

WYROK
z 26 maja 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: J.G.

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie 22 kwietnia 2025 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

Polinstal sp. z o.o. Krapkowice (KRS 0000624939), w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Gmina Nysa, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia:

W.A. A.K. Spółka Jawna Opole (KRS 0000425813)

orzeka:

- 1. Odrzuca** zarzuty dotyczące treści oraz zaniechania zmiany specyfikacji warunków zamówienia;
- 2. Uwzględnia** odwołanie w zakresie zarzutu odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia i nakazuje zamawiającemu:
 - 2.1.** Unieważnić czynność wyboru i oceny oferty najkorzystniejszej;
 - 2.2.** Unieważnić czynność odrzucenia oferty odwołującego;
 - 2.3.** Powtórzyć czynność oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 3. Oddala** odwołanie w pozostałym zakresie;
- 4.** Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego koszty: 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) wynagrodzenia i wydatków jednego pełnomocnika;
 - 4.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego 13 600 zł 00 gr (trzydzieści tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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:.....

Uzasadnienie

Gmina Nysa - Urząd Miejski w Nysie ul. Kolejowa 15, 48-300 Nysa (dalej zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. 2024 poz. 1320 ze zm.) (dalej Ustawa lub Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn.: „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej w rejonie ul. Sienkiewicza w Nysie”; Ogłoszenie o zamówieniu nr 2025/BZP 00144752/01 z 13 marca 2025 r. (dalej: Postępowanie). Zasady, warunki, kryteria ocen, opis przedmiotu zamówienia i postanowienia umowy na realizację zamówienia określa specyfikacja warunków zamówienia (dalej SWZ).

22 kwietnia 2025 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wniósł wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego POLINSTAL Sp. z o.o. z siedzibą w Krapkowicach ul. Opolska 79 a, 47-300 Krapkowice, KRS 0000624939 (dalej odwołujący).

24 kwietnia 2025 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca, którego oferta oceniona została jako najkorzystniejsza i W.A. A.K. Spółka Jawna z siedzibą w Opolu ul. Partyzancka 54A, 45-802 Opole, KRS 0000425813 (dalej: przystępujący), w związku z udostępnieniem przez zamawiającego kopii odwołania wraz z załącznikami za pośrednictwem poczty elektronicznej 23 kwietnia 2025 r. Wobec zgłoszenia przystąpienia w terminie i wypełnieniu przesłanek z art. 525 Pzp izba uznała przystąpienie za skuteczne.

Odwołanie wniesiono od niezgodnych z Pzp czynności zamawiającego polegających na:

- 1) wyborze oferty W.A., A.K. Spółka Jawna jako jedynej, nie podlegającej odrzuceniu i najkorzystniejszej, co stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w szczególności wskutek utrudniania innym przedsiębiorcom dostępu do rynku,
- 2) zaniechaniu uzyskania od odwołującego wyjaśnień co do treści złożonej oferty i braku poprawienia omyłki jaka się w niej znalazła w kosztorysie ofertowym w poz. 76 i 77 w trybie art. 223 ust. 1 i ust 2 pkt 3 PZP,
- 3) uznaniu, że oferta odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia i jej odrzuceniu na podstaw art. 226 ust 1 pkt 5 PZP,

4)braku opisanie w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń warunków zamówienia celem podania istotnych okoliczności mających mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz brak zmiany treści SWZ z uwagi na występowanie w niej sprzeczności jakie zostały wyjaśnione wskutek odpowiedzi/wyjaśnień udzielonych 28 marca 2025 roku,

5)wadliwym uznaniu, iż brak jest możliwości wezwania do poprawienia/uzupełnienia/ treści kosztorysu albowiem dotyczy to tylko podmiotowych środków dowodowych,

Odwołujący zarzucał zamawiającemu naruszenie:

1)art. 16 pkt 1 Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób przejrzysty i niezapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, w szczególności wskutek wyboru wykonawcy, który zaferował cenę wyższą niż odwołujący się i poprzez czyn nieuczciwej konkurencji polegający na wykluczeniu innych wykonawców w sposób niezasadny z dostępu do rynku,

2)art. 17 ust. 1 i 2 Pzp poprzez dokonanie wyboru wykonawcy który nie zapewnił najlepszej jakości robót budowlanych i zaniechania wyboru wykonawcy jaki gwarantował to oraz wskutek przeprowadzenia postępowania niezgodnie z przepisami Pzp a w tym uzyskanie najlepszych efektów zamówienia i obarczenie wykonawcy konsekwencjami błędów zawartych w dokumentacji przygotowanej przez zamawiającego,

3)art. 99 ust 1 i 2 w zw. z art. 101 ust 1 pkt 2 i 102 ust 1 pkt 8 i 13 Pzp oraz art. 134 ust 1 pkt 4 i 17 i art. 281 ust 1 pkt 5 i 16 Pzp, co nastąpiło wskutek braku dokonania opisu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych sformułowań, poprzez zamieszczenie w Przedmiarze Robót wskazania, iż krawężniki mają być betonowe zaś w opisie przedmiotu zamówienia zawartego w Dokumentacji Technicznej/SWZ informacji, iż mają być granitowe,

4)art. 137 i art. 286 Pzp wskutek braku poprawienia treści SWZ przed upływem terminu składania oferty wskutek dokonanych odpowiedzi /wyjaśnień z dnia 28 marca 2025 roku,

5)art. 128 Pzp co nastąpiło wskutek uznania iż kosztorys ofertowy nie stanowi dokumentu jaki może podlegać poprawieniu lub uzupełnieniu ponieważ nie stanowi podmiotowych środków dowodowych, podczas gdy przepis ten wyraźnie wskazuje, iż poprawienie/uzupełnienie lub złożenie dot. także innych dokumentów (a w tym przedmiotowych) jeśli zawierają błędy lub są niekompletne w konsekwencji czego nie nastąpiło wezwanie wykonawcy do poprawienia/uzupełnienia/wyjaśnienia złożonych dokumentów,

6)art. 223 ust. 1 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie uzyskania od odwołującego wyjaśnień w sprawie złożonej oferty w zakresie pozycji 76 i 77 kosztorysu tj. czy zawierają one wycenę krawężników betonowych czy też granitowych,

7)art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na uznanie iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, podczas gdy w rzeczywistości było odmiennie.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu: unieważnienie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty, powtórzenia czynności w postaci badania i oceny ofert, wyboru oferty najkorzystniejszej, oraz wezwanie odwołującego się do złożenia wyjaśnienia w zakresie materiału jaki został wyceniony w poz. 76 i 77 kosztorysu tj. czy dotyczy on krawężników granitowych ewentualnie poprawienie samodzielnie treści kosztorysu złożonego przez odwołującego się jako zawierające oczywistą omyłkę lub omyłkę z uwagi na treść wyjaśnień z 28 marca 2025 roku lub też wezwanie do poprawienia/uzupełnienia złożonych dokumentów.

Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania i wskazywał na spóźnienie zarzutów kierowanych przez odwołującego w stosunku do treści SWZ. Przystępujący popierał stanowisko zamawiającego.

Izba stwierdza w zakresie zarzutów odnoszących się do treści SWZ, w tym również zaniechania zmiany SWZ, że zostały złożone z uchybieniem terminu, o którym mowa w art. 515 ust. 1 pkt 2) lit. a, ust. 2 pkt. 2) oraz ust. 3 pkt 2) Ustawy, co przesądza o ich odrzuceniu w oparciu o art. 528 pkt 3) Ustawy.

W zakresie pozostałych zarzutów izba stwierdza, że nie podlegają odrzuceniu na podstawie art. 528 Ustawy. Izba uznała, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia i możliwość poniesienia szkody jako przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 505 ust. 1 Ustawy.

Izba mając na uwadze zebrany w sprawie materiał dowodowy uwzględniła zarzut naruszenia Ustawy wobec odrzucenia oferty odwołującego przez zamawiającego z uwagi na to, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia i w konsekwencji zarzut wynikowy niezgodnego z Ustawą dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Izba stwierdziła, że w zakresie opisanym decyzją o odrzuceniu oferty stanowisko zamawiającego nie znajdowało oparcia w dokumentach zamówienia i przywołanych przepisach Ustawy.

W pozostałym zakresie izba uznała, że zarzuty nie znajdują oparcia w zebranych materiałach dowodowych i oddaliła pozostałe zarzuty.

Odwołanie sprowadzało się do wskazania, że: „W dniu 17 kwietnia 2025 roku Zamawiający - Gmina Nysa poinformował o wyborze oferty na zadanie pn. „Uporządkowanie gospodarki wodno-ściekowej w rejonie ul. Sienkiewicza w Nysie” podmiotu W.A., A.K. Spółka Jawna jako najbardziej korzystnej. Odwołujący się, mimo iż złożył najkorzystniejszą cenowo

ofertę, ostatecznie został odrzucony albowiem jego oferta miała nie odpowiadać warunkom wskazanym w SWZ. Spowodowane to było okolicznością, iż w poz. 76 i 77 kosztorysu ofertowego Odwołujący wskazał, iż wyceniany materiał to krawężniki betonowe podczas gdy zgodnie z treścią wyjaśnień Zamawiającego z dnia 28 marca 2025 roku chciał on otrzymać granitowe. Stąd spowodowało to odrzucenie oferty Odwołującego się tak samo jak innych podmiotów i wybór oferty W.A., A.K. Spółka Jawna.

Odwołujący się wskazuje, iż w jego opinii Zamawiający nie ma racji a jego działanie było wadliwe. Wskazuje, iż z uwagi na przedłożenie wzoru kosztorysu przez Zamawianego, która stanowiła element dokumentacji przetargowej i sformowaniu/narzuceniu sformułowania odpowiednich w nim pozycji, Wykonawca nie był w stanie sam zmienić pozycji kosztorysowych. Swym działaniem musiał dopasować się do treści wydanego mu dokumentu i stanowiska Zamawiającego wyrażonego w wyjaśnieniach z dnia 28 marca 2025 roku. Stąd nie nastąpiło poprawienie nazwy /sformowania pozycji w pkt 76 i 77 ale w cenie nastąpiło ujęcie materiał w postaci granitu. Potwierdzeniem właściwości działania Odwołującego się jest okoliczność, iż i inne firmy/podmioty jakie miały wyższe ceny ofertowe postąpiły tożsamo. Każdy bowiem wiedział, iż ma wycenić granit i taką cenę materiału w kosztorysie podał. Stąd niewłaściwie Zamawiający uznał, iż kosztorys nie odpowiada SWZ a ofertę należy odrzucić.

Odwołujący się podnosi, iż Zamawiający :

- po pierwsze, winien w sposób prawidłowy sformułować postanowienie SWZ i dokumenty przetargowe jakie następnie miał wykorzystać Wykonawca. Powinno to nastąpić w sposób jednoznaczny i zrozumiały. W dokumentacji zaś powstały rozbieżności pomiędzy Dokumentacją Techniczną oraz Specyfikacją Warunków Zamówienia a Przedmiotem Kosztorysowym. W jednym dokumencie bowiem znalazło się wskazanie, iż zastosowany materiał to krawężnik granitowy a w drugim, iż ma być betonowy. W konsekwencji jeden z Wykonawców zwrócił się z odpowiednim zapytaniem,

-po drugie, Zamawiający wskutek zaistniałego błędu winien poprawić przygotowane przez siebie wcześniej dokumenty do postępowania by nie zawierały sformułowań w pozycjach 76 i 77 kosztorysu jakie nie są wyrazem jego stanowiska/potrzeb,

-po trzecie, z uwagi na treść wyjaśnień Zamawiającego z dnia 28 marca 2025 roku w jakich to wskazano, iż wycenie ma podlegać granit, uznać należy, iż wśród Wykonawców była powszechna wiedza, iż taki materiał należy wycenić. Potwierdza to cena podana w kosztorysie albowiem jest znacznie wyższa niż w przypadku betonu. Jeśli w tym zakresie Zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości co do wyceny, to winien w trybie art. 128 oraz 223 PZP skierować do Wykonawcy odpowiednie zapytanie i poprawić omyłkę /złożyć wniosek o poprawienie/ uzupełnienie kosztorysu. Sam bowiem Wykonawca nie był w stanie tego uczynić. W niniejszym zakresie błędne jest stanowisko Zamawiającego, iż na podstawie art 128 PZP nie może tego uczynić. Przepis ten bowiem mówi min. o błędach i niekompletności w innych dokumentach oferty. Można wówczas wezwać do ich poprawienia/uzupełnienia przez Wykonawcę. Nadto art. 223 PZP stanowi, iż Zamawiający może żądać od Wykonawcy wyjaśnień dot. treści złożonej oferty lub dokumentów w niej zawartych mogąc ostatecznie sam je poprawić jeśli są oczywiste lub nie powodują istotnych zmian w ofercie. W okolicznościach niniejszej sprawy trudno uznać by treść oferty wskutek ewentualnie dokonanej zmiany uległa istotnej zmianie albowiem z uwagi na stanowisko Zamawiającego należało wycenić granit, co też uczyniono,

-po czwarte, podnieść należy, iż odrzucenie oferty Odwołującego się nastąpiło wskutek błędu w postępowaniu Zamawiającego. Wykonawca zaś nie może ponosić konsekwencji niewłaściwego działania Inwestora. Niemożliwym było bowiem dokonanie poprawy przygotowanego przez niego kosztorysu jaki w odpowiedniej pozycji zawierał krawężnik betonowy. By to uczynić Zamawiający winien poprawić sformułowanie odpowiedniej pozycji na poprawną. Bez dokonania tego Wykonawca sam nie mógł dokonywać zmiany dokumentu jaka stanowiła element przygotowanej przez Zamawiającego dokumentacji przetargowej ,

-po piąte, błąd w działaniu Zamawiającego i odrzucenie min. oferty Odwołującego spowodowało, iż została wybrana oferta droższa a właściwie najdroższa. Takie działania niewątpliwie nie jest zgodne z potrzebą uzyskania najlepszych efektów zamówienia, nastąpiło nie po przeprowadzeniu postępowania w sposób przejrzysty celem uzyskania najlepszej jakości robót, zgodnie z przepisami Ustawy z obarczeniem Wykonawcy błędami w dokumentacji,

- po szóste, wskazać należy, iż umowa zawiera wynagrodzenie ryczałtowe, a pozycje związane z położeniem krawężnika granitowego są elementem tego wynagrodzenia, nie powodujące jego zwiększenia.”

Strony i uczestnik powoływali się na dokumenty zamówienia, w szczególności SWZ, w tym opis przedmiotu zamówienia (OPZ) i przedmiar ofertowy, oraz udzielone do treści SWZ wyjaśnienia, ofertę odwołującego wraz z kosztorysem ofertowym, korespondencję zamawiającego i odwołującego w przedmiocie środków dowodowych, decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego.

Izba w oparciu o dokumenty zamówienia ustaliła bezsporne okoliczności, że:

- 1.W Postępowaniu złożonych zostało 5 ofert, z których cztery zostały odrzucone, w tym oferta odwołującego z ceną ofertowa niższą od ceny oferty przystępującego;

2.Zgodnie z SWZ rozdział 5 Nazwa i opis przedmiotu zamówienia pkt. 2. Kosztorysy ofertowe. Zamawiający oczekiwał, że:

Każdy Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do oferty - kosztorys ofertowy.

Kosztorysy ofertowe należy sporządzić zgodnie z przedmiarem robót, zachowując kolejność pozycji przedmiaru. Kosztorysy ofertowe muszą być sporządzone jako wypełnienie przedmiaru, z tym, że dopuszcza się zastosowanie innej katalogowej podstawy wyceny niż podana w przedmiarze - zakres i technologia wycenionych robót musi (!) odpowiadać zakresowi i technologii robót określonych w danej pozycji przedmiaru.

Błędne wpisanie w kosztorysie ofertowym innej ilości robót niż to określono w przedmiarze robót, nie będzie powodowało odrzucenia oferty. Zastosowanie będą tu miały przepisy art. 223 ustawy Pzp.

Błąd w kosztorysie ofertowym polegający na pominięciu pozycji przedmiaru (w tym także wprowadzonych ewentualnymi zmianami i wyjaśnieniami treści SWZ), nie będzie stanowić błędu, który można poprawić na podstawie art. 223 ust. 2 pkt. 3 Pzp. **Błąd taki będzie stanowić o niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji warunków zamówienia,** a oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust.1 pkt.5 Pzp. - treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Oferty można składać załączając kosztorysy szczegółowe lub uproszczone.

W przypadku przedłożenia oferty z załączeniem kosztorysu uproszczonego należy dołączyć wykaz materiałów i sprzętu (wszystkich występujących w kosztorysie) z podaniem cen jednostkowych oraz podać wartości innych składników cenotwórczych: robocizna, koszty ogólne, koszty zakupu, zysk.

Brak (!) w kosztorysie ofertowym wykazu materiałów i sprzętu (wszystkich (!) występujących w kosztorysie) oraz innych składników cenotwórczych: robocizna, koszty ogólne, koszty zakupu, zysk - nie będzie stanowić błędu, który można poprawić na podstawie art. 223 ust. 2 pkt. 3 Pzp. **Brak taki będzie stanowić o niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji warunków zamówienia,** a oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust.1 pkt.5 Pzp. - treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Można stosować upusty cenowe do całego kosztorysu. W przypadku zastosowania upustu do całego kosztorysu należy to wyraźnie zaznaczyć na stronie tytułowej kosztorysu.

Zamawiający dopuszcza oferowanie materiałów lub rozwiązań równoważnych pod warunkiem, że zagwarantują one realizację robót zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz zapewnią uzyskanie parametrów nie gorszych od założonych.

Jeżeli w dokumentach udostępnionych przez Zamawiającego wskazane są znaki towarowe, patenty, technologie lub źródła pochodzenia materiałów służących do realizacji przedmiotu zamówienia - wszystkie takie nazwy każdorazowo należy czytać z klauzulą „lub równoważne” o takich samych lub nie gorszych parametrach technicznych, jakościowych, funkcjonalnych oraz estetycznych, a Wykonawca w takiej sytuacji może zastosować rozwiązania równoważne.

Obowiązek ewentualnego udowodnienia porównywalności cech jakościowych proponowanych do zastosowania rozwiązań równoważnych ciąży na Wykonawcy.

Podstawą porównania będą parametry jakościowe określone w polskich normach, atestach, certyfikatach, aprobaty technicznych, specyfikacjach technicznych, itp.

Zastosowane materiały mają posiadać odpowiednie certyfikaty, aprobaty techniczne lub deklaracje zgodności dopuszczające do stosowania w budownictwie i atesty.

Obsługę geodezyjną, opłaty za zajęcie pasa drogowego, przywrócenie pasa drogowego do stanu pierwotnego oraz ewentualne odszkodowania należy ująć w kosztach wykonania robót. W zakresie Wykonawcy jest również opracowanie projektów organizacji ruchu na czas budowy i uzyskanie decyzji zatwierdzających.

W zakresie Wykonawcy jest wykonanie dokumentacji geodezyjnej powykonawczej (w 4-ch egz.) zgodnie z Art. 57 ustawy Prawo budowlane. Inwentaryzację należy wykonać wraz z zestawieniem ilości wszystkich robót (powierzchnia wykonanych dróg, chodników i wjazdów, długość wykonanej drogi, długość kanalizacji - sieć, przyłącza, ilość studni i inne).

Koszty utylizacji ziemi i gruzu na składowisku odpadów należy udokumentować poprzez przedłożenie inspektorowi nadzoru i wskazanemu w umowie inspektorowi Urzędu Miejskiego oryginałów faktur. W przypadku braku udokumentowania utylizacji ziemi i gruzu z wykopu Wykonawca otrzyma zapłatę za wywóz ziemi i gruzu na odległość do 1,0 km bez kosztów utylizacji”.

3.Zgodnie z SWZ rozdział 12 Opis sposobu przygotowania oferty (zaznaczenia własne izby): pkt 1. „ (...)Treść oferty musi odpowiadać treści SWZ”; pkt 2 „Wraz z ofertą wykonawca jest zobowiązany złożyć: (...) kosztorys ofertowy”;

4.Zgodnie z SWZ cena ofertowa jest ceną ryczałtową;

5. Przedmiar stanowi załącznik do SWZ;

6. W Przedmiarze zamawiający w pozycji 76 i 77 wskazał KNR 2-310403-03 i KNR 2-310403-05 oba dotyczyły pozycji D-08.01.02-KR (błędnie wskazanej w przedmiarze jako 01) charakterystyczne dla prac realizowanych z materiałów betonowych i umieszczonych w **pozycji przedmiaru 1.1.8. zatytułowanej: „OBRZEŻA BETONOWE”** obejmującej szereg pozycji, gdzie w kolumnie opis i wyliczenia wskazał, w obu pozycjach, że dotyczą one: „**Krawężniki betonowe (...) na podsypce cementowo – piaskowej (1:4) gr. 3 cm**” i ilości odpowiednio 430 i 141; przedmiar wskazywała także w pozycjach 6 KNR dla prac polegających na „rozebranie **krawężników kamiennych** – 50% krawężników z rozbiórki do ponownego wbudowania w obrzeże” 570 m

7. Jednocześnie zamawiający na pytanie wykonawcy (zaznaczenia własne izby): „**Proszę o wyjaśnienie poz. 6 przedmiaru dotyczącej wykorzystania krawężników kamiennych do ponownego wbudowania jako obrzeża.**” 28 marca 2025 r. udzielił odpowiedzi: „**Przyjęto około 50% krawężników kamiennych do odzysku i wykorzystania jako krawężniki nie obrzeża.** Zgodnie z pkt 5. OPISU TECHNICZNY DO PROJEKTU ZAGOSPODAROWANIA TERENU - projekt budowlany - branża drogowa - OGÓLNY OPIS ZASTOSOWANIE WYROBÓW I MATERIAŁÓW BUDOWLANYCH należy wbudować:

5.2. KRAWĘŻNIKI KAMIENNE - krawężniki wykonać zgodnie ze specyfikacją D-08.01.02 oraz

z wytycznymi wybranego producenta. W drogach gminnych zastosowano krawężniki kamienne 15x 30 x 100 cm. Do wykonania ław pod krawężniki należy stosować, dla ławy betonowej - beton klasy B 15 wg PN-B-06250, którego składniki powinny odpowiadać wymaganiom specyfikacji.

5.8. ROZBIÓRKA ELEMENTÓW DRÓG - w ramach przedmiotowej inwestycji planuje się rozebrać:

krawężniki, obrzeża, asfalt, kostkę betonową, ściek przykrawężnikowy, krawężniki.

Przedmiotowe prace należy wykonać zgodnie ze specyfikacją D-01.02.04 Planowane powierzchnie elementów pasa drogowego przeznaczone do rozbiórek:

- krawężnik kamienny w 50 % do ponownego wykorzystania 570,0 m.

W związku z powyższym w przedmiarze robót w pozycjach 76 i 77 należy przyjąć (!) materiał kamienny zgodnie ze specyfikacją D-08.01.02.”

8. Wszyscy wykonawcy sporządzili kosztorysy ofertowe w oparciu o edytowalny przedmiar będący załącznikiem do SWZ;

9. W 2 z 5 ofert wykonawcy w kosztorysach ofertowych w pozycjach 76 i 77 dokonali zmiany poprzez dopisanie do KNR dedykowanego pracom z materiału betonowego, czyli o treści z pierwotnego przedmiaru, dopisku wskazującego na wolę zastosowania materiału kamiennego (przystępujący nie zmieniając KNR dopisał w obu pozycjach w kolumnie opis: „krawężnik kamienny” a Budownictwo Dróg i Mostów sp. z o.o. nie zmieniając KNR zamiast betonowe w opisie wpisało „Kamienne”); Odwołujący nie dokonał żadnych modyfikacji przedmiaru i złożył kosztorys cenowy także w zakresie pozycji 76 i 77 przedmiaru o treści odpowiadającej zredagowanej przez zamawiającego uzupełniając jedynie ceny jednostkowe i łączne odpowiednio 173,85 zł za m (łącznie 74.755,50 zł) dla pozycji 76 i 168,51 zł za m (łącznie 23.759,91 zł) dla pozycji 77;

10. Przystępujący wskazał porównywalne z cenami ceny dla pozycji 76 i 77 (odpowiednio: 69.328,90 zł i 21.619,53 zł) podczas gdy wykonawca Budownictwo Dróg i Mostów sp. z o.o. wskazało ceny niższe;

11. Wskazanie woli zrealizowania prac w pozycjach 76 i 77 z wykorzystaniem materiału kamiennego do istniejącego pierwotnie w przedmiarze KNR powodował niezgodność wewnętrzną pozycji 76 i 77, który w tych pozycjach wskazywał KNR określający koszty wykonania krawężników z materiałów betonowych i jednocześnie, że wykonany zostanie z materiałów kamiennych, co opisywane jest innym KNR (co izba ustaliła w oparciu o oświadczenia świadka i odwołującego złożone na rozprawie, którym nie zaprzeczył zamawiający ani przystępujący);

12. Zamawiający 17 kwietnia 2025 r. odrzucił oferty, w tym ofertę odwołującego ze względu na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia (zaznaczenia własne izby): „Zamawiający odrzucił ofertę Wykonawcy na podstawie art.226 ust.1 pkt 5) ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp.) - z uwagi na fakt, iż treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. Po analizie kosztorysu ofertowego Wykonawcy, Zamawiający stwierdził, iż w pozycjach kosztorysu ofertowego nr 76 i 77 w opisie występuje krawężnik betonowy, natomiast zgodnie z wyjaśnieniami treści SWZ z dnia 28 marca 2025 r. (zamieszczonymi na stronie prowadzonego postępowania), w przedmiarze robót w pozycjach 76 i 77 należało przyjąć materiał kamienny zgodnie ze specyfikacją D-08.01.02. Treść wyjaśnień (stanowiącą integralną część SWZ) Wykonawca miał uwzględnić przy sporządzaniu i składaniu ofert. W kosztorysie ofertowym w pozycji 76 i 77 jak i w zestawieniu materiałów, Wykonawca nie uwzględnił zmiany materiału. Powyższy błąd świadczy o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji warunków zamówienia tj. z warunkami zamówienia. Tak jak Zamawiający wskazał w punkcie 4.2 SWZ „Błąd w kosztorysie ofertowym polegający na pominięciu pozycji przedmiaru (w tym także

wprowadzonych ewentualnymi zmianami i wyjaśnieniami treści SWZ.), nie będzie stanowić błędu, który można poprawić na podstawie art. 223 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Błąd taki będzie stanowić o niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji warunków zamówienia, a oferta zostanie odrzucona na podstawie art. 226 ust.1 pkt.5 Pzp. - treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zważywszy na treść art. 7 pkt 29) Pzp., zgodnie z którym „Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o warunkach zamówienia - należy przez to rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego”, należy stwierdzić, że z punktu 4.2 SWZ, w którym określono sposób sporządzenia kosztorysu ofertowego, wynikają warunki dotyczące postępowania, które stanowią warunki zamówienia, o których mowa zarówno w art.7 pkt 29) Pzp., jak i w art.226 ust.1 pkt.5) Pzp. W przypadku gdy treść kosztorysu ofertowego stanowi treść oferty, a kosztorys zawiera błędy, występuje niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, o której mowa w art.226 ust.1 pkt 5) Pzp. Ponadto należy podkreślić, iż kosztorys ofertowy nie stanowi dokumentów, które mogą podlegać poprawieniu lub uzupełnieniu w trybie art.128 ust. 1 Pzp., ponieważ nie jest to podmiotowy środek dowodowy potwierdzający spełnianie wymagań określonych przez Zamawiającego, w rozumieniu art.57 pkt.2) ustawy Pzp. Wymagania sprecyzowane w SWZ są wiążące nie tylko dla Wykonawców, ale także dla Zamawiającego, dlatego też przy ocenie treści ofert, Zamawiający porównuje ich treść do jasnej i klarownej SWZ. Niedozwolone jest odstępowanie od wymogów określonych w SWZ przy dokonaniu oceny ofert. Wobec powyższego na podstawie art.226 ust.1 pkt.5) ustawy Pzp., Zamawiający odrzuca ofertę z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia w sytuacji niezgodności zobowiązania Wykonawcy ze świadczeniem określonym przez Zamawiającego, co wyżej wykazano.”

Odwolujący złożył dodatkowo wniosek o przeprowadzenie dowodu z:

- zeznań świadka Sebastiana Pandel – pracownika odwołującego, pełniącego funkcje kierownika budowy, w tym również mającego je pełnić przy realizacji przedmiotu zamówienia , który zeznał, że materiał kamienny został ujęty w ofercie zgodnie z oczekiwaniem i wyjaśnieniami zamawiającego z 28 marca 2025r., wycenie w pozycjach 76 i 77 kosztorysu ofertowego podlegał materiał kamienny (krawężniki granitowe), wyjaśnienia odwołujący rozumiał jako polecenie wyceny materiału granitowego, ale bez zmiany treści kosztorysu, której treść określił zamawiający i który w tych pozycjach podał KNR dla krawężników betonowych, w innym postępowaniu oferta odwołującego została odrzucona w podobnej sytuacji, bo samodzielnie zmienił brzmienie KNR innym, z pytaniem do Han Bruk o ofertę krawężników granitowych dla Postępowania zwrócił się dział przygotowania produkcji w związku z udzielonymi 28 marca 2025r wyjaśnieniami zamawiającego i cena z tej oferty została uwzględniona w skorygowanym w tym zakresie kosztorysie ofertowym, ceny krawężników betonowych są dużo tańsze (około 1/3 ceny krawężników granitowych) i wcześniej kosztorys ofertowy obejmował wycenę tych tańszych materiałów, według niego SWZ, w szczególności pkt 5 ust 2 kosztorysy ofertowe nie dawał wykonawcom możliwości zastępowania KNR z przedmiaru innym;
 - dokumentu: oferta dostawcy Han Bruk z 29 marca 2025 r. dla odwołującego dot; Uporządkowania gospodarki wodno – ściekowej w rejonie ul. Sienkiewicza w Nysie ważnej do 9 maja 2025 r. na krawężniki granitowe 15x30 za 122,34 zł netto m w ilości 430m, krawężników granitowych 15x22 za 92,55 zł netto m w ilości 96m, kostki granitowej 10x10x8 góra płomień za 255,31 zł netto w ilości 193m, transport do Nysy 24t bez rozładunku w ilości 5 za 1200 zł netto sztuka.
- Izba dała wiarę zeznaniom świadka i ofercie Han Bruk mając na uwadze ich spójność z dokumentacją zamówienia, w tym w zakresie dat i treści oraz zasad doświadczenia życiowego, oponenti procesowi nie podważali dowodów.

W oparciu o powyższe izba ustaliła, że:

13.dowód z dokumentu potwierdza, że cena z oferty na krawężniki granitowe jest niższa od ceny oferowanej w pozycjach kosztorysowych 76 i 77, a w świetle wyjaśnień odwołującego oraz zeznań świadka, że oferta Han Bruk pozyskana została przez odwołującego przed złożeniem oferty w związku z odpowiedzią zamawiającego na pytanie nr 1 z 28 marca 2025r. w celu zrewidowania kosztorysu i że cena kosztorysu ofertowego odwołującego z pozycji 76 i 77 skalkulowana została i obejmowała dostawę produktu zgodnego z oczekiwaniem zamawiającego tj. krawężników granitowych a nie betonowych.

Izba stwierdza, że:

Zgodnie z art. 16 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 ust. 1 Ustawy: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny. Równe traktowanie nie jest celem samym w sobie, lecz instrumentem rozpatrywanym w świetle rezultatów, do jakich ma doprowadzić. Wymaga, by porównywalne sytuacje nie były traktowane w sposób odmienny, a sytuacje odmienne nie były traktowane w sposób identyczny, chyba że takie traktowanie jest obiektywnie uzasadnione. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt. 5 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli treść oferty jest sprzeczna z warunkami zamówienia.

Niezgodność z warunkami zamówienia polega na przedstawieniu oferty przez wykonawcę. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Niezgodność ta musi mieć charakter zasadniczy oraz nieusuwalny, a to ze względu na przewidziany w art. 223 ust. 1 i 2 obowiązek zamawiającego polegający na wezwaniu do złożenia wyjaśnień, w przypadku wątpliwości, co do treści oferty lub/ oraz poprawieniu w ofercie omyłek także tych polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Niezgodność powinna dotyczyć sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentach zamówienia oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę, bądź może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami dokumentów zamówienia, dotyczącymi zwłaszcza sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania ofertowego, a więc wymaganiami co do treści oferty, a nie wymaganiami, co do jej formy. **W świetle art. 226 ust. 1 pkt. 5 zamawiający uprawniony jest do odrzucenia oferty, wyłącznie jeżeli możliwe jest uchwycenie określonej niezgodności pomiędzy ofertą wykonawcy lub jego określonym oświadczeniem / informacją a warunkami zamówienia, które zostały skonkretyzowane, skwantyfikowane i jednoznacznie ustalone przez zamawiającego lub wynikają z przepisu prawa, który stosuje się do wykonawcy. Podnoszona rozbieżność nie może budzić wątpliwości. Zamawiający nie może też wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy z faktu niespełnienia przez niego wymagań, których w dokumentach zamówienia jednoznacznie nie określono. Zasadą jest, że nieprecyzyjne postanowienia SWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców.**

Na obecnym etapie postępowania jakakolwiek zmiana warunku udziału w postępowaniu jest niedopuszczalna. Taką zmianą jest dokonanie wykładni warunku pozostającej w sprzeczności z brzmieniem postanowienia SWZ. Zmiana treści warunków zamówienia prowadzi do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Interpretacja treści SWZ oparta na niewyraźnej brzmieniem SWZ intencji zamawiającego nie jest dozwolona.

W ocenie izby przywołana w uzasadnieniu odrzucenia oferty treść SWZ a także wyjaśnienia z 28 marca 2025 r. nie pozwalają na wyinterpretowanie jednoznacznego obowiązku wykonawców korygowania treści dokumentów zamówienia, w tym w szczególności przedmiaru, który uzupełniony o ceny jednostkowe i łączne stanowić miał kosztorys ofertowy w zakresie punktu 76 i 77 przedmiaru. SWZ wskazuje bowiem w szczególności „kosztorys należy sporządzić zgodnie z przedmiarem robót” „Kosztorysy muszą być sporządzone jako wypełnienie przedmiaru, z tym że dopuszcza się zastosowanie innej katalogowej podstawy wyceny niż podana w przedmiarze”).

Pojęcie „zastosowanie” nie jest jednoznaczne z „poprawienie” „wpisanie” „zastąpienie”. Zgodnie ze słownikowym – Słownik Języka Polskiego PWN - znaczeniem oznacza po prostu „użyć czegoś w jakiejś sytuacji”. Także w udzielonych wyjaśnieniach trudno doszukiwać się wprowadzenia przez zamawiającego jednoznacznego obowiązku skorygowania treści przedmiaru czy też kosztorysu i w konsekwencji podstawy dla odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia. W ocenie izby nie może stanowić o powstaniu takiego obowiązku sformułowanie „W związku z powyższym w przedmiarze robót w pozycjach 76 i 77 należy przyjąć materiał kamienny zgodnie ze specyfikacją D-08.01.02.”. Pojęcie „przyjąć” zgodnie z definicją słownikową - Słownik języka polskiego PWN oznacza: 1. «stać się odbiorcą jakiejś rzeczy, informacji, wypowiedzi»

2. «zapewnić komuś gdzieś pobyt, ulokować kogoś u siebie»
3. «dać komuś pracę u siebie; też: uczynić kogoś członkiem jakiejś społeczności»
4. «zgodzić się na rozmowę z kimś, wizytę kogoś»
5. «zgodzić się na coś, uznać coś za odpowiednie»
6. «zareagować na coś, potraktować kogoś, coś w określony sposób»
7. «uznać coś za podstawę rozważań lub działań»
8. «podjąć kogoś jako gościa»
9. przyjmować «podejmować u siebie gości, wydawać przyjęcia»
10. przyjmować «mieć ustalone godziny przyjęć, udzielania porad, audjencji»
11. «podjąć się pełnienia obowiązków, wykonania pracy itp.»
12. «wchłonać, przyswoić, absorbować»

Powyższe, wobec postępowania się przez zamawiającego pojęciami o charakterze imperatywnym „należy sporządzić”, „muszą być sporządzone” dla wskazania sposobu, w jakim sporządzony ma zostać kosztorys ofertowy jako zgodny z brzmieniem przedmiaru nie pozwala na uznanie zachowania wykonawcy polegającego na przedłożeniu kosztorysu ofertowego odpowiadającego treściowo w zakresie pozycji 76 i 77 przedmiarowi za sprzeczne z warunkami zamówienia

i potwierdzającego wolę zaferowania realizacji roboty w zakresie pozycji 76 i 77 z wykorzystaniem materiału niezgodnego z oczekiwanym przez zamawiającego. Tutaj wobec jednoznacznego wskazania, jakiego materiału oczekuje zamawiający w wyjaśnieniach oraz wiarygodnego, w ocenie izby, wyjaśnienia rzeczywistej woli i treści oferty przez wykonawcę, spójnego z okolicznościami sprawy i znajdującym uzasadnienie w złożonych przez odwołującego dowodach.

Reasumując: treść przedmiaru ustalona została przez zamawiającego; zamawiający w przedmiarze dla pozycji 76 i 77 wskazał pozycje KNR dla krawężników betonowych a jednocześnie w dokumentacji projektowej SWZ i udzielając wyjaśnień wyraźnie wskazał, że w pozycjach 76 i 77 przedmiaru wykonawcy przyjąć mają materiały kamienne zgodnie ze wskazaniem specyfikacji; zamawiający zgodnie z SWZ rozdział 5 punkt 2 oczekiwał złożenia kosztorysów ofertowych sporządzonych zgodnie z przedmiarem robót; wykonawca złożył ofertę wraz z kosztorysem ofertowym o treści zgodnej z przedmiarem zamawiającego deklarując wolę wykonania zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia, a więc również zgodnie z SWZ uwzględniającym udzielone wyjaśnienia; zamawiający nie wskazał ani nie wykazał okoliczności potwierdzających, że wolą wykonawcy było zaferowanie i wycena produktu innego niż oczekiwany przez zamawiającego w pozycjach 76 i 77, ani że treść SWZ jest takiego rodzaju, że nakładała na wykonawcę jednoznaczny obowiązek jego skorygowania, co do pozycji 76 i 77, których realna treść wynika z dokumentacji projektowej SWZ i wyjaśnień; jednocześnie odwołujący wykazał, że jego wolą było złożenie oferty zgodnej z SWZ, w tym także z uwzględnieniem wyjaśnień zamawiającego i zaferowanie i wycena krawężników kamiennych.

Stąd izba uznała, że odrzucając ofertę zamawiający naruszył Ustawę i uwzględniła w tym zakresie odwołanie. Izba nie znalazła, wobec treści SWZ i kosztorysu ofertowego oraz ustalonego stanu faktycznego podstaw do uwzględnienia pozostałych zarzutów. W ocenie izby złożenie formularza ofertowego w zakresie pozycji 76 i 77 zgodnego z brzmieniem dokumentu źródłowego przedmiaru i okoliczności sprawy nie mogło być ocenione jako omyłka w rozumieniu art. 223 ust. 2, w szczególności inna. Brak też, wobec wykazania rzeczywistej woli wykonawcy złożenia oferty zgodnej w zakresie pozycji 76 i 77 z SWZ, w świetle dowodów, podstaw do uznania potrzeby wzywania odwołującego do wyjaśnień treści oferty w oparciu o art. 223 ust. 1 Pzp. Tutaj izba wskazuje także, że podstawą wezwania nie mógłby być art. 128 Pzp jako odnoszący się do innej kategorii oświadczeń, niż oferta sensu stricto w tym również kosztorys ofertowy.

Izba wskazuje, że niezależnie od ciężaru dowodowego, każda ze stron na etapie postępowania odwoławczego ponosi konsekwencje przyjętej taktyki dowodowej, w tym przedstawiania dowodów na potwierdzenie faktów, z których wywodzi skutki prawne jak również dowodów zaprzeczających twierdzeniom strony przeciwnej. Izba wskazuje również, że w świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu” zaś „Odwołanie zawiera: (...) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności”. W niniejszej sprawie odwołanie zawierało uzasadnienie faktyczne i wnioski dowodowe, które pozwoliły na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania zamawiającego w zakresie nieuprawnionego odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

Orzekając o kosztach w oparciu o przepis art. 557 oraz art. 574 Ustawy a także mając na uwadze § 7 ust. 5 i w oparciu o § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437) . Izba odstąpiła od rozdzielenia kosztów w sposób, o którym mowa w ust. 1 pkt 3 oraz ust. 2-4 § 7 wobec uwzględnienia zarzutu najdalej idącego. Stąd izba obciążyła zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego w całości.

Przewodnicząca: