

WYROK

z dnia 29 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 września 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2021 r. przez wykonawcę **M. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany „PLAST-BUD” M. D., ul. Wiślana 17/4; 44 -119 Gliwice**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Zabrze - Prezydent Miasta, ul. Powstańców Śląskich 5-7; 41-800 Zabrze**,

przy udziale wykonawcy **EFEKT sp. z o.o., ul. Kluczborska 29; 41-503 Chorzów**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę M. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany „PLAST-BUD” M. D., ul. Wiślana 17/4; 44 -119 Gliwice i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany „PLAST-BUD” M. D., ul. Wiślana 17/4; 44 -119 Gliwice, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy M. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany „PLAST-BUD” M. D., ul. Wiślana 17/4; 44 -119 Gliwice na rzecz zamawiającego Miasto Zabrze - Prezydent Miasta, ul. Powstańców Śląskich 5-7; 41-800 Zabrze kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą

koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (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 – Miasto Zabrze - Prezydent Miasta, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Wykonanie robót budowlanych dla zadania pn.: „Termomodernizacja budynków Zespołu Szkolno–Przedszkolnego nr 8 przy ul. Badestinusa 30 w Zabrze”*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 11 czerwca 2021 r., pod nr 2021/BZP 00081003.

Dnia 1 września 2021 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 6 września 2021 roku wykonawca M. D. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Remontowo-Budowlany „PLAST-BUD” M. D. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wezwanie wykonawcy Efekt do złożenia wyjaśnień treści oferty niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, tj. poprzez prowadzenie niedozwolonych negocjacji z wykonawcą Efekt, skutkujących uzupełnieniem oferty,
2. art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez potraktowanie niezgodności zawartych w ofercie wykonawcy Efekt jako innej omyki, podczas gdy wprowadzone zmiany do oferty stanowiły efekt niedozwolonych negocjacji pomiędzy wykonawcą Efekt, a zamawiającym,
3. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Efekt ze względu na jej niezgodność z warunkami zamówienia, tj. pomimo, że zadeklarował on jednoznacznie malowanie obiektów nieuwzględniające szpachlowania przy wyraźnym wymaganiu zamawiającego w tym zakresie,
4. art. 16 i 17 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty niezgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz z naruszeniem równego traktowania wykonawców i zasad uczciwej konkurencji.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty,
2. ponowienia czynności w zakresie badania i oceny ofert,
3. odrzucenia oferty wykonawcy Efekt,
4. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł ponadto o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania według spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że posiada interes w złożeniu odwołania, ponieważ zaniechania oraz czynności zamawiającego dokonane z naruszeniem ww. przepisów doprowadziły do wyboru oferty wykonawcy Efekt pomimo, że jej treść pozostawała w niezgodności z warunkami zamówienia. Tymczasem oferta odwołującego pomimo, iż jest zgodna z SWZ oraz biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert (100% cena), jest najkorzystniejsza, nie została wybrana przez zamawiającego. Zatem gdyby nie zaniechania oraz czynności zamawiającego, podjęte w toku postępowania, odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie, ponieważ zaoferował on najkorzystniejszą ofertę, jednocześnie zgodną z warunkami zamówienia. W przypadku ewentualnego oddalenia odwołania, odwołujący poniesie szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

W ocenie odwołującego, treść oferty wykonawcy Efekt jest niezgodna z warunkami zamówienia i z tego względu powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. O niezgodności oferty wykonawcy Efekt z warunkami zamówienia świadczy fakt, iż zaoferował on zakres prac sprzeczny z opisem pozycji określonej przez zamawiającego w przedmiarze robót dotyczących malowania, tj. pozycji „Dwukrotne malowanie farbami olejnymi starych tynków wewnętrznych ścian bez szpachlowania” nr 6, 13, 15, 52, 59, 66, 73, 80, 87, 94, 130, 155, 180 (szkoła), 199, 216, 221, 228, 269, 276, 289, 296, 303, 322, 329, 336, 343, 350, 381, 388, 395 (przedszkole). Wykonawca Efekt przypisał również wskazanym pozycjom KNR 4-01 1204-02.

Tymczasem, opis dla wymienionych powyżej pozycji przedmiaru robót dotyczących malowania brzmiał: „Dwukrotne malowanie farbami olejnymi starych tynków wewnętrznych ścian z jednokrotnym szpachlowaniem”, a ponadto do pozycji przypisany był KNR 4-01 1206-04.

Opisana powyżej niezgodność dotyczy 30 pozycji kosztorysowych.

Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców, w dn. 12.07.2021 r. zmienił wymagania w zakresie malowania lamperii, dokonując jednocześnie modyfikacji przedmiaru dotyczącego malowania:

Pytanie nr 29 dot. poz. 5, 13 ... i kolejnych do poz. 339 wg podstawy wyceny KNR 4-01 t. 1206-02: *„Proszę o potwierdzenie czy rzeczywiście lamperie do malowania farbą olejną są bez konieczności szpachlowania. W związku z robotami instalacyjnymi i zaprawieniem bruzd, przejść itd. struktura lamperii bez dodatkowego szpachlowania będzie niejednorodna i różniąca się od istniejącej”* .

Odpowiedź nr 29: *„W przedmiarze dla malowania w pozycjach dot. malowania farbami olejnymi zmieniono podstawę KNR 4-01 1206-04, która obejmuje dwukrotne malowanie farbą olejną wraz z jednokrotnym szpachlowaniem”*.

Nie zmienia to jednak faktu, że wykonawca Efekt zaoferował zakres prac w sposób jednoznacznie niezgodny z warunkami zamówienia, deklarując dwukrotne malowanie farbami olejnymi starych tynków wewnętrznych ścian bez szpachlowania, podczas gdy zamawiający wyraźnie zmienił w tym względzie swoje wymagania, żądając jednokrotnego szpachlowania. Odwołujący zwrócił uwagę, że malowanie uwzględniające jednokrotne szpachlowanie wymaga po pierwsze większego nakładu pracy oraz większej ilości materiałów. W przypadku malowania ze szpachlowaniem robocizna malarzy jest dwukrotnie wyższa, a ponadto oprócz takich materiałów jak farba olejna, gips, grunt, czy rozcieńczalnik, należy zastosować papier ścierny i szpachlówkę. Przy szpachlowaniu wzrasta również zużycie rozcieńczalnika.

