczerpywać wszystkich możliwych przypadków. Zamawiający przedstawił w odpowiedzi na odwołanie szczegółową argumentację dotyczącą tego aspektu, do której Odwołujący nie odniósł się. Dodać przy tym należy, iż zestawiając treść poz. 15 przedmiaru robót z opisem przedmiotu zamówienia, wymiary obrzeży jakie należało uwzględnić w ofercie nie powinny budzić wątpliwości wykonawców. Fakt, że w poz. 11 i 16 przedmiaru użyto opisów odpowiadających w całości opisom stosowanym w katalogach nakładów rzeczowych, nie wpływa na ocenę Izby, inny opis pozycji 15 uzasadniony był bowiem zakresem prac, których dotyczył. Jak wynika z dowodu złożonego przez Zamawiającego w postaci opinii PDN Inżynieria, zastosowanie obrzeży chodnikowych o zwiększonej wysokości uzasadnione jest uwarunkowaniami terenu (teren nieutwardzony, o zróżnicowanej wysokości, ulegający rozluźnieniu do głębokości ok. 12-18cm).

Ponadto Izba uznała za niewykazane twierdzenia Odwołującego, że obrzeża o wymiarach wymaganych przez Zamawiającego w poz. 15 przedmiaru są produktem niedostępnym na rynku. Przeczy temu chociażby załączony do ww. opinii wydruk prezentujący przykładowe obrzeże 30x50 (firmy Polbruk). Odwołujący żadnych dowodów nie przedstawił, jak i nie wykazał, aby obrzeże wskazane przez projektanta nie mogło być zastosowane do robót będących przedmiotem zamówienia. Jego stanowisko w tym zakresie pozostało gołosłowne. Z kolei podnoszona przez Odwołującego podczas rozprawy kwestia

ewentualnej niewielkiej różnicy cenowej między poszczególnymi rodzajami obrzeży pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia, ponieważ treść oferty w aspekcie merytorycznym nie odpowiada ustalonym wymaganiom. Niezgodność ta nie może być konwalidowana w trybie opisanym w art. 223 ust. 2 ustawy Pzp, gdyż stwierdzony błąd nie stanowi omyłki – wynikał on z zamierzonego działania wykonawcy, który uznając opis pozycji 15 przedmiaru robót za nieprawidłowy, dokonał jego poprawienia według własnego uznania.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu w całości i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

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

Przewodniczący: .....