

Sygn. akt: KIO 865/21

WYROK
z dnia 14 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu **12 maja 2021 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **17 marca 2021 r.** przez wykonawcę **Solkan Sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Łańcut,**

przy udziale wykonawcy **Firma Usługowa "Grzeński" spółka jawna K.-S. G., S. G. z siedzibą w Dębicy** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenie oferty wykonawcy Firma Usługowa "Grzeński" spółka jawna K.-S. G., S. G. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
2. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Łańcut i:**
 - 2.1. **Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Solkan Sp. z o.o., z siedzibą w Rzeszowie tytułem wpisu od odwołania;**
 - 2.2. **Zasądza od zamawiającego Gminy Łańcut na rzecz wykonawcy Solkan Sp. z o.o., z siedzibą w Rzeszowie kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy**

sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) 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

W dniu 17 marca 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy SOLKAN Sp. z o.o., z siedzibą w Rzeszowie (dalej „**Odwołujący**”) zarzucając zamawiającemu Gminie Łańcut (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „BUDOWĘ SALI GIMNASTYCZNEJ PRZY ZESPOLE SZKÓŁ W MIEJSCOWOŚCI ROGOŻNO”:

- 1) 87 ust. 2 pkt. 1 ustawy pzp przez jego zastosowanie w stosunku do oferty spółki Firma Usługowa „Grzeński” Sp. J. K.-S. G., S. G. z siedzibą w Dębicy, w sytuacji gdy błędy w kosztorysie załączonym przez wykonawcę nie były omyłkami pisarskimi, które miały charakter oczywisty, a których to charakter powodował istotnej zmiany treści oferty, co wynika z analizy treści kosztorysu spółki Firma Usługowa „Grzeński” Sp. J. K.-S. G., S. G. z siedzibą w Dębicy załączonego do oferty;
- 2) art. 87 ust. 1 ustawy pzp przez wprowadzenie przez zamawiającego po otwarciu ofert zmian wskazywanych jako omyłki pisarskie w treści złożonej przez spółkę Firma Usługowa „Grzeński” Sp. J. K.-S. G., S. G. z siedzibą w Dębicy oferty, polegającej na wprowadzeniu przez zamawiającego zmian istotnych do oferty w stosunku do jednoznacznego wskazania w treści oferty co wykonawca oferuje;
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy pzp poprzez wybranie oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, poprzez nieuprawnione nie odrzucenie oferty spółki Firma Usługowa „Grzeński” Sp. J. K.-S. G., S. G. z siedzibą w Dębicy, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty niezgodnej z Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”);
- 5) art. 7 ust. 1 ustawy pzp. tj. obowiązku równego traktowania wykonawców przez różne potraktowanie ofert zawierających błędy w ofercie.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty spółki Firma Usługowa „Grzeński” Sp. J. K.-S. G., S. G. z siedzibą w Dębicy jako niezgodnej z SIWZ, dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadzi postępowanie na „BUDOWĘ SALI GIMNASTYCZNEJ PRZY ZESPOLE SZKÓŁ W MIEJSCOWOŚCI ROGOŹNO”. Zamawiający rozstrzygnął postępowanie oraz poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. (dowód: zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty datowane na 12 marca 2021 r.)

Odwołujący wykazał, iż w ofercie spółki Firma Usługowa „Grzeński” Sp. J. K.-S. G., S. G. z siedzibą w Dębicy występując niezgodności oferty ze specyfikacją. Jako przykładowe błędy w ofercie firmy „Grzeński” Sp. J. należy wskazać:

Przedmiar opublikowany przez Zamawiającego	Oferta firmy „Grzeński” Sp. J.
Poz. 2 KNNR 6 0802-04 Rozebranie nawierzchni z mieszanek mineralno- bitumicznych mechanicznie - istn. boisko	KNNR 6 802-4 Rozebranie nawierzchni z mas mineralno-bitumicznych o gr. 4 cm mechanicznie
Poz. 13 KNR 2-01 0126-01 0126-02 Usunięcie warstwy ziemi urodzajnej (humusu) o grubości 30 cm za pomocą spycharek	KNR 2-01 126-1 Usunięcie warstwy ziemi urodzajnej (humusu) za pomocą spycharek gr. warstwy do 15 cm
Poz, 47 KNNR 4 1411-03 Podłoża pod kanały i objekty z materiałów sypkich grub. 20 cm - podsypka pod studnie	KNNR 4 1411-01 Podłoża pod kanały i objekty z materiałów sypkich grub. 10 cm
Poz. 49 KNR-W 2-18 0513-01 Studnie rewizyjne z kręgów betonowych o śr. 600 mm w gotowym wykopie, z dennicą, z pierścieniem odciążającym, płytą pokrywową i włazem żeliwnym typu ciężkiego	KNR-W 4 0224-03 analogia Studnie rewizyjne o śr. 600 mm z kręgów betonowych, wewnątrz budynków wykonywane w gotowym wykopie, o gł. do 2.0 m <i>(studnie wewnątrz budynku nie są typu ciężkiego)</i>
Poz. 139 Demontaż istniejących zwodów pionowych wraz z drzwiczkami rewizyjnymi na ścianie na poł. z nowoproj. częścią i przełożenie na sąsiednie ściany z uzupełnieniem elewacji	Demontaż istniejących zwodów pionowych wraz z rewizjami

Poz, 142 KNR 2-02 1703-02 Wykonanie podlewki z zaprawy min. 35MPa pod montaż nadproży stalowych	KNR 2-02 1703-2 Mieszanka betonu zwykłego B10 w warunkach przeciętnych, cement 25 konsystencja betonu wilgotna, II grupa kruszywa [RMS=2]
Poz. 143 KNR 2-05 0121-01 Konstrukcja stalowa Nadproży stalowych 2xC260 S355 - jednostka tony	KNR 2-02 121-1 Ścianki działowe z płytek pianobetonowych lub gazobetonowych gr. 6 cm jednostka m2
Poz. 156 Transport materiałów z wykopów wraz z utylizacją oraz opłatą za utylizację	Transport materiałów wraz z utylizacją
Poz. 162 KNR 2-02 0207-02 0207-07 Ściany żelbetowe pod schody proste grubości 25 cm wysokości do 4 m - z zastosowaniem pompy do betonu C20/25	KNR 2-02 207-2 Ściany żelbetowe gr. 8 cm proste, wys. do 4 m -
Poz. 163 KNR 2-02 0207-04 0207-07 Ściany żelbetowe proste grubości 25 cm wysokości do 8 m - z zastosowaniem pompy do betonu	KNR 2-02 207-4 Ściany żelbetowe gr. 12 cm proste, wys. do 8m
Poz. 164 KNR 2-02 0208-09 Słupy żelbetowe główne hali - z zastosowaniem pompy do betonu	KNR 2-02 208-9 Słupy żelbetowe prostokątne (pod stropy monolityczne) o wys. do 6 m, stosunek deskowanego obwodu do przekroju do 12
Poz. 168 KNR 2-02 0218-02 0218-06 Schody żelbetowe proste na płycie grubości 20 cm - z zastosowaniem pompy do betonu	KNR 2-02 218-2 Schody żelbetowe proste na płycie gr. 8 cm
Poz. 188 KNR 2-31 0114-01 0114-02 Podsypka żwirowa gr. 25cm E=80MPa, Is=1,00	KNR 2-31 114-1 Podbudowy z kruszyw naturalnych, warstwa dolna o gr. 20 cm po zagęszczeniu
Poz. 193 KNR 13-12 1002-01	KNR 13-12 1002-01