Niezależnie od powyższego, odwołujący zwrócił uwagę, że zamawiający bardzo szczegółowo uregulował rolę przedmiaru robót oraz kosztorysu ofertowego opracowywanego na jego podstawie. W rozdziale XVI SWZ zamawiający zawarł następujące warunki zamówienia dotyczące sposobu obliczenia ceny: *„Zamawiający dopuszcza zastosowanie kalkulacji własnej zamiast przywołanych w przedmiarach KNR-ów z zastrzeżeniem, że wszystkie opisy pozycji zapisane w kosztorysach ofertowych muszą być zgodne z opisami pozycji w przedmiarach robót. Zakres robót wyceniony przez Wykonawcę wg kalkulacji własnej musi być identyczny z odpowiadającym mu zakresem wg KNR wyszczególnionym w przedmiarze robót”, „Kosztorysy ofertowe wydrukowane w formie uproszczonej (zawierające: podstawę wyceny, opis pozycji kosztorysowej, ilość robót, cenę jednostkową oraz wartość pozycji), wraz z wydrukami wykazu materiałów i robocizny oraz tabelą elementów scalonych należy dołączyć do oferty (Załącznik nr 5 do oferty). Zestawienie materiałów winno zawierać nazwę materiału (zaleca się sortowanie materiałów wg ich nazw), ilość, cenę jednostkową oraz wartość całkowitą”, „Cena oferty stanowi wynagrodzenie kosztorysowe”.*

Na istotny charakter kosztorysów ofertowych opracowanych w oparciu o przedmiary robót dołączone do SWZ wskazywały też projektowane postanowienia umowy zawarte w załączniku nr 1 do SWZ. Zgodnie z §2 ust. 1 wzoru umowy: *„Wykonawca zobowiązuje się zrealizować przedmiot umowy na zasadach określonych w dokumentach wymienionych poniżej według hierarchii ważności:*

- a) Umowa,
- b) Projekt budowlany wraz z pozwoleniem na budowę: Decyzja Nr 672/2018 z dnia 27.07.2018 r. nr WB.6740.5055.2018.CG,
- c) Projekt wykonawczy,
- d) STWiOR,
- e) Przedmiar robót,

f) *Specyfikacja Warunków Zamówienia wraz z wszelkimi wyjaśnieniami Zamawiającego na etapie postępowania przetargowego,*

g) *Oferta Wykonawcy wraz ze stanowiącym jej integralną część Kosztorysem ofertowym*".

Ponadto, w §7 ust. 1 wzoru umowy zamawiający wskazał, iż: *„Wykonawcy przysługuje od Zamawiającego wynagrodzenie kosztorysowe za przedmiot umowy obliczone na zasadach określonych w niniejszej umowie na podstawie cen jednostkowych, wg kosztorysu ofertowego sporządzonego przez Wykonawcę, w wysokości (...)”*. Z kolei w ust. 3 niniejszego paragrafu stanowi, iż: *„Ceny jednostkowe robót podane w kosztorysie ofertowym nie ulegną zmianie i obowiązują do końca realizacji umowy”*.

Z powyższych zapisów wynika zatem jednoznacznie, iż w niniejszym postępowaniu mieliśmy do czynienia z wynagrodzeniem kosztorysowym, którego podstawą do rozliczeń jest kosztorys ofertowy dołączany do oferty. Jednocześnie, kosztorys ofertowy, zgodnie z wolą zamawiającego musiał być sporządzony zgodnie z przedmiarami robót, a ewentualne, nieliczne odstępstwa w tym zakresie zostały dopuszczone pod ściśle określonymi warunkami (możliwość dokonania kalkulacji własnej pozycji zamiast zastosowania się do KNR pod warunkiem opisanie tej pozycji w sposób zgodny z przedmiarami robót). W takiej sytuacji zakres deklarowanych robót musiał być identyczny z zakresem prac wynikających z KNR przypisanych do danej pozycji kosztorysowej.

Istotność przedmiaru podkreślał zamawiający również na etapie wyjaśnień treści SWZ. W odpowiedziach na pytania opublikowanych w dn. 12.07.2021 r., zamawiający w następujący sposób ustosunkował się do pytań wykonawców:

Pytanie nr 28: *„Proszę o wyjaśnienie co należy wycenić w tych pozycjach ?”*

Odpowiedź nr 28: *„Wyceny należy dokonać na podstawie skorygowanego przedmiaru dla malowania”*.

Pytanie nr 29 dot. poz. 5, 13 ... i kolejnych do poz. 339 wg podstawy wyceny KNR 4-01 t. 1206-02: *„Proszę o potwierdzenie czy rzeczywiście lamperie do malowania farbą olejną są bez konieczności szpachlowania. W związku z robotami instalacyjnymi i zaprawieniem bruzd, przejść itd. struktura lamperii bez dodatkowego szpachlowania będzie niejednorodna i różniąca się od istniejącej”* .

Odpowiedź nr 29: *„W przedmiarze dla malowania w pozycjach dot. malowania farbami olejnymi zmieniono podstawę KNR 4-01 1206-04, która obejmuje dwukrotne malowanie farbą olejną wraz z jednokrotnym szpachlowaniem”*.

Powyższe odpowiedzi na pytania wskazują, że wykonawca był zobowiązany do dokonania wyceny zgodnie z przedmiarem robót przewidzianym m.in. dla malowania, z uwzględnieniem modyfikacji wprowadzonych przez zamawiającego w toku wyjaśniania SWZ. Jednocześnie, mając na uwadze zasadę ogólną przewidzianą w rozdziale XVI SWZ,

zamawiający ograniczył możliwość dokonywania odstępstw w kosztorysie ofertowym w stosunku do treści przedmiaru, dopuszczając tylko pod pewnymi warunkami zastosowanie kalkulacji własnej zamiast odwoływania się do KNR (tj. o ile opis prac w pozycji jest identyczny z KNR). KNR czyli Katalog Nakładów Rzeczowych jest swego rodzaju uniwersalną bazą numerów, używaną do kosztorysowania, w którym każda pozycja ma przypisany numer, określający inny rodzaj prac. Nawet nieznaczna zmiana numeru może powodować istotne konsekwencje, w szczególności może powodować, iż dana pozycja będzie obejmować zupełnie odmienny zakres prac. Zatem dla sprecyzowania zakresu robót istotny jest numer KNR oraz jego opis. W praktyce, zamawiający mają różne podejścia do stosowania KNR w przedmiarach robót. Część zamawiających nie narzuca technologii wykonania prac, posługując się numerami KNR wyłącznie pomocniczo, natomiast bywa i tak, że zamawiający za pomocą KNR dokonują opisu przedmiotu zamówienia, wymagając skalkulowania nakładów zgodnie z zakresem prac przypisanych do danego numeru. W przedmiotowej sprawie mieliśmy do czynienia z tym drugim przypadkiem, o czym świadczył zacytowany powyżej zapis rozdziału XVI SWZ.

Wykonawca zatem, składając ofertę, miał obowiązek sporządzić kosztorys ofertowy odpowiadający treści przedmiaru robót dołączonego do SWZ, stosując się ściśle do opisów pozycji w nim zawartych.

Wykonawca Efekt tymczasem złożył kosztorys ofertowy, w którym 30 pozycji nie odpowiada ani opisem, ani numerem KNR wymaganiom określonym przez zamawiającego.

Odwołujący stoi na stanowisku, iż powyższe nieprawidłowości świadczą o niezgodności oferty wykonawcy Efekt, uzasadniające jej odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W ocenie odwołującego, w przedmiotowej sprawie, zamawiający przeprowadził niedozwolone negocjacje z wykonawcą Efekt, czego skutkiem było wprowadzenie zmian do treści oferty w sposób niezgodny z art. 223 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wykonawca Efekt zaoferował bowiem wprost w ramach swojego kosztorysu ofertowego realizację malowania szkoły i przedszkola bez szpachlowania, ze wskazaniem konkretnego numeru KNR określającego zakres prac, podczas gdy zamawiający w odniesieniu do tych pozycji przewidział odmienny KNR, uwzględniający jednokrotne szpachlowanie. Oferta wykonawcy Efekt była zatem w tej części niepełna. W ocenie odwołującego, ze względu na fakt, iż błąd występujący w 30 pozycjach kosztorysu ofertowego dotyczył zarówno opisu, jak i zastosowanego numeru KNR oraz biorąc pod uwagę wiążące zapisy SWZ, nie było podstaw do zastosowania procedury wyjaśniającej na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp oraz potraktowania tej niezgodności jako innej omyłki w rozumieniu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Zamawiający w wezwaniu z dn. 29.07.2021 r. wskazał na błędy w pozycjach kosztorysu ofertowego i w tym zakresie wezwał do wyjaśnienia rozbieżności w ww. pozycjach.

Wykonawca Efekt w odpowiedzi na lakoniczne wezwanie zamawiającego, stwierdził, że powyższe niewłaściwe opisy pozycji kosztorysowych są „*wyłącznie wynikiem omyłki pisarskiej kosztorysanta, a następnie czynności technicznej polegającej na skopiowaniu błędnej treści w kolejnych pozycjach*”. Jednocześnie, wykonawca Efekt w wyjaśnieniach podkreślił, że wskazane pozycje skalkulował zgodnie z przedmiarem, co miał potwierdzać fakt, iż „*KNR, jak i zakres wszystkich wycenionych pozycji jest prawidłowy*” oraz „*Cena wspomnianych pozycji zawiera wszystkie koszty związane z realizacją zakresu określonego w przedmiarze robót w tym jednokrotne szpachlowanie i w żaden sposób nie stanowią w przedmiotowym przypadku o niezgodności oferty z SWZ*”. Ostatecznie, wykonawca Efekt w złożonych wyjaśnieniach zamieścił tabelę ukazującą niepełne opisy pozycji kosztorysowych oraz prawidłowe opisy pozycji, uwzględniające zakresy, które wykonawca faktycznie skalkulował.

Na skutek tak złożonych wyjaśnień, w dn. 6.08.2021 r., zamawiający dokonał poprawienia innej omyłki występującej w ofercie wykonawcy Efekt poprzez zmianę opisu 30 pozycji kosztorysowych z: „*Dwukrotne malowanie farbami olejnymi starych tynków wewnętrznych ścian bez szpachlowania*”, KNR 4-01 1204-02 na „*Dwukrotne malowanie farbami olejnymi starych tynków wewnętrznych ścian z jednokrotnym szpachlowaniem*”, KNR 4-01 1206-04.

Powyższe działanie zamawiającego stanowiło nieuprawnione uzupełnienie oferty wykonawcy Efekt. Zdaniem odwołującego, nieuprawnione jest działanie zamawiającego, który w drodze wyjaśnień dąży do uzupełnienia oferty wykonawcy, dostosowania jej treści do warunków zamówienia i uzyskania oświadczeń wykonawcy, które z pierwotnej treści oferty nie wynikają. Niewątpliwie w niniejszej sprawie, postępowanie zamawiającego w pełni odpowiadało powyższemu opisowi niedozwolonych działań. Zamawiający bowiem w wezwaniu wskazał na rozbieżności w pozycjach kosztorysowych, które nie uwzględniały w żaden sposób części prac (szpachlowania) - nie wynikały one bowiem ani z numeru KNR ani z opisu pozycji kosztorysowych, a mimo to, pozyskał w drodze wyjaśnień od wykonawcy Efekt deklarację, iż prace te skalkulował w cenie ofertowej i oferuje ich wykonanie.

W konsekwencji, również potraktowanie powyższej rozbieżności jako innej omyłki było postępowaniem nieprawidłowym, bowiem uzupełnienie oferty poprzez wytworzenie zupełnie nowego oświadczenia wykonawcy, nieprzewidzianego w ofercie pierwotnej, nie może odbywać się na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Poprawienie innej omyłki stanowi wyjątek od zasady niezmienności ofert po upływie terminu na ich składanie i w związku z tym powinno być stosowane w ściśle określonych przypadkach. Instytucja poprawiania innych omyłek ma służyć wyłącznie usuwaniu pewnych nieścisłości i drobnych nieprawidłowości ofert, natomiast nie może, w uzupełnieniu z procedurą wyjaśniającą, o której mowa w art.

223 ust. 1 ustawy Pzp, prowadzić do uzupełniania treści ofert i wywodzenia z nich oświadczeń woli, które w żaden sposób z nich nie wynikają.

Tym samym, odwołujący stoi na stanowisku, iż zamawiający w sposób nieuprawniony zastosował art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i w konsekwencji, nieprawidłowo dokonał poprawienia innej omyłki w ofercie wykonawcy Efekt, bowiem dopuścił się w ten sposób niedozwolonego przeprowadzenia negocjacji z wykonawcą, czego skutkiem było uzupełnienie treści jego oferty. Jednocześnie odwołujący wskazał, że postępowanie zamawiającego było sprzeczne z naczelnymi zasadami udzielania zamówień, w szczególności z zasadą równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości. Wszyscy wykonawcy byli bowiem świadomi zasad wynikających z SWZ - w szczególności odnośnie charakteru przedmiaru oraz kosztorysu ofertowego, wymagań dotyczących opisu pozycji i przypisanych im KNR oraz mieli na uwadze modyfikacje SWZ dokonane w toku postępowania. Co więcej, zamawiający odpowiadając na pytanie nr 28 „Proszę o wyjaśnienie co należy wycenić w tych pozycjach?” (dotyczące malowania) zaznaczył, że „Wyceny należy dokonać na podstawie skorygowanego przedmiaru dla malowania”. Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że wykonawca Efekt wykazał się nienależytą starannością w stopniu znacznym przy przygotowaniu oferty i kosztorysu, nie uwzględniając całego zakresu prac wymaganego przez zamawiającego. Powyższa okoliczność również powinna zostać wzięta pod uwagę przy ocenie postępowania zamawiającego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał, iż we wniesionym odwołaniu odwołujący powołuje się na błędny KNR zastosowany przez przystępującego w kosztorysie ofertowym dla pozycji „Dwukrotne malowanie farbami olejnymi starych tynków wewnętrznych ścian bez szpachlowania”. Odwołujący w uzasadnieniu dla tej pozycji wskazuje KNR 4-01 1204-02, natomiast przystępujący w kosztorysie ofertowym zastosował *de facto* KNR 4-01 1206-02. Ma to istotne znaczenie dla przedmiotowej sprawy, ponieważ zarówno KNR zastosowany przez przystępującego, tj. KNR 4-01 1206-02, jak i KNR zastosowany przez zamawiającego tj. KNR 4-01 1206-04 znajdują się na jednej Tablicy 1206. Wobec powyższego, nie jest zgodne z prawdą twierdzenie odwołującego, iż popełniona omyłka jest „jednoznacznie niezgodna z warunkami zamówienia”. Różnice między kolumną 02 a 04 na tej tablicy są niewielkie, a niektóre z materiałów w kolumnie 02 są wręcz z większym nakładem niż w kolumnie 04. Zastosowanie innego KNR przez przystępującego nie ma znaczenia dla nakładów zawodów, tj. robotników (ten sam nakład dla kolumny 02 oraz 04) oraz materiałów tj. farb olejnych nawierzchniowych - ogólnego stosowania (mniejszy nakład), gruntu pokostowego (ten sam nakład), farb ftalowych nawierzchniowych - ogólnego stosowania (mniejszy nakład), rozcieńczalników do wyrobów lakierowych (mniejszy nakład), farb

olejnych do gruntowania - ogólnego stosowania (mniejszy nakład) oraz gipsu budowlanego zwykłego (ten sam nakład).

