Sygn. akt: KIO 3806/24

WYROK

Warszawa, dnia 8 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Krzysztof Sroczyński

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2024 r. przez Odwołującego wykonawcę Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu, w którym Zamawiającym jest Miasto Gorzów Wielkopolski w imieniu którego postępowanie prowadzi Gorzowskie Inwestycje Miejskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim

przy udziale uczestnika zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcy Strabag Infrastruktura Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części nr 1 i części nr 2 postępowania, powtórzenie w zakresie części nr 1 i części 2 postępowania czynności badania i oceny ofert i w jej toku odrzucenie oferty wykonawcy Strabag Infrastruktura Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych w zakresie części nr 1 i części 2 postępowania.
2. Kosztami postępowania obciąża uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw wykonawcę Strabag Infrastruktura Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu i:

   2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł (dwudziestu tysięcy złotych) uiszczoną Odwołującego wykonawcę Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania;

   2.2. zasądza od uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw wykonawcy Strabag Infrastruktura Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu na rzecz odwołującego Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie kwotę w wysokości 20 000 zł (dwadzieścia tysięcy złotych) stanowiącą równowartość kwoty wpisu od odwołania.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 3806/24

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

Zamawiający – Miasto Gorzów Wielkopolski w imieniu którego postępowanie prowadzi Gorzowskie Inwestycje Miejskie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp” lub „Pzp”) postępowanie pn. *Rozwój terenów inwestycyjnych w Gorzowie Wielkopolskim poprzez rozbudowę układu komunikacyjnego północnej części miasta w podziale na dwie części: Część I – ul. Mironicka, Część II – Północna Obwodnica Gorzowa Wlkp. (nr referencyjny: GIM.271.14.2023).* (dalej „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 6 września 2023 r. pod nr 2023/S 171-537770.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane, jest wyższa od kwot wskazanych

w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

Dnia 14 października 2024 r. Budimex spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (zwany dalej: „Odwołującym") wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych

w Postępowaniu w zakresie:

1) wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Strabag Infrastruktura Południe sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, zwanego dalej: „Strabag", pomimo że oferta ta powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia,

2) zaniechania odrzucenia oferty Strabag pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

3) zaniechania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej złożonej w Postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Strabag, a w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy, pomimo, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, w zakresie przekroczenia limitu – ograniczenia wartości pozycji o nazwie „Wymagania ogólne" do 5% wartości zamówienia w ramach wykazów cen dla zadań częściowych nr 1 i nr 2, co w efekcie prowadzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości postępowania, a co zostało szczegółowo opisane w treści uzasadnienia niniejszego odwołania;

2)art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Strabag jako najkorzystniejszej i zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy w sytuacji, gdy jego oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty Strabag i powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

2.odrzucenia oferty Strabag na podstawie okoliczności opisanych w uzasadnieniu Odwołania;

3.uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą w Postępowaniu..

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania, gdyż oferta Odwołującego uzyskała odpowiednio 93,46 pkt w zakresie Części nr 1 oraz 88,49 pkt w zakresie Części nr 2. W obu Częściach oferta Odwołującego uplasowała się na pozycji nr 2 w rankingu ofert niepodlegających odrzuceniu, a podlegających ocenie. Oferta Strabag została natomiast sklasyfikowana na pierwszej pozycji. Na skutek niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, Odwołujący, który złożył prawidłową ofertę, został tym samym pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej „KIO") zasadności niniejszego odwołania, a następnie po dokonaniu przez Zamawiającego żądanych czynności, Odwołujący ma realną szansę uzyskania przedmiotowego zamówienia. Niewątpliwie w niniejszym stanie faktycznym istnieje także możliwość poniesienia szkody przez spółkę Budimex S.A. Szkoda ta polega na braku możliwości osiągnięcia zysku w związku z realizacją zamówienia.

W uzasadnieniu Odwołujący w pierwszej kolejności przywołał elementy stanu faktycznego,

zgodnie z którym w dokumentacji postępowania udostępnionej w dniu 6 września 2023 r., Zamawiający umieścił m.in. załącznik nr 2A i 2B do SWZ – Wykaz cen dla obu zadań. Zgodnie z Rozdziałem 14 Specyfikacji Warunków Zamówienia, ust. 14.3: *„Wykonawcy przedstawiają ofertę zgodnie ze wszystkimi wymaganiami określonymi w SWZ."*Pod lit. b) tego ustępu Zamawiający wskazał na konieczność przedłożenia Wykazu cen (sporządzonego wg wzoru stanowiącego załącznik nr 2A – zad. częściowe nr 1/ załącznik nr 2B – zadanie częściowe nr 2) sporządzonego pod rygorem nieważności, w formie elektronicznej. Jak się okazało po dokonaniu publikacji dokumentacji, oba załączniki różniły się od siebie. W pierwotnej wersji załącznika nr 2A do SWZ – Wykaz cen dla zadania nr 1 – ul. Mironicka Zamawiający wskazał w kolumnie „*Forma rozliczenia za kompletnie wykonany element"*, w odniesieniu do Części I – Wymagania ogólne: *„ryczałt do 5%"*.

W odniesieniu do Części II –*„Dokumenty wykonawcy – prace projektowe"* Zamawiający wyszczególnił przede wszystkim w pkt 1, dokumentację projektową wraz z dokumentacją geodezyjną i kartograficzną i innymi dokumentami, a następnie wyszczególnił cztery dalsze pozycje, które miały być wycenione w ramach tego punktu 1 w następujący sposób:

II.	**DOKUMENTY WYKONAWCY – PRACE PROJEKTOWE**	
1.	Dokumentacja projektowa wraz z dokumentacją geodezyjną i kartograficzną, opiniami, uzgodnieniami, decyzjami wymaganymi przepisami szczególnymi, niezbędna do uzyskania w organie administracji architektoniczno-budowlanej decyzji ZRID i o ile zajdzie taka konieczność decyzji o pozwoleniu na budowę lub/i dokonania zgłoszenia budowy lub wykonywania innych robót budowlanych, do którego organ administracji architektoniczno-budowlanej, w ustawowo wyznaczonym terminie nie wniesie sprzeciwu w drodze decyzji. Uzyskanie ZRID, pozwolenia na budowę dokonanie zgłoszeń wraz z prawami autorskimi. W tym:	

1.1.	Projekt budowlany zawierający część - projekt zagospodarowania działki lub terenu i część – projekt architektoniczno-budowlany wraz z dokumentacją geodezyjną i kartograficzną (w tym dotyczącą podziałów nieruchomości), wraz z pozyskaniem ostatecznej decyzji ZRID, pozwolenia na budowę, wraz z dokumentacjami technicznymi stanowiącymi podstawę do dokonania zgłoszenia budowy lub wykonywania innych robót budowlanych do organu administracji architektoniczno-budowlanej, do którego organ ten w ustawowo wyznaczonym terminie nie wniósł sprzeciwu w drodze decyzji wraz z potwierdzeniem dokonanego zgłoszenia wraz z prawami autorskimi.	ryczałt
1.2.	Geologia i geotechnika (Projekt robót geologicznych, Dokumentacja geologiczno-inżynierska, Dokumentacja hydrogeologiczna, Program badań geotechnicnzych, Opinia geotechniczna, Dokumentacja badań podłoża gruntowego, Projekt geotechniczny) wraz z prawami autorskimi.	ryczałt
1.3.	Uzyskanie pozostałych opinii, uzgodnień, decyzji, opracowań niezbędnych do opracowania dokumentacji, o której mowa w pozycji 1.1. wraz z prawami autorskimi	ryczałt
1.4.	Projekt budowlany w zakresie części Projekt Techniczny wraz z prawami autorskimi	ryczałt
2.	Projekt wykonawczy wraz z prawami autorskimi	ryczałt

Należy jednocześnie zaznaczyć, że w pierwotnej wersji załącznika nr 2A do SWZ – Wykaz cen dla zadania nr 1 – ul. Mironicka Zamawiający jako formę rozliczenia podał ryczałt, bez żadnego limitu.

Dla porównania, w załączniku nr 2B do SWZ –*Wykaz cen dla zadania nr 2 – Północna obwodnica Gorzowa Wlkp* Zamawiający zastosował podobny schemat rozpisania pozycji, tj. dla wymagań ogólnych przewidział rozliczenie ryczałtowe do 5% wartości zamówienia, a jednocześnie w ramach Części II formularza z wykazem cen –*Dokumenty wykonawcy – prace projektowe* Zamawiający w wierszu pierwszym opisał dokumentację projektową wraz z dokumentacją geodezyjną i kartograficzną i innymi dokumentami, a w kolejnych pięciu wierszach zamieścił doszczegółowienie tej dokumentacji wskazując ostatecznie, że w zakresie całej części obejmującej prace projektowe Zamawiający przewidział rozliczenie ryczałtowe do 5% wartości zamówienia:

II.	**DOKUMENTY WYKONAWCY – PRACE PROJEKTOWE**	
1.	Dokumentacja projektowa wraz z dokumentacją geodezyjną i kartograficzną, opiniami, uzgodnieniami, decyzjami wymaganymi przepisami szczególnymi, niezbędna do uzyskania w organie administracji architektoniczno-budowlanej decyzji ZRID i o ile zajdzie taka konieczność decyzji o pozwoleniu na budowę lub/i dokonania zgłoszenia budowy lub wykonywania innych robót budowlanych, do którego organ administracji architektoniczno-budowlanej, w ustawowo wyznaczonym terminie nie wniesie sprzeciwu w drodze decyzji. Uzyskanie ZRID, pozwolenia na budowę dokonanie zgłoszeń wraz z prawami autorskimi. W tym:	
1.1.	Projekt budowlany zawierający część - projekt zagospodarowania działki lub terenu i część – projekt architektoniczno-budowlany wraz z dokumentacją geodezyjną i kartograficzną (w tym dotyczącą podziałów nieruchomości), wraz z pozyskaniem ostatecznej decyzji ZRID, pozwolenia na budowę, wraz z dokumentacjami technicznymi stanowiącymi podstawę do dokonania zgłoszenia budowy lub wykonywania innych robót budowlanych do organu administracji architektoniczno-budowlanej, do którego organ ten w ustawowo wyznaczonym terminie nie wniósł sprzeciwu w drodze decyzji wraz z potwierdzeniem dokonanego zgłoszenia wraz z prawami autorskimi.	ryczałt
1.2.	Przeprowadzenie ponownej oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko wraz z raportem o oddziaływaniu przedsięwzięcia na środowisko i pozostałymi opracowaniami wykonywanymi na potrzeby ponownej oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko wraz z prawami autorskimi.	ryczałt
1.3.	Geologia i geotechnika (Projekt robót geologicznych, Dokumentacja geologiczno-inżynierska, Dokumentacja hydrogeologiczna, Program badań geotechnicnzych, Opinia geotechniczna, Dokumentacja badań podłoża gruntowego, Projekt geotechniczny) wraz z prawami autorskimi.	ryczałt
1.4.	Uzyskanie pozostałych opinii, uzgodnień, decyzji, opracowań niezbędnych do opracowania dokumentacji, o której mowa w pozycji 1.1. wraz z prawami autorskimi	ryczałt
1.5.	Projekt budowlany w zakresie części Projekt Techniczny wraz z prawami autorskimi	ryczałt
2.	Projekt wykonawczy wraz z prawami autorskimi	ryczałt
3.	Szczegółowe Specyfikacje Techniczne Wykonania i odbioru Robót Budowlanych, Przedmiar, Zasadniczy Przedmiar Robót Stałych (ZPRS) wraz z prawami autorskimi	ryczałt
4.	Projekty stałej organizacji ruchu wraz z prawami autorskimi	ryczałt
5.	Projekty czasowej organizacji ruchu wraz z prawami autorskimi	ryczałt
6.	Plan bezpieczeństwa i ochrony zdrowia. System Zarządzania Jakością oraz pozostałe opracowania niezbędne do wykonania przedmiotu umowy nie wymienione w pkt 1-5 i pkt 7 wraz z prawami autorskimi	ryczałt

7.	Dokumentacja powykonawcza wraz z uzyskaniem decyzji administracyjnej pozwolenia na użytkowanie lub/i zaświadczenia o braku podstaw do wniesienia sprzeciwu do zawiadomienia organu nadzoru budowlanego o zakończeniu budowy lub też dokonania zawiadomienia organu nadzoru budowlanego o zakończeniu budowy, do którego organ ten w terminie 14 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgłosił sprzeciwu w drodze decyzji wraz z prawami autorskimi	ryczałt
8.	Nadzór autorski	ryczałt
	Razem II poz. 1 - poz. 8. :	ryczałt do 5%

W związku z dostrzeżoną rozbieżnością pomiędzy określeniem limitu wynagrodzenia w zakresie prac projektowych dla zadania nr 1 i nr 2, Zamawiający w dniu 13 października 2023 r. zmodyfikował dokumenty postępowania w taki sposób, że zgodnie z pkt 3 (strona 4 pisma) zmienił *Wykaz Cen dla zadania częściowego nr 1* w zakresie ograniczenia wartości prac projektowych do 5% wartości zamówienia, celem ujednolicenia dokumentów postepowania tj. wykazów cen dla zadań częściowych
nr 1 i 2.

W toku prowadzenia badania i oceny ofert Zamawiający wezwał Strabag w dniu 24 lipca 2024 r. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie wykazu cen zarówno co do zadania częściowego nr 1, jak i zadania częściowego nr 2. Jak zauważył Zamawiający, *„w wykazie cen – załączniku nr 2A do SWZ dla zadania częściowego nr 1 - ul. Mironicka, w zakresie podstawowym*
w zestawieniu tabelarycznym dział II Dokumenty wykonawcy – Prace projektowe w pkt. 1, Zamawiający opisał dział, a konkretne szczegółowe pozycje do wyceny wykazał poniżej w punktach od 1.1 do 1.4.
W wyszczególnieniu elementów rozliczeniowych, na końcu opisu dokumentów, uzgodnień opinii (…) Zamawiający dodał: „W tym:" i poniżej oddzielnie rozpisał podpunkty od 1.1 do 1.4, wyszczególniając konkretne elementy rozliczeniowe do wyceny. Po zsumowaniu przez Zamawiającego wycenionych przez Wykonawcę wartości netto podpunktów od 1.1 do 1.4 okazało się, że łączna wartość netto dla tych podpunktów jest różna od wartości wykazanej w punkcie 1. Według wyceny Wykonawcy wartość netto dla punktu 1, obejmującego podpunkty od 1.1 do 1.4 wynosi 400 000,00 zł, a łączna wartość netto podpunktów od 1.1 do 1.4 wynosi 1.365.000,00 zł." W związku z powyższym Zamawiający wezwał Strabag do wyjaśnienia, z czego wynika opisana rozbieżność.

Analogicznie w odniesieniu do zadania częściowego nr 2, Zamawiający wezwał Strabag w dniu 24 lipca 2024 r. również do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Jak zauważył Zamawiający, *„w wykazie cen – załączniku nr 2B do SWZ dla zadania częściowego nr 2 - Północna obwodnica Gorzowa Wlkp., w zakresie podstawowym w zestawieniu tabelarycznym dział II Dokumenty wykonawcy – Prace projektowe w pkt. 1, Zamawiający opisał dział, a konkretne szczegółowe pozycje do wyceny wykazał poniżej w punktach od 1.1 do 1.5. W wyszczególnieniu elementów rozliczeniowych, na końcu opisu dokumentów, uzgodnień opinii (…) Zamawiający dodał: „W tym:" i poniżej oddzielnie rozpisał podpunkty od 1.1 do 1.5, wyszczególniając konkretne elementy rozliczeniowe do wyceny. Po zsumowaniu przez Zamawiającego wycenionych przez Wykonawcę wartości netto podpunktów od 1.1 do 1.5 okazało się, że łączna wartość netto dla tych podpunktów jest różna od wartości wykazanej w punkcie 1. Według wyceny Wykonawcy wartość netto dla punktu 1, obejmującego podpunkty od 1.1 do 1.5 wynosi 800 000,00 zł, a łączna wartość netto podpunktów od 1.1 do 1.5 wynosi 2 350 000,00 zł."*

Udzielając odpowiedzi na powyższe wezwania wykonawca Strabag w dniu 29 lipca 2024 r. przekazał Zamawiającemu pisma, w których odniósł się do dostrzeżonej przez Zamawiającego rozbieżności. W odniesieniu do zadania częściowego nr 1 Strabag wyjaśnił mianowicie, że *„w pozycji II.1 Wykazu cen omyłkowo wpisał jako wartość netto tej pozycji kwotę 400 000,00 zł podczas gdy intencją i zamiarem było wpisanie tam wartości (kwoty) 1 365 000,00 zł wynikającej z zsumowania poz. od 1.1 do 1.4. Wykazu cen".* Jednocześnie Strabag opisaną rozbieżność określił mianem „*omyłki polegającej na błędnym obliczeniu sumy poz. 1.1 – 1.4. ww. wykazu, co Zamawiający sam zauważył wskazując dodatkowo sposób jej poprawienia*".

Analogicznie w odniesieniu do zadania częściowego nr 2, Strabag wyjaśnił, że w pozycji II.1 Wykazu cen dla tego zadania *„omyłkowo wpisaliśmy jako wartość netto tej pozycji kwotę 800 000,00 zł podczas gdy naszą intencją i zamiarem było wpisanie tam wartości (kwoty) 2 350 000,00 zł wynikającej z zsumowania poz. od 1.1 do 1.5. Wykazu cen składających się na poz. II.1." Wykonawca wyjaśnił też, że „Opisana rozbieżność wynika więc z omyłki polegającej na błędnym obliczeniu sumy poz. 1.1 – 1.5. ww. wykazu".*

Konsekwencje powyższych działań są takie, że w wyniku poprawienia wskazanych pozycji w Wykazie cen przedstawionych przez Strabag, zmianie uległa wartość „ogółem netto" za zakres podstawowy. I tak, w odniesieniu do zadania częściowego nr 1 wartość ogółem netto dla zakresu podstawowego:

Było: 54.183.474,05 zł netto

Powinno być: 53.783.474,05 zł netto

Dla zadania częściowego nr 2 wartość ogółem netto dla zakresu podstawowego:

Było: 94.301.416,03 zł netto

Powinno być: 93.501.416,03 zł netto

O ile różnice te mogą wydawać się nieznaczne, są jednak zdaniem Odwołującego istotne z punktu widzenia narzuconych przez Zamawiającego limitów procentowych przypadających na poszczególne części elementów rozliczeniowych. Zamawiający bowiem jasno określił – dla obu zadań częściowych –
że wymaga, aby wykonawcy podali kwoty ryczałtowe w zakresie wymagań ogólnych i prac projektowych wynoszące maksymalnie 5% wartości przedmiotu zamówienia.

Dostrzeżone przez Zamawiającego rozbieżności w ofercie Strabag, które następnie zostały samodzielnie poprawione przez tego wykonawcę prowadzą zatem wprost do zmniejszenia wysokości wyceny dokonanej przez Strabag w zakresie obu zadań częściowych. Takie zmniejszenie wyceny ogółem netto prowadzi jednocześnie do konieczności ponownego przeliczenia, czy wartości podane przez Strabag w zakresie wymagań ogólnych i prac projektowych mieszczą się w wyznaczonych przez Zamawiającego 5% limitach.

Jak się okazuje, po dokonaniu przeliczenia, wykonawca Strabag przekroczył wyznaczony przez Zamawiającego limit w zakresie wymagań ogólnych ponad 5%:

•w odniesieniu do zadania częściowego nr 1 – do wartości 5,0170374%,

Lp.	Wyszczególnienie elementów rozliczeniowych - nazwa	Forma rozliczenia za kompletnie wykonany element	Wartość netto [PLN]
I	WYMAGANIA OGÓLNE		
1.	Koszt Ogólne Wykonawcy, w tym koszty ubezpieczenia i gwarancji, zaplecze budowy, koszt obsługi geodezyjnej i geotechnicznej	ryczałt	2 698 337,01
		ryczałt do 5%	2 698 337,01

Wartość w %: 5,02%

•w odniesieniu do zadania częściowego nr 2 – do wartości 5,0226089%.

Lp.	Wyszczególnienie elementów rozliczeniowych - nazwa	Forma rozliczenia za kompletnie wykonany element	Wartość netto [PLN]
I	WYMAGANIA OGÓLNE		
1.	Koszt Ogólne Wykonawcy, w tym koszty ubezpieczenia i gwarancji, zaplecze budowy, koszt obsługi geodezyjnej i geotechnicznej	ryczałt	4 696 210,52
	Razem I:	4 696 210,52	4 696 210,52

Wartość w %: 5,02%

W tych okolicznościach faktycznych istotnych dla sprawy, Zamawiający dokonał w dniu
4 października 2024 r. wyboru jako najkorzystniejszej oferty Strabag, a jednocześnie poinformował
o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Kobylarnia S.A. z siedzibą w Brzozie oraz Mirbud S.A. z siedzibą w Skierniewicach (dalej jako: „Konsorcjum Kobylarnia"). Podstawą odrzucenia oferty tego wykonawcy był art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, a jednocześnie również pkt 5). Jak wynika z uzasadnienia prawnego i faktycznego dokonanego odrzucenia oferty Konsorcjum Kobylarnia, *„Działając z upoważnienia Zamawiającego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych stanowiącego, iż Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, ma miejsce w sytuacji, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom, bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami Zamawiającego. W toku prowadzonego postępowania nr GIM.271.14.2023 Zamawiający w dniu 3 stycznia 2024 r. dokonał modyfikacji załączników do SWZ: załącznika nr 2 (formularz oferty wraz z załącznikami). Wykonawca złożył swoją ofertę na nieaktualnym formularzu ofertowym, co wiąże się ze złożeniem załącznika do formularza ofertowego (dane kontraktowe) zawierającego oświadczenia w zakresie warunków niezgodne z warunkami określonymi w SWZ: warunek z pkt 18.2 Limit na koszty rozbiórki, usunięcia pozostałości po szkodzie i honoraria konsultantów – nie mniej niż 10% Zaakceptowanej Kwoty kontraktowej. Zamawiający wskazywał w załączniku zaktualizowanym 3 stycznia 2024 r. na: „Nie mniej niż 10% Zatwierdzonej Kwoty Kontraktowej brutto". (…) W przypadku oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Kobylarnia SA i Mirbud SA złożone zostało oświadczenie w zakresie warunku sformułowanego odmiennie od warunku określonego przez Zamawiającego: tj. przewidywany limit na koszty rozbiórki,*

usunięcie pozostałości po szkodzie i honoraria konsultantów Wykonawca zadeklarował na poziomie nie niższym niż 10% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej, podczas gdy Zamawiający oczekiwał deklaracji na nie mniej niż 10% Zaakceptowanej Kwoty Kontraktowej Brutto. Definicje zarówno Kwoty Kontraktowej jak i Kwoty Kontraktowej Brutto znajdują się w załączniku 4B do SWZ Warunki Szczególne, poz. 1.1.4.1(a)
i 1.1.4.1(b). Zamawiający wobec stwierdzonych rozbieżności nie wzywał Wykonawcy do złożenia w tym zakresie wyjaśnień, albowiem kwestia ta w sposób oczywisty jest zdefiniowana, a korekta w tym zakresie nie jest możliwa, albowiem prowadziłaby do swoistej „negocjacji" warunków oferty i modyfikacji treści oferty w niedozwolonym zakresie. Biorąc powyższe pod uwagę złożenie formularza ofertowego – załącznika „Dane Kontraktowe" na nieaktualnym druku, zawierającym oświadczenie Wykonawcy
w odniesieniu do warunku innego niż wskazany w SWZ stanowi przesłankę do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia." Analogiczne uzasadnienie znalazło się w informacji o odrzuceniu oferty Konsorcjum Kobylarnia w odniesieniu do zadania częściowego nr 2.

Odwołujący w zakresie podnoszonego zarzutu niezgodności oferty Strabag z warunkami zamówienia i nierówne traktowanie wykonawców w postępowaniu ponownie wskazał, iż w wyniku poprawienia omyłki w zakresie przedstawienia danych liczbowych z wykazu cen dla obu zadań częściowych, zmianie uległa całkowita wycena każdego z zadań częściowych oferty Strabag. Dalsze konsekwencje wykonania odpowiednich działań liczbowych prowadzą do konstatacji, że wykonawca ten nie sprostał wymaganiu Zamawiającego polegającym na „zalimitowaniu" wyceny wymagań ogólnych na 5%, bowiem w przypadku obu zadań częściowych przekroczył wymagany limit.

Odwołujący wskazał, że w piśmiennictwie utrwalony jest pogląd, że oferta nieodpowiadająca warunkom zamówienia to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia SWZ sformułowane przez Zamawiającego. W przypadku niniejszego postępowania wykonawca Strabag przekazał załączniki do SWZ – Wykaz cen dla każdego zamówienia częściowego z określeniem wartości w zakresie wymagań ogólnych na poziomie przekraczającym limit wyznaczony przez Zamawiającego,
tj. limit 5% i niezgodność ta jest widoczna gołym okiem. W tych okolicznościach faktycznych Zamawiający powinien był podjąć decyzję o odrzuceniu oferty Strabag na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Bez znaczenia w ocenie Odwołującego przy tym pozostaje, że przekroczenie limitu 5%
w odniesieniu do wymagań ogólnych wynosi odpowiednio dla zadań częściowych: 0,0170374% dla zadania częściowego nr 1 oraz 0,0226089% dla zadania częściowego nr 2, a więc teoretycznie nie odnosi się do elementu kwotowo bardzo istotnego. Bez znaczenia pozostaje też potencjalny argument strony przeciwnej, że rozliczenie w przypadku niniejszego postępowania odbywa się na zasadzie ryczałtowej.
W przypadku tak oczywistej rozbieżności między postanowieniami dokumentacji postępowania odnoszącymi się do warunków zamówienia a Wykazami cen przedstawionymi przez Strabag, zaniechanie zastosowania przepisów dotyczących odrzucenia oferty należy zdaniem Odwołującego uznać za naruszenie przepisów ustawy Pzp, bez względu na jego wartość czy zakres.

Zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie oczywiste jest, że przyczyną odrzucenia oferty, w tym
w szczególności z powodu niezgodności jej treści z treścią SWZ są działania bądź zaniechania wykonawcy sporządzającego ofertę. W tym przypadku to wykonawca Strabag najpierw w sposób nieprawidłowy wypełnił Wykazy cen, a następnie w wyniku poprawienia tych formularzy w następstwie wezwania do wyjaśnień – dokonał zmiany poszczególnych wartości liczbowych, co doprowadziło do zmiany ceny globalnej, a w konsekwencji również do przekroczenia narzuconego limitu w zakresie wymagań ogólnych.

Odwołujący podkreślił, że w swoich działaniach i zaniechaniach Zamawiający pozostaje niekonsekwentny. W ramach pisma z dnia 4 października 2024 r. z informacją o wyborze oferty Strabag, Zamawiający odrzucił przecież ofertę Konsorcjum Kobylarnia (w zakresie obu zadań częściowych) powołując się na nic innego, jak właśnie niezgodność oferty z warunkami zamówienia, która zdaniem Zamawiającego *„ma miejsce w sytuacji, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom, bądź też polega na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami Zamawiającego"*.

Odwołujący wskazał, że z dokładnie z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w przypadku formularzy Wykaz cen przedstawionych przez Strabag, chociaż w przypadku tych dokumentów Zamawiający żadnej niezgodności zdaje się nie dostrzegać. Dalej w przypadku Konsorcjum Kobylarnia Zamawiający wskazuje, że *„złożone zostało oświadczenie w zakresie warunku sformułowanego odmiennie od warunku określonego przez Zamawiającego: (…)".* W przypadku oferty złożonej przez Strabag żadnej niezgodności Zamawiający nie dostrzega. Również w zakresie konsekwencji działania Strabag Zamawiający pozostaje bardzo pobłażliwy twierdząc, że *„korekta w tym zakresie nie jest możliwa, albowiem prowadziłaby do swoistej „negocjacji" warunków oferty i modyfikacji treści oferty w niedozwolonym zakresie"* oraz: *„zawierającym oświadczenie Wykonawcy w odniesieniu do warunku innego niż wskazany w SWZ stanowi przesłankę do*

odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia."

Odwołujący stwierdził, że o ile w odniesieniu do ofert pozostałych wykonawców Zamawiający dochował należytej staranności w ich analizie i badaniu, o tyle w odniesieniu do oferty Strabag stracił wymaganą czujność i ocenił złożoną przez tego wykonawcę oferty niedostatecznie skrupulatnie. W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał oceny oferty wykonawcy Strabag w sposób faworyzujący tego wykonawcę, a dyskryminujący pozostałych biorących udział w postępowaniu.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał na zbliżony stan faktyczny był analizowany przez Krajową Izbę Odwoławczą przykładowo w wyroku z dnia 15 września 2017 r. (sygn. akt KIO 1808/17 i KIO 1809/17), gdzie Izba oddaliła odwołanie wykonawcy, którego oferta została odrzucona w zbliżonym stanie faktycznym oraz zacytował obszerne fragmenty omawianego orzeczenia. W ocenie Odwołującego w przypadku sprawy KIO 1808/17 i KIO 1809/17 sytuacja była bardzo zbliżona do tej, w jakiej swoją ofertę złożył wykonawca Strabag w niniejszym postępowaniu. Niezgodność z warunkami zamówienia miała miejsce już po złożeniu oferty, w wyniku poprawienia wartości w formularzu Wykaz cen, który stanowił załącznik do SWZ, zaś konsekwencją poprawienia określonych cen było zmniejszenie wartości całej oferty, co z kolei doprowadziło do przekroczenia wyznaczonego przez Zamawiającego limitu. Takie działanie i taki stan faktyczny determinował w ocenie Izby konieczność odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie przepisów odnoszących się do niezgodności oferty z warunkami zamówienia.

Odwołujący podkreślił, że zakres wymaganej treści oferty ustala zamawiający poprzez określenie w SWZ elementów, z których ma się składać oświadczenie woli wykonawcy. Sformułowane przez siebie wymagania ma prawo następczo weryfikować i wyciągać względem wykonawców konsekwencje wynikające z braku ich respektowania. Jak wskazane zostało chociażby w wyroku z dnia 29 kwietnia 2014 r. (sygn. akt KIO 743/14)*„w przypadku umów nazwanych, a do takich zaliczyć należy umowę o roboty budowlane, postanowienia przedmiotowo istotne określone są przez ustawę. Nie oznacza to jednak, że treść oferty może pomijać wymagania określone przez zamawiającego w treści SWZ oraz by wymagania zamawiającego można było a priori uznawać za nieistotne elementy oferty. (...) Nawet przyjęcie ryczałtowego wynagrodzenia w umowie o roboty budowlane nie może przesądzać automatycznie, że na etapie składania ofert wskazanie sposobu wyceny nie może mieć charakteru koniecznego elementu oferty - zwłaszcza gdy zamawiający nie zastrzega, że składana wycena ma mieć charakter informacyjny. (...) Niezależnie wiec od charakteru wynagrodzenia istotne znaczenie ma ustalenie na podstawie treści SIWZ, jakiego zakresu uszczegółowienia treści oferty wymagał od wykonawców zamawiający".*

W przedmiotowym przypadku wymagania Zamawiającego co do konieczności określenia wartości rozliczeniowych za wykonanie poszczególnych kategorii elementów rozliczeniowych zgodnie ze wskazanymi etapami, według schematu przedstawionego we wzorach dokumentów wykazu cen były jasne i klarowne, nie wymagające jakiejkolwiek interpretacji. Zamawiający w sposób nie budzący jakichkolwiek wątpliwości wskazał, że koniecznym jest przedstawienie w ramach oferty dokumentu wykazu cen z określonymi jego parametrami (dla każdego zadania częściowego), określając jednocześnie wagę tego dokumentu, wprost traktując go jako ofertę i zrównując jego rangę z formularzem ofertowym. Co więcej, informacji na temat limitu 5% przewidzianego dla wymagań ogólnych i prac projektowych w zakresie formularzy wykaz cen nie dało się inaczej rozumieć niż wprost jako wymagania wiążącego, narzuconego przez Zamawiającego i służącego do obowiązkowego zastosowania.

Odwołujący zwraca uwagę, że Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 listopada 2017 r. (sygn. akt KIO 2383/17) omówiła, co należy rozumieć pod sformułowaniem „niezgodność oferty z warunkami zamówienia" wskazując, że: *„O zgodności treści oferty z treścią SIWZ przesądza ich porównanie. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy oceniać z uwzględnieniem pojęcia oferty zdefiniowanego w art. 66 k.c., czyli niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia - w przedmiotowym postępowaniu. Izba podkreśla, że należy mieć na uwadze, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia - która to stanowi obligatoryjną przesłankę odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 p.z.p. - zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez Zamawiającego i zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiom lub również w sytuacji, gdy dany wykonawca nie złożył oferty bowiem nie złożył oświadczenia o treści, która stanowiłaby odpowiedź na określone przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wymagania".*

Z kolei zgodnie ze stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku z dnia 9 maja 2023 r. (sygn. akt KIO 1152/23): *„Przepis art. 226 ust. 1 pkt 5) Prawa zamówień publicznych stanowi,*
że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Oznacza to, że niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na niezgodności zobowiązania wykonawcy wyrażonego w jego ofercie ze świadczeniem, którego zaoferowania wymaga Zamawiający i które opisał w dokumentach zamówienia." Wymagania

Zamawiającego były jednoznaczne, a więc równie jednoznacznie powinien być sankcjonowany brak zastosowania się do nich przez wykonawcę. Już sama ta okoliczność powinna być podstawą do „zero – jedynkowej" oceny tej sytuacji i determinować konieczność odrzucenia oferty Strabag jako niezgodnej z treścią SWZ.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, w ocenie Odwołującego usankcjonowanie sposobu działania wykonawcy Strabag uchybiającego zasadom rzetelnej wyceny oferty w sposób oczywisty i rażący naruszałoby podstawowe zasady prawidłowego prowadzenia postępowania
o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący przypomniał, że wdrożenie zasad równości oraz uczciwej konkurencji wymaga traktowania wykonawców w sposób jednakowy, umożliwiający prawidłowe porównanie złożonych ofert. *„W orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości wskazuje się także, że zasada równego traktowania oraz powiązany z nią obowiązek przejrzystości i niedyskryminacji wymagają jednakowego traktowania przez instytucję zamawiającą oferentów pod względem stawianych im w postępowaniu wymagań (dotyczących warunków podmiotowych oraz odnoszących się do przedmiotu zamówienia), a także stosowania jednakowych zasad na etapie późniejszej weryfikacji ich spełniania. Oznacza to, że zamawiający mają obowiązek zapewnienia wykonawcom takich samych szans zarówno na etapie formułowania wniosków lub ofert, jak i ich badania oraz oceny (por. wyr. TSUE: z 7.4.2016 r. w sprawie C-324/14, PARTNER Apelski Dariusz v. Zarząd Oczyszczania Miasta, EU:C:2016:214; z 24.5.2016 r. w sprawie C-396/14, MT Højgaard A/S i Züblin A/S v. Banedanmark, EU:C:2016:347; z 16.12.2008 r. w sprawie C-213/07, Michaniki AE v. Ethniko Symvoulio Radiotileorasis i Ypourgos Epikrateias, EU:C:2008:731). Zasada równego traktowania wykonawców oznacza więc jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania ulg i przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców lub złożonych przez nich ofert* (tak SO w Bydgoszczy w post. z 17.3.2008 r., VIII Ga 22/08, niepubl., cyt. za: wyr. KIO z 15.7.2013 r., KIO 1567/13, Legalis)."

Podsumowując, Odwołujący wskazał, że oferta Strabag nie może zostać zaakceptowana jako spełniająca warunki postępowania, z uwagi na:

− przygotowanie przez Strabag formularzy Wykaz cen w sposób niezgodny z wytycznymi Zamawiającego i w konsekwencji oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

− Formularz Wykaz cen dla każdego z zadań częściowych został wprost określony przez Zamawiającego jako część oferty (Rozdział 14 ust. 14.3 SWZ), co oznacza konieczność rozpatrywania nieprawidłowości ich dotyczących przez pryzmat art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

− Postanowienia SWZ były czytelne i konsekwentne w zakresie znaczenia i sposobu przygotowania dokumentów wykazu cen.

W dniu 28 października 2024 r. Zamawiający złożył do akt sprawy datowaną na 24 października 2024 r. odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że uwzględnia w całości zarzuty odwołania złożonego przez Odwołującego.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Strabag Infrastruktura Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu.

W dniu 30 października 2024 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył pismo procesowe razem
z załącznikami, w którym działając na podstawie art. 523 ust 1 Pzp, wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego odwołania w całości, wniósł o oddalenie odwołania oraz odniósł się do zarzutów odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę
w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę Strabag Infrastruktura Południe spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (zwanego dalej jako: „Uczestnik"), do udziału
w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Uczestnik działając na podstawie art. 523 ust 1 Pzp, w piśmie z dnia 30 października 2024 r., a następnie ustnie do protokołu w trakcie posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestników w dniu 6 listopada 2024 r. wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:
- art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia*;
- art. 239 ust. 1 Pzp – *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia*.
- art. 16 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty;
3) proporcjonalny.
- art. 17 ust. 2 Pzp – *Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy*

Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Ustawodawca zobowiązał więc Zamawiającego do odrzucenia ofert tych wykonawców, którzy zaoferowali przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami określonymi w warunkach zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji, parametrów technicznych i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia.
Podkreślić należy, że zamawiający aby odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia, które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty (zdefiniowanej w art. 66 kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi więc, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne (tak też: wyrok z dnia 22 września 2020 roku, sygn. akt: KIO 1864/20; wyrok z dnia 20 stycznia 2020 roku, sygn. akt: KIO 69/20).

Przekładając powyższe rozważania na stan faktyczny zaistniały w rozpoznawanej sprawie w pierwszej kolejności uznać należy, że:
•wartość podana przez Uczestnika w formularzu załącznika nr 2A do SWZ – Wykaz cen dla zadania nr 1 – ul. Mironicka dla pozycji Koszt Ogólne Wykonawcy, w tym koszty ubezpieczenia i gwarancji, zaplecze budowy, koszt obsługi geodezyjnej i geotechnicznej wynosi netto 2 698 37,01 PLN i stanowi 5,017037 % wartości ogółem netto" (po poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej z dnia 2 sierpnia 2024 r. Kwota powyższa przekracza określony limit „do 5 %” dla tej pozycji, zgodnie z wymogiem określonym w przedmiotowym załączniku;
•wartość podana przez Uczestnika w formularzu załącznika nr 2B do SWZ – Wykaz cen dla zadania nr 2 – Północna obwodnica Gorzowa Wlkp. dla pozycji I Wymagania Ogólne wynosi netto 4 696 210,52 PLN i stanowi 5,02260 % wartości ogółem netto" (po poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej z dnia 2 sierpnia 2024 r.). Kwota powyższa przekracza określony limit „ryczałt do 5 %” dla tej pozycji, zgodnie z wymogiem określonym w przedmiotowym załączniku.

Jak wynika z treści pisma z dnia 2 sierpnia 2024 r., Zamawiający, dokonując poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w pkt II.1 wykazów cen dla obu zadań, dokonał w ramach konsekwencji rachunkowych - poprawy m.in. wartości „Ogółem netto”, od wysokości której został ustalony limit do 5 % dla pozycji I Wymagania Ogólne. Tym samym wartość ogółem netto dla zakresu podstawowego dla zadania częściowego nr 1 zmieniona została następująco

Było: 54.183.474,05 zł netto

Powinno być: 53.783.474,05 zł netto

Z kolei wartość ogółem netto dla zakresu podstawowego dla zadania częściowego nr 2 zmieniono w następujący sposób:

Było: 94.301.416,03 zł netto

Powinno być: 93.501.416,03 zł netto

Podkreślić przy tym należy, że Uczestnik nie kwestionował poprawy omyłki rachunkowej dokonanej w dniu 2 sierpnia 2024 r. Co więcej w udzielonych uprzednio wyjaśnieniach z dnia 29 lipca 2024 r. Uczestnik jednoznacznie wskazał w odniesieniu do zadania częściowego nr 1, że „*w pozycji II.1 Wykazu cen omyłkowo wpisał jako wartość netto tej pozycji kwotę 400 000,00 zł podczas gdy intencją i zamiarem było wpisanie tam wartości (kwoty) 1 365 000,00 zł wynikającej z zsumowania poz. od 1.1 do 1.4. Wykazu cen*" rozbieżność określając mianem „*omyłki polegającej na błędnym obliczeniu sumy poz. 1.1 – 1.4. ww. wykazu, co Zamawiający sam zauważył wskazując dodatkowo sposób jej poprawienia*".

Analogicznie w odniesieniu do zadania częściowego nr 2, Uczestnik wyjaśnił, że w pozycji II.1 Wykazu cen dla tego zadania „*omyłkowo wpisaliśmy jako wartość netto tej pozycji kwotę 800 000,00 zł podczas gdy naszą intencją i zamiarem było wpisanie tam wartości (kwoty) 2 350 000,00 zł wynikającej z zsumowania poz. od 1.1 do 1.5. Wykazu cen składających się na poz. II.1.*" Wykonawca wyjaśnił też, że „*Opisana rozbieżność wynika więc z omyłki polegającej na błędnym obliczeniu sumy poz. 1.1 – 1.5. ww. wykazu*".

Należy zatem uznać, że oferta Uczestnika, w zakresie przedstawienia formularzy Wykazu cen tak dla zadania nr 1, jak i zadania nr 2, została przygotowana w sposób, który nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentacji postępowania wymaganiom, gdyż wartość podana przez Odwołującego w formularzach Wykaz Cen w pozycji I „Wymagania ogólne" przekroczyła podany limit do 5% wartości netto ogółem ustalony dla tej pozycji.

Nie można przy tym zgodzić się z twierdzeniami Uczestnika, iż dokumenty pn. „Wykaz cen", składane przez wykonawców w przedmiotowym postępowaniu nie stanowią treści oferty. W szczególności nie świadczy o tym fakt posługiwania się przez Zamawiającego w treści dokumentacji postępowania odrębnymi pojęciami „Oferty", jak i „wykazu" oraz „wykazu cen". Przez pojęcie treści oferty należy rozumieć bowiem deklarowane przez wykonawcę spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, nie zaś jak chciałby sugerować Uczestnik wyłącznie te elementy czy dokumenty, którym przypisano nazwę „oferta". Na tak rozumianą treść oferty mogą składać się tak formularz ofertowy, jak również wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy, składane wraz z formularzem ofertowym. Niewątpliwie taki charakter określający warunki realizacji zamówienia i określający istotne elementy zobowiązania wykonawcy zawarte zostały w składanych wykazach cen. Na takie traktowanie tego dokumentu wskazuje zresztą nawet przywoływana przez Uczestnika definicja oferty wynikająca z Subklauzuli 1.1.1.4. Warunków Szczególnych Kontraktu zgodnie z którą „*Oferta oznacza zestaw dokumentów przygotowanych przez Wykonawcę zgodnie z wymaganiami zawartymi w Specyfikacji Warunków Zamówienia, łącznie z wypełnionym Formularzem Oferty, skierowanym do Zamawiającego".* Przedmiotowe wykazy cen zostały wskazane przez Zamawiającego w pkt 14.3 lit. b) SWZ zawartym w Rozdziale 14 – Opis sposobu przygotowania ofert. Nie budzi zatem w ocenie Izby wątpliwości, iż przedmiotowe dokumenty stanowiły element treści oferty Uczestnika i mogły oraz powinny zostać poddane ocenie pod kątem ich zgodności z wymaganiami Zamawiającego postawionymi w dokumentacji postępowania.

Izba nie podzieliła także stanowiska Uczestnika, że w ramach przedmiotowego postępowania istotne znaczenie ma jedynie łączna cena ryczałtowa wskazana w formularzu ofertowym, zaś złożone wraz z Ofertą dokumenty pn. Wykazy cen mają jedynie znaczenie pomocnicze. Uczestnik przywołując na poparcie powyższego twierdzenia treść poszczególnych klauzul Warunków Szczególnych pomija treść innych klauzul, które wskazują na istotne znaczenie jakie posiadają informacje zawarte w przedłożonych wykazach cen jak np. rola tych wykazów dla oszacowania wartości i zaawansowania robót (wykazy stanowią m.in. podstawę dla sporządzenia Zasadniczy Przedmiar Robót Stałych). W szczególności zaś Uczestnik pomija fakt, iż Warunki Szczególne wprost wskazują (m.in. w subklauzuli 1.1.1.6 a) czy też w subklauzuli 1.5), że Wykaz Cen stanowi integralną część Kontraktu. Tym samym twierdzenia Uczestnika w tym zakresie należy uznać za bezzasadne. Nadto należy wskazać, iż niezależnie od tego czy uznać dany element za istotny czy też pomocniczy to nie zmienia to faktu, iż nadal stanowi on element treści oferty i jako taki podlega ocenie zgodności z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r.

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania oraz zasądzając od Uczestnika postępowania odwoławczego wnoszącego sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty postępowania obejmujące kwotę odpowiadającą wysokości wpisu wniesionego przez Odwołującego.

Przewodniczący:…….