Zbrojenie wylewki siatką do posadzek 15x15 drut fi.2,8mm	Zbrojenie posadzek siatką tkaną Rabitza
	(<i>siatka Rabitza posiada drut o przekroju od 0,8 do 1,2 mm</i>)
Poz. 197 KNR 2-02 0607-02 Folia paroprzepuszczalna na dachu (<i>folia paroprzepuszczalna wykonana z polipropylenu, a polietylen nie jest paroprzepuszczalny</i>)	KNR 2-02 607-2 Izolacje przeciwwilgociowe i przeciwwodne z folii polietylenowej szerokiej obiektów ziemnych - zbiorników, basenów, itp.

W ocenie Odwołującego, każdy przypadek dokonania przez zamawiającego zmiany w pozycji kosztorysu opis i wyliczenia jest zmianą niedopuszczalną, wskazującą na błąd będący podstawą odrzucenia oferty - dowód: oferta Firmy Usługowej „Grzeński” Sp. J. K.-S. G., S. G., dowód: zawiadomienie o poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych i pisarskich.

W ustalonym stanie faktycznym złożony przez spółkę Firma Usługowa „Grzeński” Sp. J. K.-S. G., S. G. kosztorys nie jest zgodny z przekazanym przez Zamawiającego zaktualizowanym przedmiarem robót. Stwierdzone niezgodności w kosztorysie ofertowym wykonawcy przede wszystkim polegają na istotnej zmianie opisu poszczególnych pozycji przedmiarowych, definiujących zakres robót do wykonania, ich sposób i technologię, jak również mających bezpośredni wpływ na wycenę tych robót. Zdaniem Odwołującego, skala zmian, wprowadzonych bezprawnie jest bardzo duża, stąd przedstawione zostały jedynie przykładowe błędy i niezgodności w ofercie firmy „Grzeński” Sp. J. - są to zmiany powodujące istotną niezgodność oferty z treścią SIWZ. Wykonawca - Firma Usługowa „Grzeński” Sp. J. K.-S. G., S. G. ubiegająca się o przedmiotowe zamówienie jest zobowiązana do wykazania należytej staranności i przygotowania oferty w oparciu o zmodyfikowany przez zamawiającego przedmiar robót. Istotnym elementem, jakiego nie można pominąć, to fakt, iż jest to podmiot prowadzący działalność gospodarczą, a więc cechuje go profesjonalizm w zakresie podejmowanych czynności, w tym składania ofert. Kosztorys ofertowy przygotowany przez wykonawcę na podstawie aktualnej wersji przedmiaru robót ma istotne znaczenie do ustalenia zadeklarowanego zakresu prac. Kosztorys ofertowy stanowi treść oferty zawierającą zakres oferowanego przedmiotu zamówienia, sposób jego realizacji oraz cenę. Dokument ten musi zatem prezentować przedmiot zamówienia, zgodny z wymaganiami zamawiającego. Szczególną rolę kosztorys ofertowy, sporządzony na podstawie aktualnych przedmiarów, posiada w przypadku przyjętego przez Zamawiającego rozliczenia kosztorysowego prac. W Rozdziale XIII pkt 6 SIWZ, Zamawiający wskazał w

sposób jednoznaczny, jak Wykonawcy powinni sporządzić kosztorys ofertowy, który zostanie dołączony do oferty. W szczególności, Zamawiający wskazał, że „...2) wykonawca opracuje kosztorys ofertowy i wyceni roboty według opisów pozycji w przedmiarach robót i dokumentacji projektowej; 3) sposób i technologia wykonania poszczególnych elementów robót musi być zgodna z podaną przedmiarach pozycją katalogową”.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z wymogami SIWZ wykonawca był zobowiązany przygotować kosztorys ofertowy zgodnie z poszczególnymi pozycjami przedmiarowymi, określającymi cały przedmiot zamówienia, jak również sposób i technologię wykonania poszczególnych elementów robót. Obowiązkiem wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia jest złożenie oferty potwierdzającej realizację pełnego zakresu zamówienia, w sposób wymagany przez zamawiającego, za określoną cenę. Jeżeli zamawiający wymagał w SIWZ, aby kosztorysy ofertowe zostały sporządzone zgodnie z przekazanym przedmiarem robót, to kosztorys ofertowy złożony wraz z ofertą powinien ten wymóg spełniać.

Odwołujący zaznaczył, że oprócz wymienionych wyżej, przykładowych i oczywistych błędów w ofercie wykonawcy - Firma Usługowa „Grzeński” Sp. J., istnieje wiele błędów polegających na zmianie podstawy wyceny KNR, zmianie opisów, niepełnym opisie pozycji przedmiarowych w stosunku do przedmiarów Zamawiającego. Liczba tego typu błędów w ofercie tego wykonawcy jest bardzo duża. Co więcej, liczne zmiany i pominięcia w pozycjach przedmiarowych uszczegółowienia opisów technologii i materiałów, których Zamawiający oczekiwał i zawarł w swoich przedmiarach, może prowadzić do wniosku, iż wykonawca celowo dokonał takich nieuprawnionych zmian, aby zastosować inne, tańsze rozwiązania, niezgodne z wymaganiami Zamawiającego, mogące spowodować niższą jakość przedmiotu zamówienia bądź dodatkowe koszty dla Zamawiającego (np. z tytułu innych warstw do rozbiórki).

W ocenie Odwołującego wymienione wyżej błędy w ofercie wykonawcy - spółki Firma Usługowa „Grzeński” Sp. J. nie można w żadnym stopniu zakwalifikować jako oczywistej omyłki pisarskiej bądź innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, gdyż zmiany wprowadzone przez Zamawiającego są istotne. Istotność zmian polega na tym, iż wykonawca zaoferował inne rozwiązania i materiały, niż oczekiwał Zamawiający, które spełniają inne funkcje, posiadają inne parametry i zastosowanie, niż te wynikające z przedmiaru robót i dokumentacji projektowej. Z drugiej strony, istotność zmian wykonawcy - Firmy Usługowej „Grzeński” Sp. J. przejawia się w tym, iż zaproponowane inne materiały i rozwiązania, niż te, których wymagał i oczekiwał Zamawiający, są dużo tańszymi

rozwiązaniami. Zatem, gdyby wykonawca zaoferował te rozwiązania, których oczekuje Zamawiający, jego oferta z pewnością nie byłaby ofertą z najniższą ceną. W związku z tym, nie ma podstaw do zastosowania art. 87 ust. 2 ustawy pzp, ponieważ zmiany są zmianami istotnymi, gdyż rozwiązania zaproponowane przez Wykonawcę nie można uznać za równoważne w stosunku do tych, których oczekuje Zamawiający.