(dowody: wyciąg tablica 1206, wyciąg z KNR - tablica 1204 - dla pokazania, jak omyłka ma wpływ na interpretację uzasadnienia odwołania).

Zamawiający, jak również zauważył odwołujący, w pkt 7.7 rozdziału XII SWZ wymagał, by wykonawca dołączył do oferty „Kosztorys ofertowy sporządzony zgodnie z wymaganiami określonymi w Rozdziale XVI”. Zgodnie z rozdziałem XVI SWZ „Kosztorysy ofertowe wydrukowane w formie uproszczonej (zawierające: podstawę wyceny, opis pozycji kosztorysowej, ilość robót, cenę jednostkową oraz wartość pozycji), wraz z wydrukami wykazu materiałów i robocizny oraz tabelą elementów scalonych należy dołączyć do oferty (Załącznik nr 5 do oferty). Zgodnie z artykułem „Katalogi Nakładów Rzeczowych w zamówieniach publicznych” autorstwa Pana A. W. „W przedmiarze robót, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 2 września 2004 r., może być wpisany określony katalog, w tym np. KNR (numer, tablica, kolumna) ale wyłącznie jako tzw. kod pozycji przedmiaru, tj. oznaczenie rozumiane jako ciąg znaków - liter i cyfr. W związku z powyższym celowym jest jednocześnie wyjaśnienie kwestii opisu pozycji przedmiarowej, a mianowicie zgodności wskazanej pozycji katalogowej z opisem tej pozycji w katalogu”. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 30 października 2018 r. KIO 2058/18 potwierdziła, iż „Katalogi Nakładów Rzeczowych nie mają jako takie statusu powszechnie obowiązujących i obligujących normatywów służących wyliczeniu wartości robót budowlanych”.

Zamawiający wskazał, iż szczegółowo zbadał złożone kosztorysy ofertowe, posiłkując się również opinią powołanego biegłego tj. (...) w tym zakresie. Po dokonaniu czynności sprawdzenia i oceny kosztorysów zamawiający stwierdził, iż na podstawie porównania kosztorysów ofertowych z materiałami przetargowymi sporządzonego przez biegłego wystąpiły błędy lub różnice (w porównaniu do przedmiaru robót), w tym również w zakresie poniżej rozbieżności:

„W kosztorysie ofertowym wyceniono: Dwukrotne malowanie farbami olejnymi starych tynków wewnętrznych ścian bez szpachlowania.

Zgodnie z przedmiarem robót należało wycenić: Dwukrotne malowanie farbami olejnymi starych tynków wewnętrznych ścian z jednokrotnym szpachlowaniem”.

Zamawiający, zgodnie z sugestią biegłego zwrócił się w dn. 29.07.2021 r. do wykonawców: Przedsiębiorstwo Budowlane „DOMBUD” S.A., EFEKT sp. z o.o. oraz konsorcjum: RADBUD sp. z o.o., PIBEX Sp.j. P. C., P. S., z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty m.in. w zakresie, o którym mowa powyżej. Jednocześnie zamawiający zwrócił uwagę, iż biegły wydając swoją opinię zastrzegł,

iż w zakresie ww. rozbieżności można żądać od wykonawców wyjaśnień na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, natomiast wartość pozycji nie może ulec zmianie.

W odpowiedzi na ww. wezwanie, przystępujący wyjaśnił, iż wymienione opisy pozycji kosztorysowych, różnią się sformułowaniami „bez szpachlowania” i „z jednokrotnym szpachlowaniem”. Przystępujący podkreślił, iż dokonał prawidłowej kalkulacji ceny pozycji w oparciu o dostępną dokumentację przetargową, a niepełny opis poszczególnych pozycji kosztorysowych jest wyłącznie wynikiem omyłki pisarskiej kosztorysanta, a następnie czynności technicznej polegającej na skopiowaniu błędnej treści w kolejnych pozycjach. Przystępujący wyjaśnił, iż kwestionowane przez zamawiającego pozycje zostały skalkulowane zgodnie z przedmiarem, co jednoznacznie potwierdza fakt, iż zarówno KNR jak i zakres wszystkich wycenionych pozycji jest prawidłowy. Cena wspomnianych pozycji zawiera wszystkie koszty związane z realizacją zakresu określonego w przedmiarze robót, w tym jednokrotne szpachlowanie i w żaden sposób nie stanowią w przedmiotowym przypadku o niezgodności oferty z SWZ. Poszczególne ceny jednostkowe, a w konsekwencji cena całej oferty wykonawcy została oszacowana poprawnie, a oferta wykonawcy jest zgodna z SWZ. Kolejno zamawiający po przeanalizowaniu wyjaśnień złożonych przez ww. wykonawców, zwrócił się w dn. 06.08.2021 r. do każdego z nich z zawiadomieniem o poprawieniu innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia oraz oczywistej omyłki rachunkowej. Żaden z ww. wykonawców w wymaganym terminie nie zakwestionował poprawienia omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

(dowody w aktach sprawy: porównanie kosztorysów ofertowych z materiałami przetargowymi sporządzone przez biegłego, protokoły robocze z prac Komisji Przetargowej, wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty skierowane do przystępującego z dn. 29.07.2021 r., odpowiedź przystępującego na wezwanie do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty z dn. 03.08.2021 r., zawiadomienie o poprawieniu innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia oraz oczywistej omyłki rachunkowej z dn. 06.08.2021 r., odpowiedź przystępującego na zawiadomienie o poprawieniu innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia oraz oczywistej omyłki rachunkowej z dn. 11.08.2021 r.).

Ponadto stanowisko zamawiającego znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej m.in. zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 22 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1472/20 *„Na wstępie należy zauważyć, że intencją ustawodawcy towarzyszącą wprowadzeniu aktualnego brzmienia art. 87 ust. 2 PZP było zniwelowanie formalizmu występującego na gruncie ustawy pzp, aby umożliwić branie pod uwagę w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych ofert obarczonych nieistotnymi wadami, będącymi wynikiem różnego rodzaju błędów i omyłek, których skorygowanie nie prowadzi do istotnych zmian w treści oferty. (...) Proponowany przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 w szczególności ma na*

celu umożliwienie poprawiania tego rodzaju błędów, które mogą pojawić się w trakcie sporządzania kosztorysu ofertowego. W orzecznictwie Izby podkreślono, że celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie). Jednocześnie czynność poprawienia oferty ma charakter obligatoryjny i zamawiający nie może uchylić się od jej wykonania. Zaniechanie takiej czynności należy uznać za działanie sprzeczne nie tylko z prawem, ale i nieracjonalne, gdyż prowadzi do niesłusznego odrzucenia najkorzystniejszej oferty, które nie zapewnia wyboru oferty zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Izba podziela również stanowisko {wyrażone już w wyroku Izby z 5 sierpnia 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 959/09}, że rozumienie "innej omyłki" z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie powinno być interpretowane zawężająco, tj. jedynie jako techniczny błąd w sposobie sporządzenia oferty, pominięcie lub pomylenie określonych wyrażzeń lub wartości czy wszelkich innych przeoczeń i braków, które powstały bez świadomości ich wystąpienia po stronie wykonawcy, Słownikowe rozumienie słowa "omyłka" oznacza spostrzeżenie, błąd niezgodny z rzeczywistością, błąd w postępowaniu, rozumowaniu itp. Omyłka wykonawcy w przygotowaniu oferty może zatem również wynikać z jego błędnego przekonania co do wymaganego sposobu wykonania zamówienia i wyrażenia powyższego w ofercie. Wykonawca może więc sporządzić ofertę z pełną świadomością co do celowości i kształtu jej poszczególnych zapisów, jednakże mylnie nie zdaje sobie sprawy ze stanu jej niezgodności z treścią s.i.w.z. Tego typu błędy wykonawcy, pod warunkiem ich nieistotności, również podlegają poprawie w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp. Ostatecznym momentem weryfikacji omyłki, w tym przypadku zmiany przekonania wykonawcy co do poprawności jego oferty, jest wywołujące określone skutki prawne zawiadomienie o dokonanym poprawieniu omyłki i ewentualny brak wyrażenie zgody, o którym mowa w art. 89 ust. 1 pkt 7 pzp, niezależnie od wcześniej składanych deklaracji w tym przedmiocie. Resumując, jeżeli jakieś konkretne okoliczności nie wskazują co innego - należy przyjąć założenie, zgodnie z którym wykonawcy składają oferty w dobrej wierze i na serio, z zamiarem zaoferowania świadczenia we wszystkich elementach zgodnego z wymaganiami określonymi w opisie przedmiotu zamówienia. Natomiast nie zawsze im się to udaje i wtedy obowiązkiem zamawiającego jest rzetelne rozważenie możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp". Wobec powyższego, analizując zarzuty podniesione w odwołaniu, nasuwa się wniosek, iż odwołujący nie wziął pod uwagę instytucji poprawy omyłek i jej roli w zamówieniach publicznych.

Skoro zgodnie z przytoczonym wyrokiem pominięcie wyceny pozycji nie może skutkować odrzuceniem oferty wykonawcy, to tym bardziej wycena pozycji, a jedynie wskazany jej

niewłaściwy zakres będący wynikiem omyłki pisarskiej przystępującego nie może prowadzić do odrzucenia jego oferty. Zamawiający miał w 2018 r. analogiczną sytuację w postępowaniu i dokonał w takiej sytuacji odrzucenia oferty ze względu na m.in. bardzo podobną omyłkę, co trafiło na wokandę do Krajowej Izby Odwoławczej (wyrok KIO 231/18). Izba wskazała zamawiającemu, iż jego działanie było błędne i zamawiający powinien „w przypadku zidentyfikowania którejkolwiek z omyłek wskazanych w art. 87 ust. 2 ustawy PZP dokonać jej poprawienia, a następnie niezwłocznie zawiadomić o tym fakcie wykonawcę”, ponadto Izba wskazała, iż czynność tą można poprzedzić postępowaniem wyjaśniającym, określonym w art. 87 ust. 1 Pzp. W wyroku tym Izba stwierdziła także: „nie wydaje się, aby istniały jakiegokolwiek racjonalne powody, dla których Odwołujący chciałby dokonać modyfikacji kosztorysów. Ponieważ jak wskazano powyżej błędy odnoszą się do treści kosztorysu ustalonej przez Zamawiającego, sposób ich poprawienia jest jeden i jest on znany Zamawiającemu”.

Ponadto wykonawca w załączniku nr 2 do SWZ Formularz oferty oświadczył, iż „zapoznał się ze Specyfikacją Warunków Zamówienia i akceptuje wszystkie warunki w niej zawarte”, co dla zamawiającego stanowi potwierdzenie, iż wykona zamówienie zgodnie z SWZ (w tym zgodnie z pkt 2 rozdziału XVI SWZ) oraz dokumentacją techniczną stanowiącą jej załącznik. Wobec czego, nie polega na prawdzie twierdzenie odwołującego, że zamawiający dążył „do uzupełnienia oferty wykonawcy, dostosowania jej treści do warunków zamówienia i uzyskania oświadczeń wykonawcy, które z pierwotnej treści oferty nie wynikają”. Zgodnie z pkt 2 rozdziału XVI SWZ „Cenę oferty stanowi suma wartości wszystkich jej elementów, zawierająca wszystkie koszty niezbędne do wykonania zamówienia. Wszystkie ceny określone przez Wykonawcę są obowiązujące w okresie ważności umowy i nie ulegną zmianie”.

Zamawiający podniósł, co też przytacza odwołujący w odwołaniu, iż zamawiający w § 2 pkt 1 wzoru umowy przypisuje dokumentom hierarchię ważności w związku z realizacją przedmiotu zamówienia tj.:

- a) Umowa,
- b) Projekt budowlany wraz z pozwoleniem na budowę: Decyzja Nr (...) z dnia (...) nr (...),
- c) Projekt wykonawczy,
- d) STWiOR,
- e) Przedmiar robót,
- f) Specyfikacja Warunków Zamówienia wraz z wszelkimi wyjaśnieniami Zamawiającego na etapie postępowania przetargowego,
- g) Oferta Wykonawcy wraz ze stanowiącym jej integralną część Kosztorysem ofertowym.

Przedmiotowa omyłka dotyczy kosztorysu ofertowego, który dla zamawiającego podczas realizacji zamówienia ma najmniejsze znaczenie ze wszystkich wyżej wymienionych

dokumentów. Realizacja przedmiotu zamówienia zgodnie z przedmiarem robót jest dla zamawiającego istotniejsza.

Odnosząc się do zarzucenia prowadzonych rzekomo negocjacji zamawiający wskazał, iż nie można się z tym zgodzić. W pierwszej kolejności zamawiający przytoczył definicję negocjacji, przez które rozumie się *„dwustronny proces komunikowania się, którego celem jest osiągnięcie porozumienia z innymi, gdy niektóre z naszych interesów są wspólne, a inne sprzeczne i obie strony chcą uzyskać porozumienie”*. Natomiast zgodnie ze słownikiem języka polskiego PWN negocjacje to *„targowanie się ze sprzedającym o niższą cenę lub korzystniejsze warunki zakupu”*. Nie sposób zgodzić się z odwołującym, iż w przedmiotowej sytuacji doszło do negocjacji między zamawiającym a przystępującym, ponieważ od samego początku trwania postępowania interesy zarówno zamawiającego, jak i przystępującego są wspólne. Zamawiający posiada interes w udzieleniu zamówienia publicznego, a przystępujący posiada interes w jego uzyskaniu, co wiąże się z oświadczeniem wykonawcy, iż wykona zamówienie zgodnie z warunkami określonymi w SWZ, ponieważ odstępstwo od tego oświadczenia może skutkować odrzuceniem jego oferty. Kolejne, złożone przez przystępującego wyjaśnienia nie doprowadziły do zmiany ceny zaoferowanej przez przystępującego oraz zmiany zakresu wykonanych robót, ponieważ cena zaoferowana przez przystępującego w kosztorysie ofertowym od początku zawierała zakres robót wymagany przez zamawiającego w przedmiarze robót. Tym samym zdaniem zamawiającego nie wystąpiły zdefiniowane cechy „negocjacji”, jak również „uzupełnienia oferty”. Ponadto, sam odwołujący w swoim odwołaniu wskazuje, że wezwanie zamawiającego było „lakoniczne”. Zamawiający od lat w ten sposób formułuje wezwania do wyjaśnienia treści oferty, aby niczego nie sugerować wykonawcom, bo właśnie takie czynności mogłyby być ewentualnie odebrane jako próba negocjacji. Zatem zamawiający wskazuje, iż w przedmiotowej sprawie nie może być mowy o negocjacjach.

Zamawiający podniósł, iż przepisy prawa zamówień publicznych, jak i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jednocześnie wskazują na cechy, jakie musi spełniać omyłka, by mogła zostać poprawiona na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z komentarzem A. G.-B., *„W ust. 2 pkt 3 komentowanego przepisu nakazuje się zamawiającemu poprawienie w ofercie innych omyłek, niebędących oczywistymi omyłkami pisarskimi lub niebędących oczywistymi omyłkami rachunkowymi, lecz polegających na niezgodności treści oferty z dokumentami zamówienia niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Muszą zostać spełnione zatem następujące przesłanki: omyłka nie może być wynikiem świadomego, zamierzonego działania wykonawcy, wystąpienie omyłki powoduje niezgodność oferty z dokumentami zamówienia, a poprawienie takiej omyłki nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający musi wiedzieć,*

w jaki sposób ma dokonać poprawienia takiej omyłki, a wiedza ta powinna mieć oparcie w treści oferty”.

Odnosząc się do pierwszych dwóch przesłanek tj. *omyłka nie może być wynikiem świadomego, zamierzonego działania wykonawcy, wystąpienie omyłki powoduje niezgodność oferty z dokumentami zamówienia* w sytuacji będącej przedmiotem rozpatrzenia odwołania omyłka spowodowała niezgodność oferty z dokumentami zamówienia, ponieważ zgodnie z przedmiarem robót zamawiający wymagał „Dwukrotnego malowania farbami olejnymi starych tynków wewnętrznych ścian z jednokrotnym szpachlowaniem”, natomiast przystępujący w kosztorysie ofertowym wpisał „Dwukrotne malowanie farbami olejnymi starych tynków wewnętrznych ścian bez szpachlowania”. Kolejno wyjaśnienia złożone przez przystępującego tj.: *„niepełny opis poszczególnych pozycji kosztorysowych jest wyłącznie wynikiem omyłki pisarskiej kosztorysanta”* jednoznacznie potwierdzają, iż powyższa omyłka nie była wynikiem świadomego, zamierzonego działania przystępującego. Ponadto przystępujący, co zostało wskazane wyżej w załączniku nr 2 do SWZ Formularz oferty oświadczył, iż *„zapoznał się ze Specyfikacją Warunków Zamówienia i akceptuje wszystkie warunki w niej zawarte”*. Co za tym idzie, przystępujący zaakceptował również przedmiar robót, który stanowi nieodłączny element SWZ, więc zamawiający miał wiedzę, w jaki sposób ma dokonać poprawienia przedmiotowej omyłki, tj. zgodnie z przedmiarem robót, zgodnie z wolą przystępującego zawartą w oświadczeniu o akceptacji warunków SWZ.

Kolejna z przesłanek to istotność. Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 lutego 2018 r. KIO 231/18 *„Jak wskazuje się w orzecznictwie Izby pod pojęciem „omyłki”, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, należy rozumieć niezamierzony błąd wykonawcy, skutkujący niezgodnością z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, którego poprawienie nie spowoduje istotnych zmian w treści oferty. Jak wynika z porównania treści ww. przepisu oraz art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, omyłka uregulowana w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP nie musi być oczywista - przyjmuje się, iż może ona być ustalana na podstawie treści samej oferty lub treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Co więcej, sposób jej poprawienia może zostać ustalony po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp”*.

Poprawienie omyłki nie może jednak powodować istotnych zmian w treści oferty.

Kwantyfikator „istotnych zmian” należy odnosić do całości treści oferty, a konsekwencję tych zmian należy oceniać, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i całość oferty. Podobnie stanowisko zostało przedstawione w komentarzu Włodzimierza Dzierżanowskiego. W sytuacji będącej przedmiotem niniejszego odwołania odwołujący podnosi, iż przedmiotowa omyłka wystąpiła w 30 pozycjach kosztorysu ofertowego przystępującego. Fakt, że ta omyłka wystąpiła 30 razy nie może przesądzać o jej ewentualnej istotności, gdyż

to wciąż jest jedną i tą samą omyłką. Ponadto, co ważniejsze, zamawiający dla uznania czy zachodzą przesłanki do poprawienia omyłki tj. w celu oceny jej istotności, odnosząc się do całości oferty i przedmiotu zamówienia podsumował wartość pozycji, w których wystąpiła przedmiotowa omyłka i stwierdził, że suma tych pozycji stanowi około 1% wartości ceny zaoferowanej przez przystępującego. Warto podkreślić, iż w ofertach wszystkich wykonawców suma tych pozycji mieści się w zakresie: od 1 do 2 % wartości zaoferowanych cen. Co ciekawe, wartość prac w poprawianych pozycjach przystępującego jest wyższa od wyceny prac w ofercie odwołującego, co potwierdza prawdziwość wyjaśnień przystępującego. Kolejno, poprawa przedmiotowej omyłki nie prowadzi do wytworzenia nowego oświadczenia, ponieważ wykonawca w złożonych wyjaśnieniach podkreślił, iż *„dokonał prawidłowej kalkulacji ceny pozycji w oparciu o dostępną dokumentację przetargową, a niepełny opis poszczególnych pozycji kosztorysowych jest wyłącznie wynikiem omyłki pisarskiej kosztorysanta, a następnie czynności technicznej polegającej na skopiowaniu błędnej treści w kolejnych pozycjach”*. Ponadto zgodnie z art. 223 ust. 3 ustawy Pzp *„W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, zamawiający wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia”*. W przedmiotowej sytuacji żaden z wykonawców w wymaganym terminie nie zakwestionował poprawienia omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co świadczy o fakcie, iż poprawa omyłki w ofercie przystępującego jak i innych wykonawców potwierdza ich wolę zawartą w ofercie. Zamawiający tym samym stwierdził, iż dokonana poprawa ww. omyłki nie spowodowała istotnych zmian w treści oferty przystępującego.

Podsumowując, zdaniem zamawiającego zostały wypełnione wszystkie przesłanki dokonania poprawy przedmiotowej omyłki na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj.:

- omyłka nie była wynikiem świadomego, zamierzonego działania przystępującego,
- omyłka polegała na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia (tj. przedmiar, który stanowi część SWZ),
- omyłka była nieistotna i nie doprowadziła do wytworzenia nowego oświadczenia przystępującego,
- omyłka nie spowodowała zmiany wartości ceny ofert,
- poprawa omyłki została oparta o dane z oferty - wykonawcy zawarli w swoich ofertach oświadczenia, iż *„1. SKŁADAMY OFERTĘ na realizację przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w Specyfikacji Warunków Zamówienia (...) 2. Oświadczam, że zapoznałem się ze Specyfikacją Warunków Zamówienia i akceptuję wszystkie warunki w niej zawarte”*.

Ponadto poprawa omyłki była poprzedzona wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty na podstawie art. 223. ust. 1 ustawy Pzp. Jeśli w wyniku

wyjaśnienia, przystępujący zmieniliby wartość pozycji lub zakres wykonania zamówienia bez wątplenia stanowiłoby to negocjacje, a co za tym idzie zmianę treści oferty. Jednak przystępujący w złożonych wyjaśnieniach niejednokrotnie podkreślał, iż było to niezamierzona omyłką. Wobec powyższego zamawiający podtrzymuje, iż wystąpiła podstawa do dokonania poprawy omyłki w ofercie przystępującego na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W związku z powyższym zamawiający uważa, iż zarzuty nr 1 i 2 są bezzasadne.

Zamawiający wykazał powyżej, iż zastosował instytucję wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, natomiast w żaden sposób nie zostały wypełnione znamiona prowadzenia negocjacji.

Odnosząc się do fragmentu wskazanego przez odwołującego z „Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz”, red. Hubert Nowak, Mateusz Winiarz (Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa, 2021) zamawiający oświadczył, że zgadza się z przedstawionym w nim stanowiskiem, natomiast w sytuacji będącej przedmiotem niniejszego odwołania zamawiający niejednokrotnie udowodnił, iż między zamawiającym a przystępującym nie były prowadzone negocjacje, a poprawa omyłek nie doprowadziła do istotnych zmian treści oferty.

W odniesieniu do zarzutu nr 3 tj. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, *poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy EFEKT ze względu na jej niezgodność z warunkami zamówienia, tj. pomimo że zadeklarował on jednoznacznie malowanie obiektów nieuwzględniające szpachlowania przy wyraźnym wymaganiu zamawiającego w tym zakresie.* Krajowa Izba Odwoławcza w orzecznictwie podkreśla, iż odrzuceniem oferty wykonawcy jest czynnością ostateczną, a zamawiający zobligowany jest do wyczerpania wszystkich dozwolonych prawem możliwości zmierzających do wyjaśnienia w celu ustalenia jej zgodności treścią SWZ. Powyższe Izba potwierdziła w wyroku z dnia 22 lipca 2020 r. KIO 1472/20. Zamawiający, zgodnie z przytoczonym powyżej orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej wyczerpał procedurę uprawniającą do ustalenia, czy treść oferty jest zgodna z warunkami zamówienia, a tym samym czy podlega ona odrzuceniu. Jak już wykazano wyżej zamawiający zwrócił się do wykonawców, w tym do przystępującego, w pierwszej kolejności z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, a kolejno po ich analizie z zawiadomieniem o poprawieniu innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia oraz oczywistej omyłki rachunkowej. Przystępujący złożył wyjaśnienia, które nie zmieniły treści złożonej przez niego oferty, a ją odzwierciedlały i na tej podstawie stwierdzono, iż treść oferty przystępującego jest zgodna z warunkami zamówienia.

W odniesieniu do zarzutu nr 4, tj. art. 16 i 17 ustawy Pzp, poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty niezgodnie z przepisami ustawy oraz z naruszeniem równego

traktowania wykonawców i zasad uczciwej konkurencji zamawiający stoi na stanowisku, że zarzut jest bezpodstawny i niczym nieuzasadniony. Jak zamawiający wykazał powyżej, w żaden sposób nie naruszył zasady równego traktowania wykonawców i zasad uczciwej konkurencji, ponieważ zarówno z wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty, jak i zawiadomieniem o poprawieniu innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia oraz oczywistej omyłki rachunkowej zwrócił się do wszystkich wykonawców, którzy posiadali rozbieżności w zakresie zarówno pozycji będącej przedmiotem niniejszego odwołania, jak i w pozostałym zakresie w tym samym czasie i w tym samym zakresie. Zamawiający prowadził niniejsze postępowanie zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W przedmiotowym postępowaniu nie zachodzą żadne przesłanki do odrzucenia oferty przystępującego. Oferta przystępującego jest zgodna z treścią SWZ. Postępowanie zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego było w pełni zgodne z obowiązującymi przepisami prawa. Zamawiający dołożył należytej staranności, co do weryfikacji przedmiotowej i podmiotowej w toku postępowania przetargowego. Rzetelnie dokonał czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz odpowiedzi na wezwania, w wyniku czego dokonano zgodnego z prawem wyboru oferty najkorzystniejszej. Z uwagi na powyższe odwołanie jako bezpodstawne powinno zostać oddalone.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca Efekt sp. z o.o.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach

procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 223 ust. 1, art. 223 ust. 2 pkt 3, art. 226 ust. 1 pkt 5 oraz art. 16 i 17 ustawy Pzp, poprzez: wezwanie wykonawcy Efekt do złożenia wyjaśnień treści oferty niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, tj. poprzez prowadzenie niedozwolonych negocjacji z wykonawcą Efekt, skutkujących uzupełnieniem oferty, potraktowanie niezgodności zawartych w ofercie wykonawcy Efekt jako innej omyłki, podczas gdy wprowadzone zmiany do oferty stanowiły efekt niedozwolonych negocjacji pomiędzy wykonawcą Efekt, a zamawiającym, zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Efekt ze względu na jej niezgodność z warunkami zamówienia, tj. pomimo, że zadeklarował on jednoznacznie malowanie obiektów nieuwzględniające szpachlowania przy wyraźnym wymaganiu zamawiającego w tym zakresie oraz dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty niezgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz z naruszeniem równego traktowania wykonawców i zasad uczciwej konkurencji.

Wskazane przez odwołującego przepisy stanowią, iż w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. 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 (art. 223 ust. 1). 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 (art. 223 ust. 2 pkt 3). Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia (art. 226 ust. 1 pkt 5).

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 16 pkt 1 i 17 ust. 2 ustawy Pzp).

Podzielając w całości stanowisko prezentowane przez zamawiającego, Izba wskazuje, iż istotą sporu w przedmiotowej sprawie jest okoliczność, iż po stwierdzeniu przez zamawiającego błędu (omyłki) w kosztorysie ofertowym przystępującego, zamawiający wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień, a po ich uzyskaniu - poprawił stwierdzone omyłki i związane z tymi czynnościami zamawiającego konsekwencje prawne i faktyczne.

Niezaprzeczonym przez strony postępowania jest fakt, iż treści kosztorysu ofertowego przystępującego zawierał odmienne numery KNR, a co za tym idzie zakres czynności przypisanych dla tego właśnie numeru z numerami KNR podanymi przez zamawiającego w przedmiarach (zmienionych przez zamawiającego w wyniku pytań wykonawców).

Oceniając czynności zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu, Izba stwierdziła, że były one prawidłowe, znajdujące oparcie w przepisach ustawy Pzp. Wskazać bowiem należy, iż aby zamawiający mógł zastosować procedurę opisaną w przepisie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, musi dokonać wnikliwej oceny treści złożonej oferty i ocenić czy stwierdzone omyłki są na tyle nieistotne, iż dają się poprawić przez zamawiającego. Jeżeli zamawiający stwierdzi, że omyłki w ofercie wykonawcy, polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, dają się poprawić i nie powodują istotnych zmian w treści oferty, to taka czynność zamawiającego jest jak najbardziej prawidłowa. Z wyżej cytowanego przepisu wynika bowiem obowiązek zamawiającego „Zamawiający poprawia w ofercie (...)”.

Analizując charakter popełnionych przez przystępującego omyłek i ich istotność oraz okoliczności z tym związane, Izba stoi na stanowisku, że omyłki popełnione przez przystępującego w kosztorysie ofertowym nie były omyłkami na tyle istotnymi, żeby nie dawały się poprawić w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Podnieść należy, iż zamawiający w trakcie prowadzonego postępowania, przed terminem składania ofert zmodyfikował część przedmiarów przez podanie innego niż pierwotnie numeru KNR dla wybranych pozycji przedmiaru oraz co było konsekwencją tych zmian – zmianę opisu czynności przypisanych tym numerom.

Przystępujący w wyjaśnieniach złożonych zamawiającemu wyjaśnił, że dokonał prawidłowej kalkulacji ceny pozycji w oparciu o dostępną dokumentację przetargową, a niepełny opis poszczególnych pozycji kosztorysowych jest wyłącznie wynikiem omyłki pisarskiej kosztorysanta, a następnie czynności technicznej polegającej na skopiowaniu błędnej treści w kolejnych pozycjach. Izba podkreśla, że omyłka w kosztorysie przystępującego została stwierdzona w 30 pozycjach na 1047 pozycji kosztorysu ofertowego. Jednakże nie ilość a istotność popełnionych omyłek ma decydujące znaczenie, chociaż nie w każdym przypadku. O istotności popełnionych omyłek mogą świadczyć różnego rodzaju okoliczności mające lub mogące mieć wpływ na realizację zamówienia. Jednakże każdy przypadek musi być oceniany indywidualnie, nie ma bowiem dwóch identycznych postępowań czy dokumentacji postępowania, które można by analogicznie zastosować do innych postępowań.

W przedmiotowym postępowaniu nieistotność popełnionych omyłek przez przystępującego została przez zamawiającego prawidłowo oceniona. Dla takiej oceny ważnych jest kilka następujących elementów.

Po pierwsze. Zamawiający udostępnił wykonawcom gotowe przedmiary, co oznacza, że wykonawcy – po zapoznaniu się z nimi (wraz z wprowadzonymi zmianami) – mieli jedynie obowiązek dokonania ich wyceny. Wykonawcy nie musieli ustalać zakresu prac przewidzianych do prawidłowej realizacji zamówienia, gdyż zakres ten był przygotowany i opisany przez zamawiającego.

Po drugie. Wartość pozycji, w których została stwierdzona omyłka, to jedynie ok. 1 % wartości całkowitej oferty.

Po trzecie. Wartość omawianych pozycji z pewnością została wyceniona zgodnie ze zmienionym przez zamawiającego przedmiarem, albowiem porównanie wartości tych pozycji z wartością tych pozycji w ofercie odwołującego daje podstawę do stwierdzenia ich poprawności (oferta przystępującego ok. 35 tys. zł – oferta odwołującego ok. 28 tys. zł).

Po czwarte. Hierarchia ważności dokumentów przyjęta przez zamawiającego i zaakceptowana przez wykonawców daje podstawę do przyjęcia, że istotniejszym w postępowaniu miał dla zamawiającego przedmiar robót z pracami tam wskazanymi nad kosztorysem ofertowym wykonawców, co oznacza, że wszelkiego rodzaju omyłki popełnione przez wykonawcę nie mają istotnego znaczenia dla prawidłowej realizacji zamówienia.

Po piąte. Cena całkowita oferty (w tym ceny za poszczególne pozycje kosztorysowe) nie uległa zmianie, co w konsekwencji nie zmieniło pozycji wykonawcy w ramach kryteriów oceny ofert. W tym miejscu podnieść należy, że w przypadku, gdyby poprawienie stwierdzonych omyłek zmieniłoby sytuację (pozycję wykonawcy) w rankingu ofert, to omyłki takie można by uznać za istotne, z tym zastrzeżeniem, że nie w każdej sytuacji.

Po szóste. Formalizm, jaki charakteryzuje postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, co do zasady pożądanym, nie w każdym przypadku znajduje nadrzędne zastosowanie zwłaszcza w sytuacji, w której ustawodawca daje zamawiającemu narzędzie w postaci obowiązku poprawienia stwierdzonych nieistotnych omyłek.

Biorąc pod uwagę wszystkie wyżej wymienione elementy oceny istotności popełnionych omyłek, zdaniem Izby omyłki popełnione przez przystępującego, nie są na tyle istotne (ważne), żeby nie dawały się poprawić przez zamawiającego.

Izba nie stwierdziła również, że zamawiający prowadził z wykonawcą niedozwolone negocjacje. Wskazać bowiem należy, iż zamawiający nie negocjował treści oferty przystępującego, a jedynie po złożonych wyjaśnieniach (instytucja dopuszczona przez ustawodawcę) dokonał stosownej poprawy jej treści. Izba nie stwierdziła, że oferta wykonawcy (kosztorys ofertowy) została uzupełniona o treści wcześniej stronom nieznanne. Błąd kosztorysanta stanowi jedynie typowe uchybienie, wywołane często (tak jak w przedmiotowym postępowaniu) przez modyfikacje dokumentacji przetargowej dokonane przez zamawiającego. Z błędu takiego (omyłki) nie sposób wywodzić następczo,

że zamiarem wykonawcy było złożenie oferty sprzecznej z warunkami zamówienia. Nie taki jest bowiem cel złożenia oferty.

Reasumując Izba stwierdziła, że nieistotność popełnionych przez przystępującego omyłek w treści oferty, dawała podstawę dla zamawiającego w pierwszej kolejności do ich wyjaśnienia (art. 223 ust. 1 ustawy Pzp), a następnie do ich poprawienia (art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp). Oferta przystępującego nie podlegała zatem odrzuceniu w trybie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, postępowanie zostało przeprowadzone zgodnie z zasadami opisanymi w art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, a wybór oferty najkorzystniejszej nie nastąpił z naruszeniem przepisu art. 17 ust. 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), uwzględniając koszty postępowania związane z wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika zamawiającego.

Przewodniczący: