Sygn. akt: KIO 661/25

WYROK

Warszawa, dnia 14 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Beata Konik

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2025 r. przez wykonawcę Auto-Trans Asfalty spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gierałtowicach,
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Urząd Gminy Pawłowice,
przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy ZISCO Bandura spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pawłowicach,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oferty złożonej przez wykonawcę ZISCO Bandura spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pawłowicach oraz oferty złożonej przez wykonawcę Jana Opitka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą USŁUGI TRANSPORTOWO DROGOWO MOSTOWE J.O. z siedzibą w Chełmie Śląskim, j niezgodnych z warunkami zamówienia.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
   2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego i Zamawiającego tytułem wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika.
   2.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero grozy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez: Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz z tytułu wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika.

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.

Przewodnicząca:…….

Sygn. akt: KIO 661/25

Uzasadnienie

Urząd Gminy Pawłowice, (dalej:*„Zamawiający”*) prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na roboty budowlane pn.: *„Budowa drogi obsługującej tereny inwestycyjne w Pawłowicach oraz Przebudowa wraz z rozbudową odcinka ul. Mickiewicza w Pawłowicach”*, nr postępowania: OR.271.1.2025.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z 7 stycznia 2025 r. pod numerem 2025/BZP 00011511.

W postępowaniu tym wykonawca Auto-Trans Asfalty spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gierałtowicach (dalej: *„Odwołujący”*) 24 lutego 2025 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

1) czynność wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Z.B. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: *„Zisco”*),
2) zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Zisco,
3) zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy J.O. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą *„U.J.”* (dalej: *„UTDM”*).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Zisco, podczas gdy oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia;

2)art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy UTDM, podczas gdy oferta tego wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia.

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

1)unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2)powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy Zisco i odrzucenie oferty wykonawcy UTDM.

Odwołujący wniósł też o obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 10 000 zł stanowiącej koszty poniesione z tytułu wpisu, a także kwoty wskazanej przez Odwołującego na rozprawie według przedłożonych na niej dokumentów.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę.

Następnie Odwołujący przedstawił uzasadnienie zarzutów. Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający zdecydował się przewidzieć wynagrodzenie o charakterze kosztorysowym. Stanowi o tym rozdział VIII (Sposób obliczenia ceny) ust. 13 SWZ. Zamawiający wymagał od wykonawców przedstawienia wraz z ofertą kosztorysów ofertowych. Zostało to określone w rozdziale IV ust. 1 pkt 1.4. ppkt 2 SWZ. W związku z tym, że Zamawiający wymagał przedstawienia kosztorysu wraz z ofertą, a wynagrodzenie miało charakter kosztorysowym, to w ocenie Odwołującego, kosztorys ofertowy stanowił treść oferty. Odwołujący szczególnie zaakcentował wymóg SWZ, zgodnie z którym:*„W przypadku uszczegółowień lub zmian do pozycji przedmiaru, wprowadzonych przez Zamawiającego w wyniku zapytań Wykonawców, należy wszystkie wprowadzone zmiany uwzględnić w cenie, jak również w opisach pozycji przedmiarowych.”*. Następnie Odwołujący opisał nieścisłości znajdujące się w dokumentach zamówienia i wyjaśnił, że Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania do SWZ, rozwiał te wątpliwości. Odwołujący wskazał, że z udzielonych przez Zamawiającego wyjaśnień wynika, że:

1) Zamawiający wyjaśnił rozbieżność pomiędzy przedmiarem, opisem technicznym i częścią rysunkową w zakresie warstwy ścieralnej. Musi ona zostać wykonana z mieszanki mastyksowo-grysowej SMA11S PMB 45/80-65 (czyli inaczej niż określono w przedmiarze).

2) Zamawiający wyjaśnił rozbieżność pomiędzy przedmiarem a opisem technicznym docelowej organizacji ruchu w zakresie technologii oznakowani. Oznakowania muszą zostać wykonane w technologii grubowarstwowej (czyli inaczej niż określono w przedmiarze).

3) Zamawiający wyjaśnił brak pozycji dotyczącej zasypanie wykopów oraz pozycji na ewentualny przywóz materiału na zasypkę wykopów w przedmiarze dla Przebudowa wraz z rozbudową odcinka ul. Mickiewicza w Pawłowicach. Prace w tym zakresie należało uwzględnić w pozycji numer 178 kosztorysu.

Odwołujący przypomniał, że w związku z powyższym, wykonawcy zobowiązani byli pamiętać o wymaganiu, zgodnie z którym: *„W przypadku uszczegółowień lub zmian do pozycji przedmiaru, wprowadzonych przez Zamawiającego w wyniku zapytań Wykonawców, należy wszystkie wprowadzone zmiany uwzględnić w cenie, jak również w opisach pozycji przedmiarowych”*.

Odwo0łujący wskazał, że w ofercie Zisco, w kosztorysie dla Budowa drogi obsługującej tereny inwestycyjne w Pawłowicach należy zwrócić uwagę na następujące pozycje: 1 i 2 zostały wycenione na 0,00 zł. Natomiast dla pozycji 28, 29, 47, 48, 49 Zisco przyjął pozycję taką jak w przedmiarze, a niezgodną z odpowiedziami na wniosek o wyjaśnienie treści SWZ. Podobnie sytuacja wygląda w przypadku przedmiaru dla Przebudowa wraz z rozbudową odcinka ul. Mickiewicza w Pawłowicach, gdzie dla pozycji 48, 49, 93, 94, 95 i 178 nie uwzględniono odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie SWZ.

Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 6 lutego 2025 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Zisco na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, co do uwzględnienia w wycenie robót zgodnie z odpowiedziami na pytania w zakresie przedmiaru dla Przebudowa wraz z rozbudową odcinka ul. Mickiewicza w Pawłowicach, pozycje 48, 49, 93, 94, 95. Zamawiający zapytał również o wycenę pozycji 1 dz.1.1 oraz poz. 2 1.1 w drugim kosztorysie na 0,00 zł.

Odwołujący wyjaśnił, że Zisco odpowiedział na ww. wezwanie pismem z 11 lutego 2025 r., gdzie wyjaśnił, że wskazane pozycje kosztorysowe zawierają wycenę zgodnie z odpowiedzią zamawiającego na pytanie. Ponadto, Zisco wyjaśnił, że bazował na pozyskanych ofertach. Obie otrzymane oferty przewidują jedną cenę dla całości zamówienia, bez podziału na poszczególne części. Stąd też wyjaśniam, że przygotowując ofertę, ZISCO zapisało w kosztorysie ceny z pozyskanych ofert w jednym miejscu, ale w odniesieniu do całości zamówienia.

Ze złożonych przez Zisco wyjaśnień, Odwołujący wywiódł, że:

1)Zdaniem Zisco pozycje kosztorysowe 48, 49, 93, 94 oraz 95 zawierają wycenę zgodną z wyjaśnieniami treści SWZ.

Wykonawca przyznał, że istnieje rozbieżność, natomiast wskazał, że wynika ona z bazowania na przedmiarach.

Tym samym, według Odwołującego, wykonawca zignorował postanowienie rozdziału VIII (Sposób obliczenia ceny) ust. 9 SWZ:

„W przypadku uszczegółowień lub zmian do pozycji przedmiaru, wprowadzonych przez Zamawiającego w wyniku zapytań Wykonawców, należy wszystkie wprowadzone zmiany uwzględnić w cenie, jak również w opisach pozycji przedmiarowych”.

2)W kwestii pozycji kosztorysowych 1 oraz 2 Zisco wskazał, że faktycznie zostały wycenione na 0,00 zł, natomiast przyznał również, że koszt będzie wyższy, to znaczy będzie wynosił odpowiednio 16 900,00 zł netto oraz 5 200,00 zł netto (oraz przedstawił również oferty wskazujące na ten koszt).

Przy czym wyjaśnił, że w kosztorysie ujął wszystkie ceny z pozyskanych ofert w jednym miejscu, ale w odniesieniu do całości zamówienia. Zdaniem Odwołującego nie wiadomo jednak, w której dokładnie pozycji ceny z pozyskanych ofert się znajdują.

Tym samym, w ocenie Odwołującego, wykonawca zignorował postanowienie rozdziału VIII (Sposób obliczenia ceny) ust. 7 SWZ:

„W cenie jednostkowej i cenie umieszczonej przy poszczególnych pozycjach przedmiaru robót powinny być zawarte wszystkie koszty niezbędne do wykonania robót wymaganej jakości, w wymaganym terminie, włączając w to koszty bezpośrednie”.

Odwołujący podkreślił, że Wykonawca w pozycji kosztorysu, w której należało wskazać odpowiednio obsługę geodezyjną oraz inwentaryzację powykonawczą oraz opracowanie tymczasowej organizacji ruchu przyjął kwotę 0,00 zł, a realne koszty tych pozycji ujął w zupełnie innym miejscu (przy czym nie wyjaśnił nawet, w którym dokładnie miejscu). Tym samym kosztorys został przygotowany niezgodnie z wytycznymi SWZ oraz uniemożliwia kosztorysowe rozliczenie robót, gdyż koszty zostały wskazane w innych pozycjach, niż przewidział to Zamawiający.

W zakresie oferty UTDM, Odwołujący wyjaśnił, że w kosztorysie dla Budowa drogi obsługującej tereny inwestycyjne w Pawłowicach należy zwrócić uwagę na następujące pozycje 28, 29, 47, 48, 49, nie uwzględniają odpowiedzi Zamawiającego na pytania. Podobnie sytuacja wygląda w przedmiarze dla Przebudowa wraz z rozbudową odcinka ul. Mickiewicza w Pawłowicach w zakresie pozycji 48, 49, 93, 94, 95 i 178.

Odwołujący wyjaśnił, że wykonawca UTDM został wezwany pismem z 6 lutego 2025 r. w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia czy w kosztorysie dla Przebudowa wraz z rozbudową odcinka ul. Mickiewicza w Pawłowicach w poz. 48, 49, 93, 94, 95 uwzględnił wycenę robót zgodnie z odpowiedzią na pytania. W wyjaśnieniach udzielonych pismem z 7 lutego 2025 r. wykonawca wyjaśnił, że wskazane pozycje zawierają wycenę zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego. W ocenie Odwołującego Tym samym w treści wyjaśnień wykonawca UTDM wskazał, że jego zdaniem pozycje kosztorysowe 48, 49, 93, 94 oraz 95 zawierają wycenę zgodną z wyjaśnieniami treści SWZ.

Odwołujący wskazał, że wykonawca zignorował postanowienie rozdziału VIII (Sposób obliczenia ceny) ust. 9 SWZ:

„W przypadku uszczegółowień lub zmian do pozycji przedmiaru, wprowadzonych przez Zamawiającego w wyniku zapytań Wykonawców, należy wszystkie wprowadzone zmiany uwzględnić w cenie, jak również w opisach pozycji przedmiarowych”.

Odwołujący wskazał, że istotne jest, że Zamawiający przewidział wynagrodzenie o charakterze kosztorysowym. Tym samym kosztorys ofertowy stanowi treść oferty, natomiast zadeklarowanie w kosztorysie ofertowym wykonania zamówienia w sposób odmienny niż wymagał tego Zamawiający, musi prowadzić od odrzucenia oferty. Odwołujący powołał się na stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 27 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO 1962/21, gdzie w analogicznym stanie faktycznym Zamawiający odrzucił ofertę wykonawcy, a Izba oddaliła odwołanie na tą czynność.

Odwołujący podkreślił, że wykonawca Zisco oraz wykonawca UTDM załączyli do swoich ofert kosztorysy nieaktualne, który nie uwzględniały wyjaśnień treści SWZ, w ramach których Zamawiający dokonał zmian do pozycji przedmiarów. Kosztorysy obydwu wymienionych wykonawców nie uwzględniały wyjaśnień dokonanych przez Zamawiającego zarówno w ramach budowy drogi obsługującej tereny inwestycyjne w Pawłowicach (pozycje 28, 29, 47, 48 oraz 49 kosztorysu ofertowego), jak i przebudowy wraz z rozbudową odcinka ul. Mickiewicza w Pawłowicach (pozycje 48, 49, 93, 94, 95 oraz 178 kosztorysu ofertowego).

Co więcej, wykonawca Zisco wprost wskazał w złożonych wyjaśnieniach, że dokonał rotacji kosztów, uwzględniając niektóre z pozycji (które w kosztorysie wycenił na 0,00 zł) w innych, nieokreślonych przez wykonawcę pozycjach kosztorysu, co jest działaniem niezgodnym z podstawowymi założeniami wynagrodzenia kosztorysowego.

Obydwaj wykonawcy złożyli wyjaśnienia, w których potwierdzili, że wbrew opisom pozycji w przesłanych przez nich kosztorysach, uwzględnili w cenie zmiany wprowadzone przez Zamawiającego. Jednocześnie Odwołujący przypomniał, że złożenie wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp nie może prowadzić do zmiany treści oferty, czego wykonawcy próbowali dokonać w złożonych wyjaśnieniach. Tym samym, w ocenie Odwołującego, oferty złożone przez wykonawcę Zisco oraz wykonawcę UTDM są niezgodne z postanowieniem zawartym w rozdziale VIII pkt 9 SWZ podlegają odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jako niezgodne z warunkami zamówienia.

W złożonej 10 marca 2025 r. odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający przedstawił argumentacje na poparcie swojego stanowiska oraz wskazał na możliwości wynikające z art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W złożonym pismem z 10 marca 2025 r. stanowisku pisemnym, wykonawca Zisco wniósł o oddalenie odwołania w całości. Wykonawca podkreślił, że w tym stanie faktycznym w wyniku udzielonych odpowiedzi przez Zamawiającego nie doszło do zmiany dokumentów zamówienia a jedynie do ich doprecyzowania i usunięciu rozbieżności. Zwrócił uwagę, że w swoich wyjaśnienia, których udzielił na wezwanie Zamawiającego, dokładnie wszystko wyjaśnił, w tym w zakresie pozycji wycenionych na 0,00 zł załączył dowody na potwierdzenie swojego stanowiska. Z powyższego wywodzi, że jego wyjaśnienia nie są gołosłowne. Ponadto wykonawca podniósł, że kwestionowane pozycje nie mają kluczowego znaczenia dla tego postępowania, ponieważ ich wartość stanowi ok 3% ogólnej ceny oferty. Przysypujący wskazał na stanowisko Izby wyrażone w wyrokach KIO 830/23 i KIO 1017/23 oraz wskazał, że powoływanie się na sprawę KIO 1962/21 nie jest uzasadnione ponieważ tam niezgodność oferty z warunkami zamówienia dotyczyła kwestii kluczowej dla realizacji zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza (dalej:*„Izba"* lub *„KIO"*), rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosił wykonawca ZISCO Bandura spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pawłowicach (dalej: *„Przystępujący"*).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.

Jak wynika z treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej: *„SWZ"*), szczegółowy zakres prac oraz wymagania jakościowe dotyczące głównych elementów przedmiotu zamówienia określa dokumentacja, Specyfikacja Techniczna Wykonania i Odbioru Robót - załącznik nr 9 do SWZ (*vide* rozdział II pkt 1.2. SWZ).

Zgodnie z rozdziałem IV pkt 1 ppkt 1.4 SWZ, do oferty Wykonawca zobowiązani byli załączyć:

1) Formularz ofertowy – zał nr 1**,**

2) kosztorys ofertowy opracowany metodą uproszczoną, z którego wynika ostateczna cena oferty na druku załączonym do SWZ, przy czym Zamawiający podał, że kosztorys należy wykonać na podstawie załączonego przedmiaru – do pobrania w rozszerzeniu pdf,

3) pełnomocnictwo lub inny dokument potwierdzający umocowanie do reprezentowania Wykonawcy, gdy umocowanie osoby składającej ofertę nie wynika z dokumentów opisanych w pkt 2.1 pkt 1),

4) zobowiązanie, o którym mowa w rozdziale I, sekcja 5 ust. 5.3 oraz 5.4 SWZ w przypadku polegania na zasobach podmiotu udostepniającego zasób Wykonawcy,

5) w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: pełnomocnictwo, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, z treści którego będzie wynikało umocowanie do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo do reprezentowania w postepowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pełnomocnictwo powinno zawierać w szczególności wskazanie: postępowania o zamówienie publicznego, którego dotyczy, wszystkich wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia wymienionych z nazwy z określeniem adresu siedziby, ustanowionego pełnomocnika oraz zakresu jego pełnomocnictwa,

6) oświadczenie, o którym mowa w rozdziale I sekcja 4 ust. 4.4 SWZ zał nr 6;

Jak wynika z rozdziału VIII SWZ, w zakresie sposobu obliczenia ceny, Zamawiający wskazał:

„1. Cena oferty podana jest w formularzu ofertowym stanowiący Załącznik nr 1 do SWZ.

2. Cenę należy podać do dwóch miejsc po przecinku.

3. Rozliczenia pomiędzy zamawiającym a wykonawcą będą prowadzone w walucie PLN.

4. Cena musi być wyrażona w złotych polskich.

5. Podane podstawy katalogowe (KNR) przy pozycjach przedmiarowych nie są obowiązujące. Wycena przetargu może być obliczona na dotychczasowych zasadach lub wg środowiskowych zasad kosztorysowania robót budowlanych.

6. W pozycjach opracowanych na podstawie dostarczonych przedmiarów powinny być zaliczone potrzebne nakłady i roboty do wykonania zamówienia.
7. W cenie jednostkowej i cenie umieszczonej przy poszczególnych pozycjach przedmiaru robót powinny być zawarte wszystkie koszty niezbędne do wykonania robót wymaganej jakości, w wymaganym terminie, włączając w to koszty bezpośrednie, w tym:
a) koszty wszelkiej robocizny do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, obejmujące płace bezpośrednie, płace uzupełniające, koszty ubezpieczeń społecznych i podatki od płac,
b) koszty materiałów podstawowych i pomocniczych do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, obejmujące również koszty dostarczenia materiałów z miejsca ich zakupu bezpośrednio na stanowiska robocze lub na miejsca składowania na placu budowy,
c) koszty zatrudnienia wszelkiego sprzętu budowlanego, niezbędnego do wykonania danej pozycji przedmiaru robót, obejmujące również koszty sprowadzenia sprzętu na plac budowy, jego montażu i demontażu po zakończeniu robót.
8. Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić wszystkie pozycje robót opisanych w przedmiarze robót wraz z ilościami i jednostkami. Uwaga! Wykonawca nie może samodzielnie zmieniać obmiarów i opisów w kosztorysie ofertowym – do wyceny należy wziąć obmiary z kolumny „ilość" przedmiaru robót z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, ostateczną cenę oferty należy podać na załączonym druku oferty, nie można samodzielnie dokładać kolejnych pozycji przedmiarowych.
9. W przypadku uszczegółowień lub zmian do pozycji przedmiaru, wprowadzonych przez Zamawiającego w wyniku zapytań Wykonawców, należy wszystkie wprowadzone zmiany uwzględnić w cenie, jak również w opisach pozycji przedmiarowych.
10. W cenie oferty przedkładanej przez wykonawcę powinny być zawarte wszelkie cła, podatki i inne należności płatne przez wykonawcę jako koszt ogólny budowy.
11. Cena podana w formularzu oferty ma zawierać wycenę całej części przedmiotu zamówienia.
12. Wycenę w ofercie należy przedłożyć w formie kosztorysu uproszczonego zawierającego cenę jednostkową za pozycję kosztorysową z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku. (…)".

Projektowane postanowienia umowy stanowią załącznik nr 7 do SWZ.

W toku postępowania Zamawiający udzielał odpowiedzi na pytania wykonawców. Pismem z 21 stycznia 2025 r., w Zestawie Odpowiedzi nr 10, pytanie nr 3 miało treść: *„Czy warstwa ścieralna powinna być wykonana z mieszanki mastyksowo-grysowej SMA11S PMB 45/80-55 jak w opisie technicznym, z mieszanki mastyksowo-grysowej SMA11S PMB 45/80-65 jak w części rysunkowej na przekroju typowym, czy z betonu asfaltowego AC11S PMB 45/80-55 jak w przedmiarze robót?"*. Zamawiający udzielił odpowiedzi o treści: „Warstwa ścieralna powinna być wykonana z mieszanki mastyksowo-grysowej SMA11S PMB 45/80-65.".

Pytanie nr 11 miało treść: *„Czy docelowe oznakowanie poziome należy wykonać w technologii grubowarstwowej (zgodnie z zapisem w opisie technicznym projektu docelowej organizacji ruchu), czy zgodnie z opisem z przedmiaru farbą chlorokauczukową."*. Zamawiający odpowiedział: *„Docelowe oznakowanie poziome należy wykonać w technologii grubowarstwowej"*.

W Zestawie Odpowiedzi nr 13 pytanie nr 1 miało treść:*„Przebudowa wraz z rozbudową odcinka ul. Mickiewicza w Pawłowicach_PRZEDMIAR; poz. 177. przedmiaru na przebudowę gazociągu zakłada wywóz i utylizację całości mas ziemnych z wykopów, jednocześnie brak jest pozycji na zasypanie wykopów oraz pozycji na ewentualny przywóz materiału na zasypkę wykopów. W jakiej pozycji należy uwzględnić wyżej wymienione roboty i ewentualny zakup materiału do zasypki ?"*. Zamawiający odpowiedział: *„Materiał (niewysadzinowy) do zasypanie wykopów należy uwzględnić w poz.178"*.

Podczas czynności badania ofert, Zamawiający zidentyfikował w ofercie UTDM m.in. następujące błędy*„Kosztorys "Przebudowa wraz z rozbudową odcinka ul. Mickiewicza w Pawłowicach" - Błąd w opisie pozycji: Poz.48,49: winno być zgodnie z odpowiedzią SMA11S PMB 45/80-65 (jest Poz.48,49: SMA11S PMB 45/80-55).*
Poz. 93,94,95 Brak opisu dotyczącego oznakowania poziomego w technologii grubowarstwowej.
Analogicznie w kosztorysie "Budowa drogi obsługującej tereny inwestycyjne w Pawłowicach".
- wnosimy o potwierdzenie, że w wycenie zostały ujęte przedmiotowe wyjaśnienia (odpowiedzi).".

W ofercie Przystępującego, Zamawiający również dostrzegł następujące błędy:*„Kosztorys "Przebudowa wraz z rozbudową odcinka ul. Mickiewicza w Pawłowicach" - Błąd w opisie pozycji: Poz.48,49: winno być zgodnie z odpowiedzią SMA11S PMB 45/80-65 (jest Poz.48,49: SMA11S PMB 45/80-55).*

Poz. 93,94,95 Brak opisu dotyczącego oznakowania poziomego w technologii grubowarstwowej.

Analogicznie w kosztorysie "Budowa drogi obsługującej tereny inwestycyjne w Pawłowicach".

- wnosimy o potwierdzenie, że w wycenie zostały ujęte przedmiotowe wyjaśnienia (odpowiedzi)

Kosztorys "Budowa drogi obsługującej tereny inwestycyjne w Pawłowicach"- Poz.1 dz.1.1 "Obsługa geodezyjna

oraz inwentaryzacja powykonawcza inwestycji" - Cena jedn = 0,0 zł oraz Poz.2 dz.1,1 "Opracowanie i zatwierdzenie dokumentacji Tymczasowej Organizacji Ruchu. Wprowadzenie oznakowania TOR". - Cena jedn = 0,0 zł".
Powyższe ustalono na podstawie treści pliku znajdującego się w folderze o nazwie *„5_Sprawdzenie ofert".*
Pismem z 6 lutego 2025 r. Zamawiający wezwał Przystępującego w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w następującym zakresie:
„1. Kosztorys „Przebudowa wraz z rozbudową odcinka ul. Mickiewicza w Pawłowicach"
a) w opisie poz.48,49: winno być zgodnie z odpowiedzią SMA11S PMB 45/80-65 pozostawiono stary zapis : SMA11S PMB 45/80-55 - należ wyjaśnić czy pozycja zawiera wycenę zgodnie z odpowiedzią;
b) w Poz. 93,94,95 Brak opisu dotyczącego oznakowania poziomego w technologii grubowarstwowej oraz analogicznie w kosztorysie "Budowa drogi obsługującej tereny inwestycyjne w Pawłowicach" - należ wyjaśnić czy pozycja zawiera wycenę robót zgodnie z odpowiedzią
2. Zastosowania wyceny jednostkowej 0,00 zł w kosztorysie "Budowa drogi obsługującej tereny inwestycyjne w Pawłowicach" w poz.1 dz.1.1 "Obsługa geodezyjna oraz inwentaryzacja powykonawcza inwestycji" oraz w poz.2 dz.1,1 "Opracowanie zatwierdzenie dokumentacji Tymczasowej Organizacji Ruchu, Wprowadzenie oznakowania TOR" oraz czy wskazany zakres jest ujęty w przetargu.".

Pismem z 11 lutego 2025 r. Przystępujący oświadczył, że pozycja wskazana w pkt 1a wezwania zawiera wycenę zgodną z odpowiedzią na pytanie tj. wyceniono SMA11S PMB 45/80-65. Ponadto Przystępujący wyjaśnił, że rozbieżność wynika z wykorzystania kosztorysów przygotowanych i udostępnionych przez zamawiającego, które po udzieleniu odpowiedzi na pytanie wykonawcy nie zostały wymienione. Jednak Przystępujący, jak wskazał, wycenił tę pozycję zgodnie z odpowiedzią. W zakresie pytania zawartego w pkt 1b wezwania, Przystępujący wskazał, że pozycja kosztorysowa zawiera wycenę zgodnie z odpowiedzią na pytanie, tj. wyceniono oznakowanie poziome w technologii grubowarstwowej. Również w tym przypadku Przystępujący wyjaśnił, że rozbieżność wynika z wykorzystania kosztorysów przygotowanych i udostępnionych przez zamawiającego, które po udzieleniu odpowiedzi na pytanie wykonawcy nie zostały wymienione. Jednak Przystępujący, jak wskazał, wycenił tę pozycję zgodnie z odpowiedzią. W zakresie pytania nr 2 Przystępujący wyjaśnił, że sposób wyceny wskazany w kosztorysie ofertowym wynika z tego, że pozyskał kompleksowe oferty na obsługę geodezyjną i projekt czasowej organizacji ruchu a uzyskane oferty są kompletne. Obie oferty przewidują jedną cenę więc Przystępujący nie dokonywał żadnego rozdzielenia. Przystępujący załączył do wyjaśnień te oferty.

Pismem z 6 lutego 2025 r. Zamawiający wezwał wykonawcę UTDM w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w następującym zakresie:
„ 1. Kosztorys „Przebudowa wraz z rozbudową odcinka ul. Mickiewicza w Pawłowicach"
a) w opisie poz.48,49: winno być zgodnie z odpowiedzią SMA11S PMB 45/80-65 pozostawiono stary zapis : SMA11S PMB 45/80-55 - należ wyjaśnić czy pozycja zawiera wycenę zgodnie z odpowiedzią;
b) w Poz. 93,94,95 Brak opisu dotyczącego oznakowania poziomego w technologii grubowarstwowej oraz analogicznie w kosztorysie "Budowa drogi obsługującej tereny inwestycyjne w Pawłowicach" - należ wyjaśnić czy pozycja zawiera wycenę robót zgodnie z odpowiedzią".
Pismem z 7 lutego wykonawca wyjaśnił, że: *„Ad. 1a Kosztorys „Przebudowa wraz z rozbudową odcinka ul. Mickiewicza w Pawłowicach"*
W opisie poz. 48 i 49 winno być, zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego, SMA 11S PMB 45/80-65 (w opisie pozostał pierwotny zapis SMA 11S PMB 45/80-55). Wykonawca oświadcza, że pozycja zawiera wycenę robót zgodnie z odpowiedzią.
Ad. 1b Kosztorys „Przebudowa wraz z rozbudową odcinka ul. Mickiewicza w Pawłowicach"
W poz. 93, 94 i 95 brak opisu dotyczącego wykonania oznakowania poziomego w technologii grubowarstwowej oraz w analogicznych pozycjach kosztorysu „Budowa drogi obsługującej tereny inwestycyjne w Pawłowicach. Wykonawca oświadcza, że pozycja zawiera wycenę robót zgodnie z odpowiedzią.".

Izba zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Przez niezgodność z warunkami zamówienia należy rozumieć wystąpienie sytuacji, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w dokumentach zamówienia wymaganiom. Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze, być oczywista i niewątpliwa, co oznacza pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami zamawiającego. W orzecznictwie podkreśla się, że stwierdzenie niezgodności oferty z warunkami zamówienia może nastąpić jedynie w oparciu o jasne i niebudzące wątpliwości postanowienia SWZ. Po drugie, odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty. Po trzecie, wskazuje się, że

zastosowanie sankcji odrzucenia oferty powinno nastąpić z uwzględnieniem narzędzi wskazanych w art. 223 ustawy Pzp, ponieważ jeśli możliwe jest poprawienie przez zamawiającego błędów, jakie zawiera oferta, jej odrzucenie nie może mieć miejsca. Każdorazowo decydują okoliczności danego stanu faktycznego.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt tej sprawy, Izba zwraca uwagę na następujące istotne okoliczności faktyczne, które miały znaczenie dla zapadłego rozstrzygnięcia.

Po pierwsze, w dokumentacji postępowania w jej pierwotnym brzmieniu, udostępnionym wykonawcom w dniu ogłoszenia postępowania wystąpiły rozbieżności. Następnie w toku postępowania Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców, doprowadził do sytuacji, w której te rozbieżności zostały usunięte, przez wskazanie konkretnych rozwiązań, jakie należy wycenić w spornych pozycjach przedmiaru.

Po drugie, Zamawiający wskazał w treści SWZ w rozdziale VIIpkt 8, że *„Wykonawca zobowiązany jest uwzględnić wszystkie pozycje robót opisanych w przedmiarze robót wraz z ilościami i jednostkami. Uwaga! Wykonawca nie może samodzielnie zmieniać obmiarów i opisów w kosztorysie ofertowym – do wyceny należy wziąć obmiary z kolumny „ilość" przedmiaru robót z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, ostateczną cenę oferty należy podać na załączonym druku oferty, nie można samodzielnie dokładać kolejnych pozycji przedmiarowych."*. Następnie w pkt 9 SWZ wskazano: *„W przypadku uszczegółowień lub zmian do pozycji przedmiaru, wprowadzonych przez Zamawiającego w wyniku zapytań Wykonawców, należy wszystkie wprowadzone zmiany uwzględnić w cenie, jak również w opisach pozycji przedmiarowych."*. Powyższe należy w ocenie Izby rozumieć w ten sposób, że jeśli co do zasady Zamawiający zabronił samodzielnie wprowadzania przez wykonawców zmian w zakresie obmiarów i opisów, to sytuacja wskazana w pkt 9 tj., przypadek, gdy doszło do uszczegółowienia lub zmian do pozycji przedmiaru jest wyjątkiem od postanowienia wskazanego w pkt 8 i oznacza, że w tej sytuacji uszczegółowienia lub zmiany należy uwzględnić w cenie jak również w opisach pozycji przedmiaru. Zdaniem Izby powyższe postanowienia nie wykluczają się, lecz się uzupełniają. Mając to na uwadze, w ocenie Izby prawidłowo wywiódł Odwołujący, że to wykonawcy mieli obowiązek, sporządzając kosztorysy ofertowe, uwzględnić w ich treści zmiany/uszczegółowienia/doprecyzowania wprowadzone przez Zamawiającego w wyniku udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi na pytania do dokumentów zamówienia.

Po trzecie, w zakresie spornym ma miejsce sytuacja, że pismem z 21 stycznia 2025 r. Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr 3 w zestawie 10, które to pytanie zbiorczo odnosi się do pozycji w obu przedmiarach, które to pozycje dotyczą wykonania warstwy ścieralnej, wyjaśnił, że należy wykonać warstwę z mieszanki mastyksowo – grysowej SMA11S PMB 45/80-65. Udzielając odpowiedzi na pytanie 9 w tym samym zestawie, Zamawiający wskazał: *„docelowe oznakowanie poziomie należy wykonać w technologii grubowarstwowej"*. Następnie, udzielając odpowiedzi w zestawie nr 13 na pytanie nr 1 Zamawiający wyjaśnił, że *„Materiał (niewysadzinowy) do zasypania wykopów należy uwzględnić w poz. 178"*.

Sytuacja wygląda więc tak, że w przedmiarze dla zadania *„Budowa drogi obsługującej tereny inwestycyjne w Pawłowicach"*, w:

- poz. 28 pierwotnie wskazano w opisie: *„Nawierzchnia z mieszanek mineralno-bitumicznych AC11S PMB 45/80-55 - warstwa ścieralna asfaltowa - grubość po zagęszcz. 3 cm - DOCELOWO 4 CM 4160,0"*a po udzieleniu odpowiedzi zamiast: *„mieszanka mineralno – bitumiczna AC11S PMB 45/80-55"* powinno być: *„mieszanka mastyksowo – grysowa SMA11S PMB 45/80-65"*.
- poz. 29 pierwotnie wskazano w opisie: *„Nawierzchnia z mieszanek mineralno-bitumicznych AC11S PMB 45/80-55 - warstwa ścieralna asfaltowa - każdy dalszy 1 cm grubość po zagęszcz.4160,0"*, a po udzieleniu odpowiedzi zamiast *„mieszanka mineralno – bitumiczna AC11S PMB 45/80-55", powinno być: „mieszanka mastyksowo – grysowa SMA11S PMB 45/80-65".*
- poz. 47 pierwotnie w opisie wskazano: *„Mechaniczne malowanie linii segregacyjnych i krawędziowych ciągłych na jezdni farbą chlorokauczukową"*, a po udzieleniu wyjaśnień zamiast: *„farbą chlorokauczukową"*, powinno być: *„w technologii grubowarstwowej"*,
- poz. 48 pierwotnie w opisie wskazano: *„Mechaniczne malowanie linii segregacyjnych i krawędziowych przerywanych na jezdni farbą chlorokauczukową"*, a po udzieleniu wyjaśnień zamiast: *„farbą chlorokauczukową"*, powinno być: *„w technologii grubowarstwowej"*,
- poz. 49 pierwotnie w opisie wskazano: *„Ręczne malowanie strzałek i innych symboli na jezdni farbą chlorokauczukową"*, a po udzieleniu wyjaśnień zamiast: *„farbą chlorokauczukową"*, powinno być: *„w technologii grubowarstwowej"*,

Z kolei w przedmiarze dla zadania *„Przebudowa wraz z rozbudową odcinka ul. Mickiewicza w Pawłowicach"*, w:

- poz. 48 pierwotnie w opisie wskazano: *„Nawierzchnia z mieszanek mineralno-bitumicznych AC11S PMB 45/80-55- warstwa ścieralna asfaltowa - grubość po zagęszcz. 3 cm - DOCELOWO 4 CM 3481,0"*a po udzieleniu odpowiedzi na pytanie zamiast *„mieszanka mineralno – bitumiczna AC11S PMB 45/80-55", powinno być: „mieszanka mastyksowo – grysowa SMA11S PMB 45/80-65".*

- poz. 49 pierwotnie w opisie wskazano: *„Nawierzchnia z mieszanek mineralno-bitumicznych AC11S PMB 45/80-55 - warstwa ścieralna asfaltowa - każdy dalszy 1 cm grubość po zagęszcz. 3481,0”*, a po udzieleniu odpowiedzi na pytanie zamiast *„mieszanka mineralno – bitumiczna AC11S PMB 45/80-55”, powinno być: „mieszanka mastyksowo – grysowa SMA11S PMB 45/80-65”.*
- poz. 93 pierwotnie w opisie wskazano: *„Mechaniczne malowanie linii segregacyjnych i krawędziowych ciągłych na jezdni farbą chlorokauczukową m2 252,7+2,87”* a po udzieleniu odpowiedzi na pytanie zamiast” *„farbą chlorokauczukową”*, powinno być: *„w technologii grubowarstwowej”*,
- poz. 94 pierwotnie w opisie wskazano: *„Mechaniczne malowanie linii segregacyjnych i krawędziowych przerywanych na jezdni farbą chlorokauczukową 6,57+2,01+13,77”*, a po udzieleniu odpowiedzi na pytanie zamiast” *„farbą chlorokauczukową”*, powinno być: *„w technologii grubowarstwowej”*,
- poz. 95 pierwotnie w opisie wskazano: *„Ręczne malowanie strzałek i innych symboli na jezdni farbą chlorokauczukową 28,98+27,72+2,08+0,38+2,25”*, a po udzieleniu odpowiedzi na pytanie zamiast” *„farbą chlorokauczukową”*, powinno być: *„w technologii grubowarstwowej”*,
- poz. 178 pierwotnie w opisie wskazano: *„Zagęszczenie nasypów ubijakami mechanicznymi; grunty sypkie kat. I-III 660”*, a po udzieleniu odpowiedzi na pytanie należało uwzględnić materiał (niewysadzinowy) do zasypania wykopów.

Ustalony w sprawie stan faktyczny wskazuje, że zarówno Przystępujący, jak i wykonawca UTDM w załączonych do oferty kosztorysach w ww. spornych pozycjach zaoferowali inny niż wskazany w dokumentacji zamówienia (tj. w wyjaśnieniach Zamawiającego) sposób realizacji przedmiotu zamówienia. Powyższego Przystępujący nie kwestionuje (*vide* str. 2 pisma procesowego) i wynika to również z udzielonych przez obu wykonawców wyjaśnień w odpowiedzi na pytania Zamawiającego. Z kosztorysów ofertowych złożonych przez Przystępującego i wykonawcę UTDM wraz z ofertami nie wynika więc, aby – mimo wyraźnego postanowienia SWZ - w ww. spornych pozycjach uwzględnili oni konsekwencje wynikające z udzielonych przez Zamawiającego odpowiedzi na sporne pytania. Zatem w tym zakresie oferty Przystępującego i wykonawcy UTDM są niezgodne z warunkami zamówienia.

Odnosząc się do stanowiska Przystępującego, że w treści oferty złożył on oświadczenie o zapoznaniu się i zaakceptowaniu warunków zawartych w specyfikacji warunków zamówienia, Izba wskazuje, że gdyby opierać się wyłącznie na ogólnym oświadczeniu wykonawcy, to zbędny byłby etap badania zgodności oferty z warunkami zamówienia, czy analiza prawidłowości wyceny przedmiotu zamówienia. Za nieuprawnione uznać należy w okolicznościach tej sprawy twierdzenie, że Przystępujący i wykonawca UTDM oferują przedmiot zgodny z wymaganymi SWZ. Choć z jednej strony można uznać, że przedmiary pochodziły od Zamawiającego, to w świetle rozdziału VII pkt 9 należy wskazać, że ostatecznie to obowiązkiem wykonawców było precyzyjne określenie oferowanych prac, w tym materiałów przy użyciu których zostaną one wykonane, zaś uchybienie temu obowiązkowi powoduje, że oferty są niezgodne z SWZ.

W ocenie Izby mając na uwadze, że w wyniku udzielenia odpowiedzi na niektóre pytania wykonawców Zamawiający podtrzymywał opisy zawarte w innych pozycjach przedmiarów jako prawidłowe, tym bardziej w sytuacji, gdy niektóre odpowiedzi wprowadzały zmiany do niektórych opisów w przedmiarach, wykonawca który jest profesjonalistą, powinien tę okoliczność w składanych kosztorysach uwzględnić i dać wyraz temu, że rzeczywiście takie uwzględnienie odpowiedzi na pytanie wpływające na opis danej pozycji przedmiaru miało przez wykonawcę miejsce. Jak słusznie zwrócił uwagę Odwołujący, taki obowiązek wynikał wprost z treści SWZ, gdzie w rozdziale VII, pkt 9 Zamawiający wskazał *„W przypadku uszczegółowień lub zmian do pozycji przedmiaru, wprowadzonych przez Zamawiającego w wyniku zapytań Wykonawców, należy wszystkie wprowadzone zmiany uwzględnić w cenie, jak również w opisach pozycji przedmiarowych.”*. Mając na uwadze, że w przedmiarach w opisach pozycji zawarte były nie tylko rodzaje prac ale również wskazane były rodzaje materiałów/technologii, czy sposób realizacji danych prac, powyższe postanowienie jest logiczne, bowiem opis wraz z wyceną pozwala Zamawiającemu ustalić co zostało przez wykonawcę zaoferowane i czy jest to zgodne z wymaganiami Zamawiającego.

Dodatkowo Przystępujący w kosztorysie dla zadania *„Budowa drogi obsługującej tereny inwestycyjne w Pawłowicach”* w poz. 1 i 2 podał cenę 0,00 zł. Przystępujący wyjaśnił, że te pozycje zostały wycenione w ofercie w odniesieniu do całości zamówienia a kwoty wpisane do kosztorysu zostały powiększone o zysk Przystępującego. W ocenie Izby, Odwołujący również w tym zakresie podniósł zasadnie, że oferta Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia. Izba podziela argumentację Odwołującego przedstawioną na poparcie tej części zarzutu w uzasadnieniu odwołania. Ponadto wskazać należy, że zgodnie z §5 *„Wynagrodzenie Wykonawcy”* wzoru umowy: *„1. Wykonawcy przysługuje wynagrodzenie za wykonane roboty budowlane ustalone według kosztorysu ofertowego sporządzonego przez Wykonawcę (…)”*, zatem wycena ww. pozycji była istotna w kontekście rozliczenia realizacji zamówienia. Ponadto, zgodnie z rozdziałem VIII pkt 7 SWZ *„W cenie jednostkowej i cenie umieszczonej przy*

poszczególnych pozycjach przedmiaru robót powinny być zawarte wszystkie koszty niezbędne do wykonania robót (…)".

Należy podkreślić, iż wykonawca określa przedmiot swojego świadczenia w ofercie. Na etapie realizacji zamówienia świadczy to, co określa w ofercie. Przyjęcie odmiennego stanowiska za zasadne prowadziłoby do sytuacji, w której zamawiający świadomie wybiera ofertę niezgodną z SWZ, a na etapie zamówienia żądana realizacji zamówienia zgodnie z SWZ. Taki sposób rozstrzygania postępowań przetargowych uznać należy za niedopuszczalny. Nie tylko pomija on etap weryfikacji zgodność złożonych ofert przed wyborem oferty najkorzystniejszej, ale prowadzi do patowych sytuacji w zakresie przedmiotu świadczenia, jakie ma być wykonany w ramach zamówienia. Dodatkowo postępowanie takie narusza zasady wyrażone w treści art. 16 ustawy Pzp (*vide* wyroki w sprawach o sygn. akt KIO 40/22 i KIO 1115/22).

Odnosząc się do kwestii przeprowadzenia przez Zamawiającego procedury wyjaśniającej w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp Izba wskazuje, że co do zasady czynność odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp powinna zostać poprzedzona wezwaniem wykonawcy do wyjaśnienia kwestii wątpliwych w treści jego oferty. Jednak w zależności od udzielonej odpowiedzi zamawiający ma możliwość oceny, czy niezgodność oferty z warunkami zamówienia do jakiej doszło może zostać konwalidowana w trybie art. 223 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, czy też oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W okolicznościach tej sprawy, w ocenie Izby Odwołujący trafnie podniósł w uzasadnieniu zarzutu odwołania, że obydwaj Wykonawcy złożyli wyjaśnienia, w których potwierdzili, że wbrew opisom spornych pozycji uwzględnili w cenie zmiany wprowadzone przez Zamawiającego, dążąc tym samym do zmiany treści oferty. Obowiązkiem wykonawców zgodnie z rozdziałem VII pkt 9 SWZ, było uwzględnienie w cenie, jak również w opisach pozycji przedmiarowych, uszczegółowień lub zmian do pozycji przedmiaru, czego Przystępujący i wykonawca UDTM zaniechali.

Ponadto Izba zwraca uwagę, że zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty. W orzecznictwie Izby wskazuje się również, że *„(…) zastosowanie powyższego przepisu będzie uzasadnione, gdy cel wyjaśnień nakierowany będzie na dokonanie wykładni treści oświadczenia woli wykonawcy niejasnego dla zamawiającego. Zamawiający jest uprawniony zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w sytuacji powzięcia uzasadnionych wątpliwości przykładowo co do poprawności zaoferowania przedmiotu zamówienia. W tym znaczeniu wyjaśnianie treści oferty zmierza do wyeliminowania wewnętrznych sprzeczności. Niedozwolone jest w tym trybie uzupełnianie ofert, czy też negocjowanie ich treści, co w konsekwencji prowadziłoby do zmiany treści oferty. Wyjaśnienia powinny sprowadzać się do ustalenia, jak należy rozumieć treść zawartą w ofercie, a nie rozszerzać tą treść bądź ją ograniczać."* (*vide* wyrok z dnia 19 września 2024 r. sygn. akt KIO 3132/24).

Mając na uwadze powyższe, oceniając wezwanie skierowane przez Zamawiającego do Przystępującego i wykonawcy UTDM, w pierwszej kolejności Izba zwraca uwagę na sposób w jaki Zamawiający zadał pytania. Otóż nie były to pytania o charakterze otwartym, lecz Zamawiający zadał pytania w sposób sugerujący prawidłowe odpowiedzi, pytając wprost, czy sporne pozycje zostały wycenione zgodnie z odpowiedziami Zamawiającego. Niezależnie jednak od sposobu zadania pytania, nie ma wątpliwości że udzielone odpowiedzi prowadziły do zmiany treści spornych pozycji, a w konsekwencji do zmiany treści oferty. Pytania te nie zmierzały bowiem do wyjaśnienia treści oferty, zawartych w niej wątpliwości czy nieścisłości albo sprzeczności lecz do ustalenia, co w spornych pozycjach zostało zaoferowane mimo zawartych w nich opisów, a także mimo że okoliczności wskazywały że obaj wykonawcy nie zastosowali się do dyspozycji zawartej w rozdziale VII pkt 9 SWZ. Analogicznie sytuacja wygląda w przypadku pytania zawartego w pkt 2 wezwania z 6 lutego 2025 r. skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego. Pytanie to odnosiło się do kwestii wyceny przez Przystępującego pozycji 1 i 2 w kosztorysie *„Budowa drogi obsługującej tereny inwestycyjne w Pawłowicach"*, gdzie wpisana została cena i wartość 0,00 zł w obu ww. pozycjach. Treść pytania również nie jest zbyt fortunna.

W zakresie podniesionej przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie kwestii co do możliwości poprawienia spornych pozycji w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Izba wskazuje, że stanowisko to jest niezasadne z kilku powodów. Po pierwsze, mimo twierdzenia zawartego w odpowiedzi na odwołanie, w tym postępowaniu taka czynność nie miała miejsca. Nie jest dla Izby jasne z jakiego powodu Zamawiający na tym etapie postępowania tę kwestię podnosi. Po drugie, w ocenie Izby zaprezentowane stanowisko stanowi potwierdzenie, że Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę, która jest niezgodna z warunkami zamówienia. Po trzecie, niezgodność ta nie może w ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Zamawiającego zostać poprawiona w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, ponieważ jak wskazano wyżej, w zakresie poz. 28, 29, 47, 48, 49 dla zadania *„Budowa drogi obsługującej tereny inwestycyjne w Pawłowicach"*, oraz w zakresie poz. 48, 49, 93, 94, 95 i 178 dla zadania *„Przebudowa wraz z rozbudową odcinka ul. Mickiewicza w Pawłowicach"*, wiązało by się to z niedozwoloną zmianą treści oferty. Podobnie sytuacja wygląda w zakresie poz. 1 i 2 w kosztorysie dla zadania *„Budowa drogi obsługującej tereny inwestycyjne w Pawłowicach"*, gdzie Odwołujący trafnie wskazał, że Przystępujący potwierdził w wyjaśnieniach, że doszło do niezgodnego z SWZ

przeniesienia kosztów i zaniechania wyceny tych pozycji w sposób realny.

Wskazać należy, że wezwania skierowane do obu wykonawców nie obejmowały swoją treścią wszystkich pozycji objętych zarzutami odwołania. W tym miejscu, odnosząc się do stanowiska Zamawiającego, Izba wskazuje, że nie sposób wywodzić z udzielonych przez Przystępującego wyjaśnień, że obejmują one swoją treścią również poz. 178 skoro skierowane pytania wprost się do tej pozycji nie odnosiły. W ocenie Izby nie ma wątpliwości co do tego że wyjaśnienia odnoszą się tylko do zadanych Przystępującemu pytań.

Podsumowując tę część uzasadnienia, Izba wskazuje, że w okolicznościach tej sprawy zidentyfikowane przez Odwołującego w ofercie Przystępującego i wykonawcy UTDM nieprawidłowości stanowią o ich niezgodności z warunkami zamówienia, co powinno skutkować ich odrzuceniem na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Nienależnie od powyższego, Izba odnosząc się do wyrażonego przez Zamawiającego podczas rozprawy stanowiska co do braku wpływu na wynik zaniechania zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wskazuje, że stanowisko takie nie jest prawidłowe, bowiem w przypadku tego rodzaju omyłki wykonawca ma prawo nie wyrazić zgody na jej poprawienie. Stąd też dopiero dokonanie przez zamawiającego poprawy omyłki przy jednoczesnym wyrażeniu zgody przez wykonawcę lub zakwestionowaniu przez wykonawcę tej czynności, jest ostatecznym potwierdzeniem czy oferta podlega odrzuceniu z postępowania czy nie.

Odnosząc się do stanowiska Przystępującego wskazanego na stronie nr 3 pisma procesowego w zakresie bagatelności niezgodności w ofercie Przystępującego stanowiących niecałe 3% ceny oferty Przystępującego i wyrażających się w kwocie 291 458,24 zł przy cenie oferty 10 409 348,35 zł, w ocenie Izby nie ma znaczenia wartość spornych pozycji. Ustawa Pzp nie uzależnia bowiem stwierdzenia ewentualnej niezgodności treści oferty z dokumentami zamówienia od wartości, na jaką wycenia się część, co do której zachodzi ewentualna niezgodność. Nie zawsze również ocena możliwości poprawienia omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp musi odbywać się przez pryzmat wartości.

W zakresie podniesionej przez Strony i Przystępującego kwestii rozstrzygnięcia zapadłego w wyroku z dnia 27 sierpnia 2021 r., sygn. akt KIO 1962/21, Izba wskazuje że na tle rozpoznawanego w tej sprawie stanu faktycznego dokonała własnej oceny zaistniałych okoliczności.

Reasumując powyższe, odwołanie okazało się zasadne, co skutkowało jego uwzględnienie. Oferta Przystępującego oraz oferta wykonawcy UTDM w zakresie pozycji nr 28, 29, 47, 48, 49 dla zadania *„Budowa drogi obsługującej tereny inwestycyjne w Pawłowicach”*, oraz w zakresie poz. 48, 49, 93, 94, 95 i 178 dla zadania *„Przebudowa wraz z rozbudową odcinka ul. Mickiewicza w Pawłowicach”* są niezgodne z warunkami zamówienia, a oferta Przystępującego jest niezgodna również w zakresie poz. 1 i 2 dla zadania *„Budowa drogi obsługującej tereny inwestycyjne w Pawłowicach”* i jako takie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Z tego względu Izba uwzględniła odwołania i nakazała Zamawiającemu odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę ZISCO Bandura spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pawłowicach oraz oferty złożonej przez wykonawcę Jana Opitka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą U.J. z siedzibą w Chełmie Śląskim na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodnych z warunkami zamówienia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 związku z § 2 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:…….