Odwołujący wskazał, że żądany przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu kosztorys ofertowy stanowi merytoryczną treść oferty, bowiem Zamawiający przewidział określonego rodzaju rozwiązania w przedmiotowym postępowaniu związane ze sposobem wykonania i rozliczenia zamówienia, dla których istotny jest właśnie kosztorys - rozliczenie kosztorysowe. Zatem, zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, odrzucenie oferty z uwagi na niezgodność oferty z treścią SIWZ ze względu na wypełnienie kosztorysu ofertowego niezgodnie z przedmiarem robót jest prawidłowe (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 15 października 2019 r., sygn. akt KIO 1950/19).

W ocenie Odwołującego, problemem jest również ewentualne powoływanie się przez Zamawiającego na zastosowanie przez Firmę Usługową „Grzeški” sp.j. odpowiednich numerów KNR jako określających prawidłowy przedmiot zamówienia objęty ofertą. Jak zostało powyżej wykazane w przykładowym zakresie różnic między zapisami SIWZ, a ofertą wykonawcy również dochodzi do zmian KNR - ów np

<p>Poz. 47</p> <p>KNNR 4 1411-03</p> <p>Podłoża pod kanały i obiekty z materiałów sypkich grub. 20 cm - podsypka pod studnie</p>	<p>KNNR 4 1411-01 Podłoża pod kanały i obiekty z materiałów sypkich grub. 10 cm</p>
<p>Poz. 49</p> <p>KNR-W 2-18 0513-01</p> <p>Studnie rewizyjne z kręgów betonowych o śr. 600 mm w gotowym wykopie, z dennicą, z pierścieniem odciążającym, płytą pokrywową i włazem żeliwnym typu ciężkiego</p>	<p>KNR-W 4 0224-03 analogia</p> <p>Studnie rewizyjne o śr. 600 mm z kręgów betonowych, wewnątrz budynków wykonywane w gotowym wykopie, o gł. do 2.0 m</p> <p><i>(studnie wewnątrz budynku nie są typu ciężkiego)</i></p>

Zmiany jakie zamawiający wprowadził w zakresie KNR to m.in. poz. 155 kosztorysu, 206 kosztorysu. Odwołujący powołał się na zapis Rozdziału XIII pkt 6 SIWZ, zgodnie z którym kosztorys ma zostać sporządzony w oparciu nie o KNR, a o opis pozycji w przedmiarach i dokumentacji. KNR to sposób i technologia wykonania poszczególnych elementów. Tak więc zmiana KNR przez wykonawcę to zmiana sposobu i technologii wykonania danego elementu

zamówienia, co oznacza niezgodność oferty z SIWZ. Na tej podstawie, w ocenie Odwołującego, wskazanie w ofercie przez Firmę Usługową „Grzeški” sp. j. innych niż w przedmiarach numerów KNR nie uprawnia Zamawiającego do wprowadzenia zmian jako poprawy omyłek pisarskich, a na tej podstawie iż wykonawca wskazał KNR jak w przedmiarze że jest to podstawa do zmian w opisie poszczególnych pozycji kosztorysowych.

Odwołujący wskazał, że Katalogi Nakładów Rzeczowych tzw. KNR, a także ich różne modyfikacje np. KNNR i KSNR znane są i stosowane od wielu lat. Programy do kosztorysowania, jak również liczne publikacje cenowe, bazują w znakomitej większości na wspomnianych katalogach, co powoduje, że dzisiaj najczęściej kosztorys budowlany jest opracowywany z wykorzystaniem katalogów i to zarówno przy stosowaniu metody kalkulacji szczegółowej jak i uproszczonej. Kosztorysowe normy nakładów rzeczowych w kalkulacji szczegółowej są przyjmowane (wprost lub na zasadzie analogii) z odpowiednich katalogów, a ceny jednostkowe robót w kalkulacji uproszczonej są przyjmowane z publikacji cenowych lub ustalane w odniesieniu do robót budowlanych określonych w katalogach. Tak więc można przyjąć, że regułą jest powszechne łączenie kosztorysowania z tzw. bazą normatywną (czyli KNR, KNNR, KSNR) nie tylko jako podstawą do przyjmowania nakładów rzeczowych, ale również do specyfikowania i formułowania opisów robót budowlanych. Kosztorysy inwestorskie w zamówieniach publicznych, w odróżnieniu od wszystkich innych rodzajów kosztorysów, są prawnie uregulowane rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z dnia 18 maja 2004 r. określającym metody i podstawy sporządzania kosztorysu inwestorskiego stanowiącego podstawę określenia wartości zamówienia na roboty budowlane. W rozporządzeniu nie jest użyta nazwa Katalog Nakładów Rzeczowych (KNR) ani Katalog Norm Nakładów Rzeczowych (KNNR) czy też KSNR, ale w sposób ogólny definiuje się i stosuje w treści rozporządzenia pojęcie „katalogi”, które oznacza publikacje zawierające jednostkowe nakłady rzeczowe.

Odwołujący wskazał, że:

- zgodnie z § 1 pkt 6 przedmiar robót wchodzący w zakres kosztorysu inwestorskiego między innymi ma obowiązkowo zawierać wskazanie podstaw do ustalania cen jednostkowych robót lub jednostkowych nakładów rzeczowych;
- zgodnie z § 3 ust. 2 przy ustalaniu cen jednostkowych robót należy stosować w kolejności ceny jednostkowe robót określone na podstawie danych rynkowych, w tym danych z zawartych wcześniej umów lub powszechnie stosowanych, aktualnych publikacji oraz kalkulacje szczegółowe;
- zgodnie z § 5 ust. 1 przy ustalaniu jednostkowych nakładów rzeczowych, dla potrzeb szczegółowej kalkulacji cen jednostkowych, należy stosować między innymi kosztorysowe normy nakładów rzeczowych określone w odpowiednich katalogach

oraz metodę interpolacji i ekstrapolacji, przy wykorzystaniu wielkości określonych w katalogach.

W związku z powyższym (wpisanie KNR jako kodu pozycji) celowym jest jednocześnie wyjaśnienie kwestii opisu pozycji przedmiarowej, a mianowicie, zgodności wskazanej pozycji katalogowej z opisem tej pozycji w katalogu. Wspomniane rozporządzenie nie zawiera wymagań i zaleceń odnośnie zasad formułowania opisu robót dla pozycji przedmiarowych, ale należy pamiętać o zasadach ogólnych dotyczących opisu przedmiotu zamówienia wynikających z art. 29-31 ustawy pzp oraz o wymaganiach ujętych w Specyfikacjach Technicznych Wykonania i Odbioru Robót Budowlanych. Katalogi Nakładów Rzeczowych stanowią najobszerniejszy, usystematyzowany zbiór zawierający opisy robót, technologię ich wykonania oraz kosztorysowe normy nakładów rzeczowych czynników produkcji.

