

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 30 maja 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2025 r. przez **wykonawcę STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Gminę Starachowice** przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – **wykonawcy BUDROMOST-STARACHOWICE sp. z o.o. z siedzibą w Wąchocku**

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawcę STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie tytułem 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 1705/25

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Starachowice - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2024 r., poz. 1320 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „Przebudowa ulicy Sadowej w Starachowicach: Etap I: „Przebudowa ulicy Sadowej w Starachowicach” Etap II: „Modernizacja mostu na rzece Kamiennej w ciągu ul. Sadowej w Starachowicach”, numer referencyjny: ZP.271.6.2025.PMag.Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 marca 2025 r., numer publikacji ogłoszenia: 2025/BZP 00138885/01.

W dniu 30 kwietnia 2025 r. odwołanie wniósł wykonawca STRABAG sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

- 1) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę BUDROMOST-STARACHOWICE sp. z o.o. z siedzibą w Wąchocku (dalej jako „Wykonawca” lub „Budromost” lub „Przystępujący”) pomimo, że treść oferty złożonej przez Budromost jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 2) dokonania wyboru oferty Budromost jako najkorzystniejszej w tym postępowaniu, pomimo że oferta tego Wykonawcy powinna zostać odrzucona, gdyż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Budromost, pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
2. art. 239 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, oferty złożonej przez Budromost w sytuacji, gdy oferta ta podlega odrzuceniu, a przez to nierówne traktowanie wykonawców i naruszenie zasad uczciwej konkurencji, przez co też postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez Budromost, jako oferty najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia oferty Budromost z uwagi na fakt, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert wykonawców biorących udział w postępowaniu z wyłączeniem oferty Budromost.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że postanowienie rozdziału 14 lit. c) tiret 3 SWZ tj. „opis pozycji – identyczny z opisem w przedmiarze” jednoznacznie wskazuje na obowiązek wykonawcy (poza dopuszczonymi przez Zamawiającego enumeratywnie wymienionymi wyjątkami) zamieszczenia w stanowiącym element oferty

kosztorysie ofertowym identycznych (tożsamy) opisów pozycji kosztorysowych z opisem pozycji przedmiarowych. Złożenie kosztorysu ofertowego zgodnego z przedmiarem robót ma zasadnicze znaczenie dla oceny prawidłowości złożonej oferty, gdyż wykonane roboty będą rozliczane kosztorysem powykonawczym. Zgodnie z § 15 ust. 3 pkt 3.1 projektu umowy, wartość wykonanych robót będzie obliczana na podstawie kosztorysów powykonawczych przygotowanych przez wykonawcę a zatwierdzonych przez inspektora nadzoru/przedstawiciela Zamawiającego, z zastosowaniem zasady, że dla robót przedstawionych w przedmiarze robót: ceny jednostkowe robót będą przyjmowane z kosztorysu ofertowego, a liczba wykonanych w tym okresie robót – z książki obmiaru prowadzonej przez wykonawcę robót. Na potrzeby sporządzenia ofert, Zamawiający udostępnił wykonawcom dokumentację projektową, w tym przedmiary robót (Załącznik nr 9 do SWZ). W przedmiarze branży drogowej w Lp.28 d.1.5; Lp. 34 d.1.5; Lp. 47 d.1.6; Lp. 55 d.1.7; Lp. 64 d.1.8; Lp. 73 d.1.9; Lp. 77 d.1.10; Lp. 78 d.1.10; Lp. 81 d.1.11; Lp. 82 d.1.11 Zamawiający w opisie każdej pozycji podał grubość wycenianej warstwy podłoża po zagęszczeniu, ilość metrów kwadratowych powierzchni objętych robotami, a także mnożnik obmiaru oraz ilość metrów kwadratowych otrzymanych po zastosowaniu mnożnika. Przykładowo, Lp. 28 d.1.5 została opisana w następujący sposób:

W toku postępowania o udzielenie zamówienia, Zamawiający opublikował wyjaśnienia nr 4 do treści SWZ (wyjaśnienia z dnia 27 marca 2025 r.), w których na pytanie jednego z wykonawców „1. Prosimy o usunięcie mnożnika z przedmiarów robót – grubości zabudowy podane w opisie pozycji podane są już po zastosowaniu mnożnika.” udzielił następującej odpowiedzi: „Ad.1 Grubości podane w opisie są wpisane przez projektanta jako „analogia” – jednakże ilości w pozycjach muszą zostać przemnożone aby zachować spójność w programie. Wprowadzono zapis mnożenia w pozycji pozostawiając mnożnik bez zmiany.” W związku z odpowiedziami udzielonymi w ramach wyjaśnień nr 4 do SWZ, Zamawiający wraz z wyjaśnieniami na stronie internetowej prowadzonego postępowania zamieścił również poprawione przedmiary robót branży drogowej i mostowej. W poprawionym przedmiarze branża drogowa opisy Lp.28 d.1.5; Lp. 34 d.1.5; Lp. 47 d.1.6; Lp. 55 d.1.7; Lp. 64 d.1.8; Lp. 73 d.1.9; Lp. 77 d.1.10; Lp. 78 d.1.10; Lp. 81 d.1.11; Lp. 82 d.1.11 zostały uzupełnione przez Zamawiającego o podanie mnożnika nie tylko w wierszu mnożnik obmiaru, ale również w samym opisie. Dla przywoływanej już powyżej pozycji Lp.28 d.1.5 opis uzyskał następujące brzmienie:

Tym samym, w stosunku do opisu zamieszczonego w pierwotny przedmiarze został on uzupełniony jedynie o informację $10 \times 2,5 = 25$ cm. Odwołujący podkreślił, że dodanie zapisu tego działania arytmetycznego nie zmienia faktu, iż w omawianej pozycji wykonawcy zobowiązani byli wycenić warstwę podłoża, która po zagęszczeniu miała wynosić 25 cm i która miała zostać ułożona na powierzchni 2 967,000 m². Technologicznie ułożenie warstwy podłoża odbywa się w ten sposób, że warstwa jest układana jako jedna 25 cm warstwa, a nie jako 2 oddzielne warstwy po 10 cm i jedna 5 cm ($10 \times 2,5$).

Analiza złożonego przez Budromost kosztorysu ofertowego dla Etapu I Przebudowa ulic: Sadowej i Kanałowej w Starachowicach – branża drogowa prowadzi zdaniem Odwołującego do wniosku, że wykonawca ten w zakresie opisów Lp.28 d.1.5; Lp. 34 d.1.5; Lp. 47 d.1.6; Lp. 55 d.1.7; Lp. 64 d.1.8; Lp. 73 d.1.9; Lp. 77 d.1.10; Lp. 78 d.1.10; Lp. 81 d.1.11; Lp. 82 d.1.11 dokonał ich nieuprawnionej modyfikacji przez dodanie do nich zastrzeżenia (dopisek wprowadzony czerwonym kolorem): „(podana cena jednostkowa dotyczy grubości warstwy X cm (w każdym przypadku wskazano określoną liczbę centymetrów różną w zależności od konkretnej pozycji – przyp. wł.) – wyjaśnienia nr 4 do SWZ, odpowiedź nr 1)”. Przykładowo dla Lp.28 d.1.5 opis pozycji zamieszczony przez Budromost w kosztorysie ofertowym przedstawia się następująco:

Zmiana opisu pozycji dokonana przez Budromost w zakresie Lp.28 d.1.5; Lp. 34 d.1.5; Lp. 47 d.1.6; Lp. 55 d.1.7; Lp. 64 d.1.8; Lp. 73 d.1.9; Lp. 77 d.1.10; Lp. 78 d.1.10; Lp. 81 d.1.11; Lp. 82 d.1.11 wykracza poza dopuszczony przez Zamawiającego w rozdziale 14 lit. c) tiret 3 SWZ zakres zmian jakie wykonawcy mogli wprowadzić do opisu poszczególnych pozycji kosztorysu ofertowego. Nie wynika ona ze zmiany oferowanych materiałów, urządzeń, maszyn czy też odległości wywozów, które Zamawiający dopuścił w warunkach zamówienia. W wyżej wymienionym zakresie Budromost dokonał nieuprawnionej zmiany kosztorysu ofertowego względem SWZ - opracował kosztorys z naruszeniem określonych w SWZ zasad, a w konsekwencji zaoferował produkt niezgodny z SWZ (na przykładzie poz. Lp. 28 d.1.5 wycenił i zaoferował warstwę 10 cm zamiast 25 cm). Przez dodanie zastrzeżenia (dopisek kolorem czerwonym) Budromost samodzielnie określił odmienny zakres prac, które wycenił, co powoduje, że złożony przez tego wykonawcę kosztorys obarczony jest nieusuwalnym błędem skutkującym koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Ceny jednostkowe podane w kosztorysie będą służyły do rozliczenia wykonanych robót, co na gruncie niniejszej sprawy powoduje, że do rozliczenia robót polegających na wykonaniu warstwy podłoża o określonej grubości (na przykładzie Lp. 28 d.1.5 – warstwy 25 cm), Zamawiający będzie zobowiązany przyjąć cenę jednostkową zaoferowaną przez Budromost za wykonanie cieńszej warstwy podłoża (warstwy 10 cm).

Odwołujący podkreślił, że dokonując wyboru oferty Budromost jako najkorzystniejszej w tym postępowaniu doszło do naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy pzp. Oferta Budromost nie jest bowiem, wbrew stanowisku Zamawiającego najkorzystniejsza. Naruszenie art. 239 ust. 1 ustawy pzp stanowi więc dalszą konsekwencję naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Gdyby Zamawiający postąpił stosownie do przepisów pzp i odrzucił ofertę Budromost z uwagi na niezgodność jej treści z warunkami zamówienia, wówczas oferta STRABAG zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza, gdyż w toku oceny ofert nie zostały w stosunku do niej ujawnione jakiegokolwiek wątpliwości, błędy czy braki. W świetle argumentów przedstawionych w uzasadnieniu odwołania, postępowanie, które zakończyło się wyborem oferty Budromost nie może zostać uznane za przeprowadzone z dochowaniem reguł uczciwej konkurencji i zasady przejrzystości.

W dniu 27 maja 2025 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

W dniu 27 maja 2025 r. wpłynęło do Izby stanowisko Przystępującego, w którym wniósł o oddalenie odwołania przedstawiając argumentację w sprawie.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca BUDROMOST-STARACHOWICE sp. z o.o. z siedzibą w Wąchocku.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami oraz pismo procesowe Przystępującego wraz z załącznikami.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

Izba ustaliła w sprawie następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

- „1. Opis przedmiotu zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest przebudowa ulicy Sadowej w Starachowicach: 1. Etap I: „Przebudowa ulicy Sadowej w Starachowicach”. 2. Etap II: „Modernizacja mostu na rzece Kamiennej w ciągu ul. Sadowej w Starachowicach”. (...) Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa projektowa dokumentacja techniczna, wymagania dotyczące należytego wykonania umowy, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych i przedmiary robót.”

- „14. Sposób obliczenia ceny. Cena ofertowa winna być obliczona przy zachowaniu zasad staranności, wiedzy technicznej i sztuki budowlanej - w oparciu o niniejszą Specyfikację warunków zamówienia oraz przedmiary robót. Wykonawca zobowiązany jest przed złożeniem oferty zgłosić Zamawiającemu wszelkie zauważone braki i błędy dotyczące przedmiaru robót, a których poprawienie będzie warunkowało oddanie przedmiotu zamówienia w rozumieniu obiektu budowlanego mogącego samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną. Powyższe umożliwi Zamawiającemu modyfikację treści SWZ przed złożeniem ofert. Cenę ofertową brutto Wykonawca podaje w formularzu ofertowym. Kosztorysy ofertowe należy złożyć wraz z ofertą. Uwagi Zamawiającego do sposobu ustalenia ceny ofertowej: Wykonawca własnym kosztem i staraniem pozyskuje miejsca składowania i ewentualnej utylizacji materiałów z rozbiórki. W pozycjach kosztorysowych dotyczących wywozu ww. materiałów należy uwzględnić rzeczywistą odległość wywozu, w oparciu o pozyskane informacje. UWAGA! W formularzu ofertowym należy podać czynniki cenotwórcze, które zostały zastosowane w kosztorysie ofertowym: stawka roboczo-godzinyzł wskaźnik narzutu kosztów

pośrednich (naliczane do R i S)% wskaźnik narzutu kosztów zakupu (naliczane do M)% wskaźnik narzutu zysku (naliczany do R+Kp i S+Kp)% Wycenę należy sporządzić uwzględniając następujące zasady: a) kosztorys ofertowy należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej, polegającej na obliczeniu wartości kosztorysowej robót objętych przedmiarem robót jako sumy iloczynów ilości jednostek przedmiarowych robót i ich cen jednostkowych bez podatku od towarów i usług, b) kosztorys ofertowy winien zawierać wyłącznie pozycje występujące w przedmiarze pobranym od Zamawiającego (wszystkie), Zamawiający nie zezwala na pomijanie lub łączenie pozycji kosztorysowych (tj. stosowanie łącznej ceny jednostkowej dla dwóch lub więcej pozycji), c) w każdej pozycji powinny być podane: - numer pozycji (Lp.), - podstawa wyceny, - opis pozycji - identyczny z opisem w przedmiarze. Zamawiający dopuszcza zmiany opisu wynikające jedynie ze zmiany oferowanych materiałów, urządzeń, maszyn (na równoważne) oraz odległości wywozów, - jednostka obmiarowa (identyczna jak w otrzymanym przedmiarze), - ilość jednostek obmiarowych robót (identyczna jak w otrzymanym przedmiarze), - cena jednostkowa pozycji (bez podatku VAT), - wartość robót tej pozycji wynikająca z pomnożenia ceny jednostkowej przez ilość jednostek obmiarowych. d) ceny jednostkowe poszczególnych robót wyszczególnionych w przedmiarze robót muszą zawierać wszystkie koszty związane z ich realizacją, jak również zawierać koszty: wszelkich robót przygotowawczych i porządkowych, obsługi geodezyjnej, koszty utrzymania zaplecza budowy, przewidywanych odszkodowań z tytułu zniszczeń powstałych w związku z prowadzeniem robót, koszty związane z odbiorami wykonanych robót, wykonania dokumentacji powykonawczej oraz inne koszty wynikające ze SWZ i załączonej do niej umowy, e) nie dopuszcza się stosowania upustów (zarówno do wyliczonych cen jednostkowych, jak również do ogólnej ceny oferty), f) cena ofertowa stanowi sumę wartości poszczególnych pozycji powiększoną o podatek VAT naliczony przez Wykonawcę zgodnie z obowiązującymi przepisami. W przekazanych Wykonawcom przedmiarach robót Zamawiający w formie opisu pozycji oraz przez podanie katalogów norm lub kodów określa jedynie obowiązujący przy wykonaniu zamówienia podstawowy zakres czynności i sposób obmiaru niezbędny do ustalenia cen jednostkowych, nie narzucając żadnej podstawy wyceny i technologii wykonania. (...).”

Zgodnie z §15 ust. 2 i 3 pkt 3.1 projektu umowy: „2. Wynagrodzenie, określone w ust. 1. jest wynagrodzeniem kosztorysowym. Zawiera także podatek VAT oraz koszty: pełnej obsługi geodezyjnej, nadzoru właścicielskiego gestorów uzbrojenia, organizacji i zabezpieczenia placu budowy, wykonania projektu tymczasowej organizacji ruchu, utrzymania zaplecza budowy, wszelkich robót przygotowawczych i porządkowych, uporządkowania terenu, zajęcia pasa drogowego, planu bezpieczeństwa i ochrony zdrowia, wykonania dokumentacji powykonawczej, wykonania nieujętych w przedmiarze robót tymczasowych potrzebnych do wykonania robót podstawowych i usuwanych po ich wykonaniu, oraz innych czynności niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia. 3. Rozliczanie robót będzie odbywało się w okresach nie krótszych niż miesięcznych. Wartość wykonanych robót będzie obliczana na podstawie kosztorysów powykonawczych przygotowanych przez Wykonawcę a zatwierdzonych przez inspektora nadzoru/przedstawiciela Zamawiającego, z zastosowaniem następujących zasad: 3.1. dla robót przedstawionych w przedmiarze robót: ceny jednostkowe robót będą przyjmowane z kosztorysu ofertowego a liczba wykonanych w tym okresie robót – z książki obmiaru prowadzonej przez Wykonawcę robót (...).”

Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego z dnia 27 marca 2025 r. (wyjaśnienia nr 4):

„Pytania: 1. Prosimy o usunięcie mnożnika z przedmiarów robót - grubości zabudowy podane w opisie pozycji podane są już po zastosowaniu mnożnika. (...) 1. Ad.1 Grubości podane w opisie są wpisane przez projektanta jako „analogia” – jednakże ilości w pozycjach muszą zostać przemnożone, aby zachować spójność w programie. Wprowadzono zapis mnożenia w pozycji pozostawiając mnożnik bez zmiany.”

Izba ustaliła także, że Zamawiający dokonał poprawy omyłek rachunkowych w kosztorysie Odwołującego w dniu 10 kwietnia 2025 r. wskazując: „Zamawiający zawiadamia, że w trakcie badania Państwa oferty stwierdził następujące omyłki: 1. rachunkowe, polegające na błędnym pomnożeniu ilości jednostek obmiarowych i cen jednostkowych w poz. nr 28, 34, 47, 55, 64, 73, 77, 78, 81, 82 i 100 kosztorysu ofertowego branży drogowej. Wartość kosztorysu netto branży drogowej po poprawieniu z uwzględnieniem omyłki wymienionej w pkt 2 wynosi 2.289.856,78 zł.”

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do odpowiedzi na pytanie czy oferta Przystępującego powinna podlegać odrzuceniu jako niezgodna z warunkami zamówienia. Odwołujący podnosił, że Wykonawca dokonał nieuprawnionych w świetle dokumentów zamówienia modyfikacji w kosztorysie ofertowym dla Etapu I dotyczącym branży drogowej w Lp.28 d.1.5; Lp. 34 d.1.5; Lp. 47 d.1.6; Lp. 55 d.1.7; Lp. 64 d.1.8; Lp. 73 d.1.9; Lp. 77 d.1.10; Lp. 78 d.1.10; Lp. 81 d.1.11; Lp. 82 d.1.11. Nadto argumentował, że wykonawcy zobowiązani byli wycenić przykładowo w poz. Lp.28 d. 1.5. warstwę podłoża, która po zagęszczeniu miała wynosić 25 cm i która miała zostać ułożona na powierzchni 2 976,000 m². W wyniku modyfikacji kosztorysu Przystępujący zaoferował produkt niezgodny z SWZ (na przykładzie poz. Lp. 28 d.1.5 wycenił i zaoferował warstwę 10 cm zamiast 25 cm). W konsekwencji Odwołujący podnosił, że prawidłowa wycena

ma znaczenie w kontekście kosztorysowego wynagrodzenia, które Zamawiający przewidział w przedmiotowym postępowaniu. Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego. Analiza kosztorysu branży drogowej Przystępującego i dokumentów zamówienia prowadzi do wniosku o zgodności oferty Przystępującego z warunkami zamówienia, dlatego odwołanie należało oddalić.

Na wstępie wskazania wymaga, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.” Natomiast w myśl art. 7 pkt 29 ustawy pzp: „Ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o: 29) 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.”

Podkreślić należy, że zamawiający aby odrzucić ofertę na podstawie przywołanego przepisu jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania 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). Po drugie, odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty, jak również, gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy Izba nie stwierdziła, aby oferta Przystępującego nie odpowiadała wymaganiom dokumentów zamówienia. Izba podobnie jak Odwołujący w odwołaniu odniesie się do podanego przykładu kosztorysu branży drogowej poz. Lp.28 d.1.5. Jakkolwiek słusznie Odwołujący podnosił, że Zamawiający w treści SWZ wskazał, że opis pozycji kosztorysu ma być identyczny z opisem w przedmiarze to jednak nie sposób stwierdzić, że dodanie przez Przystępującego adnotacji: „(podana cena jednostkowa dotyczy grubości warstwy 10 cm – wyjaśnienia nr 4 do SWZ, odpowiedź nr 1).” stanowi o niezgodności oferty z warunkami zamówienia, która miałaby skutkować jej odrzuceniem. Izba zauważa, że opis tej pozycji w wyniku dodanej przez Przystępującego adnotacji nie uległ zmianie i jest identyczny jak w przedmiarze: „Warstwa ulepszonego podłoża z gruntu stabilizowanego cementem w ilości 20 kg/m², C0,4/0,5 warstwa o grubości po zagęszczeniu 10*2,5=25 cm.” Podkreślić należy również, że wszelkie wyjaśnienia dokumentów zamówienia udzielane przez zamawiających muszą zostać uwzględnione w treści składanych ofert. Adnotacja dokonana przez Przystępującego doprowadziła wyłącznie opis pozycji do zgodności z udzielanymi przez Zamawiającego wyjaśnieniami. Nie ulega wątpliwości, że odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 1 w wyjaśnieniach nr 4: „ilości w pozycjach muszą zostać przemnożone, aby zachować spójność w programie” oraz dokonana zmiana opisu pozycji („10*2,5=25 cm”) wskazują, że tam, gdzie podano mnożnik ceny miały zostać podane dla ilości obmiarowych przemnożonych a nie rzeczywistych. Nie było sporne, że ilością rzeczywistą było 2976 m², a przemnożoną 7440 m². Wskazanie więc ilości 7440 m² w kosztorysie Przystępującego było prawidłowe, podobnie jak podanie ceny jednostkowej dla warstwy 10 cm, tak jak wymagał Zamawiający - 10*2,5=25 cm, skoro ilość 7440 m² jest ilością o 2,5 razy większą od rzeczywistej. Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie oznacza to również, że Przystępujący zaoferował warstwę podłoża niezgodną z SWZ, czyli 10 cm. Wykonawca zaoferował warstwę wynikającą z opisu, czyli 25 cm. Jak podnosił Przystępujący, grubość ta wynika wprost z dokumentacji projektowej. Zdaniem Izby adnotacje dokonane w spornych pozycjach kosztorysu przez Przystępującego tylko dodatkowo precyzują treść oferty nie pozostawiając wątpliwości co, w jakiej ilości i za jaką cenę zostało przez Wykonawcę zaoferowane. Słusznie argumentował Przystępujący, że podobnie zinterpretowali odpowiedź Zamawiającego Wykonawcy ROADSTAR oraz SAWEZ, którzy przykładowo dla poz. Lp.28 d.1.5 podali ilość obmiarową 7440 m² i dla tej ilości obok wskazali cenę jednostkową i wartość pozycji. Odwołujący natomiast przemnożył cenę jednostkową przez ilość rzeczywistą 2976 m² w konsekwencji czego Zamawiający dokonał poprawy omyłek rachunkowych w kosztorysie Odwołującego i jak wskazał Odwołujący na rozprawie, Zamawiający przemnożył cenę jednostkową właśnie przez ilość 7440 m². Zamawiający wskazał w SWZ, że wartość robót danej pozycji musi wynikać z pomnożenia ceny jednostkowej przez ilość jednostek obmiarowych, a w przypadku spornych pozycji odpowiadając na pytanie wykonawcy Zamawiający wyjaśnił, że należy ilości w pozycjach przemnożyć, aby

zachować spójność w programie. W konsekwencji Przystępujący podał cenę jednostkową i wartość odpowiednio dla tej przemnożonej ilości obmiarowej.

Co do kwestii rozliczenia to w ocenie Izby zgodnie z postanowieniami projektu umowy będzie ona dokonywana po cenach jednostkowych z kosztorysu ofertowego wykonawcy, ale przy uwzględnieniu opisów tych pozycji i wskazanych mnożników. Odwołujący argumentował, że takie rozliczenie nie będzie możliwe niemniej jednak twierdzenia te nie zostały w żaden sposób uprawdopodobnione. Co jednak istotne, to Zamawiający jest gospodarzem postępowania i ukształtował postanowienia SWZ z uwzględnieniem udzielonych wyjaśnień w taki sposób, że cena w spornych pozycjach miała dotyczyć ilości obmiarowych po przemnożeniu. Przystępujący dostosował swoją ofertę do tych wymagań stąd należało uznać, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się. Zamawiający nie naruszył art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp prawidłowo nie odrzucając oferty Przystępującego na podstawie okoliczności faktycznych podnoszonych w odwołaniu. W konsekwencji odwołanie należało oddalić.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 zdanie 1 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. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący: