

Sygn. akt: KIO 3310/26

WYROK
z dnia 17 sierpnia 2026 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **12 sierpnia 2026 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **7 lipca 2026 roku** przez wykonawcę **BATARUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu (Odwołujący)**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Skarb Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi 18 WOJSKOWY ODDZIAŁ GOSPODARCZY z siedzibą w Wejherowie**

przy udziale **Przystępującego** zgłaszającego przystąpienie **po stronie Zamawiającego: OAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szeligach**

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - BATARUS Spółka**

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu w następujący sposób:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** 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**.

Przewodnicząca:

.....

sygn. akt KIO 3310/26

UZASADNIENIE

Zamawiający: Skarb Państwa, w imieniu którego postępowanie prowadzi 18 WOJSKOWY ODDZIAŁ GOSPODARCZY z siedzibą w Wejherowie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2026 r. poz. 793ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) pn. „KONSERWACJA NAWIERZCHNI LOTNISKA W KW 6033 GDYŃ Zadanie nr 1 – Naprawy powierzchniowe nawierzchni betonowej wraz z naprawami krawędzi w KW 6033 lotnisko Gdynia Oksywie, Zadanie nr 2 – Wymiana masy zalewowej w szczelinach dylatacyjnych wraz z naprawą pęknięć szczelinowych na nawierzchniach betonowych w KW 6033 lotnisko Gdynia Oksywie”.

Dnia 7 lipca 2026 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca BATARUS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Poznaniu, dalej jako „Odwołujący”.

Powiadomienie o czynności stanowiącej podstawę do złożenia odwołania zostało opublikowane w dniu 2 lipca 2026 roku (informacja o odrzuceniu oferty Odwołującego i wyborze oferty najkorzystniejszej), zatem odwołanie złożono z zachowaniem ustawowego terminu. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uścił wpis w wymaganej wysokości.

Odwołanie złożono wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na odrzuceniu oferty Odwołującego oraz zaniechaniu wyboru oferty wykonawcy Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej i wyboru oferty OAT Sp. z o.o. w obu częściach postępowania.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1) art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, mimo braku podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego;

2) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia z uwagi na wskazanie w kosztorysie nazwy materiału, który Zamawiający zidentyfikował jako niezgodny z STWIORB i projektem umowy poprzez brak certyfikatu ITWL, podczas gdy:

- postanowienia umowy zawierają zobowiązanie co do certyfikatu ITWL jedynie w odniesieniu do robót zamiennych,

- STWIORB nie odnosi się w zakresie certyfikatu ITWL do treści oferty, lecz stanowi, iż Zamawiający będzie badał

materiały pod kątem certyfikatu i innych wymogów dopiero na etapie realizacji, a w sytuacji braku akceptacji będą wywożone z tereny budowy, co stanowi przeniesienie zgodności badania materiałów z wymogami zamawiającego na etap realizacji,

•kosztorys pełni w postępowaniu rolę pomocniczą, a Zamawiający jednoznacznie wskazał w SWZ jego rolę jako służącą do wyceny,

podczas, gdy odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp może nastąpić tylko w sytuacji niezgodności oferty z warunkami zamówienia, a Zamawiający nie wskazał w sposób konkretny na żadną niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia.

W szczególności brak jest takiej niezgodności z warunkami ujętymi w projekcie umowy (dotyczy tylko robót zamiennych), ani też ze STWiORB, który wskazuje, że posiadanie przez materiały certyfikatów będzie badane na etapie realizacji zamówienia, co oznacza to, że zgodnie z STWiORB warunkiem zamówienia jest poddanie się procedurze akceptacji materiałów na etapie realizacji zamówienia, a co do tej procedury Wykonawca nigdzie nie wskazał, iż się na nią nie zgadza, a ponadto wprost w formularzu ofertowym oświadczył, iż wykona zamówienie zgodnie z warunkami zamówienia i projektem umowy.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej OAT Sp. z o.o.,
- 2)unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3)ponowną ocenę i badanie ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- 4) wybór oferty Odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej

Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp. Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na pozbawieniu go korzyści finansowych wynikających z możliwości uzyskania przez niego przedmiotowego zamówienia i

w konsekwencji braku możliwości zawarcia umowy na realizację tego zamówienia. Oferta Odwołującego została odrzucona, mimo tego, że jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejszą ofertę. Gdyby Zamawiający prawidłowo postąpił, zgodnie z przepisami Pzp oferta wykonawcy nie zostałaby odrzucona i zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący przedstawił dowody wraz z odwołaniem i wnosil o ich dopuszczenie oraz przeprowadzenie. Każdy z dowodów powołany jest na konkretne okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy:

1)Specyfikacja warunków zamówienia na okoliczność wskazania, że kosztorys miał charakter pomocniczy i służył tylko do wyceny ceny ofertowej

2)Formularz ofertowy Odwołującego na okoliczność, iż Odwołujący składa oświadczenie woli, iż wykona zamówienie zgodnie z warunkami Zamawiającego,

3)Projektu umowy na okoliczność, iż wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, na okoliczność, iż kosztorys ma charakter pomocniczy i służy do ewentualnej wyceny robót zamiennych oraz na okoliczność, iż certyfikaty ITWL są kategorycznie wskazane jako warunek zamówienia tylko co do robót zamiennych,

4)Specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót na okoliczność, iż

w postanowieniach STWiORB wskazano, że ocena co do materiałów będzie miała miejsce dopiero na etapie realizacji zamówienia i to na etapie realizacji zamówienia wykonawca będzie wskazywał materiał, przedstawiał próbki i oczekiwał na zatwierdzenie przez zamawiającego, co oznacza, iż warunkiem zamówienia było poddanie się procedurze zatwierdzania materiałów, a materiały miały być wskazane dopiero na etapie realizacji zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący podniósł, że dniu 2 lipca 2026 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej - OAT Sp. z o.o., jednocześnie odrzucając ofertę Odwołującego na podstawie przepisu art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający wskazał, iż „Zamawiający w dniu 16.06.2026 r. wezwał ww. Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących poz. 2 d.1 kosztorysu szczegółowego m. in. użycia materiału Ombran FU, który z wiedzy Zamawiającego nie posiada certyfikatu/atestu ITWL, który był wymagany w STWiORB oraz projekcie umowy.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca wyjaśnił, że wskazana nazwa materiału w kosztorysie stanowi omyłkę. Biorąc powyższe pod uwagę, należy zauważyć, że oferta złożona przez Wykonawcę została sporządzona w sposób niezgodny z wymaganiami SWZ. Niezgodność ma charakter zasadniczy, przedmiotowo istotny i nieusuwalny. Zamawiający nie może w tym przypadku zastosować procedury poprawienia, ponieważ stanowiłoby to niedopuszczalną zmianę treści oferty. Kosztorys ofertowy stanowi element oświadczenia woli wykonawcy. Brak złożenia z ofertą kosztorysu lub złożenia kosztorysu zawierającego błędy, braki lub wady nie podlega uzupełnieniu. Stanowisko Zamawiającego jest zgodne z wyrokiem KIO 387/22:

<<Tak więc to wykonawca (Odwołujący), składając ofertę, powinien być dołożyć należytej staranności wymaganej w profesjonalnym obrocie i prawidłowo sporządzić ofertę a tym samym prawidłowo sporządzić wymagany przez Zamawiającego kosztorys ofertowy>>. Ponadto, decyzja Zamawiającego jest również potwierdzona wyrokiem KIO 1491/24 z dnia 22 maja 2024 r.: <<Zamawiający zatem – wbrew stanowisku Odwołującego – nie miał podstaw do zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. dokonania poprawienia innej omyłki w ofercie złożonej przez (...). W konsekwencji Odwołujący nie złożył z ofertą kompletnego kosztorysu,

a tym samym należy stwierdzić wadę oferty, która nie podlega konwalidacji w żadnym z trybów przewidzianych przepisami Pzp i powoduje konieczność odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp>>.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z Rozdziałem 5 – Opis przedmiotu zamówienia ust. 2 Zamawiający podał: „Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych oraz przedmiary robót stanowiące załączniki do niniejszej SWZ. Zamawiający dołącza do SWZ przedmiar robót. Stanowi on wyłącznie materiał pomocniczy do sporządzenia kosztorysu ofertowego (do obliczenia ceny oferty). Przedmiar robót powinien być analizowany w powiązaniu ze specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, wiedzą techniczną, sztuką budowlaną oraz niniejszą SWZ.” Zatem przedmiar, a co za tym idzie kosztorys ma charakter wyłącznie pomocniczy.

Ponadto Zamawiający wskazał w § 4 ust.1, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy. W § 4 ust. 10 wskazał, że w przypadku rezygnacji z wykonania pewnych robót przewidzianych w dokumentacji inwestorskiej, a więc odstąpienia przez Zamawiającego od części przedmiotu umowy (tzw. roboty zaniechane), sposób obliczenia wartości tych robót, która zostanie potrącona Wykonawcy nastąpi na podstawie ustaleń zawartych przez Zamawiającego i Wykonawcę na podstawie kosztorysu powykonawczego w oparciu, o ceny przedstawione w ofercie Wykonawcy, a w przypadku braku możliwości wyceny na podstawie obowiązujących w KNR aktualnych cen rynkowych materiałów, robocizny oraz sprzętu zatwierdzonego przez Zamawiającego.

Z powyższego wynika, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przewidziano wynagrodzenie ryczałtowe, a kosztorys będzie zastosowany tylko w odniesieniu do ceny zaproponowanej w ofercie, jeśli zaś ta cena nie zostanie wskazana to na podstawie obowiązujących w KNR aktualnych cen rynkowych materiałów, robocizny oraz sprzętu zatwierdzonego przez Zamawiającego.

Kosztorys ofertowy zatem nie ma znaczenia w przedmiotowym postępowaniu, bowiem z uwagi na wynagrodzenie ryczałtowe Zamawiający nie przypisuje mu roli potwierdzającej zgodność zamówienia z jego warunkami, a jedynie pomocniczy charakter dla wyceny zamówienia.

Podkreśla to także § 5 ust.2 projektu umowy, który stanowi, iż: „Wykonawca najpóźniej w dniu podpisania aneksu zobowiązuje się do przedłożenia Zamawiającemu kosztorysów opracowanych metodą kalkulacji szczegółowej. Wyliczone w tych kosztorysach ceny poszczególnych elementów, jak również cena całkowita muszą być zgodne z cenami przedstawionymi w ofercie przetargowej. Ceny tych samych składników cenotwórczych (R, Ko, Z, M, S) muszą być takie same dla wszystkich wycenianych pozycji przedmiarowych z danej branży robót. Tak opracowane kosztorysy będą podstawą do rozliczenia ewentualnych dodatkowych robót budowlanych, wykraczających poza określenie przedmiotu zamówienia podstawowego.”

Co istotne w postanowieniu tym Zamawiający określa także, że w postępowaniu istotna jest dla niego cena, bowiem cena całkowita ewentualnych robót musi być zgodna z cenami przedstawionymi w ofercie.

Ponadto analizując projekt umowy należy wskazać, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawartym w uzasadnieniu odrzucenia oferty projekt umowy nie zawiera odniesienia co do wymagań certyfikatu ITWL.

Zgodnie z § 1 ust.5 pkt 4) projektu umowy „zastosowane jako zamienniki materiały lub urządzenia mają nie gorsze parametry techniczne niż materiały lub urządzenia zaoferowane w ofercie przetargowej Wykonawcy lub wskazane w dokumentacji projektowej jako przykładowe. Materiały ujęte do prac muszą posiadać atest ITWL.”

Projekt umowy przewiduje, iż atest ITWL mają posiadać materiały, które będą użyte do prac zamiennych. Nie ma zatem możliwości odrzucenia oferty z powodu niezgodności z warunkami zamówienia ujętymi w projekcie umowy, skoro PPU nie zawierało wymagań dotyczących atestu ITWL w zakresie oferowanego zamówienia, a jedynie rozwiązań zamiennych.

Istotne jest więc, że wykonawca zobowiązał się w formularzu ofertowym, iż w przypadku wyboru oferty najkorzystniejszej zobowiązuje się do podpisania umowy na warunkach zawartych w załączniku do specyfikacji warunków zamówienia – Projekcie umowy, w miejscu i terminie wskazanych przez Zamawiającego. Intencją wykonawcy jest i było wykonanie zamówienia zgodnie z wolą Zamawiającego.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający powołał się także na postanowienia STWIORB.

Odwołujący przywołał następujące postanowienia STWIORB:

„2.1. Ogólne wymagania dotyczące materiałów.

2.1.1. Źródła uzyskania materiałów.

Wykonawca uzgodni z Przedstawicielem Inwestora sposób i termin przekazania informacji o przewidywanym użyciu podstawowych materiałów i elementów konstrukcyjnych do wykonania robót. Wykonawca przedstawi szczegółowe informacje dotyczące proponowanego źródła ich wytwarzania, zamawiania lub nabywania. Wykonawca uzyska i przekaże wszystkie niezbędne aprobaty techniczne, certyfikaty zgodności, ewentualnie świadectwa badań laboratoryjnych oraz próbki do zatwierdzenia przez Przedstawiciela Inwestora.

Zatwierdzenie partii materiałów z danego źródła nie oznacza automatycznie, że wszelkie materiały z danego źródła uzyskają zatwierdzenie.

Wykonawca jest odpowiedzialny, aby wszystkie stosowane materiały oraz elementy budowlane odpowiadały wymaganiom określonym w pkt.10 ustawy - Prawo budowlane i w STWiORB oraz posiadały atest ITWL.

2.1.2. Materiały nie odpowiadające wymaganiom.

Materiały nie odpowiadające wymaganiom zostaną przez Wykonawcę wywiezione z terenu budowy, bądź złożone w miejscu wskazanym przez Przedstawiciela Inwestora. Jeżeli Przedstawiciel Inwestora zezwoli na użycie tych materiałów do innych robót, niż te dla których zostały zakupione, to koszt tych materiałów zostanie przewartościowany przez Przedstawiciela Inwestora. Każdy rodzaj robót, w których znajdują się nie zbadane i nie zaakceptowane materiały, Wykonawca wykonuje na własne ryzyko, licząc się z jego nieprzyjęciem i niezapłaceniem.

oraz

„2.3. Materiały do uzupełnienia ubytków nawierzchni płyt betonowych.

2.31. Zgodność materiałów.

Materiały do wykonania robót powinny być zgodne z ustaleniami z Przedstawicielem Inwestora lub STWiORB oraz być dopuszczone do obrotu i stosowania w budownictwie oraz posiadać atest ITWL.”

Projekt umowy odnosi się do specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót, ale Zamawiający będzie badał zastosowane materiały podczas realizacji zamówienia.

Zgodnie z pkt 2.1.1. STWiORB wykonawca dopiero ma uzgodnić sposób i termin przekazania informacji o użytych materiałach, ma dopiero dostarczyć próbkę do zatwierdzenia. Ponadto wykonawca ma dostarczyć wszystkie wymagane atesty i certyfikaty. Jeśli Zamawiający nie zgodzi się na dany materiał to ma on zostać wywieziony z terenu budowy.

W świetle powyższego nie jest to postanowienie, które obliuguje do odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia w kontekście danego materiału. O tym, czy materiał jest zgodny z STWiORB posiada atesty itd. Zamawiający będzie decydował dopiero przed zastosowaniem tego materiału. Są to zatem czynności przyszłe, a warunkiem zamówienia jest to, że wykonawca zobowiązuje się do zastosowania się do takich wymogów Zamawiającego.

Warunkiem STWiORB jest bowiem to, że Wykonawca potwierdza, iż każdorazowo będzie działał w ten sposób – dostarczał próbkę i certyfikaty/atesty materiału do zatwierdzenia, a w przypadku ich braku wywoził poza teren budowy. Jest to zatem zobowiązanie do działania przyszłego na które godzi się wykonawca.

Nigdzie w ofercie wykonawca nie wskazał, że nie będzie stosował się do STWiORB, a STWiORB wbrew twierdzeniom Zamawiającego wskazuje na obowiązek zastosowania materiałów zgodnych z ITWL ale na etapie realizacji umowy.

Wskazany w STWiORB obowiązek co do robót podstawowych dotyczy zobowiązania wykonawcy do poddania się procedurze zastosowania materiałów, co do której to procedury wykonawca nigdzie nie oświadczył, iż nie zamierza się do niej stosować. Zatem jest to zgodne z warunkami zamówienia. Należy także powtórzyć argument o tym, że kosztorys ma charakter pomocniczy i służył tylko do wyceny. Nie ma znaczenia zatem przywołana przez wykonawcę omyłka w nazwie jeśli cenowo są to produkty do siebie podobne.

Przepis art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeśli treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. W analizowanym stanie faktycznym taka niezgodność nie występuje, gdyż Zamawiający nawet w uzasadnieniu odrzucenia oferty nie jest w stanie wskazać konkretnych postanowień wskazujących na niezgodność. Ogólnie wskazuje tylko projekt umowy, ale projekt umowy taki obowiązek nakłada tylko na roboty zamienne. W uzasadnieniu Zamawiający wskazuje także na wymogi STWiORB, które zawierają opis akceptacji procesu materiałów, na który to proces Odwołujący wyraził zgodę akceptując w formularzu ofertowym realizację zamówienia na zasadach wskazanych przez Zamawiającego. Trudno zatem doszukiwać niezgodności oferty z warunkami zamówienia. Oferta Odwołującego nie powinna być odrzucona na podstawie art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp.

Kosztorys ofertowy stanowił materiał pomocniczy, co wskazał sam Zamawiający w SWZ, a co następnie zostało przeniesione na postanowienia umowne - § 4 i § 5 projektu umowy. Oba przywołane postanowienia nie wskazują bowiem żadnej roli kosztorysu w tym postępowaniu, gdyż Zamawiający przewidział

klasyczne wynagrodzenie ryczałtowe,

a kosztorys będzie służył ewentualnie do wskazania cen w przypadku robót zamiennych

(§ 5 projektu umowy). Zatem z powyższego wynika rola kosztorysu w przedmiotowym postępowaniu w kontekście nazw użytych materiałów nie ma żadnego znaczenia.

Co istotne, Zamawiający wskazuje nie tylko na wyłącznie pomocniczy charakter kosztorysu, ale określa jego rolę – służy do obliczenia ceny ofertowej.

Nigdzie w SWZ nie wskazano także, że nazwa materiału wpisana do kosztorysu stanowi niezmienny element oferty. Rolą pomocniczego kosztorysu było tylko obliczenie ceny ofertowej, tak, aby wykonawca miał świadomość, jakie elementy winny być przyjęte do wynagrodzenia ryczałtowego.

Przypisywanie obecnie przez Zamawiającego roli kosztorysu, jako elementu treści oferty jest sprzeczne z postanowieniami dokumentów zamówienia. Miał on służyć pomocniczo do wyceny oferty. Rola pomocnicza kosztorysu nie pozwala także na odrzucenie oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia. Skoro bowiem kosztorys ma charakter pomocniczy, to nie jest treścią oferty sensu stricto. Oferta bowiem jest oświadczeniem woli wykonawcy, która nie może mieć charakteru pomocniczego. Trudno bowiem wskazywać, że wykonawca składa oświadczenie woli, które jest jedynie pomocnicze. Oświadczenie woli ze swojej istoty ma charakter stanowczy.

W kontekście oświadczenia woli, które złożył wykonawca należy wskazać, że zadeklarował on wyraźnie w formularzu ofertowym, iż wykona zamówienie (podpisze umowę) na warunkach wskazanych w załączniku do SWZ - projekcie umowy, a jego oferta nie jest sprzeczna z warunkami zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania jako zasadnego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Odwołujący wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył Wykonawca OAT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szeligach. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszenia i dopuściła Wykonawcę jako Przystępującego po stronie Zamawiającego.

Przystępujący w stanowisku pisemnym wnosil o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wnosil o jego oddalenie w całości.

Izba doszła do przekonania, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu w całości.

Z informacji o wyniku postępowania wynika, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp – treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W uzasadnieniu faktycznym podano, że Zamawiający w dniu 16.06.2026 r. wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących poz. 2 d.1 kosztorysu szczegółowego m. in. użycia materiału Ombran FU, który z wiedzy Zamawiającego nie posiada certyfikatu/atestu ITWL, który był wymagany w STWiORB oraz projekcie umowy. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca wyjaśnił, że wskazana nazwa materiału w kosztorysie stanowi omyłkę.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy zauważyć, że oferta złożona przez Wykonawcę została sporządzona w sposób niezgodny z wymaganiami SWZ. Niezgodność ma charakter zasadniczy, przedmiotowo istotny i nieusuwalny. Zamawiający nie może w tym przypadku zastosować procedury poprawienia, ponieważ stanowiłoby to niedopuszczalną zmianę treści oferty. Kosztorys ofertowy stanowi element oświadczenia woli wykonawcy. Brak złożenia z ofertą kosztorysu lub złożenia kosztorysu zawierającego błędy, braki lub wady nie podlega uzupełnieniu.

Stanowisko Zamawiającego jest zgodne z wyrokiem KIO 387/22: „*Tak więc to wykonawca (Odwołujący), składając ofertę, powinien był dołożyć należytej staranności wymaganej w profesjonalnym obrocie i prawidłowo sporządzić ofertę a tym samym prawidłowo sporządzić wymagany przez Zamawiającego kosztorys ofertowy*”.

Ponadto, decyzja Zamawiającego jest również potwierdzona wyrokiem KIO 1491/24 z dnia 22 maja 2024 r.: „*Zamawiający zatem – wbrew stanowisku Odwołującego – nie miał podstaw do zastosowania art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp, tj. dokonania poprawienia innej omyłki w ofercie złożonej przez (...). W konsekwencji Odwołujący nie złożył z ofertą kompletnego kosztorysu, a tym samym należy stwierdzić wadę oferty, która nie podlega konwalidacji w żadnym z trybów przewidzianych przepisami Pzp i powoduje konieczność odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp*”.

Z rozdziału 5 SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) wynika, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określała

specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót budowlanych oraz przedmiar robót stanowiące załączniki do SWZ. Zamawiający dołączył do SWZ przedmiar robót. Zamawiający jasno zaznaczył, że stanowi on wyłącznie materiał pomocniczy do sporządzenia kosztorysu ofertowego (do obliczenia ceny oferty). Przedmiar robót powinien być analizowany w powiązaniu ze specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych, wiedzą techniczną, sztuką budowlaną oraz SWZ.

Zamawiający wymagał, aby wykonawcy opracowali kosztorys ofertowy w oparciu o załączone przedmiary. W przypadku stwierdzenia rozbieżności pomiędzy przedmiarem robót, a dokumentacją projektową i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych wymagano, aby wykonawcy zadali Zamawiającemu pytanie wyjaśniające. Takie działanie ma na celu uzyskanie przez Zamawiającego porównywalnych ofert.

Nie można zgodzić się z twierdzeniami Odwołującego, że w prowadzonym postępowaniu kosztorys ofertowy miał jedynie charakter pomocniczy. Odwołujący błędnie wywodzi, że skoro przedmiar miał charakter pomocniczy, to również taki status należy nadać kosztorysowi ofertowemu. Owszem, Zamawiający nie ustanowił zasady traktowania kosztorysu ofertowego jako przedmiotowego środka dowodowego, co jednocześnie nie oznacza, że rola tego dokumentu miała marginalny charakter. Wręcz przeciwnie.

Z SWZ wynika, że to przedmiar robót miał charakter pomocniczy. Użycie tego sformułowania przy jednoczesnej zasadzie wynagrodzenia ryczałtowego oznacza, w ocenie składu orzekającego Izby, że tylko w zakresie wyceny oferty Wykonawcy mogli pomocniczo polegać na udostępnionych przedmiarach i na ich podstawie sporządzić kosztorys ofertowy do wyceny oferty. Cena była zaś niezmienna bez względu na zakres robót do wykonania. Celem tej zasady było uzyskanie porównywalnych ofert, czyli ofert, których wycenę wykonano w oparciu o tożsame założenia przedmiotowe wynikające z przedmiarów. Nie oznacza to jednak, że kosztorys ofertowy nie miał znaczenia dla oceny zgodności zastosowanych rozwiązań

w zestawieniu z opisem przedmiotu zamówienia i innymi wymaganiami ustalonymi w SWZ. Takie rozumowanie potwierdza fakt, że zgodnie z rozdziałem 10 SWZ (pkt 13) kosztorys miał być sporządzony metodą kalkulacji szczegółowej. Zatem istotne było to, jakich materiałów dany Wykonawca użyje by wykonać przedmiot zamówienia, czy poczynione w kosztorysie nakłady materiałowe i założenia związane z robocizną oraz pozostałymi kosztami pośrednimi będą miały realny charakter.

Innymi słowy, nawet jeżeli uznać za prawdziwe twierdzenie, że kosztorys miał charakter pomocniczy, to odnosiło się to jedynie do ustalenia wysokości ceny ofertowej, natomiast nie było związane z merytoryczną warstwą kosztorysu. Tu bowiem dokument ten miał brać pod uwagę przede wszystkim postanowienia umowy oraz STWiOR. Rozumowanie to potwierdzają zapisy i konstrukcja wzoru umowy, ponieważ z § 1 ust. 2 projektu umowy niezbieżnie wynika, że realizacja przedmiotu umowy polegać będzie na wykonaniu robót,

o których mowa w ust. 1, szczegółowo określonych w STWiOR (załącznik nr 1 do umowy), kosztorysie ofertowym (załącznik nr 2 do umowy) oraz w przedmiarze robót. Zatem w zakresie prawidłowości wykonania przedmiotu zamówienia kosztorys miał być zgodny ze szczegółowymi postanowieniami STWiOR, tym samym tworzył istotną treść oferty, identyfikując przyjęty przez danego wykonawcę sposób wykonania przedmiotu zamówienia.

Z treści punktu 1.3. (Przedmiot i zakres stosowania) STWiOR co do wymagań dotyczących wykonania i odbioru robót związanych z remontem cząstkowym nawierzchni

z betonu cementowego (...), wynika, że zakres robót obejmował naprawę lokalnych uszkodzeń krawędzi płyty masą na bazie cementu modyfikowanym polimerami lub żywicami - posiadających atest ITWL oraz odpowiednią szorstkość. Oznacza to, że Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia przy pomocy specyfikacji technicznych wyraźnie zaznaczył, że podczas wykonywania robót należy użyć materiałów posiadających atest ITWL. Był to wymóg istniejący od momentu ogłoszenia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie zmieniony i nie zmodyfikowany w jego trakcie.

Dodatkowo Zamawiający w projekcie umowy określił także, że w przypadku robót zamiennych, jeśli wystąpi niedostępność na rynku materiałów lub urządzeń wskazanych

w ofercie lub dokumentacji, możliwe będzie dokonanie odpowiednich zmian dla materiałów, które nie mogły mieć parametrów technicznych gorszych niż materiały lub urządzenia ujęte

w ofercie, dodatkowo takie materiały muszą posiadać atest ITWL. Zdaniem Izby twierdzenia odwołania w warstwie dotyczącej wymogu atestu ITWL są wewnętrznie sprzeczne. Skoro bowiem, jak twierdzi Odwołujący, pierwotnie Zamawiający nie wymagał materiałów posiadających atest ITWL, a materiały zamienne mają mieć parametry techniczne nie gorsze niż pierwotnie ujęte w ofercie, to wymóg posiadania atestu dla materiałów byłoby zbędny. Tymczasem jest zupełnie odwrotnie. Z uwagi na to, że materiały zamienne nie mogą posiadać parametrów gorszych niż pierwotnie zakładane, to właśnie dlatego muszą także posiadać atest ITWL. Tak więc wymóg atestu dotyczył zarówno materiałów ujętych w STWiOR (a tym samym w kosztorysie ofertowym), jak również materiałów zamiennych. Dodatkowo wymóg

ten nie ma nic wspólnego z charakterem i rolą samego kosztorysu ofertowego w ujęciu wyliczenia ceny ofertowej i zasady wynagrodzenia ryczałtowego. Jest to wymóg odrębny, wynikający z opisu przedmiotu zamówienia, odnoszący się do warstwy merytorycznej kosztorysu, jako dokumentu, z którego treści wynika, w jaki sposób dany wykonawca zrealizuje i wykona przedmiot zamówienia.

Odwolujący, w ocenie składu orzekającego Izby, wywodzi także błędne twierdzenia z okoliczności dotyczących procedury zatwierdzania materiałów przez przedstawicieli inwestora. Skoro *Wykonawca jest odpowiedzialny, aby wszystkie stosowane materiały oraz elementy budowlane odpowiadały wymaganiom określonym w pkt.10 ustawy - Prawo budowlane i w STWIORB oraz posiadały atest ITWL* to oznacza, że materiały muszą posiadać atest. Sam moment badania tej okoliczności jest irrelevantny dla wymogu. Badanie posiadania przez dany materiał atestu przed jego zastosowaniem w toku wykonywanych prac, nie oznacza, że wymóg zaoferowania materiałów z atestem nie obowiązywał na etapie ofertowania i sporządzania kosztorysu. Ponownie podkreślić należy, iż takie rozumowanie jest pełne sprzeczności. Jaki cel miałyby przyświecać badaniu posiadania przez materiał atestu, przed jego zastosowaniem na budowie, skoro wykonawca mógłby (zgodnie z tokiem rozumowania Odwołującego) w kosztorysie wycenić materiał, który takiego atestu nie posiada. Jest to oczywiście pytanie natury retorycznej, ponieważ Zamawiający w toku wykonywania robót nie może wymagać więcej niż stanowi opis przedmiotu zamówienia i dokumenty postępowania. Do tego zaś sprowadza się retoryka stosowana przez Odwołującego: można wycenić jakikolwiek materiał bez atestu, a przed użyciem materiału przedstawić Zamawiającemu materiał posiadający atest. Nic bardziej mylnego. W ocenie Izby Zamawiający wymaga atestu w opisie przedmiotu zamówienia, a wymóg ten sprawdzi z momentem przedstawienia materiału do zatwierdzenia przedstawicielowi Zamawiającego. Nie oznacza to jednocześnie, że w kosztorysie można oprzeć wykonanie o materiał nie spełniający wymogów atestowych a w momencie zatwierdzenia materiałów przedstawić materiał z atestem.

Celnie podkreślił w stanowisku procesowym Przystępujący, że należy odróżnić brak ujęcia w kosztorysie określonej roboty, który obciąża wykonawcę w ramach ryczałtu, a wskazanie konkretnego produktu nie spełniającego warunków technicznych opisu przedmiotu zamówienia. To odnosi się do sposobu wykonania przedmiotu świadczenia i dotyczy niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia.

W ramach prowadzonego przez Zamawiającego postępowania wyjaśniającego Odwołujący przyznał, że popełnił oczywistą omyłkę pisarską i wskazał nieprawidłowy materiał jakim zamierza zrealizować zamówienie. Jednak sytuacji, która wystąpiła w ofercie Odwołującego nie można uznać za oczywistą omyłkę pisarską.

Z oczywistą omyłką pisarską będziemy mieli do czynienia w sytuacji kiedy jest ona widoczna na pierwszy rzut oka, ma niezamierzony charakter, jest łatwa do identyfikacji, dotyczy drobnych, formalnych usterek i może być usunięta bez ingerencji w treść dokumentu. Tymczasem w przypadku badanej oferty sytuacja odnosi się do warstwy merytorycznej oferty. Nie można zaistniałego stanu poprawić bez zmiany treści oferty. Poprawa musiałaby polegać na zastąpieniu materiału nie posiadającego atestu, materiałem spełniającym ten wymóg. Jest to więc istotna zmiana treści oferty, Zamawiający musiałby uzyskać od Odwołującego informacje dodatkowe, jakim materiałem ma zastąpić materiał nieprawidłowy.

Takie postępowanie można uznać za prowadzenie niedozwolonych ustawą Pzp negocjacji co do treści oferty.

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo zastosował wobec oferty Odwołującego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Z niezgodnością treści oferty z warunkami zamówienia mamy do czynienia w sytuacji, gdy przedmiot wynikający z oferty danego Wykonawcy nie odpowiada obowiązkom i wymaganiom określonym w SWZ. Innymi słowy, wykonawca proponuje wykonanie przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z wymaganiami i oczekiwaniami Zamawiającego. W przedmiotowej sprawie Odwołujący zaoferował wykonanie przedmiotu zamówienia z materiałów nie posiadających atestów ITWL, choć wymóg ten klarownie wynikał z dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Dlatego też nie jest wystarczające do uznania poprawności treści złożonej oferty samo zadeklarowanie w formularzu ofertowym, iż Wykonawca wykona zamówienie na warunkach wskazanych w załączniku do SWZ - projekcie umowy. Tylko na takiej podstawie nie można uznać, że mamy do czynienia z ofertą niesprzeczną z warunkami zamówienia.

Reasumując, Zamawiający prawidłowo odpowiednio dokonał odrzucenia oferty Odwołującego, a za najkorzystniejszą i spełniającą wymogi SWZ uznał ofertę Przystępującego. W konsekwencji nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 239 ustawy Pzp, będący zarzutem wynikowym w stosunku do pozostałych zarzutów sformułowanych w odwołaniu. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej stosownie do ustalonych zasad i kryteriów oceny ofert.

Konkludując, Izba uznała za niezasadne zarzuty odwołania i oddaliła odwołanie, nie dopatrując się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 16 i 17 ustawy Pzp odnoszących się do zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający, stosownie do zasady proporcjonalności i równego traktowania

Wykonawców, ocenił oferty złożone w postępowaniu, przejawiając wobec nich tożsamą miarę staranności i stosując te same zasady oceny ich treści.

Izba podziela stanowisko Zamawiającego i Przystępującego przedstawione na rozprawie, że pisemna replika złożona przez Odwołującego stanowi próbę rozszerzenia zarzutów odwołania i modyfikację dotychczas przedstawionej argumentacji merytorycznej.

Przypomnieć należy, iż to na Wykonawcach spoczywał obowiązek zadania Zamawiającemu pytań w przypadku stwierdzenia rozbieżności pomiędzy przedmiarem robót, a dokumentacją projektową i specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych. Jeżeli, jak twierdzi Odwołujący w replice, *Nazwa „Ombran FU” nie została przez Odwołującego dobrana jako świadomy, zindywidualizowany wybór konkretnego produktu spośród dostępnych na rynku, lecz odzwierciedla materiał domyślnie przypisany do tej pozycji katalogowej*”, jego obowiązkiem było zwrócenie uwagi, że być może opis przedmiotu zamówienia odnosi się do produktów już nie funkcjonujących na rynku. Odwołujący takich czynności zaniechał. Odwołujący w odwołaniu i złożonych Zamawiającemu wyjaśnieniach twierdził, że doszło do omyłki pisarskiej. Natomiast w replice Odwołujący wywodzi, że sytuacja była następstwem przyjęcia podstawy katalogowej służącej wyłącznie wycenie pozycji.

Dalej, w odwołaniu Odwołujący stanowczo zaprzeczał, że STWIOR, czy inne dokumenty dotyczące opisu przedmiotu zamówienia zawierały wymóg posiadania atestu. Natomiast w replice Wykonawców wskazuje, że *„Odwołujący nie neguje, że materiały wbudowywane w ramach realizacji zamówienia mają odpowiadać wymaganiom STWiORB, w tym posiadać atest ITWL”*.

Odwołanie nie zawiera twierdzeń, że *dopuszczalny był również opis rodzajowy – nazwa handlowa nie może być więc traktowana jako konieczny, wiążący element treści oferty*.

Z odwołania i postawy Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wynika, że zaistniałą sytuację traktował on jako oczywistą omyłkę pisarską.

Co do niekonsekwencji w działaniach i dotychczasowej praktyce Zamawiającego, dostrzeżenia wymaga, iż każde postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego charakteryzuje się odrębnością. Izba nie jest związana oceną stanu faktycznego i prawnego dokonanej przez inny skład w innej sprawie odwoławczej. Oceną Izby w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym nie są objęte działania i zaniechania Zamawiającego w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Izba ocenia sposób postępowania Zamawiającego przez pryzmat zapisów dokumentów w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, badając czy w danym postępowaniu Zamawiający zachował się w sposób odpowiadający przepisom ustawy Pzp, w tym wynikającym z ustawy zasadom prowadzenia postępowania. Dlatego też przy wyrokowaniu pominięto zgłoszone przez Odwołującego wnioski dowodowe związane z innymi postępowaniami prowadzonymi przez tego samego Zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku

w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodnicząca:

.....