Odwołujący wskazał, że dla potrzeb opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający może korzystać z katalogów poprzez wskazanie w przedmiarze konkretnego symbolu (nazwa katalogu, numer, tablica), ale nie jako obligatoryjnej podstawy kalkulacji, poprzez odpowiednie dostosowanie dla potrzeb przedmiaru opisów z katalogów. Dla potrzeb opisu sposobu obliczenia ceny oferty Zamawiający może wskazać podane w przedmiarze KNR-y jako informacje pomocnicze dla wykonawców do wykorzystania na zasadzie dobrowolności przy opracowaniu kosztorysu ofertowego. Podstawą do właściwego dokonania wyszacowania oferty jest opis poszczególnych pozycji wymaganych przez zamawiającego i stanowiących opis przedmiotu zamówienia. Potwierdza to przywołany zapis w Rozdziale XIII pkt 6 SIWZ, zgodnie z którym „...2) wykonawca opracuje kosztorys ofertowy i wyceni roboty według opisów pozycji w przedmiarach robót i dokumentacji projektowej; 3) sposób i technologia wykonania poszczególnych elementów robót musi być zgodna z podaną przedmiarach pozycją katalogową”

W ocenie Odwołującego, jeśli więc wykonawca w odmienny sposób opisuje zakres oferowanej realizacji poszczególnych pozycji, nie może być to traktowane jako omyłka. Oczywiście omyłką pisarską jest omyłka widoczna, niezamierzona niedokładność, błąd pisarski lub inna podobna usterka w tekście. Za oczywistą omyłkę pisarską uznaje się również omyłkę, która nie jest widoczna w treści samego formularza ofertowego, jest jednak omyłką wynikającą z porównania treści pozostałych dokumentów stanowiących zawartość treści oferty (zob. wyrok KIO z 10.04.2008 r., KIO/UZP 265/08, LEX nr 395895). Oczywiście omyłka pisarska polega w szczególności na niezamierzonym przekręceniu, opuszczeniu wyrazu, błędzie logicznym, pisarskim lub mającym postać innej niedokładności przypadkowej. Oczywiście omyłka pisarska powinna być możliwa do poprawy bez

odwoływania się do innych dokumentów (zob. wyrok KIO z 20.01.2009 r., KIO/UZP 11/09, LEX nr 485647). Zgodnie z utrwaloną definicją omyłki pisarskiej dotyczy ona takich błędów, które są łatwe do zauważenia, a „oczywistość” omyłki, rozumianej jako określona niedokładność, nasuwa się każdemu, bez potrzeby przeprowadzania dodatkowych badań czy też ustaleń. Może to być błąd pisarski, logiczny, przypadkowe przeoczenia lub inna niedokładność, która nasuwa się sama przez się każdemu, a przez dokonanie poprawki tej omyłki właściwy sens oświadczenia pozostaje bez zmian (zob. wyrok KIO z 26.11.2008 r., KIO/UZP 1326/08, LEX nr 479189). Poprawienie oczywistej omyłki nie może prowadzić do wytworzenia nowej treści oświadczenia woli. Mimo że poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej zawsze będzie skutkowało zmianą treści ofert, to należy pamiętać, że będzie tak jedynie w znaczeniu technicznym, nie zaś merytorycznym (zob. wyrok KIO z 30.09.2014 r., KIO 1891/14, LEX nr 1541290). Oczywistość omyłki pisarskiej jak wynika z powyższego ma być jasna, jednoznaczna oraz co jest ważne nie może być stwierdzona na podstawie wyjaśnień, ponieważ w takiej sytuacji traci wymaganą cechę oczywistości. Zamawiający natomiast uznał za oczywistą pisarską omyłkę i dokonał zmian w pozycjach kosztorysu nr: 381, 383, 385, 389, 397 (tu wprowadzając poprawkę zapisał zmianą średnicy na 50mm), 480 na podstawie wyjaśnień jakie otrzymał od wykonawcy. Ustalenie zakresu poprzez otrzymane wyjaśnienia skutkują odpadnięciem cechy oczywistości.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający pod pozorem poprawienia oczywistych omyłek pisarskich naruszył art. 87 ust. 2 ustawy pzp, wprowadzając zmiany istotne do oferty we wskazanym powyżej zakresie.

Naruszenie z art. 87 ust. 1 ustawy pzp. przez wprowadzenie po otwarciu ofert zmian w treści złożonej przez spółkę Firma Usługowa „Grzeński” Sp. 1. K.-S. G., S. G. z siedzibą w Dębicy oferty, polegającej na wprowadzeniu przez Zamawiającego zmian istotnych do oferty w stosunku do jednoznacznego wskazania w treści oferty co wykonawca oferuje, wskazywanych jako omyłki pisarskie

Odwołujący wskazał, że Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty nie dokonując odrzucenia oferty spółki „Grzeński” Sp. J. K.-S. G., S. G. z siedzibą w Dębicy. W orzecznictwie przez pojęcie „treść oferty” należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań Zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. „Treść oferty” to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie

wykonawcy dotyczące przedmiotu oraz zakresu lub wielkości zamówienia, składane wraz z formularzem ofertowym. Tak więc kosztorys ofertowy wymagany przez Zamawiającego stanowi treść oferty i winien być badany pod kątem zakresu w jakim swoje zobowiązanie co do sposobu realizacji zamówienia złożył Wykonawca a wymagań stawianych przez Zamawiającego.

Przedmiot oferowanego przez wykonawcę świadczenia jest ścisłą treścią oferty objętą zakazem art. 87 ust. 1 zd. drugie pzp., która nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 pzp, ani żadnemu dalszemu uzupełnieniu, a ustalanie treści oferty w ramach jest wyjaśnień należy uznać za niedozwolone negocjacje, o których mowa w tym przepisie. W związku z powyższym wszelkie uzupełnienia oferty po upływie terminu składania ofert, naruszające zakaz zmiany treści ofert i negocjacji ich treści z art. 87 ust. 1 pzp., należy uznać za bezskuteczne. (KIO 1975/20) „Wskazanie, iż oferta musi zostać złożona przed upływem terminu składania ofert, nie oznacza jedynie, że do tej chwili musi zostać fizycznie przekazana Zamawiającemu, ale też, że do tego momentu jej treść musi zostać ostatecznie ustalona i pozostaje niezmienna (...),” (KIO 922/17). Oznacza to, iż po terminie składania ofert nie ma formalnych możliwości wprowadzenia zmian do treści złożonej oferty, po za przypadkami dopuszczonymi w art. 87 ust. 2 ustawy pzp.

Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez nieuprawnione nie odrzucenie oferty spółki „Grzeški” Sp. J. K.-S. G., S. G. z siedzibą w Dębicy, a w konsekwencji dokonanie wyboru oferty niezgodnej z SIWZ

Jak zostało powyżej wykazane zamawiający uznał iż zmiany treści złożonej oferty należy potraktować jako oczywistą omyłkę pisarską, co jest niezgodne, ocenie Odwołującego, z obowiązującymi przepisami prawa. Wskazane różnice oferty w stosunku do SIWZ należy uznać jako niezgodność oferty z SIWZ. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i którego przyjęcia oczekuje. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (zob. wyrok z dnia 24 października 2008 r., KIO/UZP 1093/08). W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 k.c., tj. niezgodności oświadczenia woli

wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odrzuceniu podlega oferta, której treść jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności ze specyfikacją niemających istotnego charakteru. Zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ma miejsce w sytuacji niemożliwości wyjaśnienia treści oferty i potwierdzenia jej niezgodności z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, z zastrzeżeniem zakazu zmian w treści oferty wynikającym z drugiego zdania tego przepisu lub przeprowadzenia dopuszczalnych zmian w treści oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W wyroku z dnia 8 maja 2013 r., XII Ga 186/13, Sąd Okręgowy w Gdańsku zwrócił uwagę na kwestię treści oferty: oferta w swej warstwie merytorycznej musi odpowiadać oczekiwaniom zamawiającego wyrażonym w specyfikacji. Na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych treść oferty to oświadczenie woli wykonawcy wyrażone w formularzu ofertowym, stanowiące jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. W orzecznictwie przez pojęcie treści oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (zob. wyrok z dnia 10 października 2011 r., KIO 2345/11). W wyroku z dnia 8 czerwca 2009 r., KIO/UZP 663/09, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że treść oferty należy rozumieć jako treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania zamówienia. Treścią oferty jest zarówno opis i charakterystyka wymaganych elementów w formularzu ofertowym, jak i określenie modeli, ilości i cen w formularzu cenowym (zob. wyrok z dnia 30 października 2014 r., KIO 2121/14; KIO 2129/14; KIO 2139/14). W wyroku z dnia 14 sierpnia 2014 r., KIO 1543/14, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że: „Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma

miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego". W wyroku z dnia 13 listopada 2013 r., KIO 2478/13, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia „ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie; tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami specyfikacji (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również tradycyjnie są pomieszczane w SIWZ); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie, na czym konkretnie niezgodność ta polega - co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ, ewentualnie uzupełniającymi treść SIWZ modyfikacjami, wyjaśnieniami i odpowiedziami zamawiającego.

W ocenie Odwołującego niezgodność oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polega albo na niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ; ewentualnie na niezgodnym z SIWZ sposobie wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zakresu owego zobowiązania w ofercie. W przypadku zamówienia na wykonanie robót budowlanych ocenie pod kątem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp podlega wyceniony przedmiar robót budowlanych, który ma na celu weryfikację złożonej oferty pod kątem wyceny wszystkich wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia elementów (zob. wyrok z dnia 31 października 2008 r., KIO/UZP 1119/08). Jeżeli kosztorys ofertowy jest dokumentem, w którym wykonawca robót budowlanych wycenia zestawienie przewidywanych do wykonania robót budowlanych, to niezgodność treści złożonego kosztorysu ofertowego z treścią przedmiaru robót budowlanych zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stanowi niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W celu ustalenia zgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia - w toku badania i oceny ofert zamawiający powinien żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert (art. 87 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp). Oczywiście w ramach wyjaśnień niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem art. 87 ust. 1a i 2 ustawy Pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej

treści. Wyjaśnieniami nie można przywrócić możliwości ponownego uzupełnienia wadliwie złożonego dokumentu (zob. wyrok z dnia 13 września 2010 r., KIO 1863/10).

Istotne w przedmiotowej sprawie jest, iż Zamawiający widząc różnicę między ofertą Firmy Usługowej Grzeński sp. j. a treścią siwz uznał iż są to omyłkowo wprowadzone zapisy i dokonał zmian. Ponieważ złożony wraz z formularzem ofertowym kosztorys ofertowy jest dokumentem, za pomocą którego wykonawca akceptuje wielkość lub zakres przedmiotu zamówienia na wykonanie robót budowlanych, to niezgodność treści kosztorysu ofertowego z treścią przedmiaru robót budowlanych lub projektu budowlanego stanowiących treść opisu przedmiotu zamówienia zawartego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, stanowi niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wskazanie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że wykonawca wraz z formularzem oferty składa wyceniony kosztorys robót budowlanych, który stanowi integralną część treści oferty oznacza, że sposób wyceny przedmiaru robót budowlanych stanowi ustalony przez zamawiającego sposób obliczenia ceny i w oparciu o niego należy dokonać oceny zgodności przedłożonego kosztorysu z przedmiarem i dokumentacją udostępnioną przez Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, żądany przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu kosztorys ofertowy stanowił merytoryczną treść oferty bowiem Zamawiający przewidział określonego rodzaju rozwiązania w przedmiotowym postępowaniu związane ze sposobem wykonania i rozliczenia zamówienia, dla których istotny jest właśnie kosztorys.

Zarzut naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybranie oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ

Zdaniem Odwołującego, nieuprawnione wprowadzenie zmian do oferty Firmy Usługowej „Grzeński” sp.j., pod pozorem skorygowania oczywistych omyłek pisarskich a w konsekwencji nie odrzucenie złożonej oferty złożonej przez Firmę Usługową „Grzeński” sp.j. nastąpiło z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Jak bowiem wynika z orzecznictwa, Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy, gdy merytoryczna treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści SIWZ, bądź też nie ma możliwości stwierdzenia iż oświadczenie woli wykonawcy odpowiada treści SIWZ. Odwołujący powoła się na wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2013 r. KIO 27/13.

Naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. tj. obowiązku równego traktowania wykonawców, przez różne potraktowanie ofert zawierających błędy w ofercie

W ocenie Odwołującego działania Zamawiającego w zakresie wprowadzenia pod pozorem poprawienia oczywistych omyłek pisarskich mają charakter iluzoryczny, zmierzający do wyboru określonego być może preferowanego przez zamawiającego wykonawcę. W innych dwóch przypadkach zamawiający odrzucił oferty wykonawców na podstawie przesłanki niezgodności oferty z SIWZ, nie wprowadzając zmian w sposób jaki zrobił to dla firmy Usługowej „Grzeński” sp.j.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „BUDOWĘ SALI GIMNASTYCZNEJ PRZY ZESPOLE SZKÓŁ W MIEJSCOWOŚCI ROGOŹNO”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie zamówień publicznych w dniu 4 grudnia 2020 r.

Izba ustaliła, że w Rozdziale XIII Sposób obliczenia ceny, Zamawiający zawarł następujące postanowienia dotyczące sposobu obliczenia ceny za realizację zamówienia:

1. Wynagrodzenie wykonawcy robót ustalone na podstawie kosztorysu ofertowego za wykonanie przedmiotu zamówienia oprócz kosztów bezpośrednich związanych z robotami podstawowymi objętymi projektem budowlanym winno ponadto w sobie zawierać:
 - a) koszty ogólne, koszty zakupu materiałów, zysku i inne,
 - b) organizacji placu budowy,
 - c) zainstalowania podliczników i pokrycia wszelkich wynikłych stąd należności wobec dostawców mediów,
 - d) wymaganych badań i ekspertyz, sprawdzeń i prób niezbędnych do użytkowania wykonanego obiektu;
 - e) likwidacji zaplecza, uporządkowania placu budowy, doprowadzenia do stanu pierwotnego z wyrównaniem wszystkich ewentualnych szkód związanych z realizacją inwestycji.
2. Za wykonanie przedmiotu zamówienia będzie obowiązywało wynagrodzenie kosztorysowe.
3. Cenę oferty stanowi całkowite wynagrodzenie brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia wyliczone poprzez sporządzenie kosztorysu ofertowego.

4. Cenę realizacji zamówienia Wykonawca określi zgodnie z ustawą o informowaniu o cenach towarów i usług z dnia 9 maja 2014 r. (Dz.U. 2019 r. poz. 178 z późn. zm.)
5. Kosztorys ofertowy należy sporządzić metodą kalkulacji uproszczonej na podstawie przedmiarów robót, dokumentacji projektowej, specyfikacji technicznych wykonania i odbioru robót stanowiących załączniki do SIWZ.
6. Kosztorys ofertowy powinien być sporządzony z uwzględnieniem następujących zasad:
 - (i) oferowane ceny jednostkowe robót muszą uwzględniać wszystkie koszty robocizny, materiałów (w tym wszystkie urządzenia, materiały, wyroby - jeżeli występują) wraz z kosztami ich zakupu, pracy sprzętu i środków transportu technologicznego, niezbędne do wykonania robót objętych daną jednostką przedmiarową oraz koszty pośrednie i zysk, jak również inne koszty jakie może ponieść wykonawca, wraz z podatkiem VAT;
 - (ii) wykonawca opracuje kosztorys ofertowy i wyceni roboty według opisów pozycji w przedmiarach robót i dokumentacji projektowej;
 - (iii) sposób i technologia wykonania poszczególnych elementów robót musi być zgodna z podaną przedmiarach pozycją katalogową;
 - (iv) w kosztorysie ofertowym muszą być wycenione wszystkie pozycje przedmiaru, co oznacza podanie ceny jednostkowej i obliczenie wartości dla każdej pozycji przedmiaru,
 - (v) jeżeli wykonawca w kolumnie cena jednostkowa wpisze „0”, będzie to traktowane jako pozycja kosztorysowa wyceniona, gdzie koszty robót uwzględniono w innych pozycjach kosztorysu;
 - (vi) pominięcie pozycji dotyczącej „krotności robót” wymienionych w poz. poprzedniej kosztorysu Zamawiający potraktuje jako oczywistą omyłkę rachunkową;
 - (vii) Wykonawca nie może dopisywać żadnych nowych pozycji w którejkolwiek części przedmiaru robót. W przypadku dopisania pozycji Zamawiający wykreśli dodane pozycje i od ceny oferty odejmie wartość wykreślonych pozycji w trybie poprawienia omyłki na podstawie art. 87 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, 8) kosztorys ofertowy należy sporządzić i wypełnić w formie wydruku komputerowego, na maszynie lub czytelnie ręcznie;
 - (viii) zamawiający dopuszcza możliwość złożenia wraz z ofertą kosztorysu ofertowego sporządzonego metodą kalkulacji szczegółowej z wyodrębnionymi cenami jednostkowymi i wartościami poszczególnych pozycji kosztorysu;

(ix) w przypadku stwierdzenia na etapie oceny ofert pominięcia pozycji kosztorysowych, których wartość jednostkowa wg kosztorysu inwestorskiego przekracza kwotę 5 000 zł. Zamawiający odrzuci ofertę jako niezgodną z SIWZ,

7. Cena podana w formularzu ofertowym musi wynikać z kosztorysu ofertowego.

Izba ustaliła, że w Rozdziale XI SIWZ „Sposób przygotowania oferty”, Zamawiający wskazał, że oferta winna być sporządzona zgodnie z Załącznikiem Nr 1 do SIWZ oraz zawierać: 1) Oświadczenie (Załącznik Nr 2 do SIWZ); 2) Kosztorys ofertowy uproszczony; 3) Pisemne zobowiązanie innych podmiotów do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów (jeżeli dotyczy).

Izba ustaliła, że postępowaniu złożono 17 ofert, w tym ofertę złożył wykonawca Firma Usługowa „GRZEŚKI” Sp. J. K.-S. G., S. G. ul. Gawrzyłowska 3639-200 Dębica (dalej „Przystępujący”).

Izba ustaliła, że pismem z dnia 26 lutego 2021 r. Zamawiający poinformował Przystępującego o poprawieniu oczywistych omyłek rachunkowych i pisarskich. Zamawiający wskazał, że działając na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843z późn. zm.) w związku z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.) informując, że w ofercie przetargowej na w/w zadanie Wykonawca popełnił oczywiste omyłki rachunkowe i pisarskie.

Izba ustaliła, że w Załączniku do pisma z dnia 26 lutego 2021 r. Zamawiający przekazał wykonawcy skorygowany kosztorys Przystępującego. Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał zmiany opisu szeregu pozycji w kosztorysie wykonawcy w zakresie opisu robót przyporządkowanych do poszczególnych KNR – ów. I tak w zakresie:

1. Roboty rozbiórkowe – zagospodarowanie terenu, Zamawiający dokonał zmiany opisu wymaganych robót w 7 pozycjach.
2. Usunięcie humusu – Zamawiający dokonał zmiany opisu robót w 2 pozycjach.
3. Budowa zewnętrznej instalacji kanalizacji deszczowej z przyłączem – Zamawiający dokonał zmiany opisu zakresu prac w 5 pozycjach
4. Budowa zewnętrznej instalacji kanalizacji sanitarnej – Zamawiający dokonał zmiany opisu zakresu prac w 2 pozycjach;
5. Roboty istniejące w budynku szkolnym – Zamawiający dokonał zmiany opisu zakresu robót w 8 pozycjach;

6. Roboty ziemne pod budynkiem – Zamawiający dokonał zmiany opisu zakresu robót w 3 pozycjach;
7. Roboty fundamentowe, żelbetonowo i murowe - Zamawiający dokonał zmiany opisu zakresu robót w 7 pozycjach;
8. Izolacje fundamentów - Zamawiający dokonał zmiany opisu zakresu robót w 1 pozycji;
9. Podłoga na gruncie P1 - Zamawiający dokonał zmiany opisu zakresu robót w 1 pozycji;
10. Podłoga na gruncie P2 - Zamawiający dokonał zmiany opisu zakresu robót w 2 pozycjach;
11. Dach nad zapleczem socjalnym - Zamawiający dokonał zmiany opisu zakresu robót w 3 pozycjach;
12. Dach nad halą sportową - Zamawiający dokonał zmiany opisu zakresu robót w 1 pozycji;
13. Rury, Rury spustowe, Obróbki blacharskie - Zamawiający dokonał zmiany opisu zakresu robót w 1 pozycji;
14. Stolarka okienna i drzewiowa - Zamawiający dokonał zmiany opisu zakresu robót w 2 pozycjach;
15. Szafki hydrantowe - Zamawiający dokonał zmiany opisu zakresu robót w 1 pozycji;
16. Instalacja wodna - Zamawiający dokonał zmiany opisu zakresu robót w 8 pozycjach;
17. Instalacja grzejnikowa - Zamawiający dokonał zmiany opisu zakresu robót w 8 pozycjach;
18. System detekcji gazu - Zamawiający dokonał zmiany opisu zakresu robót w 1 pozycji;
19. Wyposażenie sanitarne - Zamawiający dokonał zmiany opisu zakresu robót w 3 pozycjach;
20. Roboty wykończeniowe wewnętrzne - Zamawiający dokonał zmiany opisu zakresu robót w 2 pozycjach;
21. Wykończenie ścian - Zamawiający dokonał zmiany opisu zakresu robót w 2 pozycjach;
22. Wykończenie podłóg - Zamawiający dokonał zmiany opisu zakresu robót w 1 pozycji;
23. Wykończenie sufitów - Zamawiający dokonał zmiany opisu zakresu robót w 4 pozycjach;
24. Elewacja - Zamawiający dokonał zmiany opisu zakresu robót w 1 pozycji;
25. Roboty Drogowe – roboty ziemne pod nawierzchnią - Zamawiający dokonał zmiany opisu zakresu robót w 1 pozycji;
26. Jezdnia zjazdu i jezdni na parkingu - Zamawiający dokonał zmiany opisu zakresu robót w 1 pozycji;

27. Nawierzchnia miejsc postojowych - Zamawiający dokonał zmiany opisu zakresu robót w 1 pozycji;
28. Pobocza - Zamawiający dokonał zmiany opisu zakresu robót w 1 pozycji;
29. Nawierzchnie jezdni drogi pożarowej - Zamawiający dokonał zmiany opisu zakresu robót w 1 pozycji;
30. Nawierzchnie chodnika i opaski wokół budynku z kostki brukowej - Zamawiający dokonał zmiany opisu zakresu robót w 2 pozycjach.

Izba ustaliła, że powyższe zmiany opisu zakresu prac podlegających wycenie dotyczyły zastąpienia opisu zamieszczonego przez Przystępującego w kosztorysie ofertowym i wprowadzenia opisu jakie Zamawiający ustalił w przedmiarze robót. Opisy wprowadzone przez Zamawiającego dotyczyły zmiany zarówno co do zakresu prac, materiałów koniecznych do wykonania zamówienia jak również sposobu realizacji zamówienia. Ponadto, Izba ustaliła, że Zamawiający dokonał szereg korekt rachunkowych w kosztorysie złożonym przez Przystępującego.

Izba ustaliła, że pismem z dnia 12 marca 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta Przystępującego.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby, zarzuty podniesione w odwołaniu okazały się zasadne, a tym samym Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający poprawia w ofercie: (i) oczywiste omyłki pisarskie, (ii) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek; (iii) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia sporu pomiędzy stronami miały postanowienia SIWZ. W tym zakresie Izba, wskazuje, po pierwsze, iż Zamawiający w sposób jednoznaczny wskazał w Rozdziale XIII SIWZ, że wykonawca opracuje kosztorys ofertowy i wyceni roboty według opisów pozycji w przedmiarach robót i dokumentacji projektowej. Oznacza to, zdaniem Izby, iż obowiązkiem wykonawcy było dokonanie wyceny przedmiotu zamówienia w oparciu o opisy pozycji zamieszczone przez Zamawiającego w przedmiarze robót. Po drugie, Izba wskazuje, że z postanowień zwartych w SIWZ w Rozdziale XIII wynika jednoznacznie,

że za realizację zamówienia Zamawiający przewidział wynagrodzenie kosztorysowe. Tym samym, zakres prac określony w przedmiarze robót jak i wycena poszczególnych jednostek przedmiarowych zgodnie z zapisami zawartymi w SIWZ była warunkiem koniecznym do stwierdzenia zgodności oferty z treścią SIWZ. Jeżeli wykonawca nie zastosował się do postanowień SIWZ i nie uwzględnił jej brzmienia w kosztorysie ofertowym składanym z ofertą, uznać należało, że treść oferty nie odpowiada treści SIWZ. Wykonawca bowiem zaoferował realizację przedmiotu zamówienia o zakresie innym niż wymagany przez Zamawiającego.

Izba podkreśla, że zarówno treść SIWZ, jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli, odpowiednio: zamawiającego oraz wykonawcy. Nieodzownym elementem treści oferty jest określenie co i za ile wykonawca zobowiązuje się wykonać. W niniejszej sprawie na mocy Rozdziału XIII SIWZ Zamawiający nadał kosztorysowi ofertowemu rangę elementu treści oferty. Przedmiotowe zestawienie składa się na kluczowy element oferty, a mianowicie wycenę zakresu prac opisanych w poszczególnych pozycjach kosztorysu. Zamawiający w sposób jednoznaczny zastrzegł, że wycenę w ofercie należy przedłożyć w formie kosztorysu uproszczonego zawierającego cenę jednostkową za pozycję kosztorysową wraz z zestawieniem cen robocizny, materiałów i sprzętu. Jednocześnie Zamawiający określił rodzaj prac i ich zakres jaki podlega wycenie przez wykonawcę poprzez dokonanie ich opisu w przedmiarze robót. Zatem, obowiązek złożenia kosztorysu ofertowego służył nie tylko ocenie oferty w zakresie zgodności cenowej, ale także w zakresie ilości i rodzaju zastosowanego materiału przyjętego przez wykonawcę do wyceny przedmiotu zamówienia. Ponadto, wymaganie przedmiotowego zestawienia na etapie złożenia oferty uznać należy za istotne z punktu widzenia prawidłowej realizacji przyszłej umowy, w szczególności jej rozliczenia, także w perspektywie zabezpieczenia się przed manipulacją co do sposobu wykonania zamówienia, cenami czy ilościami materiałów. Należy w tym miejscu wskazać, że zgodnie z art. 140 ust. 1 Pzp zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie, a więc również określony przez wykonawcę w kosztorysie ofertowym sposobem wykonania zamówienia poprzez sprecyzowanie określonych materiałów, zakresu prac, ilości czy cen.

W analizowanym stanie faktycznym Przystępujący określił sposób realizacji zamówienia w sposób odmienny niż wymagał tego Zamawiającego. Zakres prac jakie podlegały wycenie przez Przystępującego i sprecyzowane przez wykonawcę w kosztorysie ofertowym był zasadniczo odmienny od tego wymaganego przez Zamawiającego. Tym samym, treść oferty Przystępującego nie odpowiadała treści specyfikacji, co stanowi przesłankę do jej odrzucenia, stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W ocenie Izby przedmiotowa niezgodność

ma charakter nieusuwalny, a dokonane przez Zamawiającego zmiany w kosztorysie ofertowym Przystępującego były niedopuszczalne i stanowiły istotną zmianę pierwotnego oświadczenia woli wykonawcy wyrażonego w kosztorysie ofertowym. Działanie Zamawiającego doprowadziło do wytworzenie w zasadniczej części nowego kosztorysu ofertowego, zgodnego z wymaganiami wskazanymi w SIWZ. Zmieniając opis pozycji podlegających wycenie, Zamawiający uzupełnił opis o brakujące zakresy prac, jak również o prawidłowe materiały podlegające wycenie. Skala zaś zmian wprowadzonych przez Zamawiającego świadczy, w ocenie Izby, o ich istotnym charakterze. Raz jeszcze Izba podkreśla, z uwagi na rangę jaką sam Zamawiający nadal kosztorysowi ofertowemu w SIWZ oraz biorąc pod uwagę kosztorysowy charakter wynagrodzenia wykonawcy za realizację zamówienia, nie było podstaw to zmiany oświadczenia woli Przystępującego w sposób dokonany przez Zamawiającego.

Izba wskazuje, że wynagrodzenie kosztorysowe oblicza się na podstawie zestawienia zaplanowanych prac i przewidywanych kosztów. Zestawienie przewidywanych kosztów prac niezbędnych do realizacji opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia, opisane zostało przez Zamawiającego w przedmiarze robót, zaś wykonawca potwierdza zakres prac wymaganych przez Zamawiającego i ich wycenę w kosztorysie ofertowym, który jest w tych okolicznościach elementem oferty wykonawcy. Przystępujący dokonał wyceny prac o innym zakresie niż wskazanym w przedmiarze robót przygotowanym przez Zamawiającego, a więc w sposób niezgodny z wymaganiami wskazanymi w SIWZ, co aktualizuje przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby zakres i charakter przedmiotowych uchybień Przystępującego w kosztorysie ofertowym nie mógłby zostać zakwalifikowany jako inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Poprawienie nieprawidłowości występującej w ofercie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp uzależnione jest od spełnienia dwóch przesłanek: po pierwsze zauważona niezgodność musi mieć charakter omyłki, a nie celowego działania wykonawcy polegającego na świadomym złożeniu oświadczenia woli o określonej treści, a po drugie poprawienie niezgodności nie może powodować istotnych zmian w treści oferty. W kosztorysie ofertowym Przystępujący, wbrew wynikającemu z SIWZ wymaganiom, wprowadził i wycenił zakres prac oraz materiały odmienne od wymaganych przez Zamawiającego. Dla przykładu Izba wskazuje na pozycje 162 czy 163, gdzie Zamawiający wymagał grubość ścian żelbetowych 25 cm, w wykonawca wycenił ściany żelbetowe o gr 8 cm i 12 cm, w poz. 193 Zamawiający wymagał zbrojenia wylewki siatką do posadzek 15x15 drut fi. 2,8mm, zaś wykonawca wycenił drut o przekroju od 0,8 do 1,2 mm. W pozycji nr 47 Zamawiający wymagał podłoża

pod kanały i obiekty z materiałów sypkich grub. 20 cm – przysypka pod strunie, Przystępujący wycenił podłoża pod kanały i obiekty z materiałów o grubości 10 cm, w poz. 49 Zamawiający wymagał studni rewizyjnych z kręgów betonowych o śr. 600 mm w gotowym wykopie, z dennicą, z pierścieniami odciążającymi, płytą pokrywową i włazem żeliwnym typu ciężkiego, zaś Przystępujący wycenił studnie rewizyjne wewnątrz budynków wykonane w gotowym wykopie o gł. do 2.0 m. Jak Izba ustaliła powyżej, Przystępujący dokonał wyceny prac innych niż wskazane w przedmiarze robót w 86 pozycjach.

Izba podkreśla, że wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasada równego traktowania wykonawców oznacza m.in., iż ocenie przez Zamawiającego podlega treść oświadczenia wykonawcy złożona w ofercie, a w analizowanym stanie faktycznym, również w kosztorysie ofertowym. Treść takiego oświadczenia woli podlega literalnej wykładni, co stanowi gwarancję równego traktowania wykonawców w procesie badania i oceny ofert. I o ile zgodzić się należy z Zamawiającym oraz z Przystępującym, iż oceniając treść oferty danego wykonawcy zamawiający zobowiązany jest uwzględnić ewentualne błędy czy omyłki jakie mogą być zawarte w treści oferty i dążyć do sanowania takich uchybień, to jednak granica działań zamawiającego została określona przez ustawodawcę w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Wszelkie zmiany treści oferty wykonawcy nie mogą powodować istotnych zmian w treści oferty. Działania zaś Zamawiającego doprowadziły, zdaniem Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy, do istotnej zmiany treści oferty Przystępującego, w tym zmiany zakresu wycenianych prac, czy też materiałów służących do realizacji zamówienia. Błędnie również Zamawiający uznał, że dostosowując opisy wymaganych prac do wyceny w kosztorysie ofertowym Przystępującego do opisów zawartych w przedmiarze robót uznać należy za poprawienie oczywistych omyłek pisarskich. W ocenie Izby, zmiany wprowadzone przez Zamawiającego nie miały charakteru oczywistego, ale doprowadziły do ukształtowania odmiennego zakresu prac podlegających wycenie niż pierwotnie określony przez Przystępującego w treści oferty.

Za niezasadne uznać należy stanowisko Zamawiającego, iż decydujące znaczenie dla oceny oferty i realizacji zamówienia ma dokumentacja projektowa, w przypadku zaś sprzeczności pomiędzy przedmiarem robót, a dokumentacją projektową, pierwszeństwo przyznać należy dokumentacji projektowej, co oznacza, że Przystępujący i tak musi wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową, więc wszelkie błędy w kosztorysie nie mają znaczenia. Po pierwsze, Izba wskazuje, że w analizowanym stanie faktycznym Zamawiający nie wskazał na żadne niezgodności pomiędzy przedmiarem robót, a dokumentacją projektową. Niezgodność występuje wyłącznie pomiędzy wymaganiami zawartymi w przedmiarze robót, a zakresem prac jakie Przystępujący wycenił w kosztorysie ofertowym.

Po drugie, Izba wskazuje, że zarówno dla samego Zamawiającego jak i dla wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia kluczowe znaczenie mają postanowienia SIWZ. Z nich zaś wynika jakie prace i w jaki sposób wykonawcy mieli wycenić w kosztorysie ofertowym. Przedmiar sporządzony przez Zamawiającego umożliwił porównywanie ofert w warunkach uczciwej konkurencji i gwarantował, że wykonawcy wyceniali podobny zakres prac do wykonania. Przystępujący samodzielnie określił odmienny zakres prac, które wycenił, co skutkuje niezgodnością jego oferty ze SIWZ. Ponadto Izba podkreśla, że Zamawiający nie miał żadnych podstaw do przyjęcia, iż wycena prac samodzielnie określonych przez Przystępującego w kosztorysie ofertowym będzie taka sama jak w przypadku prac określonych przez Zamawiającego. Zakres tych prac, materiałów zaproponowany przez Przystępującego był inny niż wskazany przez Zamawiającego w przedmiarze robót. To, iż na etapie postępowania odwoławczego Przystępujący twierdzi, że wycenił prace zawarte w przedmiarze Zamawiającego, a błędnie określił je w kosztorysie nie może decydować o zgodności oferty z SIWZ. Ocena podlega oświadczenia woli złożone przez wykonawcę w ofercie, jego zmiana na etapie badania i oceny ofert stanowiłaby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: