

**Sygn. akt: KIO 2678/21**

**WYROK**  
**z dnia 21 października 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2021r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 września 2021 r. przez wykonawcę: STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie

przy udziale wykonawcy Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 2678/21 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
  
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od wykonawcy STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie na rzecz zamawiającego Państwowego Gospodarstwa Wodnego Wody Polskie z siedzibą w Warszawie kwotę 4 364 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące trzysta sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę i kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący.....**

## Uzasadnienie

Zamawiający: Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie z siedzibą w Warszawie wszczął postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie robót budowlanych na następujących zadaniach:

1) „Przebudowa i umocnienie Kanału Węgorzewskiego”,

2) „Ubezpieczenie brzegów i udrożnienie rzeki Węgorapy” w ramach zadania: „Budowa i przebudowa infrastruktury związanej z rozwojem funkcji gospodarczych na szkapach wodnych Wielkich Jezior Mazurskich wraz z budową śluzy „Guzianka II” i remontem śluzy „Guzianka I” / Etap III – remont śluzy „Guzianka I”, remont śluzy i jazu w Karwiku, jazu w Kwiku, udrożnienie szlaku wodnego WJM poprzez prace hydrotechniczne przy kanałach i ich połączeniach z jeziorami, przebudowa i umocnienie 3 kanałów i rzeki Węgorapy, przebudowa nabrzeża jezior: Mikołajskie i Niegocin” numer referencyjny zamówienia: BI.ROZ.2810.4.2021.AG.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 kwietnia 2021 r. pod numerem ogłoszenia: 2021/S 082-210143.

W dniu 31 sierpnia 2021 r. Zamawiający poinformował o czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz odrzuceniu oferty Odwołującego: STRABAG Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie w zadaniu I.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w 10 września 2021 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej na niezgodną z przepisami czynność zamawiającego podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w części/zadaniu I jakiej dotyczy „Przebudowy i umocnienie Kanału Węgorzewskiego”, polegającej na niezasadnym odrzuceniu jego oferty, zaniechaniu czynności poprawienia oferty w trybie art. 223 ustawy PZP a przez to dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129), zwanej dalej ustawą Pzp lub PZP.

Opisanym wyżej czynnościom Zamawiającego zarzucił naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez uznanie, że treść oferty Strabag jest niezgodna z warunkami zamówienia podczas gdy oferta ta uwzględnia i wycenia wszystkie elementy istotne do wykonania zamówienia a pozycje które swoim opisem odbiegają od pomocniczego dokumentu w postaci przedmiaru nie stanowią podstawy do odrzucenia tej oferty;

2. art. 223 ust 2 pkt 3 Ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie i niedokonanie poprawy innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującymi istotnych zmian w treści oferty, które to omyłki w ofercie Strabag polegały na błędnym opisie pozycji a ich poprawa nie zmieniałaby treści oświadczenia woli wykonawcy w zakresie wykonania zamówienia zgodnie z dokumentacją postępowania;

3. art. 17 ust 1 pkt 3 w zw. z art. 239 ust 1 i 2 ustawy PZP poprzez dokonanie wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w Postępowaniu, zgodnie z ustalonymi kryteriami oceny ofert a czynność ta jest konsekwencją błędnie dokonanej czynności odrzucenia oferty Strabag.

Mając na uwadze powyższe, wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. uwzględnienia odwołania i unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu w zakresie zadania nr I;

2. dokonania ponownej oceny i badania ofert w tym dokonanie poprawy omyłek w trybie art. 223 ust 2 ustawy PZP w stosunku do oferty Strabag;

3. dokonania ponownej oceny i badania ofert z przywróceniem oferty Strabag i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr I z uwzględnieniem w rankingu ofert, oferty Odwołującego i zastosowanie wobec niej ustalonych kryteriów oceny ofert.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający w dniu 31 sierpnia 2021 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej odrzucając jednocześnie ofertę Strabag, gdzie z uzasadnienia odrzucenia oferty wynika, iż Odwołujący w kosztorysie ofertowym, stanowiącym obligatoryjny element oferty, w pozycjach 14 d.2, 17 d.2, 18 d.2, 41 d.3, 44 d.3, 45 d.3, 69 d.4, 71 d.4, 72 d.4, 95 d.5, 98 d.5, 99 d.5 zawarł odmienne pozycje, niż określone zostały przez Zamawiającego w przedmiarze robót, który w wyniku udzielonych wyjaśnień i zmian treści SWZ otrzymał nowe brzmienie i został zamieszczony na stronie internetowej prowadzonego postępowania w dniu 17 czerwca 2021 r.

Odwołujący nie zgodził się z tą czynnością, gdyż odmienny opis pozycji w stosunku do dokumentu, jakim jest przedmiar nie oznacza, że Odwołujący nie zamierza zrealizować kontraktu zgodnie z jego wymaganiami.

Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z złożoną ofertą oświadczył, iż zapoznał się ze Specyfikacją Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ nie wnosi do niej zastrzeżeń oraz przyjmuje warunki w niej zawarte (vide pkt 7 tiret 2 oferty).

Wskazał przy tym, że zgodnie z SWZ rozdz. 4:

4.3 Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określają:

- 1) Opisy przedmiotu zamówienia stanowią załączniki Nr 4A do SWZ dla części 1. zamówienia oraz nr 4B do SWZ dla części 2. zamówienia,
- 2) Dokumentacje projektowe stanowią załączniki Nr 5A do SWZ dla części 1. zamówienia oraz nr 5B do SWZ dla części 2. zamówienia,
- 3) Specyfikacje Techniczne Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych stanowią załączniki Nr 6A do SWZ dla części 1. zamówienia oraz nr 6B do SWZ dla części 2. zamówienia,
- 4) Decyzje administracyjne stanowią załączniki Nr 7A do SWZ dla części 1. zamówienia oraz nr 7B do SWZ dla części 2. zamówienia,
- 5) Przedmiary robót stanowią załączniki Nr 8A do SWZ dla części 1. zamówienia oraz nr 8B do SWZ dla części 2. Zamówienia.

4.8 Wymagania dotyczące robót:

- 1) wszystkie prace winny być zrealizowane zgodnie z przepisami, obowiązującymi normami, warunkami technicznymi i sztuką budowlaną, przepisami bhp, ppoż. zgodnie z poleceniami inspektora nadzoru;
- 2) roboty należy prowadzić zgodnie z wymogami dokumentacji określającej przedmiot zamówienia, specyfikacją techniczną wykonania i odbioru robót budowlanych oraz wymogami niniejszej SWZ;
- 3) użyte materiały i urządzenia powinny być w I gatunku jakościowym i wymiarowym, powinny posiadać odpowiednie dopuszczenia do stosowania w budownictwie oraz zapewnić sprawność eksploatacyjną.

Wobec powyższego – zdaniem Odwołującego - zaakceptował on warunki realizacji zamówienia i zobowiązał się do wykonania robót zgodnie z zakresem i technologią jaka wynika z całości dokumentacji postępowania.

Zauważył również, że w trakcie postępowania Zamawiający dokonał zmiany opisu przedmiaru w odniesieniu do 3 elementów, której pojawiają się w różnych miejscach kosztorysów, nie mniej jednak chodzi zasadniczo o 3 pozycje, a nie 12, które pojawiają się w przypadku umocnienia, tj. zgodnie z kosztorysem ofertowym. W tym zakresie w swoim

odwołaniu przedstawił pozycje 14 d.2, 17 d.2 i 18 d.2. z kosztorysu ofertowego i w stosunku do przedmiaru te same pozycje po jego modyfikacji.

Według Odwołującego – po modyfikacji przedmiaru należało wnioskować, że zaoferował on odpowiednie pozycje w przedmiarze, nie zmienił ich położenia, jednostek miary, ilości, a przede wszystkim bazował na numerze SST odsyłającym do specyfikacji technicznej, jako podstawy doboru materiału, a nie opisu pozycji przedmiaru.

W konsekwencji – według Odwołującego - dokonał prawidłowej wyceny wymaganych pozycji. Odmienność dotyczy jedynie opisu pozycji z przedmiaru, która uległa zmianie w trakcie trwania postępowania bez zmiany założeń i rozwiązań przyjętych w projekcie budowlanym.

W odniesieniu do opisu pozycji w zakresie grodzic zwrócił uwagę, że zmiana w zakresie poz. 14 tj. grodzic dotyczyła gatunku stali, podczas gdy gatunek ten nie wyznaczał rodzaju - parametrów materiału, a stanowił podstawę do obliczeń. Tym samym zgodnie z opisem przedmiaru każdy oferent miał wycenić w kosztorysie grodzice mające wymagane przez Zamawiającego parametry.

Odwołujący podniósł, że w wyjaśnieniach treści SWZ z dnia 17 czerwca 2021 r. Zamawiający wskazał jakie parametry decydują o doborze grodzic stalowych poprzez udzielenie odpowiedzi na pytanie 67 i 83.

W ocenie Odwołującego - z powyższego wynika, że istotne i stanowiące o zachowaniu zgodności oferowanego produktu z wymaganiami będą grodzice mające wskaźnik ścianki szczelnej  $W_{x>} = 1670 \text{ cm}^3/\text{m}$  oraz szerokość profilu  $h=43 \text{ cm}$ .

Wyjaśnił, że Odwołujący w swoim kosztorysie wycenił grodzice mające wskaźnik ścianki szczelnej  $W_{x>} = 1670 \text{ cm}^3/\text{m}$  oraz szerokość profilu  $h=43 \text{ cm}$ , wskazując ich odpowiednią ilość i cenę, która pozostaje niezmienna.

Wywodził przy tym, że pozycja przedmiaru po dokonaniu modyfikacji w trakcie trwania postępowania wskazywała „że do obliczeń przyjęto grodzice GU 16N z gatunkiem stali S355 GP”, co z samego literalnego brzmienia nie oznaczało że wykonawca ma zaoferować tę konkretną stal, lecz stal spełniającą parametry wyspecyfikowane w tej pozycji.

Zdaniem Odwołującego - użycie słów „do obliczeń przyjęto” wskazywało na przykładowy gatunek stali, który spełnia parametry.

Argumentował, że istnieją inne gatunki stali, które spełnią parametry techniczne i jakościowe na tym samym lub wyższym poziomie, lecz sam dobór i wybór konkretnych materiałów odbywa się na etapie realizacji Umowy. Wówczas wykonawca ma obowiązek uzyskać akceptację Zamawiającego i przedstawić dokumenty potwierdzające właściwości zastosowanych materiałów aby doszło do odbioru wykonanych przez niego prac.

W przekonaniu Odwołującego - odesłanie do poprzednio wskazanego gatunku stali nie przesądza, że taka stal zostanie użyta przez wykonawcę do realizacji robót lub że wolą Odwołującego jest zaoferowanie odmiennych materiałów.

Pozostawienie starego opisu pozycji wynikało z niedopatrzania zmiany przedmiaru, przy czym odesłanie do gatunku stali nie stanowi - w ocenie Odwołującego - istotnej treści oświadczenia woli jego oferty.

Dodatkowo zauważył, że kosztorys wyceny wymagał ilość materiału o parametrach technicznych wytrzymałości i szerokości zgodnych z przedmiarem, co pozwala przyjąć prawidłowość jego wyceny, a przez to potwierdza realizację zamówienia zgodnie z wymogami dokumentacji projektowej.

Zdaniem Odwołującego - rozbieżności w samym opisie pozycji nie stanowią elementu wskazującego na zły dobór materiałów, bowiem konkretne materiały będą przedstawiane do akceptacji na etapie realizacji zamówienia, podczas gdy w momencie składania oferty decydującym była wycena odpowiedniej ich ilości o odpowiednich parametrach, co zostało w niniejszej sprawie zachowane.

Reasumując powyższe, wskazał na nieistotną omyłkę w stosunku do opisu przedmiaru, a nie zaoferowanie materiału w innej technologii czy też z niezachowaniem jego parametrów.

Według Odwołującego - nie ma to wpływu na oświadczenie woli wykonawcy, a jego poprawa jest możliwa, a wręcz konieczna na podstawie art. 223 ust 2 pkt 3 ustawy PZP.

Zwrócił uwagę iż poprawa opisu pozycji nie wymaga żadnej zmiany treści oświadczenia woli, ani zwracania się o wyjaśnienia w tym zakresie.

W części dotyczącej opis pozycji w zakresie RUR PCV Odwołujący zwrócił uwagę, że istotą oferowanego zamówienia było wykonanie robót budowlanych z uwzględnieniem rur w technologii PCV o wymaganej długości, a potwierdzeniem tego są odpowiedzi na pytania Zamawiającego nr 102 i 103.

W związku z tym Odwołujący zapewnił, że wycenił rury PCV w wymaganej ilości i posiadających prawidłowe parametry długości.

Wyjaśnił, że podobnie i w tym przypadku Odwołujący bazował na odesłaniu do szczegółowej specyfikacji technicznej (SST) i projektu budowlanego. Przedmiar zaś potraktował do wskazania ceny jednostkowej i wyliczenia jej w odniesieniu do ilości z zachowaniem jakości i technologii, która wynikała projektu budowlanego i SST. Różnica dotyczy następczo wskazanej w przedmiarze szerokości rur wynikającej z dokonanej zmiany pozycji przedmiaru z 50 na 75 PCV przy czym jednoznacznie dla Odwołującego zostaje, że jeżeli z projektu budowlanego wynika zastosowanie konkretnej szerokości rur, to materiał użyty w trakcie realizacji prac nie będzie innej szerokości, gdyż zwyczajnie nie będzie pasował, nie spełni swojej funkcji i nie zostanie zaakceptowany na etapie badania materiałowego przez Zamawiającego.

Wskazał, że z udostępnionego projektu budowlanego i rysunku (stanowiącego dowód nr 4 do odwołania - rysunek prętowe kotwy gruntowe - przed i po zmianach jako część dokumentacji projektowej postępowania) wynika szerokość rur tj dn 75 PCV przez co akceptując w ofercie wymogi dokumentacji w tym projekcie budowlanego i specyfikacji technicznych, a przez to i ich załączników Odwołujący potwierdził konieczność ich zastosowania i dokonał wyceny pozycji w przedmiarze.

Podniósł przy tym, iż w ramach poz. 18, 45, 72, 99 kosztorysu doszło do nieistotnej omyłki, polegającej na niezgodności z SWZ, która winna być wyeliminowana przez Zamawiającego w trybie art. 223 ust 2 pkt 3 ustawy PZP.



W odniesieniu do opisu z pozycji w zakresie kotew iniekcyjnych odwołujący wskazał, że Wykonawca wyceniając ofertę miał na uwadze udostępnioną szczegółową specyfikację techniczną SST-03 dot. robót kafarowych.

Jednocześnie, podniósł, że Odwołujący składając ofertę miał na uwadze rysunek Prętowych Kotew Gruntowych, na których wprost narysowana i podana jest odpowiednia długość kotew. Już od samego początku długość buławy kotwiącej wskazywała na długość 3,3 m, a nie 1 m co oczywistym było, że wyceniając materiał Strabag akceptował konieczność użycia buław 3,3 m.

Dla Odwołującego nie ulega wątpliwości, że od samego początku z dokumentacji projektowej wynikała inna długość buław kotwiących, niż opis w przedmiarze. Zamawiający potwierdził w udzielonych odpowiedziach konkretne wymiary kotew i buławy, co miał na uwadze Odwołujący, składając ofertę, a błąd w opisie pozycji przedmiaru (nota bene wynikający z udostępnionego pierwotnie przedmiaru) nie powinien rzutować na prawidłowość złożonej oferty. Odwołujący zaakceptował rodzaj i technologię wykonania robót, składając oświadczenie w ofercie co do akceptacji warunków SWZ, a także wycenił odpowiednią ilość materiału, wskazując na ceny jednostkowe, które pozostają nader niezmiennie.

Według Odwołującego - sumarycznie też dokonanie poprawy opisu pozycji kosztorysów w ofercie Strabag nie zmieni istotnie jego treści w stosunku do zapisów umowy. Zgodnie z umową kosztorys służy do rozliczenia pozycji i wypłaty wynagrodzenia, a nie sprawdzenia parametrów czy rodzaju oferowanych materiałów (które de facto wynikają z Projektu budowlanego i specyfikacji technicznych a Odwołujący potwierdził ich realizację w ofercie).

Zauważył przy tym, że zgodnie z § 3 ust 4 za wykonanie robót stanowiących przedmiot Umowy Zamawiający zapłaci wynagrodzenie kosztorysowe w oparciu o ceny jednostkowe robót wyszczególnione w kosztorysie ofertowym oraz ilości rzeczywiście wykonanych, robót potwierdzonych pod względem zasadności i ilości przez Zamawiającego i przez niego odebranych.

Zaznaczył, że również umowa, stanowiąca załącznik do SWZ, który zaakceptował Odwołujący składając ofertę, potwierdza konieczność wykonania zamówienia w oparciu o dokumentację projektową, a obowiązkiem wykonawcy zgodnie z § 7 ust 2 jest wykonanie

przedmiotu Umowy z wyrobów budowlanych własnych (dla których Wykonawca uzyska akceptację Inspektora Nadzoru Inwestorskiego), zgodnie z dokumentacją budowlaną i wykonawczą, specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót, SWZ (stanowiącym załącznik nr 2 do Umowy), warunkami określonymi w decyzjach administracyjnych i uzgodnieniach, zasadami wiedzy technicznej, Harmonogramem rzeczowo – finansowym (stanowiącym załącznik nr 3 do Umowy), uzyskanie decyzji o pozwoleniu na użytkowanie i przekazanie przedmiotu Umowy Zamawiającemu w terminie i na zasadach określonych w Umowie oraz w ramach obowiązujących przepisów prawa.

Istota poprawy omyłek w oparciu o art. 223 ust 2 pkt 3 ustawy PZP

Odwołujący dostrzegł, że przygotowując kosztorysy na bazie przedmiarów Zamawiającego – mających zasadniczo charakter pomocniczy do udostępnionej dokumentacji projektowej, często dochodzi do błędów w ilościach czy opisach pozycji.

W ocenie Odwołującego - otrzymując ofertę, która posiada nieścisłość w 12 z 140 pozycji Zamawiający powinien w pierwszej kolejności dokonać badania i oceny kosztorysu w kontekście możliwości jego poprawy jako omyłek, zanim odrzuci ofertę. W sytuacji kiedy wykonawca wycenia daną pozycję tj. podaje cenę jednostkową i zakładane ilości, a jednocześnie oświadcza że wykona zamówienie zgodnie z całością dokumentacji projektowej to nie sposób uznać, że jego wolą jest realizacja zamówienia w sposób niezgodny z przedmiarem lub z zastosowaniem innych/ gorszych materiałów.

Zdaniem Odwołującego - Zamawiający nie jest uprawniony domniemywać, że Wykonawca miał zamiar złożyć ofertę niezgodną z SIWZ. Treść oferty Odwołującego zawiera natomiast oświadczenie, że „cena obejmuje wszystkie koszty związane z prawidłową realizacją zamówienia z uwzględnieniem postanowień zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, umowie, SWZ, wyjaśnień do SWZ i jej zmian” (pkt. 7 Oferty) Instytucja poprawy omyłek w trybie art. 223 ust 2 pkt 3 ustawy PZP zakłada wręcz upewnienie się że wolą wykonawcy było zaoferowanie takiego świadczenia, jak po dokonaniu poprawy ustanowił Zamawiający, co wyraża się w konieczności poinformowania wykonawcy w trybie art. 223 ust 3 o dokonanej poprawie i konieczności pozyskania zgody wykonawcy na taką poprawę jego oferty.

W związku z powyższym – w ocenie Odwołującego - Zamawiający winien w pierwszej kolejności dokonać poprawy innych omyłek w ofercie wykonawcy Strabag w trybie art. 223 ust 2 pkt 3 ustawy PZP, a następnie ocenić tą ofertę, zgodnie z kryteriami oceny ofert. Odrzucenie oferty Strabag spowodowało wybór innego oferenta, którego oferta nie jest

najkorzystniejsza zgodnie z ustalonymi kryteriami, co też w konsekwencji narusza zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji jak i narusza normę art. 17 ust. 1 pkt 3 dotyczącej wyboru oferenta.

15 września 2021 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Korporacja Budowlana Doraco Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku.

Pismem z dnia 17 października 2021 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie jak bezzasadnego.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść SWZ, odwołania, oferty Odwołującego, informacji Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone z dnia 31 sierpnia 2021 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 17 października 2021 r., a także na podstawie złożonych przez strony i uczestnika wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 17 ust 1 pkt 3 w zw. z art. 239 ust 1 i 2, art. 223 ust 2 pkt 3 oraz art. 226 ust. 1 pkt 5, ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129) ustawą Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy wykonawcy, w tym Przystępujący złożył ofertę zgodną z warunkami zamówienia.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 24 SWZ postanowił, że integralną część SWZ stanowią załączniki: Przedmiary robót dla części 1 — zał. 8A, dla części 2 — zał. 8B.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Zamawiający w pkt 4.3, ppkt 5 SWZ uregulował przedmiotowy zakres zamówienia w ten sposób, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określają: Przedmiary robót stanowią załączniki Nr 8A do SWZ dla części 1. zamówienia oraz nr 8B do SWZ dla części 2. zamówienia.

Nadto, w pkt 12.1.1 ppkt 2 SWZ Zamawiający określił zawartość oferty wskazując, że na ofertę składają się: Kosztorys ofertowy w wersji uproszczonej sporządzony na podstawie przedmiaru robót stanowiącego załącznik nr 8A dla części 1. zamówienia i 8B dla części 2. zamówienia.

Izba ustaliła również, że w pozycji 14 przedmiaru Zamawiający **wymagał** po modyfikacji SWZ w zakresie tej pozycji **zaoferowania stali do wykonania grodziec o minimalnym parametrze S 355 GP.**

Stwierdzono również, że w swoim kosztorysie ofertowym Odwołujący **zapropozował stal o minimalnym parametrze S 240 GP**, podczas gdy w odpowiedzi na pytanie 65 Zamawiający w sposób jednoznaczny udzielił odpowiedzi wykonawcom, że grodziec nie wymagają zabezpieczenia powłokami malarskimi. Ścianki szczelne należy **wykonać ze stali S355 GP...**

Mając na uwadze powyższe jednoznaczne unormowania SWZ Izba nie mogła podzielić poglądu Odwołującego o jedynie pomocniczym znaczeniu treści przedmiaru dla oceny składanych przez wykonawców kosztorysów ofertowych.

Według Izby – przedmiar na podstawie, którego miał być sporządzony kosztorys ofertowy był istotnym dokumentem merytorycznym w postępowaniu przetargowym określającym rodzaj stali niezbędnej do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Z treści odwołania nie wynikało w sposób jednoznaczny jaka była ostatecznie wola Odwołującego czy zaoferowania stali wymaganej przez Zamawiającego w przedmiarze czy też możliwe byłoby ustalenie gatunku stali dopiero na etapie wykonywania przedmiotu zamówienia.

Już chociażby z tego powodu należało uznać niespójną motywację Odwołującego za chybioną.

Przyjęcie argumentacji zaprezentowanej w odwołaniu w istocie oznaczałoby akceptację prawnej dopuszczalności kształtowania treści umowy w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego na etapie jej realizacji.

Takiej konstrukcji prawnej stoi na przeszkodzie przepis art.223 ust.1 zd.2, który stanowi, że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Idąc dalej, wymaga wskazania, że w warunkach jednoznacznego zaoferowania przez Odwołującego wykonania grodziec o minimalnym parametrze stali S 240 GP, zamiast stali S 355 GP Zamawiający nie miał jakiegokolwiek podstawy prawnej do uruchomienia przepisu art.223 ust.2 pkt ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Sytuacja możliwości wystąpienia omyłki w kosztorysie mogłaby być rozważana przez Izbę jedynie w okolicznościach udowodnienia przez Odwołującego, że w określonym przypadku popełnił on omyłkę rozumianą jako złożenie oświadczenia niezgodnie z jego wolą.

Natomiast w rozpoznawanej sprawie oświadczenie woli Odwołującego zostało złożone w sposób wystarczająco precyzyjny i nie wymagało dodatkowych zabiegów interpretacyjnych.

Inną rzeczą jest sprawa, że Odwołujący zaprezentował swoje stanowisko w odwołaniu w sposób nie konsekwentny i wykluczający się.

Nie można bowiem uznać za prawdziwe twierdzenie o wystąpieniu omyłki w podanym przez Odwołującego gatunku stali w kosztorysie ofertowym, a następnie wywodzić, że w istocie gatunek stali zadeklarowany w tym kosztorysie sporządzonym na podstawie wymaganego przez Zamawiającego przedmiaru, może podlegać dodatkowym uzgodnieniom na etapie realizacji zamówienia.

Nie potwierdziły się również zarzuty odnoszące się do innych elementów wymienionych w kosztorysie ofertowym sporządzonym na bazie przedmiaru, bowiem parametry tak określone, nie odpowiadały treści SWZ (spornym pozycjom przedmiarowym).

W związku z tym – w przekonaniu Izby - Zamawiający miał podstawę prawną do działania w granicach przepisu art.226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp, stosownie do którego zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

**Przewodniczący:.....**